

La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación *online* y protección de datos

Adrián Todolí Signes

*Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia*

EXTRACTO

La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control y su posterior publicación presenta una serie de retos en el ordenamiento jurídico existente. Concretamente, el nivel de monitorización del trabajo que reciben los asalariados sujetos a la vigilancia y el control por parte de los clientes es mucho mayor que los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento y sin coste alguno para la empresa. En este contexto, este trabajo pone en valor la protección de la intimidad de los trabajadores y analiza la nueva normativa en materia de protección de datos (RGPD) que establece restricciones muy concretas a la hora de solicitar y transferir información sobre los trabajadores.

Palabras clave: reputación *online*; vigilancia y control de los trabajadores; protección de datos; poder empresarial.

Fecha de entrada: 18-06-2018 / Fecha de revisión: 04-07-2018 / Fecha de aceptación: 04-07-2018

The evaluation of workers by customers as a method of surveillance and control in the company: online reputation and data protection

Adrián Todolí Signes

ABSTRACT

Evaluation of workers by customers as a method of surveillance and control and the disclosure of results poses a series of challenges for the existing legal system. The degree and extension of monitoring of the work suffered by employees subject to surveillance and control by customers is much intense than the one set for traditional workers. The reason behind this phenomenon lies in the perspective of the customers, which makes work observable at every moment and without cost for the firm. Thus, this paper analyzes the latest regulation on data protection (RGPD) that establishes very specific restrictions when requesting and transferring information about workers.

Keywords: online reputation; surveillance and control; data protection; right to control.

Sumario

1. Nuevas fórmulas de control de los trabajadores
 2. Problemas y derechos en juego en los sistemas reputacionales
 3. La protección de datos como límite a la vigilancia y el control
 - 3.1. Concepto de dato personal, efectos de la aplicación del RGPD
 - 3.1.1. Las evaluaciones como datos personales
 - 3.2. Fundamentos válidos para el tratamiento de datos
 - 3.2.1. Que sea necesario para la ejecución del contrato
 - 3.2.2. Supuestos concretos
 - 3.2.3. Fines determinados, explícitos y legítimos
 - 3.2.4. Los datos deben ser adecuados, pertinentes y necesarios
 - 3.2.5. Exactitud de los datos
 - 3.2.6. Transparencia y obligación de informar al interesado
 4. Derechos de rectificación, supresión y limitación
 - 4.1. Alcance y contenido de los derechos de rectificación, supresión y limitación
 - 4.2. La libertad de expresión e información como límite al ejercicio de los derechos de rectificación y supresión
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Todolí Signes, A. (2018). La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación *online* y protección de datos. *RTSS.CEF*, 427, 63-90.

1. NUEVAS FÓRMULAS DE CONTROL DE LOS TRABAJADORES

La tecnología lleva tiempo cambiando la forma de controlar a los trabajadores. Desde las videocámaras hasta los GPS, estas nuevas tecnologías permiten un seguimiento constante de las acciones de los trabajadores (Ajunwa, Crawford y Schultz, 2017; De Stefano, 2018; Moore, 2018). A estas se ha unido recientemente una nueva fórmula: la delegación en el cliente de la supervisión y el control del trabajador. En efecto, los *smartphones* y las *apps* han facilitado que el consumidor o el cliente de la empresa pueda dar su opinión, no ya sobre su satisfacción con la empresa, sino concretamente en relación con la actuación del trabajador que le ha atendido o prestado el servicio.

Desde hace algún tiempo, los usuarios reciben dicha facultad mediante las encuestas telefónicas en los servicios de atención al cliente por teléfono y en otras actuaciones. Sin embargo, la tecnología ha facilitado sumamente las posibilidades de vigilancia y control por parte de los consumidores. Las referidas evaluaciones pueden solicitarse en forma de petición genérica de valoración global en la que el cliente debe puntuar en un rango de 1 a 5 la actuación del asalariado. Otra vía consiste en plantear una batería de preguntas sobre aspectos concretos de la actuación del trabajador. Alternativamente, también es posible que se permita al cliente redactar un texto libre dando su opinión sobre los aspectos que considere referidos al rendimiento del trabajador.

De esta forma, las empresas otorgan la posibilidad de evaluar a sus clientes con un objetivo doble: por una parte, incrementar la satisfacción de los consumidores (Hoffman, Zage y Nita-Rotaru, 2009, p. 2) y permitir a estos establecer sus preferencias hacia el futuro; por otra, obtener información sobre la conducta del trabajador con un coste menor (Thierer, Koopman, Hobson y Kuiper, 2015, pp. 4-9).

Sumado a ello, algunas empresas deciden publicar esas evaluaciones en internet: la llamada reputación *online*. Ello implica, por un lado, la posibilidad del consumidor de conocer la satisfacción que anteriores clientes han obtenido con ese trabajador concreto. Por otro lado, con la publicación de esas evaluaciones, el trabajador es consciente de que un desempeño insatisfactorio para el cliente será, no solo utilizado por su empresario, sino que será conocido por el resto de clientes y potenciales empleadores (Thierer, *et al.*, 2015, p. 16).

Asimismo, aprovechando estas nuevas fórmulas de control, han surgido nuevos modelos de negocio, empresas dedicadas a casar oferta y demanda de trabajo mediante aplicaciones web y

páginas web¹ –normalmente trabajo temporal y de escasa duración–, que permiten a los empresarios valorar a los trabajadores para, posteriormente, poner esa información a disposición del resto de empresarios o potenciales empleadores usuarios de la plataforma, mediante una web o aplicación móvil.

En fin, la evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control y su posterior difusión plantea una serie de retos al ordenamiento jurídico. Concretamente, se ha sostenido que el nivel de monitorización al que se somete a los trabajadores sujetos a la vigilancia y el control por parte de los clientes es muy superior a aquel que se ejerce sobre los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento (Sprage, 2015, p. 18) y sin coste alguno para la empresa. En efecto, en las estructuras productivas tradicionales, los mandos intermedios son costosos para las empresas por lo que tiende a mantener un nivel «óptimo» de vigilancia y no un nivel «máximo» o total.

2. PROBLEMAS Y DERECHOS EN JUEGO EN LOS SISTEMAS REPUTACIONALES

Los sistemas *reputacionales* como forma de infundir confianza en un mercado presentan una serie de inconvenientes. Como es lógico, toda evaluación responde a una experiencia personal que, a su vez, es evaluada desde parámetros subjetivos, que pueden no ser extrapolables a otra persona. En efecto, la evaluación individual de un cliente o un empleador estará sesgada por emociones propias y preferencias particulares que difícilmente permitirán que el rendimiento profesional sea analizado objetivamente. Igualmente, no siempre será posible diferenciar el rendimiento del trabajador de otras percepciones subjetivas. Ello puede dar pie a la plasmación de determinadas formas de discriminación en las evaluaciones (Thierer, *et al.*, 2015, p. 41), puntuando más bajo –o exigiendo más– a cierto tipo de personas por razones basadas en estereotipos históricos². Igualmente, las evaluaciones plantean una serie de sesgos que pueden perjudicar injustamente al afectado, como puede ser el llamado «sesgo de autoselección» (Kramer, 2007, p. 255) o la represalia en sistemas recíprocos (Slee, 2013, pp. 6-7).

De la misma forma, dichas evaluaciones pueden constituir una amenaza a la privacidad y al honor del afectado. Por último, la posibilidad de publicar cualquier información sobre los trabajadores que quede accesible para futuros empresarios o clientes puede amenazar directamente

¹ Ver, por ejemplo, worktoday.com y jobtoday.com. En España la web Jobtoday basa su negocio en poner en contacto trabajadores del sector servicios –camareros, cocineros, limpiadores– con empresas, para realizar contratos temporales (un día, una semana, un mes...). La web, además, faculta a la empresa para evaluar al trabajador tras la finalización del contrato de trabajo temporal. Esa evaluación es pública para el resto de empresas que se inscriban en la aplicación.

² Un estudio demuestra que, en los arrendamientos, las personas blancas reciben un 12% más de ingresos que los arrendadores de color por el alquiler de habitaciones de similares características, véase Edelman, Luca y Svirsky, (2016, p. 1).

el ejercicio de derechos por parte de estos. Un trabajador que desee ejercer un derecho que contravenga los intereses de su empresario deberá superar un doble obstáculo, ya que, además de arriesgarse a ser despedido por ello, dicha información puede diseminarse entre el resto de empresarios (doble sanción).

