

Implicaciones jurídico-laborales de la valoración de la prestación de servicios del trabajador por parte de la clientela de la empresa: Protección de datos, algoritmos y gestión de plantillas

Erik Monreal Bringsvaerd

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de las islas Baleares

Labour law implications of the valuation of employee service provision by the company's clientele: Data protection, algorithms and workforce management

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PREFERENCIAS DE LA CLIENTELA Y REPERCUSIONES EN ENTORNOS DE TRABAJO ANALÓGICOS. 1. Introducción. 1.1. Preferencias de los clientes y medidas de ordenación y organización del trabajo. 1.2. Quejas de los clientes y resolución del contrato. 1.2.1. Quejas, vigilancia y control y sanciones disciplinarias. Las contrataciones de servicios. 1.2.2. Las quejas sobre la prestación de servicios del TRADE: Una fina línea entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. 2. Valoraciones de la clientela y sesgos cognitivos. III. PREFERENCIAS DE LA CLIENTELA Y REPERCUSIONES EN ENTORNOS DE TRABAJO DIGITALIZADOS. 1. Introducción. 2. Normativa aplicable al tratamiento automatizado empresarial de las valoraciones por parte de la clientela de la prestación de servicios del trabajador. 3. Bases jurídicas del tratamiento: Necesario para la ejecución del contrato o realizado en interés de la empresa o de un tercero. 3.1. La necesidad de ejecutar el contrato. 3.1.1. Fundamento para el tratamiento de datos. En particular, las valoraciones del trabajador por parte de usuarios en plataformas digitales de intermediación y en plataformas digitales de trabajos presenciales. a. Plataformas digitales de intermediación. b. Plataformas digitales de trabajos presenciales. 3.1.2. Fundamento para adoptar decisiones totalmente automatizadas y para elaborar perfiles. a. Regla general. Art. 22.1 RGPD. Prohibición de decisiones totalmente automatizadas o elaboración de perfiles: Algunos interro-

gantes. b. Excepción a la regla general. Art. 22.2.a RGPD. Decisiones totalmente automatizadas, o perfiles, necesarios para la ejecución del contrato. 3.2. El interés de la empresa o de un tercero: Supuestos. 3.2.1. Recogida de valoraciones en foros virtuales abiertos. 3.2.2. Circulación de datos en grupos de empresas: Listas negras de trabajadores. 3.2.3. La gestión digitalizada de recursos humanos. 4. Garantías de transparencia de la gestión digitalizada de las reseñas y evaluaciones de los trabajadores por parte de los clientes de la empresa. 4.1. El derecho a conocer la base jurídica y la finalidad del tratamiento. 4.2. El RGPD. La inadecuación de sus principios en relación con los sistemas de valoración de trabajadores por la clientela. 4.3. El RIA y la DPlat. La tutela frente a los riesgos de los algoritmos, en particular en las plataformas digitales de trabajo. 4.4. Protección de datos, algoritmos, poder de dirección, derechos materiales y transparencia. Una valoración crítica. 5. La STS 25.09.2020 y la valoración de la prestación de servicios del rider por parte de los usuarios de la plataforma como –falso– indicio de laboralidad. 5.1. Quejas: Despido disciplinario y resolución del contrato del TRADE. 5.2. Enfoque en perspectiva de protección de datos. 5.2.1. Un tratamiento de datos necesario para el desarrollo de la actividad empresarial o, en su caso, efectuado en interés de la empresa. a. *Ratio decidendi* de la STS 25.09.2020 y base jurídica del tratamiento de datos. b. Perspectiva del art. 88.2 RGPD. c. Perspectiva de la STJUE 30.03.2023. 5.3. Perfiles electrónicos de asignación de tareas. Su relevancia para la calificación del contrato. 5.4. Condicionantes de la naturaleza del contrato. 5.4.1. La presunción legal de laboralidad del trabajo, del trabajo en plataformas de reparto y del trabajo en todo tipo de plataforma digital de trabajo. 5.4.2. La neutralidad de los algoritmos de asignación de tareas

RESUMEN: La técnica de gestión de plantillas consistente en ofrecer a la clientela de la empresa la oportunidad de valorar la prestación de servicios de sus trabajadores sirve sobre todo para organizar el trabajo, con consecuencias en materia retributiva o de reorganización productiva. En las empresas digitalizadas hay que encajar el tratamiento de los datos del trabajador que resultan de estas valoraciones en la base jurídica que lo fundamenta. La normativa sobre protección de datos y algoritmos se aplica tanto a los trabajadores subordinados como a los autónomos, existiendo argumentos para interpretar que una plataforma digital puede utilizar perfiles electrónicos de TRADE para la asignación de tareas que procesan sus reseñas digitales sin caer en la presunción legal de subordinación del trabajo en plataformas de reparto.

Palabras clave: Clientela, tratamiento de datos, poder de dirección, algoritmos, plataformas digitales, presunción de laboralidad

ABSTRACT: The workforce management technique consisting of offering the company's clients the opportunity to assess the provision of services by its workers serves above all to organize work, with consequences in terms of remuneration or productive reorganization. In digitalized companies, the processing of worker data resulting from these assessments must fit into the legal basis on which it is based. The regulations on data protection and algorithms apply to both subordinate and self-employed workers, and there are arguments to interpret that a digital platform can use TRADE electronic profiles to assign tasks that process them digital reviews without falling into the legal presumption of subordination of work on delivery platforms

Keywords: Clients, data processing, management power, algorithms, digital platforms, presumption of employment

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Para ser competitiva y crear empleo la empresa necesita una clientela satisfecha que marque razonablemente el ritmo de su proceso productivo. Ninguna empresa debería permitirse desatender las preferencias de sus clientes, incluidas las observaciones que estos hagan sobre la prestación de servicios de su plantilla. La STJUE 14.03.2017¹ indica que una política empresarial que tiende a adaptarse a los gustos del cliente está amparada por la libertad de empresa y que ello puede comportar restricciones en los derechos del trabajador, por ejemplo la obligación de quitarse el velo islámico en el trabajo. El límite a esta política de gestión radica en que las medidas de la empresa adoptadas para satisfacer a su clientela no sean discriminatorias, como por ejemplo pasa cuando una empresa no contrata trabajadores marroquíes solo porque sus clientes no los quieren².