Sumado a lo anterior, los estudios empíricos resaltan los riesgos psicológicos para los trabajadores que conlleva sentirse observados y juzgados por otros ciudadanos en todo momento³. En esta línea se debe añadir el riesgo derivado del poder que se otorga a los clientes respecto a otros seres humanos permitiendo valorarlos sin la debida preparación o formación para ejercer ese poder (FEPS, 2017). En efecto, la interacción diaria entre un supervisor y un trabajador crea una relación de mutua interdependencia y empatía (Ajunwa, *et al.*, 2017, p. 112) ausente entre un trabajador y un cliente, cuya interacción es esporádica y con bajas probabilidades de reiterarse.

En fin, en la configuración de estos sistemas *reputacionales* entran en conflicto tres derechos simultáneamente. Por una parte, la libertad de mercado de las empresas que buscan gestionar su negocio con el objetivo de mejorar la eficiencia y transparencia del mercado; de otro lado, el derecho de los clientes o empresarios de transmitir información y expresar sus opiniones; y, por último, el derecho al honor y a la intimidad de los trabajadores como derecho instrumental, que permite el ejercicio del resto de derechos (por ejemplo, el derecho al trabajo, a la justicia efectiva, etc.).

De esta forma, en este artículo se analizará la licitud y los límites de los sistemas *reputacionales* que evalúen a trabajadores como método de vigilancia y control desde el derecho constitucional a la protección de datos y, concretamente, desde la nueva regulación europea en materia de protección de datos.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO LÍMITE A LA VIGILANCIA Y EL CONTROL

El estudio de los sistemas *reputacionales* parte, necesariamente, del llamado «derecho de autodeterminación informativa». La doctrina lo define como el control de todo individuo sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, la dignidad y libertad. Su configuración como derecho implica necesariamente atribuir al ciudadano la facultad de determinar los aspectos de su vida que desea mantener privados, así como facultades que le permitan exigir que los datos sobre su persona que manejan terceros informáticamente son exactos, completos, actuales y que han sido obtenidos de modo leal y lícito (Murillo, 1993, pp. 32 y 51; Heredero, 1996).

³ Principalmente estrés por estar sometido a vigilancia constante, en el mismo sentido, Moore (2018) y De Stefano (2018).

Este planteamiento doctrinal fue acogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000) elevándolo a rango de derecho fundamental, donde se delimita con nitidez el contenido del derecho a la protección de datos. En este sentido, el Tribunal define el alcance del derecho en los siguientes términos:

La protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

De esta manera, conforme al derecho instituido por el Tribunal Constitucional, y positivizado en la Ley orgánica de protección de datos (en adelante, LOPD) y por el Reglamento general de protección de datos (en adelante, RGPD), las evaluaciones publicadas sobre trabajadores o profesionales en webs, foros o plataformas virtuales estarán, como regla general, bajo la disposición y el control del trabajador o profesional afectado (Álvarez y Cazorro, 2015, p. 1), dejando a instancia del interesado el borrado de cualquier información que le pudiera afectar y no fuera de su agrado⁴. De esta forma, de acuerdo con el derecho fundamental a la intimidad y a la dignidad personal, para poder proceder al tratamiento de datos de una persona, será necesario haber obtenido su consentimiento, concediendo la normativa el derecho a revocar este último, a oponerse al tratamiento o a ejercitar los derechos de rectificación y cancelación (Palacios, 2012). Ello implica que aquellos trabajadores en desacuerdo con las evaluaciones publicadas en una web pueden simplemente revocar su consentimiento –si alguna vez lo hubo–, oponerse a dicha evaluación –en los casos en los que no se requiere consentimiento– o solicitar la rectificación o cancelación de las evaluaciones negativas. No obstante, antes de adelantar conclusiones, se debe proceder al estudio de si estas evaluaciones realizadas sobre trabajadores y autónomos pueden encajar en el concepto de *dato personal* en el sentido del derecho fundamental.

⁴ Cuestión ya alertada por la doctrina con anterioridad, véase Arias (2010); también Boix (2015).

3.1. CONCEPTO DE DATO PERSONAL, EFECTOS DE LA APLICACIÓN DEL RGPD

3.1.1. Las evaluaciones como datos personales

Tras un análisis superficial, las evaluaciones realizadas por empresarios de sus trabajadores o por los clientes a los asalariados no parecen encajar en lo que sociológicamente se entiende por «datos personales». Las evaluaciones se refieren a hechos objetivos acaecidos en la relación que vincula a dos sujetos, pero enunciados con filtros de opinión, crítica y juicios de valor personales del sujeto que las realiza. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 6 del RGPD, se debe entender como dato personal «Toda información sobre una persona física identificada o identificable». De esta forma, cualquier información que se refiera a la vida de una persona, sea un documento, la voz o una fotografía, será considerada dato personal si permite su identificación. Lo que implica que cualquier recopilación de información sobre un sujeto, realizada mediante procesos informáticos entra en el ámbito de aplicación de la protección de datos, incluyendo las evaluaciones realizadas por los clientes, aunque estas no sean publicadas.

Por otra parte, en referencia a las publicaciones de información en internet, se ha considerado tratamiento de datos cualquier publicación en redes sociales, blogs, foros o webs en general⁵ en tanto que todo lo que existe en internet son bits sujetos a tratamiento automatizado (STJEU de 6 de noviembre de 2003 Caso Lindqvist). De acuerdo con esta sentencia:

Difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada (Cotino, 2007b, p. 146; Preciado, 2017, p. 43).

A nivel interno, la AEPD ha establecido que las expresiones, informaciones y comentarios vertidos en un foro son cuestiones de su competencia por cuanto una web es un fichero sujeto al régimen de protección de datos. Añade, además, que el titular de la web o el operador de telecomunicaciones que aloja el foro será el responsable del cumplimiento de la normativa sobre protección de datos aunque no responda ni controle sus contenidos⁶.

⁵ Así lo entiende la AEPD en la resolución R/01408/2014, respecto a información publicada en Facebook, o en la resolución R/00896/2011, respecto a un blog.

⁶ AEPD R/00598/2001 respecto T-Online Telecommunications Spain, SAU.

En definitiva, la marcada amplia conceptualización del concepto de «dato» realizada por la legislación (confirmada por nuestra doctrina y jurisprudencia⁷) lleva a considerar que la publicación en internet de evaluaciones realizadas en el ámbito del rendimiento laboral o del comportamiento profesional y de la actitud o aptitud de las personas físicas serán informaciones susceptibles de ser protegidas bajo el RGPD⁸.

3.2. FUNDAMENTOS VÁLIDOS PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS

3.2.1. Que sea necesario para la ejecución del contrato

El «derecho de autodeterminación informativa», en su formulación como derecho, implica necesariamente conceder al ciudadano poderes que permitan definir los aspectos de su vida que desea mantener privados, así como facultades que le aseguren que los datos de su persona que manejan terceros informáticamente son exactos, completos, actuales y que se han obtenido de modo leal y lícito (art. 5 RGPD) (Murillo, 1993, pp. 32 y 51; Heredero, 1996).

La licitud para el procesamiento de los datos parte de dos requisitos alternativos, i) el consentimiento del afectado y ii) que el tratamiento sea necesario para la ejecución del contrato (art. 6 RGPD).

i) El consentimiento del afectado

Como regla general, el tratamiento de datos de carácter personal depende de la voluntad de la persona concernida (Murillo, 1993, p. 57). El objetivo es que esa persona decida qué parcelas de su vida laboral, familiar, hábitos, gustos, etc., puedan ser registradas, tratadas, cedidas, etc., bien porque considera que no son una amenaza para su privacidad, bien porque le compensa el sacrificio (Guerrero, 2006, p. 257). De esta forma, el tratamiento de los datos exige que exista consentimiento del interesado, entendido este como la manifestación de voluntad *libre*, específica, voluntaria, informada y explícita, por la que el interesado acepta, a través de una declaración o un acto positivo inequívoco, que los datos de carácter personal que le conciernen sean objeto de tratamiento. Sumando a ello, el considerando 43 del RGPD establece que no es posible aceptar la licitud del tratamiento y procesamiento de datos basados en el consentimiento en relaciones donde exista un fuerte desequilibrio de poder entre las partes.

⁷ La doctrina ya ha señalado en alguna ocasión que el derecho europeo y el derecho español manejan una noción excesivamente amplia de dato personal al hacerla equivaler a «cualquier información», véase Buisán (2014) y Preciado (2017, p. 38).

⁸ En este sentido, AEPD R/00598/2007 y AEPD R/01871/2008.

Concretamente, el reglamento hace referencia a la relación entre Administraciones públicas y ciudadanos. No obstante, estas consideraciones parecen perfectamente aplicables a la relación laboral. De hecho, el grupo de trabajo del artículo 29 (GT29), en su Guía sobre el consentimiento bajo el RGPD (p. 8)⁹ entiende que el consentimiento de un trabajador difícilmente puede ser otorgado cumpliendo dichos requisitos (específicamente de forma *libre*). Por esta razón, el grupo de trabajo dictamina que, dada la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, como regla general, no se deberá entender válido el otorgamiento de consentimiento por parte del trabajador, debiendo ser únicamente aceptado como válido de forma excepcional. Concretamente, el GT29 entiende que el consentimiento podrá considerarse libremente dado, solamente cuando se pueda demostrar que el trabajador conocía la ausencia de consecuencias adversas con independencia de si otorgaba consentimiento o no (Blázquez, 2018, p. 72)¹⁰. Un hecho que parece difícil que se produzca en una relación laboral común.

Como han apuntado Ajunwa *et al.* (2017, p. 140), en materia de vigilancia, control y tratamiento de datos personales, el consentimiento del trabajador se convierte en una simple manera satírica de dar un «sello» de aprobación a todas las medidas que el empresario desee implementar, dado que en realidad el trabajador no tiene oportunidades reales de rechazar los deseos del empresario, esto es, no hay una verdadera autonomía de la voluntad en el momento de otorgar el consentimiento.

ii) Que sea necesario para la ejecución del contrato

Descartado que el trabajador pueda consentir válidamente para el tratamiento y procesamiento de datos por parte de la empresa –de conformidad a lo que se acaba de señalar–, el empresario deberá apoyarse en otra de las vías que recoge el RGPD para permitir lícitamente realizar estas acciones.

Concretamente, el artículo 6.2 del RGPD establece que será lícito el tratamiento de tales datos cuando el mismo 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. De esta forma, parece que la monitorización del ordenador, del uso de internet, del uso del teléfono o la videovigilancia del trabajador entran dentro de este concepto¹¹. No obstante, es pertinente señalar

⁹ Adoptado el 28 de noviembre de 2017.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 7.1 del RGPD la empresa es responsable de demostrar que el consentimiento fue dado libremente.

¹¹ Así lo afirmaba el GT29 en su Dictamen 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, teniendo en cuenta que en este punto el RGPD repite lo establecido por la directiva. De la misma forma, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2016, de 3 de marzo, estima que la empresa no viola el derecho a protección de datos al grabar a sus trabajadores, dado que la existencia de la relación laboral entre las partes hace innecesario el consentimiento individual de los trabajadores para la adopción de medidas de control de la actividad laboral (Blázquez, 2018, p. 68).

que el tratamiento de datos basado en el contrato debe limitarse al objeto del contrato¹² y, por lo tanto, se entenderá que dejará de ser lícito el tratamiento de los datos cuando la relación jurídica se extinga.

De esta forma, cualquier acopio o procesamiento de datos ajenos al contrato de trabajo será ilícito. Ello implica, en el contexto de la evaluación de los trabajadores por parte de los clientes o empresarios, que cualquier información o valoración realizada por los clientes de hechos o comportamientos del trabajador fuera del contexto laboral deberán ser eliminados inmediatamente por la empresa (o el responsable del tratamiento de esos datos). Incluyendo valoración sobre la personalidad o sobre hechos no relacionados –espacial o temporalmente– con el objeto del contrato de trabajo.

3.2.2. Supuestos concretos

i) Evaluaciones publicadas en internet para futuros empleos

En la actualidad ya existen plataformas web que, con objeto de proveer empleos a los trabajadores (normalmente empleos de corta duración), permiten a los empresarios evaluar a los trabajadores una vez concluida la relación laboral –o durante la relación laboral, pero quedando las informaciones publicadas para el futuro–. El objetivo perseguido por estas plataformas al permitir la evaluación y proceder a su posterior publicación es doble. En primer lugar, la finalidad de ofrecer información a futuros empresarios de la «calidad» de ese trabajador para que puedan tomar mejores decisiones de contratación (esto es, un objetivo en beneficio de futuros empresarios que usen esa plataforma para reclutar trabajadores). El segundo objetivo es disciplinario, consistente en que el empleado sepa que su comportamiento, actitudes, aptitudes, en la empresa actual será conocido por futuros potenciales empleadores, este segundo objetivo es en beneficio del empresario que en ese momento tiene contratado al trabajador, dado que, el trabajador temiendo no tener trabajo en el futuro se mostrará más dispuesto a realizar sus tareas con «servilismo» o incluso a no reclamar sus propios derechos.

Para conocer de la validez de este procedimiento de control de los trabajadores se debe partir de que, de acuerdo con el GT29, el consentimiento del trabajador no se debe entender válido. Por ello, la validez en este proceso de recopilación y publicación de evaluaciones dependerá de si podemos entenderlo necesario para la ejecución del contrato. En este sentido, no parece que para dar cumplimiento al objeto del contrato de trabajo sea necesaria la transmisión y cesión de informaciones a futuros empleadores de ese trabajador.

¹² La STC 202/1999, de 8 de noviembre, establece que para entender válido un procesamiento de datos basándose en que es «necesario para la ejecución del contrato» se debe alegar y probar un «interés contractual suficiente» siendo ilícito en caso contrario.

En efecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de noviembre de 2015 (rec. 899/2014) condenó a una empresa por ceder información sobre el rendimiento de un trabajador (y sobre sus «sospechas» de comportamiento irregular) a otras empresas, lo que le dificultó a este para encontrar un nuevo empleo. De hecho, la Sala de lo Civil entiende que, dada la dificultad para probar la cesión de los datos a otras empresas —en este caso no se había publicado en internet— y la afectación al derecho fundamental a la protección de datos, se debe aplicar una inversión de la carga de la prueba. Esto es, el trabajador solamente necesita demostrar un panorama indiciario de transferencia de dicha información, siendo la empresa, en tal caso, la que debe probar que no se incumplió la normativa.

A mayor abundamiento, esa sentencia se dictó estando vigente la antigua Directiva sobre protección de datos. No obstante, en la actualidad, la normativa impone una obligación de transparencia en el tratamiento de datos a la vez que dictamina que es la empresa, o quien sea el responsable del tratamiento de datos, la que debe estar en disposición de demostrar el cumplimiento de dicha normativa (art. 5.1 a) RGPD). De esta forma, en la actualidad sería defendible que ni siquiera es necesario demostrar ese panorama indiciario, siendo, directamente, obligación de la empresa demostrar un correcto uso de los datos de los trabajadores.

ii) Cesión de las evaluaciones para futuros clientes de la empresa

Otra de las prácticas que empieza a ser habitual es la valoración de los trabajadores de la empresa por clientes, no solamente a los efectos de tomar decisiones internas sobre esos trabajadores, sino para poner en conocimiento de futuros clientes esas evaluaciones. De esta forma, dentro del marco de la empresa, se permite que potenciales clientes puedan elegir qué trabajador concreto quieren que les preste el servicio. Una vez más, para analizar la legalidad del tratamiento de estos datos habrá que descartar como válido el consentimiento del trabajador y, en cambio, analizar si esa actuación es necesaria para la ejecución del contrato de trabajo. Por una parte, la publicación de las evaluaciones de los trabajadores en beneficio de la elección de los clientes pueda dar pie a una mejora de la satisfacción de estos últimos, mejorando con ello la situación de la compañía. Por otra parte, exponer públicamente las evaluaciones de los trabajadores afectará a su intimidad, a su protección de datos y, en ocasiones, incluso a su dignidad. En este sentido, siguiendo la ponderación necesaria a la hora de analizar qué derecho constitucional debe prevalecer, parece que se debería concluir que esta acción difícilmente superará el juicio constitucional de proporcionalidad, dado que existen formas menos lesivas de obtener la satisfacción de los consumidores con la empresa (necesidad)¹³.