Una política de ajuste a preferencias del cliente que implica recortes en derechos del trabajador no es discriminatoria si el recorte es proporcional en relación con el fin que persigue la empresa. Aspecto en el que no entro porque este monográfico incluye un estudio específico. Lo que sí señalo, porque enlaza con mi estudio, es que las directrices generales de la empresa sobre atención a las preferencias de sus clientes y la propia normativa antidiscriminatoria se aplican al margen de si los trabajadores de plantilla son subordinados o autónomos. Todo depende de si el trabajador, aun sujeto a directrices organizativas de la empresa basadas en preferencias de sus clientes, disfruta de una autonomía en la realización de su trabajo que lo sitúa fuera del art. 1.1 ET y dentro del art. 11 LETA, como trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

El objeto de este estudio es analizar las implicaciones laborales de la valoración de la prestación de servicios del trabajador por los clientes de la empresa. Abro dos apartados. El primero centrado en marcos donde los procesos productivos se desarrollan sin especial uso de las nuevas tecnologías y donde los departamentos de recursos humanos funcionan de manera tradicional. Esto es, recogiendo y registrando en fichas atributos de los trabajadores como su titulación, antigüedad o valoraciones de los clientes recogidas mediante métodos clásicos como encuestas de satisfacción, hojas de reclamaciones, libros de visitas o departamentos de atención al cliente. Este apartado identifica aspectos como la naturaleza del poder de dirección que ejerce el empresario cuando adopta medidas de gestión basadas en preferencias de los clientes, las áreas donde producen efectos estas medidas o la variable 'queja del

1 C-157/15.

2 Vid., STJUE 10.07.2008 (C-54/07). O también cuando IBERIA ofrecía la jubilación anticipada solo a las auxiliares de vuelo mayores de 35 años, vid., STConst. 207/1987.

cliente/poder disciplinario', también en el ámbito del TRADE, que hay que asimilar bien de cara al posterior desarrollo del segundo apartado.

El segundo apartado realiza la misma aproximación en un marco tecnológico, donde los dispositivos digitales que gestionan del trabajo convierten a los trabajadores en inagotable fuente de datos³. El algoritmo puede optimizar, en beneficio de la empresa, la adopción de decisiones empresariales total o parcialmente automatizadas, existiendo también el riesgo de que estas decisiones produzcan efectos discriminatorios, tanto para el trabajador subordinado como para el autónomo. Dicotomía 'trabajo autónomo/trabajo subordinado' que, en las plataformas de reparto, plantea un escenario particular que fue objeto de una solución jurisprudencial, la de la STS 25.09.2020⁴ cuando declaró la laboralidad del contrato de los trabajadores de GLOVO, a mi juicio muy controvertida, que a su vez condujo a la aprobación de la disposición adic. 23ª ET, que establece una presunción de laboralidad específica del trabajo en estas plataformas.

II. PREFERENCIAS DE LA CLIENTELA Y REPERCUSIONES EN ENTORNOS DE TRABAJO ANALÓGICOS

1 Introducción

En el sector servicios es importante gestionar los componentes emocionales que el cliente experimenta con el servicio que recibe⁵. Canales para recoger estas experiencias como las hojas de reclamaciones o los departamentos de atención sirven para que los clientes, normalmente a iniciativa de los propios clientes, formulen quejas sobre la empresa, su funcionamiento o el producto o sobre el trabajador que ha realizado el servicio. Las encuestas de calidad sirven para conocer, a iniciativa de la empresa, la satisfacción del cliente con la empresa y su política y también con la prestación de servicios dispensada por el trabajador.

En el ordenamiento jurídico laboral, una vez que la información proporcionada por el cliente sobre la prestación de servicios del trabajador obra en poder de la empresa, esta, en ejercicio de su poder de dirección —art. 20 ET—, podrá adoptar la medida de gestión laboral que al efecto convenga. Pero el poder de dirección empresarial constituye un "género" que incluye diferentes facultades⁶. De modo que las medidas de

3 Vid., THIBAUT ARANDA, X.: 'La base jurídica del tratamiento de datos personales en el ámbito laboral', en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.), Valencia, 2020, pág. 360.

4 Rec. 4746/2019.

5 Vid., BERRY, L., WALL, E. y CARBONE, L.: 'Claves de servicio y evaluación de la experiencia de servicio por parte de los clientes: lecciones de marketing', *Revista de Empresa. La fuente de ideas del ejecutivo*, marzo, 2007, págs. 5-9.

6 Vid., MONTAYA MELGAR, A.: 'Poder de dirección y videovigilancia laboral', en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, cit., pág. 191.

empresa adoptadas para satisfacer a la clientela con repercusión en las condiciones de trabajo pueden contar con el fundamento jurídico del poder de ordenación y organización del trabajo del art. 20.2 ET, del poder de vigilancia y control del art. 20.3 ET o con ambos fundamentos.

1.1. Preferencias de los clientes y medidas de ordenación y organización del trabajo

Nuestra doctrina científica explica que la valoración de la prestación de servicios de los trabajadores por parte de los clientes de la empresa se utiliza por la negociación colectiva o por la empresa de forma unilateral para adoptar decisiones en materia salarial, movilidad funcional, promoción interna o rescisiones contractuales por motivos organizativos⁷. Y nuestra doctrina judicial confirma que existen diferentes dinámicas asociadas a las preferencias de los clientes y a su valoración de la prestación de los servicios de los trabajadores con repercusión jurídico laboral.

Por ejemplo, la baja puntuación de los alumnos en una encuesta de satisfacción docente puede hacer que una profesora embarazada no supere el periodo de prueba⁸. También puede suceder que las indicaciones de los clientes de la empresa sirvan para evidenciar la concurrencia de una causa ETOP⁹. Las quejas de los clientes pueden asimismo funcionar como criterio de selección de trabajadores en despidos ETOP¹⁰ o, en fin, fundamentar una evaluación negativa del desempeño que determina la exclusión del trabajador afectado de una bolsa de empleo¹¹.

7 Vid., VIGO SERRALVO, F.: 'Las encuestas y las reseñas digitales como método de control empresarial: problemática jurídico-laboral desde una óptica sustantiva y ritual', en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 2022, pág. 972.

8 Medida que convalida la STSJ Madrid 12.09.2018 (rec. 531/2018) atendiendo a que *"la empleadora parte de un dato objetivo y es las encuestas efectuadas sobre la actividad docente de la actora no fueron satisfactorias"*.