¹³ Como ha declarado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 186/2000:

El empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo. En efecto, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar

3.2.3. Fines determinados, explícitos y legítimos

De acuerdo con el artículo 5.1 b) del RGPD, la recolección de los datos y su procesamiento debe estar orientada a un fin determinado y explícito. Ello implica dos cuestiones: i) la primera, que el reglamento exige informar al trabajador de cuáles serán los fines para los que se recoge cierta información, incluyendo la obligación de informar sobre cuál será la finalidad de la utilización de una videocámara, un *wearable* o para qué se solicita a los clientes que evalúen el servicio; ii) en segundo lugar, el reglamento impide recabar datos con unos determinados objetivos y utilizarlos para otros fines. Esto es, de acuerdo con la nueva normativa, en mi opinión, no parece posible establecer una videocámara con el objetivo explícito y anunciado de evitar robos en la empresa, para posteriormente utilizarlos con funciones disciplinarias. De la misma forma, si se informa que la evaluación de los clientes solo se empleará en funciones organizativas, no podrá utilizarse posteriormente para denegar un *bonus* al trabajador.

La única excepción a esta prohibición está prevista en el considerando 50 del reglamento, que reconoce la licitud de un tratamiento de datos para un fin distinto del anunciado si este es compatible con el fin de la recogida inicial. Ello parece significar que el empresario podrá utilizar la información recogida con un fin, bien análogo al fin para el que se recogió, bien accesorio o instrumental, necesario para cumplir con el fin para el que se informó al trabajador que se recogía dicha información¹⁴. Además, de conformidad con lo establecido en el apartado anterior, esos fines no podrán ser distintos a los «necesarios para la ejecución del contrato de trabajo».

si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

¹⁴ Concretamente el artículo 6.4 del RGPD establece que para analizar si el fin ulterior es compatible con el fin inicial para el que los datos fueron recogidos hay que valorar los siguientes aspectos: a) la relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto; b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento; d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto. Ello viene a significar que si la utilización ulterior de dichos datos es con una finalidad no contemplada inicialmente y en perjuicio del trabajador difícilmente podrá ser aceptada. Por su parte, la Guía on transparency under Regulation 2016/679 del GT29 establece otro requisito conforme a los artículos 13.3 y 14.4 del RGPD (p. 20). Este requisito consiste en que el trabajador debía razonablemente esperar que en el momento y en el contexto de obtención de sus datos que esos datos pudieran ser utilizados para esa finalidad adicional y ulterior, en otras palabras, que el trabajador no debe ser «cogido por sorpresa» en la finalidad ulterior del uso de sus datos. En definitiva, si el empresario no ha informado de que dichos datos se utilizaran para tomar decisiones disciplinarias de ascensos o de retribuciones, difícilmente el empresario podrá hacerlo sin infringir esta normativa.

Por esta razón, de acuerdo con esta regulación, si el empresario no informó, en absoluto, de los fines del tratamiento de datos, no parece que pueda posteriormente utilizar esa información en perjuicio de los trabajadores al contravenir esta regulación¹⁵.

Además de ello, la normativa parece exigir que, si las evaluaciones del trabajador realizadas por clientes van a ser publicadas en una página web, será necesario que se informe expresamente al trabajador de dicha circunstancia.

En segundo lugar, la finalidad perseguida en el tratamiento de datos debe ser legítima. Una vez más, la normativa exige que los datos recogidos –y en su caso su cesión y publicación– debe tener un objetivo legítimo. La legitimidad viene a suponer la imposibilidad de recoger datos con una finalidad contraria a la normativa, incluyendo especialmente los derechos fundamentales. De esta forma, toda información que persiga una finalidad discriminatoria (ideología, religión, creencias, afiliación sindical, nacionalidad) no podrá recogerse (y mucho menos cederse o publicarse) ni siquiera aunque pueda entenderse relevante a efectos de juzgar el rendimiento laboral.

En el mismo sentido, las informaciones sobre reclamaciones hechas por el trabajador contra su empresario no podrían publicarse a estos efectos, por ser un potencial vulnerador (al perseguir una finalidad disuasoria o coaccionadora) del derecho a la justicia efectiva (art. 24 CE). En general, la información acerca del ejercicio de un derecho por parte de un trabajador –especialmente si es fundamental– no debería poderse publicar, cuando dicha evaluación persiga un objetivo disuasorio del ejercicio de ese derecho. De lo contrario, además de ponerse en peligro la efectividad de los derechos de los trabajadores, se estaría ante una doble sanción para el trabajador: de un lado, la sanción contractual –por ejemplo, despido por represalia al ejercicio del derecho– y, de otro, la sanción social, esto es, la imposibilidad o dificultad de encontrar un nuevo trabajo en el futuro.

3.2.4. Los datos deben ser adecuados, pertinentes y necesarios

De acuerdo con el artículo 5.1 c) del RGPD los datos recogidos deben ser «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados». La adecuación hace referencia a la proporcionalidad o razonabilidad entre los datos recogidos y la finalidad

¹⁵ No obstante, recordemos que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 39/2016 de 3 de marzo entiende válida la recogida de imágenes de una trabajadora para su posterior despido no habiendo informado específicamente al trabajador de la posibilidad de utilizar disciplinariamente las imágenes recogidas. El único requisito que había cumplido la empresa es la instalación de un distintivo informativo ubicado en el escaparate dónde se informaba que la zona era «videovigilada». En este sentido, el Tribunal Constitucional entiende que no es «necesario especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control». En el mismo sentido, STS de 2 de febrero de 2017 (rec. 554/2016), al entender que lo importante no será informar del destino y finalidad de las cámaras, sino que la medida es razonable y proporcionada al objeto pretendido por el empresario. No obstante, no se debería olvidar que precisamente lo que hace la normativa en materia de protección de datos es realizar una ponderación de derechos fundamentales estableciendo límites al uso de los datos de los ciudadanos precisamente para salvaguardar esos derechos.

perseguida, mientras que la pertinencia se encuentre en relación con la idoneidad de los datos recogidos para conseguir las finalidades expresadas (Guerrero, 2006, p. 239). De esta forma, la legislación impide tratar los datos que no sean idóneos ni proporcionados a la finalidad *determinada y explícita*. Obviamente, este balance se deberá realizar en el caso concreto, siendo difícil sacar conclusiones de carácter general.

En el caso de evaluaciones a trabajadores por parte de clientes, se puede avanzar que cualquier dato no relacionado con la conducta o rendimiento profesional incumpliría estos criterios¹⁶. Ello implica que las informaciones no relacionadas con las aptitudes y con la capacidad profesional del trabajador no podrían ser recogidas, ni cedidas, ni publicadas¹⁷.

La prohibición de discriminación (arts. 14 CE y 17 ET) no solamente recoge una tutela sancionadora –declarando la nulidad de los actos discriminatorios– sino también una tutela preventiva. Esta tutela preventiva se había puesto de manifiesto en la prohibición del empresario de realizar averiguaciones sobre la vida privada del trabajador. Averiguaciones que se consideran ilegítimas cuando carecen de relación inmediata y directa con el puesto de trabajo (Goñi, 1988, p. 49). Pues bien, con fundamento a esta tutela preventiva, también debería considerarse ilegítimo el tratamiento y publicación en las evaluaciones en los sistemas reputacionales de cualquier dato o información no relacionada directamente con el puesto de trabajo. Conocer en qué ocupa el aspirante su tiempo libre o sus aficiones, la manera en que conduce su vida social o privada serán, en principio, cuestiones impertinentes. Se deben rechazar las argumentaciones que pretenden enlazar la fidelidad de un cónyuge con su fidelidad en la empresa o aquellas otras que intentan identificar las aficiones del trabajador con su laboriosidad o su tendencia al absentismo (Goñi, 1988, p. 48). Tal y como ha señalado la doctrina, todo dato no relacionado con la estricta capacidad laboral es susceptible de provocar «verdaderas listas negras de trabajadores» (Cardona, 1999, p. 248).

Por ello, en mi opinión, toda recogida de valoraciones que, directa o indirectamente, utilizan factores no relacionados con el trabajo debe considerarse no adecuada ni pertinente a efectos del RGPD.

En definitiva, solamente se podrán recolectar evaluaciones o informaciones relacionadas con la capacidad profesional del trabajador (pertinentes), que sean útiles para la comprobación de dicha capacidad (adecuadas), que no sean excesivas –es decir que no sean reiterativas o innecesarias– y que sean legítimas, esto es, que no sean susceptibles de afectar un derecho ni desincentivar su ejercicio.

¹⁶ La doctrina parece unánime en rechazar la relevancia de obtener datos personales del trabajador ajenos a su aptitud con fundamento en un carácter *intuitu personae* o una visión comunitaria de la empresa (Goñi, 1988, p. 50). Por ello, derivado de los riesgos de discriminación y la protección otorgada por el artículo 17.1 del ET, se entiende ilegítimo cualquier indagación sobre aspectos ajenos a la aptitud del trabajador, véase Fernández (1994, p. 512).

¹⁷ Respecto a las posibilidades de utilización de las redes sociales en los procesos de selección véase Cardona (2010, pp. 71 y ss.).

3.2.5. Exactitud de los datos

En cuarto lugar, el artículo 5.1 d) obliga a que los datos sean «exactos». De esta forma, cualquier falta de veracidad o inexactitud en la evaluación recogida o publicada proscibiría dicho principio. A su vez, obliga al responsable de los datos a tomar todas las medidas razonables para suprimir o rectificar aquellos que no sean exactos o que sean incompletos¹⁸. Por ello, si la evaluación realizada por el cliente, a pesar de no faltar a la verdad, omite datos relevantes para conocer la situación en su conjunto o datos justificativos de la actuación del asalariado, el responsable de los datos deberá asegurarse de completarlos de oficio.

Para el legislador europeo es tan importante la exactitud de los datos que no solamente impone una obligación de oficio de actualizar o completar los datos para que estos sean exactos, sino que, adicionalmente, el artículo 18.1 a) del RGPD otorga el derecho al afectado de exigir al responsable del tratamiento de los datos la limitación de dicho tratamiento hasta que se verifique la exactitud de los mismos. Es decir, no solo estamos ante la imposibilidad de registrar, tratar, ceder y publicar datos carentes de veracidad o incompletos, sino que también se impone la obligación de suspender su tratamiento, a petición del interesado, hasta que el empresario verifique la realidad de los hechos evaluados por el cliente (comportamiento del trabajador, actitud, etc.). Se está ante una especie de «medida cautelar» mientras el responsable de datos hace las averiguaciones sobre la veracidad o exactitud de los datos.

3.2.6. Transparencia y obligación de informar al interesado

Las obligaciones de «transparencia» son una de las mayores novedades que aporta la nueva regulación. Todo el reglamento gira en torno a la idea de transparencia en un sentido doble: de un lado, la transparencia como forma instrumental de obtener un tratamiento de datos justo (*fair*); de otro lado, como forma de adjudicar responsabilidad al administrador del sistema de tratamiento de datos por incumplimiento de la normativa (*accountability*)¹⁹. Pues bien, además de hallarse estos dos conceptos implícitos a lo largo de toda la normativa, el Reglamento dedica una sección completa a establecer obligaciones concretas para el responsable del tratamiento de datos de informar al interesado sobre numerosos extremos (capítulo III, sección 1.^a RGPD).

En este sentido, la normativa impone la obligación de entregar, de oficio, cierta información al afectado en la recolección de sus datos. La regulación distingue entre dos formas de obtener

¹⁸ Conforme al espíritu de la norma recae sobre el responsable del tratamiento de datos la carga de valorar la licitud, adecuación, pertinencia y exactitud de los datos, viniendo a establecerse por el reglamento lo que se ha llamado una obligación de resultado respecto a demostrar el respeto a los principios de protección de datos y la seguridad de los datos personales (Gil, 2017, p. 166).

¹⁹ Así, se dirá que la transparencia es uno de los bastiones de la democracia, del gobierno liberal y la principal forma de exigir responsabilidades y de evitar arbitrariedades y abusos en el ejercicio del poder (Edwards y Veale, 2017, p. 39).

información, imponiendo en cada caso obligaciones distintas. La primera consiste en la información obtenida directamente del afectado y, la segunda, la información obtenida de terceras partes.

En el primer supuesto se incluye información entregada conscientemente por el trabajador o información obtenida del trabajador mediante la utilización de aparatos electrónicos como puedan ser cámaras, *wearables*, programas de monitorización de ordenadores, correo electrónico, etc. El segundo supuesto –información proveniente de terceras partes– se refiere a información recogida de fuentes públicas (internet) o de otros sujetos (otras personas, entidades, organizaciones) incluyendo empresas dedicadas a vender datos (*data brokers*)²⁰.

La regulación determina el momento en que esa información debe ser entregada, a saber, i) por una parte, para información recogida del propio sujeto, se deberá cumplir con la obligación en el momento de obtención y ii) por otra parte, si la información es recogida de sujetos distintos al afectado, la obligación deberá cumplirse en un «periodo razonable» que puede extenderse como máximo un mes desde el momento en el que fue recogida la información (art. 14.3 a) RGPD).

Respecto al contenido de la obligación, la empresa, para cumplir con esta imposición, deberá entregar de oficio la siguiente información con independencia de la fuente de la información:

- 1) Identificación del responsable de datos y sus datos de contacto (arts. 13.1 a) y b) y 14.1 a) y b)
- 2) El fin específico y determinado para el que se utilizará la información y las bases legales en las que se justifica ese procesamiento de datos (arts. 13.1 c) y 14.1 c). Incluyendo la información sobre los fines proyectados, o planeados, para esos datos en el futuro (13.1 y 14.4) (Gil, 2017, p. 168).
- 3) Información sobre si se prevé la cesión de esos datos y, en caso afirmativo, quiénes serán los receptores (13.1 e) y 14.1 e). Téngase en cuenta que si la información –por ejemplo, evaluaciones de los trabajadores– va a ser publicada en una página web será difícil concretar los receptores de la información. No obstante, parece posible identificar simplemente categorías de receptores de información sin necesidad de individualizar los mismos –con nombres y apellidos–²¹.
- 4) El periodo de tiempo durante el que será mantenida la información o el criterio utilizado para determinar el periodo si no es posible concretarlo de antemano (13.2 a) y 14.2 a).
- 5) Los derechos del trabajador respecto a esos datos (acceso, rectificación, oposición, restricción, cancelación, portabilidad, arts. 13.2 b) y 14.2 c).

²⁰ Guía on transparency under Regulation 2016/679 del GT29, p. 14.

²¹ Guía on transparency under Regulation 2016/679 del GT29, p. 32.

- 6) Se deberá informar también del derecho a recurrir las decisiones ante la Autoridad competente (AEPD, arts. 13.2 d) y 14.2 e).
- 7) Información acerca de la existencia de procesamientos automatizados de datos o de toma de decisiones automáticas basadas en esos datos obtenidos sobre el trabajador (arts. 13.2 f) y 14.2 g). En caso de que existan esos procesamientos automatizados, el reglamento establece unas obligaciones muy completas de información y unos derechos específicos que se analizarán en plenitud al final de este epígrafe.

Sumado a estos derechos, en el caso de que la información no provenga del sujeto afectado sino de terceras partes, la empresa deberá informar al trabajador del origen de la información, esto es, la fuente de la información. Este derecho es imprescindible para permitir al trabajador refutar tales datos y que la empresa tome decisiones no sesgadas o basadas en datos inexactos o incompletos. En efecto, la regulación en protección de datos pretende proteger al sujeto de la ingente cantidad de información que las nuevas tecnologías ponen a disposición de las empresas. La transparencia se alza como la primera barrera ante posibles discriminaciones e injusticias a las que pueda estar sujeto el ciudadano. Por esta razón, de acuerdo con el principio de responsabilidad (*accountability*), la empresa deberá informar al trabajador de qué información utilizó para tomar su decisión y, adicionalmente, del origen de la misma, con objeto de evitar indefensiones al trabajador.

En el concreto caso de las evaluaciones de trabajadores por partes de clientes, este conjunto de obligaciones implica que no se podrán ocultar al trabajador las evaluaciones recibidas por los clientes sobre su actuación (obligación de informar en un plazo máximo de un mes desde que se obtuvo la información). Adicionalmente, estas obligaciones parecen impedir que la empresa recoja evaluaciones de fuente anónima sobre un trabajador concreto, dado que está obligada a informar al trabajador de la fuente de esa evaluación²².