9 Supuesto resuelto en STSJ Madrid 29.09.2017 (rec. 603/2017): *"Es en diciembre de 2016 cuando la empresa toma la decisión de reorganizar el departamento de compras para distribuir los recursos y evitar un sobre costo económico, atribuyendo dichas funciones al departamento de ingeniería (para los proveedores de ingeniería) y al departamento de tiendas (para los proveedores de tiendas), habiendo tenido la empresa quejas de los clientes por la disfunción del servicio de compras. Con tales presupuesto parece razonable que la empresa, o por mejor decir, el grupo mercantil, decidiera cerrar el departamento de compras poniendo en marcha un nuevo servicio centralizado para la contratación y compras"*.

10 En la STSJ Asturias 07.03.2017 (rec. 28072017) el Tribunal declara finalmente la improcedencia del despido por no quedar acreditada la causa. Pero lo que interesa es que el trabajador, técnico de mantenimiento de redes e instalaciones telefónicas, solicitaba la nulidad del despido por considerar que el criterio de selección *"consistió en elegir a los trabajadores que más incidencias o quejas de los clientes tuvieran, lo que supone un despido disciplinario encubierto, un abuso de derecho y una discriminación conllevando la declaración de nulidad del despido"* y el Tribunal argumentó, dando por bueno este criterio de selección, que *"a la parte recurrente le corresponde la carga de probar que no se encontraba entre los trabajadores con más incidencias o quejas, para así poder deducir que la actuación empresarial no estuvo motivada por ese criterio"*.

11 STS 04.04.2019 (rec. 1226/2017).

Estas medidas adoptadas por la empresa una vez desveladas, mediante la recogida de la opinión de sus clientes, las circunstancias que traban el desarrollo de sus procesos no son medidas de control del art. 20.3 ET; más bien son necesarias para ordenar y organizar el proceso productivo. Son medidas puramente organizativas que la empresa adoptada en ejercicio de su poder de ordenación y organización del trabajo, tanto en su versión débil —arts. 20.2 ET y 39 ET— como en su versión más fuerte —arts. 40 ET, 41 ET, 47 ET, 51 ET y 52 ET—.

1.2. Quejas de los clientes y resolución del contrato

1.2.1. Quejas, vigilancia y control y sanciones disciplinarias. Las contrataciones de servicios

Cuando las valoraciones de la prestación de servicios de los trabajadores subordinados de una empresa por parte de sus clientes son quejas, la dimensión laboral de este asunto se conduce en gran medida hacia el despido disciplinario. El sistema de recogida de quejas cumple aquí una función de vigilancia y control de la ejecución del trabajo —art. 20.3 ET— que está en correspondencia con el poder disciplinario de la empresa. Este objeto queda, con todo, al margen de este estudio porque existe otro estudio sobre este particular en este número monográfico.

Pero sí cabe manifestar que comúnmente sucede, sobre todo en las contrataciones de seguridad y de limpieza, que la queja de la empresa cliente respecto de los servicios desarrollados por el trabajador de la empresa contratista mueve a esta última a adoptar un cambio de centro de trabajo, no siendo además raro que ello ocasione al trabajador afectado pérdidas retributivas y/o peores condiciones en materia de jornada. Problema que se afronta judicialmente valorando de diferente forma si esta medida empresarial representa, o no, una sanción encubierta¹².

Nuestros Tribunales unas veces entienden que el cambio de centro de trabajo llevado a cabo tras la queja de la empresa contratante es lícito porque se mantiene dentro de los límites del convenio colectivo aplicable¹³; pero otras veces entienden

12 Por ejemplo, en un caso en que la queja del cliente origina un cambio a peor turno de trabajo que además comporta pérdida retributiva, la STSJ Cataluña 08.02.2007 (rec. 8033/2006) tiene en cuenta que el trabajador afectado no impugnó en su momento esa modificación de condiciones de trabajo, que existía una queja del cliente y que no podía apreciarse que la subsiguiente decisión empresarial tuvo carácter sancionador.

13 El convenio colectivo de empresas de seguridad posibilita la distribución del personal de la manera más racional y adecuada a los fines productivos dentro de la misma localidad, entendiéndose que la queja de una empresa cliente de la empresa contratista sobre la prestación de servicios de los trabajadores de dicha empresa constituye una "*causa racionalmente justificada*" para aplicar un cambio de centro de trabajo, vid., STSJ Canarias 14.12.2023 (rec. 940/2023), señalando que es "*legítimo y ajustado a los intereses empresariales de no perder clientes, que se opte por tomar medidas que satisfagan al cliente dentro de las potestades empresariales (flexibilidad empresarial) derivadas del Convenio de aplicación*". También, STSJ Cataluña 23.02.2024 (rec. 6588/2023).

lo contrario¹⁴, pudiendo apreciar también que el cambio de centro es una sanción¹⁵. Hay, asimismo, Tribunales que consideran que la queja de la empresa cliente no puede justificar una modificación sustancial¹⁶, mientras que otros apuntan textualmente que una modificación de esta naturaleza, cuando no encaja en el convenio, debe "*tramitarse conforme al procedimiento previsto en el art. 41ET*"¹⁷.

Esta disparidad de criterios judiciales podría estar llamando a la unificación de doctrina. Aunque los convenios del sector también podrían ofrecer respuestas¹⁸. En todo caso, si se aplica el principio de que toda política empresarial tendente a la satisfacción del cliente está ligada a la libertad de empresa, parece que estas quejas, si la conducta del trabajador de la empresa contratista no encaja claramente en una falta disciplinaria, no son quejas arbitrarias y ponen en riesgo la continuidad de la contrata, suponen una verdadera necesidad del servicio que faculta a la empresa para modificar condiciones de trabajo, aunque sean modificaciones sustanciales, en cuyo caso se aplicarían las correspondientes garantías procedimentales establecidas legalmente. El límite es que el cambio de centro de trabajo adoptado por la empresa contratista tras la queja de su cliente por la prestación de los servicios del trabajador en cuestión no sea discriminatorio¹⁹.

1.2.2. Las quejas sobre la prestación de servicios del TRADE: Una fina línea entre trabajo subordinado y trabajo autónomo

Las quejas de los clientes de una empresa acerca de la prestación de servicios del TRADE que dicha empresa tiene en plantilla pueden funcionar como causas de resolución del contrato del TRADE exactamente igual que como pueden hacerlo con los trabajadores subordinados. La STSJ Cataluña 26.03.2015²⁰ incluso maneja un acuerdo de interés profesional que establece como causa de extinción del contrato del TRADE "*la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones y actividades encomendadas*". Aspecto que merece ser retenido y que se retomará en el siguiente epígrafe.