La normativa europea establece dos excepciones a la obligación de revelar la fuente de la información. La primera es la «imposibilidad» de conocer la fuente. Sin embargo, esta «imposibilidad» no parece que pueda venir provocada por el propio empresario al decidir permitir las evaluaciones anónimas por parte de clientes u otros sujetos. De acuerdo con el GT29, la «imposibilidad» hace referencia a que la información no pueda ser atribuida a una fuente particular dado que fue extraída de diferentes fuentes indeterminadas²³. Esta excepción parece hacer referencia

²² Cabe decir que sobre este aspecto el reglamento parece caer en algún tipo de incongruencia al establecer en el derecho de acceso (art. 15 g) que el responsable del tratamiento estará obligado a entregar, «cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen». La referencia a «información disponible» parece indicar que no hay obligación alguna de obtener la fuente, sino solamente a entregarla cuando se tiene. Parece difícil de entender que el artículo 14 obligue a la empresa a informar sobre la fuente de oficio, y en el artículo 15, cuando es el interesado el que reclama la información, solamente informar de la fuente en caso de conocerla. Esto es, a mi juicio, es poco congruente establecer una obligación mayor cuando la responsable del tratamiento debe cumplir de oficio que cuando el interesado exige sus derechos.

²³ En este caso se deberá dar información general de las fuentes, considerando 61 del RGUE.

a la utilización de *bots* o algoritmos automatizados de procesamiento de datos que recolectan y combinan datos de forma automatizada para obtener informaciones o perfiles completos de personas o trabajadores. En este caso sería aplicable esta excepción en la cual la utilización de varias fuentes hace *imposible* determinar cada una de las fuentes, aunque seguiría siendo aplicable el artículo 22 del RGPD referente a creación automatizada de perfiles.

De hecho, en el caso de los informantes y los delatores en casos de ilegalidades, el GT29 en la Opinión 1/2016²⁴, considera que el sistema de recolección de denuncias anónimas colisiona con el principio esencial de recolección justa de los datos y, por ello, como regla general entiende que solo deben admitirse denuncias identificadas. Así pues, por analogía, no parece posible entender aceptable la posibilidad de emitir evaluaciones de trabajadores concretos de manera anónima.

La segunda excepción es la existencia de una obligación legal o estatutaria de guardar confidencialidad sobre la fuente. De esta forma, salvo que exista una obligación de origen normativo de guardar confidencialidad, la fuente deberá ser revelada²⁵.

Debe tenerse en cuenta que, si existe una obligación de informar al trabajador del contenido y de la fuente originaria de las evaluaciones que sobre su trabajo se haga por parte de los clientes, a su vez, la empresa deberá informar al cliente de la cesión de sus datos y del contenido de su evaluación ligada a su autoría en cumplimiento de esta obligación legal.

Una vez más, estas obligaciones existen para proteger al trabajador ante la ingente innovación tecnológica en materia de control. Es decir, respetando el artículo 20 del ET, el empresario podrá elegir la forma de control imponiendo aquellas medidas que considere adecuadas. No obstante, para proteger al trabajador –y para ponderar el derecho de la empresa con el derecho a la igualdad y a la privacidad del trabajador– la legislación sopesa los intereses llegando a la conclusión de que no se prohíbe la utilización de esta tecnología, pero sí se establecen salvaguardas, requisitos y protecciones para utilizarla (Garriga, 2018, p. 132).

Por último, a pesar de que ahora, con la nueva regulación, es la empresa la que tiene la obligación de entregar de oficio toda esta información, el reglamento sigue manteniendo el tradicional derecho de acceso (art. 15 RGPD), consistente en otorgar al interesado el derecho a reclamar toda información que la empresa tenga sobre él.

²⁴ GT29 (2006). Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime de 1 de febrero de 2006.

²⁵ Ello implica que las obligaciones de guardar confidencialidad de origen contractual, o las manifestaciones unilaterales de compromiso de guardar confidencialidad, no serían aplicables dado que contravendrían una normativa de rango reglamentario.

4. DERECHOS DE RECTIFICACIÓN, SUPRESIÓN Y LIMITACIÓN

4.1. ALCANCE Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE RECTIFICACIÓN, SUPRESIÓN Y LIMITACIÓN

El RGPD, como ya hacía la anterior directiva relativa a la protección de datos, concede una serie de derechos a los afectados por un tratamiento automatizado de datos. La principal diferencia con la anterior regulación es que mientras con la directiva estos derechos solo existían desde el momento en el que el interesado los ejercía, actualmente, la normativa impone, en primer lugar, la obligación al empresario de cumplir de oficio y de estar en posición de acreditar su cumplimiento (*accountability* y *transparency*). Y a la vez, mantiene la posibilidad de que el interesado reclame ese cumplimiento en caso de que el responsable del tratamiento de los datos no lo haga.

El derecho a la rectificación (art. 16 RGPD) implica el derecho a obtener, sin dilación indebida, la modificación de aquellos datos inexactos o incompletos. Ello implica que el trabajador tendrá derecho a «rebatir» las evaluaciones que sobre él se realicen por parte de terceros (clientes, otros compañeros, proveedores o su propio empresario) por medios informáticos. Conforme al artículo 5.1 d) del RGPD las informaciones en posesión de la empresa sobre un trabajador deben ser exactas y completas. De esta forma, si la empresa no cumple con esta previsión, el trabajador podrá ejercer su derecho a la rectificación para completar o dar exactitud a los hechos establecidos en la evaluación.

En fin, el derecho de rectificación, conforme al artículo 16 del RGPD, vendrá a suponer la *sustitución* de los datos erróneos o inexactos –que incumplan el principio de veracidad–, por los datos aportados por el afectado. Este derecho se ejercitará ante la empresa (o el responsable del tratamiento de los datos) y para el ejercicio de este derecho la RGPD no exige ningún requisito. No obstante, a mi juicio entiendo que deberá acreditarse o aportar un principio de prueba de que los datos son erróneos, incompletos o inexactos. La empresa, analizada la situación, sustituirá la anterior versión por la nueva, en el lugar en el que se encontraba la anterior –eliminando la anterior por faltar a la verdad– e indicando que ha habido una rectificación²⁶.

²⁶ De esta forma, se daría cumplimiento a la obligación fijada en el artículo 17.2 del RGPD que establece que, si la información:

Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento (...) adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Esta obligación es aplicable al caso de supresión, no obstante, parece que análogamente deba aplicarse también –debido a que la finalidad es la misma– en caso de rectificación de datos.

Téngase en cuenta que los derechos de acceso y rectificación no solamente se aplican a los datos recogidos, sino también al resultado obtenido tras el procesamiento de esos datos²⁷. Esto es, en caso de construcción de un perfil del trabajador o de una clasificación numérica o por categorías, el trabajador tendrá derecho a conocer esa clasificación (acceso) y exigir su modificación en caso de que tenga errores, sea inexacta o incompleta (rectificación).

Respecto al derecho a la supresión, este consiste en la potestad del trabajador de exigir la eliminación de sus datos que estén en posesión de la empresa pero que no cumplan con las prescripciones del reglamento. En efecto, el artículo 17.1 d) del RGPD establece el derecho al interesado a obtener la supresión de datos que le conciernan cuando «los datos personales hayan sido tratados ilícitamente». De esta forma, si la evaluación realizada por el cliente –o en general las informaciones recogidas por la empresa sobre el trabajador–, no son pertinentes, adecuadas, legítimas, exactas y completas –conforme se ha definido en el RGPD– el trabajador tendrá derecho a exigir su eliminación.

La supresión de los datos se producirá, de oficio o a solicitud del trabajador, cuando los datos no se ajusten a las disposiciones del RGPD (art. 17.1 d) y en particular cuando sean inexactos o incompletos. De esta manera, el afectado por la publicación de una evaluación podrá solicitar su eliminación si no se han cumplido las exigencias que se vienen describiendo. Es decir, el afectado podrá ejercer su derecho de supresión; i) si los datos que se recogieron, se cedieron o se publicaron no entran en el objeto del contrato de trabajo, esto es, no son relativos al rendimiento o habilidades o conocimientos del trabajador relacionados con el puesto de trabajo para el que se le contrata; ii) si no se hubiera informado al trabajador de las finalidades *determinadas y explícitas* para los que se recogían, cedían y publicaban los datos; iii) cuando las informaciones recogidas, cedidas o publicadas no sean *adecuadas y pertinentes* o sean *excesivas* respecto a las finalidades del contrato de trabajo; iv) en caso de que la finalidad perseguida no fuera *legítima* (por ejemplo, sea discriminatoria, incluidas discriminaciones indirectas); v) y, por último, en caso de que los datos sean inexactos o incorrectos o no veraces.

Se debe tener en cuenta que queda a la libre elección del trabajador ejercer el derecho de rectificación o de supresión, sin que se le pueda imponer uno por encima del otro. De esta forma, de acuerdo con el derecho a la supresión, en caso de que las evaluaciones publicadas no cumplieran los requisitos anteriormente citados, la empresa, «sin dilación indebida» (y como máximo un mes desde la solicitud del derecho) deberá eliminar dicha evaluación. Además, el artículo 17.2 del RGPD establece que, si los datos hubieran sido cedidos previamente a la supresión, el titular de los datos deberá informar de la supresión. En mi opinión, una forma de cumplir esta obligación sería establecer en la web donde figuraran las evaluaciones de los trabajadores, en el mismo lugar donde se encontraba la evaluación suprimida, que el afectado ha ejercido el derecho de supresión.

²⁷ En este sentido parece pronunciarse también el GT29 en su Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, de 3 de octubre de 2017, p. 18.

Por el contrario, en caso de que la empresa considerara que las informaciones cumplen todos los requisitos, podría denegar la supresión de la evaluación, si bien el considerando 59 exige que la empresa explique sus motivos en caso de rechazo. Sumado a ello, el afectado tendrá derecho a recurrir a la AEPD para que resuelva sobre el ejercicio de su derecho y de denunciar la infracción ante la ITSS.

Por último, el derecho a la limitación del tratamiento de datos viene regulado en el artículo 18 del RGPD. El ejercicio de este derecho implica limitar el tratamiento a su simple conservación –es decir, impidiendo su publicación y su uso–, mientras el responsable de los datos verifica la licitud de los mismos (esto es, que los datos son pertinentes, adecuados, legítimos, exactos y completos). De esta forma, estamos ante una especie de medida cautelar de obligada concesión, por la que la empresa deberá ocultar en caso de publicación –y no usar– los datos mientras verifica la exactitud de los mismos.

Una vez más, en caso de que la empresa deniegue o ignore el ejercicio de estos derechos, el afectado podrá recurrir a la protección de la AEPD o, como se verá más adelante, a la ITSS.

4.2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE RECTIFICACIÓN Y SUPRESIÓN

Las evaluaciones realizadas por clientes sobre un trabajador no son solamente informaciones, sino que incluyen siempre opiniones y juicios subjetivos. De esta manera, aunque se pueda ejercer el derecho de rectificación de la RGPD sobre informaciones, no será tan sencillo cuando estas evaluaciones o comentarios incluyan opiniones o juicios de valor (Todolí, 2017, cap. 3). En este caso, lo que parece que exija el derecho de rectificación es dar la oportunidad al trabajador para que rebata –o aporte su visión de los hechos– las opiniones dadas por el cliente y, de esta forma, obligue a la empresa a realizar una investigación con objeto de aclarar la veracidad de las afirmaciones, dejando las valoraciones personales sobre hechos veraces intactas.

Hasta el momento se han analizado las evaluaciones realizadas por clientes o empresarios desde la perspectiva del interesado o afectado en su protección de datos. No obstante, existe otra perspectiva: el derecho de libertad de expresión y de información del que emite la evaluación. En efecto, existen más Derechos Fundamentales afectados que deben tenerse en cuenta a la hora de estudiar la posibilidad de recoger y publicar las valoraciones de trabajadores en internet. Esto es, la libertad de expresión como protectora de la difusión de ideas y opiniones, la libertad de información como derecho a comunicar hechos e, incluso, la libertad de información, en su vertiente pasiva, como derecho de la ciudadanía a ser informada y recibir información (al respecto se puede consultar SSTC 105/1983; 51/1985; 20/1992; 223/1992; 123/1993 y 34/1996).

En efecto, el artículo 17.3 del RGPD establece la imposibilidad de ejercer el derecho a la supresión de datos e informaciones cuando esta sea necesaria «para ejercer el derecho a la liber-

dad de expresión e información». Así pues, el trabajador no tendrá derecho a suprimir cierta información –aunque esta sea procesada de forma ilícita–, si se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión e información del cliente que realiza la evaluación²⁸.

La doctrina señala que, dada la normativa europea, se debe abandonar un criterio subjetivo respecto a la libertad de expresión y sustituirlo por uno objetivo. Es decir, la libertad de información no quedará restringida a los periodistas o a los medios de comunicación institucionalizados²⁹, sino que abarcará a todo ciudadano siempre que cumpla las funciones periodísticas con independencia del medio que se emplee (Troncoso, 2012). De esta forma, se debe partir de la base de que cualquier ciudadano –a través de un blog, web o foro– tiene derecho a ejercer su libertad de expresión³⁰.

Así pues, el balance entre derecho a la intimidad –protección de datos– y el derecho a la libertad de expresión –e información– se deberá realizar, bajo el principio de proporcionalidad, conforme al interés general de la información³¹.

Ello implica que no toda alegación de afectación al derecho a la libertad de expresión será suficiente para impedir ejercer el derecho de supresión, sino que solamente en los casos en los que la libertad de expresión se utilice en beneficio del interés general.

La relevancia pública o el interés general de una información determinada es un concepto indeterminado que deberá analizarse caso por caso. No obstante, se puede avanzar que, habitualmente, no se apreciará relevancia pública en las evaluaciones de los trabajadores o profesiones. Solamente se observará interés general cuando la información divulgada favorezca a la construcción informada de la opinión pública de la ciudadanía. Esto es, la relevancia pública de unos hechos se mide en cuanto al interés social como ciudadanos en una democracia que exige personas informadas, y, por lo tanto, la relevancia pública no se refiere a aquello que pueda interesar a un consumidor en el mercado.

Por ello, se mantiene que existirá un interés general solamente cuando las informaciones estén relacionadas con trabajadores que ejerzan cargos públicos o una profesión de notoriedad

²⁸ Obsérvese que este derecho a la libertad de expresión e información no se opone al ejercicio del derecho de rectificación y es que cuando existan datos inexactos o incompletos que deseen rectificarse la libertad de expresión no entra en juego. La libertad de expresión solamente cubre informaciones veraces y de relevancia pública o interés general.

²⁹ Como así lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, que a pesar de reconocer que la libertad de información no corresponde exclusivamente a los profesionales de la información sino a todos, establece que el derecho va a alcanzar su máximo nivel cuando es ejercitada por profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa (STC 165/1987).

³⁰ Sin necesidad de tener que ser un periodista profesional, Cotino (2007a, p. 389).

³¹ STJUE de 13 de mayo de 2014, C-131/12, criterios utilizados por la famosa sentencia sobre el «derecho al olvido».

o proyección pública, como pueda ser la de médico³², arquitecto³³ o funcionario³⁴, pero no para abogados³⁵ y otras profesiones que carecen de proyección pública³⁶.

En fin, se entiende que las expresiones y manifestaciones vertidas en internet están amparadas, en principio, por la libertad de expresión y, por ello, habrá que dilucidar qué derecho es preferente –protección de datos o libertad de expresión– siendo la *ratio decidendi* la existencia de interés público. De esta forma, en caso de existir interés público, no habría obligación de suprimir las evaluaciones, a pesar de no cumplir con la normativa de protección de datos.

No obstante, si bien en las evaluaciones de trabajadores y profesionales *difícilmente* se podrá encontrar el interés general o público requerido por la jurisprudencia para permitir la publicación y difusión de opiniones sobre personas ajenas –incluyendo su conducta profesional o su rendimiento laboral–, habrá que estar al caso concreto.

5. CONCLUSIONES

1. Una de las primeras conclusiones es que, desde la entrada en vigor del RGPD, no será posible, como regla general, fundamentar un tratamiento o recolección de datos –incluyendo la vigilancia y el control– de los trabajadores basado en el consentimiento. En efecto, las diferencias de poder de negociación entre empresario y trabajadores hacen prácticamente imposible entender que el consentimiento dado por el trabajador es «libre» –tal y como exige el reglamento–. Por ello, solamente, se podrá entender válido el tratamiento de datos cuando este sea necesario para la ejecución del contrato de trabajo, esto es, relacionado con la capacidad profesional del trabajador.
2. Sumado a ello, el reglamento establece que para poder recolectar informaciones relacionadas con la capacidad profesional del trabajador (pertinentes), estas deben ser útiles para

³² STS, Sala 1.ª, de 3 de abril de 2012 (rec. 172/2010).