14 El cambio de centro de trabajo desborda el convenio colectivo aplicable. La queja del cliente y la imposibilidad de asignar al trabajador a otro servicio con el mismo horario no constituyen "*razones del servicio o imperativo comercial*" que habiliten a la empresa para activar expedientes de esta naturaleza, vid., STSJ Cataluña 07.07.2014 (rec. 2951/2014).

15 Vid., STSJ Cataluña 13.06.2012 (rec. 549/2011). También, STSJ Madrid 25.01.2013 (rec. 1250/2012)

16 Vid., Vid., STSJ Cataluña 29.09.2023 (rec. 1271/2023). También, STSJ Castilla y León 29.06.2022 (rec. 733/2022).

17 Vid., Vid., STSJ Andalucía 19.07.2012 (rec. 3343/2010).

18 Desde el plano sancionador, desde el plano de la movilidad de personal o desde ambos planos.

19 Tutela antidiscriminatoria que se activa, por ejemplo, cuando el cambio de centro de trabajo de un vigilante de seguridad supone una violación de su garantía de indemnidad porque el trabajador había impugnado previamente una sanción y su cambio de centro de trabajo que conlleva peores condiciones de trabajo no puede justificarse en quejas del cliente sobre su prestación de servicios, porque esas quejas no existen, vid., STSJ Andalucía 07.10.2020 (rec. 1514/2020).

20 Rec. 7484/2014.

Y es que, a veces, la línea entre trabajo autónomo y trabajo subordinado es fina. Que la empresa ejerza en una relación de trabajo TRADE un poder disciplinario similar al propio de la relación laboral no conduce hasta el contrato de trabajo²¹. De hecho, la empresa puede recibir y tramitar las quejas de sus clientes por el servicio prestado por sus trabajadores sin que estos deban por ello ser considerados trabajadores subordinados²².

2. Valoraciones de la clientela y sesgos cognitivos

Un problema de los mecanismos empresariales de valoración de la prestación de los servicios del trabajador por parte de los clientes de la empresa radica en que estas valoraciones son realizadas por personas humanas y los humanos estamos condicionados por nuestros sesgos cognitivos, que hacen que nuestras valoraciones puedan no ser objetivas²³. Esto también sucede en los entornos laborales digitalizados, porque las emociones propias no distinguen entre entornos. Y el riesgo que ello entraña, desde la perspectiva del art. 14 CE, no es bajo²⁴. Pudiendo además suceder que, si el algoritmo que gestiona plantillas procesa valoraciones sesgadas de los clientes, acabe reproduciendo inadecuados patrones de comportamiento cuando adopta sus decisiones²⁵.

Cualquier sistema de recogida de valoraciones de los clientes de una empresa sobre la prestación de servicios de sus trabajadores, digitalizado o no, tiene que asegurar la fiabilidad de esas valoraciones con la introducción de medidas antis sesgo. Entre otras medidas²⁶, garantizar la representatividad de la muestra de valoraciones

21 Vid., STSJ Galicia 25.09.2017 (rec. 2293/2017). En el supuesto que resuelve esta sentencia, el trabajador es un TRADE reponedor de máquinas de vending en ruta asignada por la empresa. En su contrato figuraba lo siguiente: "*En los casos de incumplimiento grave por parte del TRADE, el CLIENTE queda facultado para poner fin a la relación contractual... Se entiende incumplimiento grave por parte del TRADE entre otras... Quejas y reclamaciones reiteradas de los clientes de la empresa contra la labor desempeñada por el TRADE*".

22 Vid., STSJ Cataluña 13.05.2019 (rec. 1218/2019) o STSJ Cataluña 27.03.2017 (rec. 269/2017). La primera sentencia declara la inexistencia de relación laboral en un arrendamiento de servicios con aseguradora en virtud del cual el trabajador se comprometía a prestar sus servicios profesionales como pintor, pese a que la aseguradora "*contaba con distintos coordinadores de trabajos realizados a sus asegurados por zona. Dichos coordinadores supervisaban la corrección en la ejecución de los trabajos realizados por los distintos profesionales contratados, resolviendo las posibles incidencias o quejas de los clientes de la aseguradora y remitiendo a los profesionales instrucciones para la correcta ejecución y cumplimiento del contenido de los contratos de prestación de servicios*".

23 Vid., BACH GIBERT, A.: 'Los sistemas de evaluación de los trabajadores basados en las valoraciones de los clientes', IUSLabor, núm. 3, 2019, pág. 17.

24 Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: 'La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios', en AA.VV., *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, PÉREZ DE LOS COBOS, F. (dtor.), Madrid, 2018, pág. 31.

25 Vid., en general, GIL OTERO, L.: 'Los derechos de los trabajadores frente a la gestión algorítmica del trabajo: Especial mención a los sesgos discriminatorios', en AA.VV., *Derecho, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Madrid, 2023, pág. 123.

26 VIGO SERRALVO, F.: 'Las encuestas y las reseñas digitales como método de control empresarial: problemática jurídico-laboral desde una óptica sustantiva y ritual', cit., pág. 975.

de clientes que utiliza la empresa, tamizar el peso de las puntuaciones extremas o realizar preguntas conexas que garanticen la coherencia del criterio del cliente. Este problema de las valoraciones contaminadas del cliente sirve para dar paso al siguiente apartado, referido a que las garantías del trabajador, y los límites a las iniciativas de gestión digitalizada de plantillas adoptadas con base en técnicas de medición de la satisfacción de los clientes con la prestación de servicios de los trabajadores, vienen de la mano de la legislación sobre protección de datos —“la calidad de los datos es fundamental para evitar discriminaciones”²⁷—, algoritmos e inteligencia artificial²⁸.

III. PREFERENCIAS DE LA CLIENTELA Y REPERCUSIONES EN ENTORNOS DE TRABAJO DIGITALIZADOS

1. Introducción

Muchas empresas proyectan su imagen en el mercado mediante internet y las nuevas tecnologías. Crear marcos digitalizados de confianza en la empresa permitiendo que potenciales clientes vean la valoración que otros clientes hacen de la misma y de sus trabajadores, así como recogiendo y tratando adecuadamente sus opiniones, quejas y preferencias ayuda a la empresa a ser competitiva. Se acuña así el concepto de identidad digital de la empresa²⁹, instrumentada mediante perfiles en páginas web y redes sociales que dan difusión a sus productos y servicios, posibilitando su comercialización electrónica y convirtiendo a los consumidores en prosumidores³⁰.

La presencia de la empresa en internet puede incluir un perfil de su plantilla que integra su estrategia de transparencia³¹. Así que una pieza importante de la reputación digital de la empresa puede ser la reputación profesional de su personal. Reputación digital de los trabajadores que se construye en gran medida con las valoraciones digitalizadas que los clientes de la empresa hacen de la prestación de servicios llevada a cabo por aquellos³².

27 Vid., PEYRONNET, M^a.: ‘El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación’, en AA.VV., *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: Condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M^a. R. (coords.), Navarra, 2021, pág. 244.

28 Vid., GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: ‘Inteligencia artificial y empleo. Análisis crítico del marco regulatorio europeo y español impulsado por el Pilar europeo de derechos sociales’, *Temas Laborales*, núm. 168/2023, pág. 377.

29 Vid., FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P.: ‘Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online’, *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, núm. 3, 2012, pág. 138.

30 Vid., MARTÍNEZ NADAL, A.: ‘Reputación on line de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)’, en AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015, pág. 456.

31 Vid., TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: ‘Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo’, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, cit., pág. 257.

32 Vid., explicando que la reputación digital del trabajador se origina a iniciativa de las empresas, quienes “deciden publicar en internet esas valoraciones, lo que da lugar a la denominada reputación digital”, TODOLÍ

2. Normativa aplicable al tratamiento automatizado empresarial de las valoraciones por parte de la clientela de la prestación de servicios del trabajador

Las evaluaciones digitales de una persona por parte de otra generan datos personales³³. Por este motivo, el tratamiento automatizado por la empresa de las valoraciones que de sus trabajadores hacen sus clientes cae en el ámbito del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD)³⁴ y en el de nuestra Ley orgánica de Protección de Datos (LOPDGDD)³⁵.

Además, cuando la empresa organiza el proceso productivo adoptando decisiones mediante algoritmos que procesan datos con inteligencia artificial, la empresa también queda sujeta al Reglamento de la Unión Europea sobre Inteligencia Artificial (RIA)³⁶, debiendo asimismo reconocer el derecho de información que el art. 64.4.d ET atribuye a los representantes de sus trabajadores subordinados cuando la gestión algorítmica del proceso productivo implique un ejercicio del poder de dirección del art. 20 ET. Y si, en fin, la gestión algorítmica de los procesos de la empresa se desarrolla en plataformas digitales de trabajo, existe una Directiva sobre trabajo en plataformas (DPlat)³⁷ que se aplica a los trabajadores autónomos y a los trabajadores subordinados y que tiene que estar transpuesta antes del 2 de diciembre de 2026.

En el ordenamiento laboral, el poder de dirección que ejerce la empresa cuando gestiona plantillas utilizando técnicas automatizadas de valoración del trabajador por parte de sus clientes tiene que ponerse en relación con la concreta base jurídica del correspondiente tratamiento de datos que ello comporta. Los fundamentos jurídicos del tratamiento de datos los establece el art. 6 RGPD. El trabajador, luego volveré sobre esto, tiene que saber si este sistema de valoración de su prestación de servicios va a ser utilizado por la empresa para organizar y ordenar el trabajo —art. 20.2 ET—, para controlarlo y vigilarlo —art. 20.3 ET— o, en su caso, para ambas cosas. Porque no es lo mismo que este tratamiento de datos sea necesario para la ejecución

SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE', *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 140, núm. 1, 2021, pág. 71.

33 Vid., manejando la STJUE 20.12.2017, DE NIEVES NIETO, N.: 'El derecho a la protección de los datos personales en el marco de la relación de trabajo', en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, cit., págs. 305-306.

34 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.

35 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

36 Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

37 Directiva (UE) 2024/2831, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.

de un contrato —art. 6.1.b RGPD—, lo que podría comportar que es necesario para organizar el trabajo y también para controlarlo, que el tratamiento, no siendo estrictamente necesario, sí interese a la empresa —art. 6.1.f RGPD—, en cuyo caso habría que esclarecer también si la finalidad del tratamiento es organizativa o de control, porque tiene que ver con el concreto interés de la empresa.

3. Bases jurídicas del tratamiento: Necesario para la ejecución del contrato o realizado en interés de la empresa o de un tercero

El tratamiento empresarial de las valoraciones digitales que hacen sus clientes de la prestación de servicios de sus trabajadores puede fundamentarse en que es necesario para la ejecución del contrato de dichos trabajadores o incluso meramente conveniente para la empresa, con más limitaciones en este segundo caso, como se verá. El consentimiento del trabajador no es, por motivos obvios³⁸, una base eficaz, como regla general, para fundamentar el tratamiento de datos en una relación laboral; y como regla general no lo es tampoco, porque existe dependencia del trabajador con respecto a su empresa, en el caso del TRADE. Impresión que confirma la DPlat, cuyo considerando 39 habla del desequilibrio de poder existente entre la persona que realiza trabajo en plataformas, no necesariamente, como enseguida se verá, un trabajador subordinado, y la plataforma digital de trabajo.

3.1. La necesidad de ejecutar el contrato

La necesidad de ejecutar el contrato, según el RGPD, constituye una base jurídica que legitima a la empresa para dos cosas: 1^a) Para efectuar tratamientos automatizados de los datos personales de sus trabajadores —art. 6.1.b RGPD—; y, 2^a) Para adoptar decisiones totalmente automatizadas, incluyendo la elaboración de perfiles —art. 22.2.a RGPD—.