³³ SAN de 25 de mayo de 2012 (rec. 639/2010) que deniega el ejercicio del derecho de cancelación a un interesado que pretendía suprimir todos los datos referidos a su persona publicados en un periódico digital en las que se criticaba diferentes aspectos de su conducta, en su condición de funcionario de un ayuntamiento. La sentencia alude a la proporcionalidad de la utilización de sus datos con la finalidad que se pretende, puesto que su utilización constituye un instrumento imprescindible sin el cual la crítica o la información carecería de sentido y se vaciaría de contenido. Las informaciones vertidas sobre funcionarios se entienden de interés general, probablemente porque su sueldo es sufragado por los impuestos de todos.

³⁴ STS, Sala 1.ª, de 11 de febrero de 2009 (rec. 574/2003).

³⁵ AEPD R/00598/2007.

³⁶ Dado que, como regla general, la reputación ajena constituye un límite al derecho a expresarse libremente (STC 297/2000).

la comprobación de dicha capacidad (adecuadas), que no sean excesivas –es decir que no sean reiterativas o innecesarias– y que sean legítimas, esto es, que no sean susceptibles de afectar a un derecho o desincentivar su ejercicio.

3. A este respecto, no parece posible que un empresario publique las evaluaciones que sus trabajadores reciben de los clientes. La cesión de dicha información, que podrá ser conocida y utilizada por futuros empleadores, implicaría una doble sanción para el trabajador. Es decir, por una parte, la sanción contractual o disciplinaria y, por otra parte, la sanción social, esto es, el aumento de dificultad del trabajador para encontrar un futuro trabajo.
4. En las evaluaciones de trabajadores por partes de clientes no parece poderse ocultar al trabajador las evaluaciones recibidas por los clientes sobre su actuación (obligación de informar en un plazo máximo de un mes desde que se obtuvo la información). Adicionalmente, estas obligaciones parecen impedir que la empresa recoja evaluaciones de fuente anónima sobre un trabajador concreto, dado que está obligada a informar al trabajador de la fuente de esa evaluación. En definitiva, la evaluación anónima colisiona con el principio esencial de recolección justa de los datos y, por ello, como regla general se debe entender que solo debe admitirse evaluaciones identificadas.
5. El reglamento también exige que los datos en poder del empresario sean exactos o completos, ello implica la posibilidad del trabajador de exigir la supresión de las evaluaciones de los clientes si estas son inexactas, incompletas o directamente faltan a la verdad.
6. Por último, se debe señalar que, además de las acciones judiciales de reclamación de daños por incumplimiento de la normativa (art. 79 RGPD) y las posibles sanciones impuestas por la AEPD por incumplimientos en materia de protección de datos (art. 77), se debe poner en valor la labor de la Inspección de trabajo a la hora de aplicar la normativa de protección de datos en el ámbito de las relaciones laborales. En efecto, el artículo 8.11 de la LISOS recoge como infracciones muy graves los actos del empresario contrarios al respeto a la intimidad (...) de los trabajadores. En este sentido, como se ha visto en este trabajo, la protección de datos tiene arraigo en el derecho a la intimidad (art. 18 CE) de los trabajadores, por lo que, puede entenderse que una vulneración de un derecho en materia de protección de datos de los trabajadores es una vulneración de la intimidad de estos sancionable por la LISOS.

Referencias bibliográficas

- Ajunwa I., Crawford K., Schultz, J. (2017). Limitless worker surveillance. *California Law Review*, 105(3), 102-142.
- Álvarez Hernando, J. y Cazorro Barahona, V. (2015). El ejercicio de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (arco) derecho al olvido en internet. *Practicum Protección de Datos*. Navarra: Thomson Reuters.
- Arias Maíz, V. (2010). Una excepción al principio de consentimiento informado no contemplada en el artículo 6 de la LOPD: el uso de datos personales por medios de comunicación. En A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentarios a la LOPD* (pp. 560-575). Madrid: Civitas.
- Blázquez Agudo, E. (2018). *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid: CISS.
- Boix Palop, A. (2015). El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el «derecho al olvido» y las libertades informativas tras la Sentencia Google. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38, 10-25.
- Buisán García, N. (2014). El derecho al olvido. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 46, 22-35.
- Cardona Rubert, M. B. (1999). *Informática y contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cardona Rubert, M. B. (2010). La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa. *Revista de Derecho Social*, 52, 67-77.
- Cotino Hueso, L. (2007a). La colisión del derecho a la protección de datos personales y las libertades informativas en la red. Pautas generales y particulares de solución. En L. Cotino Hueso (Coord.), *La libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información* (pp. 386-401). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cotino Hueso, L. (2007b). Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión. En L. Cotino Hueso (Coord.), *La libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información* (pp. 133-234). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Stefano, V. (2018). Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial intelligence and labour protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3178233> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Edelman, B., Luca, M. y Svirsky, D. (2016). Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment. *Working paper*. Recuperado de <<http://www.benedelman.org/publications/airbnb-guest-discrimination-2016-01-06.pdf>> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Edwards, L. y Veale, M. (2017). ¿Slave to the Algorithm? Why a «Right to an Explanation» Is Probably Not the Remedy You Are Looking For. *Duke Law & Technology Review*, 16(1), 1-67.

- FEPS. (2017). *Work in the european gig economy-employment in the era of online platforms*. Recuperado de <<http://www.feps-europe.eu/en/publications/details/579>> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Garriga Domínguez, A. (2018). La elaboración de perfiles y su impacto en los derechos fundamentales. Una primera aproximación a su regulación en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea. *Derechos y Libertades*, 38, 107-139.
- Fernández Villazón, L. A. (1994). Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores. *Relaciones Laborales*, 1, 511-538.
- Gil González, E. (2017). Aproximación al estudio de las decisiones automatizadas en el seno del Reglamento General Europeo de Protección de Datos a la luz de las tecnologías *big data* y de aprendizaje computacional. *Revista Española de la Transparencia*, 5, 165-179.
- Goñi Sein, J. L. (1988). *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas.
- GT29. (2006). Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime de 1 de febrero de 2006.
- GT29. (2014). Dictamen 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.
- GT29. (2016). Guía on transparency under Regulation 2016/679.
- GT29. (2017). Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, de 3 de octubre de 2017.
- GT29. (2017). Guía sobre el consentimiento bajo el RGPD adoptado el 28 de noviembre de 2017.
- Guerrero Picó, M. C. (2006). *El impacto de internet en el Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*. Madrid: Marcial Pons.
- Heredero Higuera, M. (1996). *Ley orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal: comentario y textos*. Madrid: Tecnos.
- Hoffman, K., Zage, D. y Nita-Rotaru, C. (2009). A survey of Attack and defense Techniques for reputation systems. *ACM computing survey*, 42, 1, 1-31, Recuperado de <<https://dl.acm.org/citation.cfm?id=1592452>> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Kramer, M. (2007). Self-selection bias in reputation Systems. *International Federation for information Processing*, 238, 55-268.
- Moore, P. (2018). Digitalisation of work and resistance. En P. Moore, M. Upchurch y X. Whittaker (Eds.), *Humans and Machines at Work: Monitoring, Surveillance and Automation in Contemporary Capitalism*. NY: Palgrave Macmillan.
- Murillo de la Cueva, P. L. (1993). Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). *Cuadernos y Debates*, 43. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Palacios González, M. D. (2012). El poder de autodeterminación de los datos personales en internet. *IDP*, 14, 61-74.
- Preciado Domènech, C. (2017). *El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo adaptado al nuevo reglamento 679/2016, de 27 de abril*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

- Slee, T. (2013). Some obvious things about internet reputation systems. Recuperado de <http://tomslee.net/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/2013-09-23_reputation_systems.pdf> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Sprage, R. (2015). Worker(Mis) Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to fit in Round Holes. *A.B.A. Journal of Labor & Employment Law*, 31, 1-23.
- Thierer, A., Koopman, C., Hobson, A. y Kuiper C. (2015). How the internet, the sharing economy, and reputational feedback mechanisms solve the «Lemons Problem». Recuperado de <<https://www.mercatus.org/system/files/Thierer-Lemons-Problem.pdf>> (consultado el 28 de mayo de 2018).
- Todolí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Troncoso Reigada, A. (2012). El derecho al olvido en internet a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales de la Unión Europea. *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, 59.