3.1.1. Fundamento para el tratamiento de datos. En particular, las valoraciones del trabajador por parte de usuarios en plataformas digitales de intermediación y en plataformas digitales de trabajos presenciales

La base legitimadora del tratamiento de datos que representa la necesidad de ejecutar el contrato de trabajo tiene anchísimo recorrido en el terreno de las relaciones laborales³⁹,

38 Considerando 43 RGPD.

39 Así, por ejemplo, en el sector del *contact center* el objeto del contrato de trabajo incluye realizar videollamadas, aunque no sean habituales, por lo que la cesión de datos de imagen del trabajador y el correspondiente tratamiento que efectúan estas empresas es una auténtica necesidad para la correcta ejecución del contrato, según la STS 10.04.2019 (núm. 304/2019).

sin tener que obtener el consentimiento del trabajador⁴⁰. La STJUE 30.03.2023⁴¹ viene a decir, en este sentido, que los datos extraídos del contrato de trabajo son datos profesionales, más que personales, de donde surge naturalmente la posibilidad de aprobar una legislación específica —art. 88.1 RGPD— que sustraiga al consentimiento del trabajador el tratamiento empresarial de estos datos⁴². Y la SAN 24.06.2020⁴³ recoge una gran variedad de datos que pueden tenerse por necesarios para la adecuada ejecución de un contrato de trabajo⁴⁴.

No da, sin embargo, como a continuación se explica, esta base jurídica para que una plataforma digital de intermediación laboral permita a los empleadores evaluar a los trabajadores que la plataforma coloca en el mercado de trabajo⁴⁵. Este tratamiento sí que es viable en las plataformas digitales de trabajo con la base jurídica de su necesidad para la ejecución del contrato, pero no en las plataformas digitales de intermediación laboral.

a. Plataformas digitales de intermediación

La Ley 3/2023, de Empleo (LE), configura un régimen de tratamiento de datos en materia de política de empleo donde la Agencia Española de Empleo y los servicios públicos de empleo de las Comunidades autónomas son responsables del tratamiento, mientras que las entidades colaboradoras son encargadas del tratamiento —art. 16.4 y 5 LE—. Tratamiento de datos que adopta como "*base jurídica principal*" —art. 16.6 LE— el art. 6.1.c RGPD, referido al ejercicio de poderes públicos en cumplimiento

40 Vid., STSJ Madrid 11.09.2020 (rec. 312/2020): "*En el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, como regla general, a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes (art.6.1.b y 88 RGPD)*".

41 C-34/21.

42 Afirma el TJUE que "*Las particularidades del tratamiento de los datos personales en el marco de las relaciones laborales y, por consiguiente, la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 88, apartado 1, del RGPD se explican, en particular, por la existencia de una relación de subordinación entre el trabajador y el empleador y no por la naturaleza del vínculo jurídico que une a ambas partes*".

43 Prdto. 65/2020.

44 Según la citada sentencia, "En el presente caso, basta con comprobar las solicitudes que refiere el hecho probado tercero de la sentencia (1. Cambio de turno-2. Cambios de banda horaria-3. Cambios de campaña-4. Compensaciones de curso-5. Descanso adicional por embarazo-6. Exceso jornada año previo-7. Fuera de banda-8. Justificantes médicos/bajas (De momento no será de aplicación para las bajas, funcionando el sistema presencial).-9. Permiso por lactancia-10. Permiso no retribuido-11. Petición de festivos-12. Petición de libranzas-13. Petición de permisos-14. Preferencia horaria-15. Reclamaciones de nómina-16. Recuperaciones turno-17. Reducciones / Ampliaciones de jornada-18. Voluntariedad para Festivos), como todas ellas se refieren a datos necesarios para el normal desenvolvimiento de una relación contractual en el marco del contact center, y por otro lado, las bajas se siguen realizando de forma presencial".

45 En contra, poniendo como ejemplo de tratamiento de datos necesario para la ejecución del contrato el de las plataformas digitales de intermediación laboral que, con el fin de casar la oferta y la demanda de empleo, permiten a los empleadores evaluar a los trabajadores una vez finaliza la relación laboral o durante la misma, TODOLÍ SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE', cit., pág. 79.

de una misión realizada en interés público o, en su caso, el art. 6.1.e RGPD, referido al cumplimiento de una obligación legal.

De este esquema se infiere que una agencia digital de colocación no puede recoger valoraciones de la prestación de servicios del trabajador que ha colocado por parte de sus empleadores utilizando la base jurídica de la necesidad de este tratamiento de datos para la ejecución del contrato. Si una plataforma hace de intermediaria y no de proveedora del correspondiente servicio, lo natural es que entre la plataforma y el prestador del servicio al usuario no exista contrato porque el contrato se lleva a cabo directamente entre el usuario de la plataforma que busca trabajadores y el trabajador en cuya contratación media la agencia.

Las agencias, digitales o no, de colocación o intermediación laboral, por otra parte, tienen legalmente asignadas las funciones que tienen —art. 40.2 LE—. Entre dichas funciones no figura la de organizar el trabajo de los trabajadores en cuya contratación intermedian. Lo que tiene que ponerse en relación con la DPlat. La DPlat está centrada en el modelo de plataforma que denomina "*plataforma digital de trabajo*" —art. 2.1.a DPlat—, caracterizado porque la plataforma organiza el trabajo, lo retribuye y porque usa sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones. Las plataformas digitales de intermediación pueden usar sistemas automatizados de seguimiento y/o de toma de decisiones para casar la demanda y la oferta de trabajo, pero ni organizan el trabajo ni lo retribuyen. Estas empresas, por consiguiente, están fuera de la DPlat.

La pregunta ahora es si una agencia digital privada de colocación puede ofrecer a los empleadores que buscan trabajadores un catálogo digital de potenciales trabajadores que, entre otras cosas, les permita a aquellos conocer las valoraciones que otros empleadores han hecho de esos mismos trabajadores, generando confianza en estos potenciales empleadores a la hora de decidirse a contratar. A lo que habría que decir, de entrada, que puede suceder que la reputación digital del trabajador sea puesta voluntariamente a disposición de la plataforma de intermediación por el propio trabajador que busca empleo, quien otorgaría así su consentimiento para que la plataforma ponga esa información a la disposición de futuros empleadores.

Pero cuando es la agencia de colocación la que recaba esas valoraciones de los empleadores que han contratado al trabajador, desde luego recabar estas valoraciones no es posible con el fundamento de su necesidad para la ejecución de ese contrato. El interés público o el cumplimiento de una obligación legal —art. 16 LE— tampoco parecen bases idóneas para ello porque ambas fundamentan el tratamiento de datos para la intermediación en la contratación, mientras que la recogida de estas valoraciones se produce cuando no hay intermediación porque el contrato del trabajador ya se está ejecutando.

Mi impresión es que la base jurídica que puede fundamentar este tratamiento de datos por parte de la agencia digital de empleo es el interés legítimo del art. 6.1.f RGPD. La agencia digital de intermediación puede ser un tercero interesado

en el contrato llevado a cabo entre el empleador que buscaba mano de obra y el trabajador que buscaba empleo porque lo que quieren estas agencias es ofrecer a sus usuarios, que son los potenciales empleadores, un servicio de intermediación eficaz.

Recoger con este fundamento estas evaluaciones de los empleadores no es organizar el trabajo. Así que, se mire por donde se mire, estas agencias, por mucho que utilicen algoritmos para la casar la oferta y la demanda laboral, están fuera de la DPlat⁴⁶. Si se aplica, en fin, esta base justificativa del tratamiento es muy improbable que la agencia de colocación pueda utilizar estos sistemas de valoración con la finalidad de generar a los trabajadores la presión de saber que, si no trabajan bien, lo tendrán difícil para encontrar otro empleo⁴⁷. Si así fuese, este uso del sistema de valoración por parte de una plataforma digital de intermediación desbordaría la base jurídica que justifica el correspondiente tratamiento de datos porque la finalidad de semejante sistema ya no sería, exclusivamente, el interés de la agencia en ofrecer un servicio de intermediación eficaz. La licitud de cualquier tratamiento automatizado de datos queda, insisto, delimitada por la base jurídica que lo fundamenta.

b Plataformas digitales de trabajos presenciales

En las plataformas digitales de trabajo, las que sí están incluidas en el ámbito de aplicación de la DPlat, la necesidad del tratamiento automatizado de datos para la adecuada ejecución del contrato de los trabajadores que realizan los servicios presenciales constituye una base eficaz para gestionar la reputación digital del trabajador subordinado y también, en nuestro caso, del TRADE. Así lo confirma la DPlat cuando diferencia entre "*persona que realiza trabajo en plataformas*"⁴⁸ y "*trabajador de plataformas*"⁴⁹; reconociendo también el derecho de los trabajadores autónomos de plataformas a la portabilidad de sus "*calificaciones y reseñas*"⁵⁰. Por consiguiente, independientemente de la naturaleza subordinada o autónoma de su contrato, el tra-

46 En contra, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales', *Labos*, vol. 5, núm. extraordinario, noviembre 2024, pág. 31.

47 Vid., subrayando la presión añadida que comporta para el trabajador el sistema de valoraciones por parte del empleador de los trabajadores que proporcionan las agencias de colocación *on line*, ya que el trabajador sabe que su comportamiento, actitudes y competencias en el puesto de trabajo se darán a conocer a empleadores futuros, TODOLÍ SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE', cit., pág. 79

48 Concepto donde encaja la figura de nuestro TRADE. Art. 2.1.b DPlat. Concepto definido como "*toda persona física que realice trabajo en plataformas, con independencia de la naturaleza de la relación contractual o de la denominación de dicha relación por las partes implicadas*".

49 Concepto donde encaja la figura de nuestro trabajador subordinado. Art. 2.1.c DPlat. Concepto definido como "*toda persona que realice trabajo en plataformas que tenga un contrato de trabajo o se considere que tiene una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*".

50 Art. 9.6 DPlat.

tamiento empresarial de las calificaciones y reseñas de los trabajadores de plataformas digitales de trabajo cuenta, en ambos casos, con este fundamento⁵¹.

En el ámbito de una relación laboral, por otra parte, si este tratamiento de datos es necesario para ejecutar el contrato de trabajo, y tanto da si se trata de una empresa tradicional o de una plataforma digital, la empresa podría gestionar automatizadamente las reseñas y calificaciones de sus trabajadores subordinados con la finalidad de ordenar y organizar el trabajo, con la finalidad de vigilancia y control o con ambas finalidades. El límite aplicable es que no basta con la simple existencia de un contrato, laboral o arrendamiento de servicios, para que la empresa pueda efectuar este tratamiento de reseñas y calificaciones. El tratamiento solo cabe, en cualquier empresa, en los estrictos términos en que resulte necesario para organizar el trabajo, para vigilar su correcta ejecución o para ambas cosas.

Debiendo quedar señalado, en fin, que, en un marco de trabajo autónomo, por ejemplo el que se representa la DPlat específicamente a propósito del trabajo, autónomo y subordinado, en plataformas digitales de trabajo, podrán existir tratamientos empresariales de las reseñas y calificaciones del TRADE que son más necesarios para que la empresa, en ejercicio de su libertad de empresa, organice el proceso productivo que para que ejerza, en términos del art. 20 ET, su poder de dirección sobre sus trabajadores en cualquiera de los sentidos recién señalados.

3.1.2. Fundamento para adoptar decisiones totalmente automatizadas y para elaborar perfiles

No solo es que, de acuerdo con el RGPD, las empresas pueden gestionar plantillas tratando automatizadamente datos de sus trabajadores, sin su consentimiento, cuando es necesario para la ejecución del contrato. También puede suceder que estas empresas, como pasa con las plataformas digitales de trabajo⁵², necesiten adoptar de manera totalmente automatizada decisiones que afectan a sus trabajadores.

51 En el mismo sentido, aunque ciñéndose a los trabajadores subordinados, TODOLÍ SIGNES, A.: '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', Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 427, 2018, pág. 72. En sentido diferente, considerando que, en el marco del trabajo en plataformas, la base jurídica del tratamiento digitalizado de las valoraciones del trabajador por los usuarios de la plataforma es el interés de la plataforma, porque el tratamiento reduce costes de transacción, mientras que, en el marco de clientes tradicionales de empresas tradicionales, esta base jurídica es la necesidad de ejecutar el contrato, vid., CALVO GALLEGU, F. J.: 'Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: Redes sociales para la contratación, usos y límites', en AA.VV., *Videovigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (coords.), Navarra, 2020, pág. 471.

52 Dado que los algoritmos son indispensables para organizar la prestación de los servicios personalizados que ofrecen las plataformas proveedoras de la *ond demand economy*, operando en entornos masificados desde los lados de la oferta y la demanda, la adopción de decisiones empresariales totalmente automatizadas, especialmente la asignación de pedidos, es algo también necesario. La Agencia italiana de protección de datos considera, en este sentido, que, en las plataformas de reparto, la automatización de las decisiones es absolutamente necesaria para prestar "*un servicio de reparto en grandes ciudades, que, de hacerse por personas, podría resultar inabarcable o ineficaz*", vid., GIL

De ahí que, como excepción a la regla general —art. 22.1 RGPD—, el RGPD les reconozca esta posibilidad —art. 22.2.a RGPD—.

a. Regla general. Art. 22.1 RGPD. Prohibición de decisiones totalmente automatizadas o elaboración de perfiles: Algunos interrogantes

La regla general es que el trabajador, el subordinado y el TRADE, tiene derecho a no ser objeto de decisiones “*basadas únicamente*” en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles⁵³, cuando la decisión “*produzca efectos jurídicos sobre él o le afecte significativamente de modo similar*” —art. 22.1 RGPD—. Regla que suscita dos interrogantes.

El primero viene referido a esclarecer cuándo existe una decisión que se basa únicamente en el tratamiento automatizado de datos. Al respecto, el G29 apuntó que una decisión se adopta en modo totalmente automatizado cuando no existe un grado significativo de intervención humana⁵⁴. Es decir, si, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación legal —art. 6.1.c RGPD— puede en un momento dado justificar un tratamiento automatizado de los datos del trabajador por parte de la empresa, lo que no podría hacer la empresa, porque lo prohíbe esta regla general, es utilizar este tratamiento automatizado de datos para adoptar decisiones totalmente automatizadas. La empresa que efectúa tratamientos de datos con una base jurídica diferente de su necesidad para la ejecución del contrato —art. 22.2.a RGPD— no puede adoptar decisiones totalmente automatizadas —salvo que se apliquen las otras excepciones de los apartados b y c del art. 22.2 RGPD—, debiendo existir en su adopción una intervención humana significativa, o importante.

El segundo interrogante que abre aquella regla general impone traducir a lenguaje laboral lo que significa que una decisión automatizada produce efectos jurídicos sobre una persona o le afecta significativamente de modo similar. Más que nada porque estas decisiones son las que quedan sometidas a las reglas de transparencia algorítmica del art. 22.3 RGPD. Y hay quien opina, en este sentido, que, en el ámbito laboral, todas las decisiones automatizadas empresariales con repercusión en las condiciones de trabajo caen en el ámbito de aplicación del art. 22.1 RGPD⁵⁵. Pero también

OTERO, L.: ‘El impacto de la inteligencia artificial en las categorías clásicas del Derecho del Trabajo’, en AA.VV., *Derecho, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, cit., pág. 119.

53 La elaboración de perfiles —art. 4.4 RGPD— constituye un tratamiento totalmente automatizado de datos que puede utilizarse para evaluar características personales de trabajadores y adoptar decisiones que les afectan, vid., RIVAS VALLEJO, P.: ‘Gestión algorítmica del trabajo’, en AA.VV., *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención* RIVAS VALLEJO, P. (dtra.), Navarra, 2022, edición digital, pág. 2.

54 Refiriéndose a una intervención hecha por persona con autoridad y competencia para modificar la decisión del algoritmo, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: ‘La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *Big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos’, *Revista de Derecho Social*, núm. 84, 2018, pág. 76.

55 Vid., GINÉS I FABRELLAS, A.: ‘Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial impacto discriminatorio’, en AA.VV., *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, GINÉS I FABRELLAS, A. (dtra.), Pamplona, 2023, pág. 181.

podría entenderse que las decisiones empresariales automatizadas que producen efectos sobre el trabajador o le afectan considerablemente de modo similar son solo aquellas que ocasionan una modificación sustancial de condiciones de trabajo, de modo que, según esta segunda interpretación, podría haber decisiones totalmente automatizadas, o elaboración de perfiles, discrecionalmente adoptadas por la empresa porque no originan modificaciones sustanciales u otras de mayor envergadura.

Pienso que la segunda interpretación es la más adecuada. Porque las decisiones que el empleador puede adoptar discrecionalmente en materia laboral tiene que poder adoptarlas en todo caso, con independencia de si son decisiones analógicas o decisiones totalmente digitalizadas⁵⁶. Y entiendo además que, si una empresa adopta en modo totalmente automatizado decisiones que producen una modificación sustancial de condiciones de trabajo, las garantías que reconoce al trabajador afectado el art. 41 ET⁵⁷ cumplen, con creces, las exigencias del art. 22.3 RGPD⁵⁸ para cuando, en aplicación de la excepción a la regla general, se permite la existencia de decisiones totalmente automatizadas y/o elaboración de perfiles que producen efectos jurídicos o afectan significativamente del mismo modo.

b. Excepción a la regla general. Art. 22.2.a RGPD. Decisiones totalmente automatizadas, o perfiles, necesarios para la ejecución del contrato

La regla general no se aplica, es decir, no se requiere la intervención humana importante cuando las decisiones empresariales totalmente automatizadas o la elaboración de perfiles que afectan significativamente al trabajador son necesarias, igual que el tratamiento de datos, para la ejecución del contrato —art. 22.2.a RGPD—.

Que esta regla general no se aplica en estos casos lo da por hecho la DPlat cuando se centra en mitigar los efectos de esta excepción dedicando reglas específicas, aplicables a los trabajadores subordinados y a nuestros TRADE, para los sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones en las plataformas digitales de trabajo. Entre otras reglas, muy especialmente el art. 10.5 DPlat, que establece que la decisión empresarial de restringir, suspender o poner fin a la relación contractual o a la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas tiene que ser adoptada por un humano.

56 Señalando que el Derecho del Trabajo no exige transparencia total al empleador respecto de los criterios que motivan sus decisiones de gestión laboral, sino que la transparencia se requiere solo cuando la licitud se condiciona a la concurrencia de un motivo determinado como causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o incumplimiento del trabajador, entre otros motivos, vid., RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: 'Gestión laboral algorítmica, poder de dirección y participación de los trabajadores: ¿Un cambio de paradigma?', en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, cit., pág. 1318.

57 Causalidad de la modificación; notificación de la misma con antelación de 15 días, al trabajador y a sus representantes; derecho a la rescisión contractual indemnizada si la modificación causa perjuicios; derecho a impugnación judicial; obligación de negociar, si la modificación es colectiva.

58 Derecho a obtener intervención humana, a expresar punto de vista y a impugnar la decisión.

Si es necesario para la ejecución de un contrato, el portillo que abre el art. 22.2.a RGPD para adoptar cualquier decisión totalmente automatizada que afecte significativamente al trabajador es amplio⁵⁹. La decisión de despedir también se incluye en esta excepción a la regla general⁶⁰, excepto en las plataformas digitales de trabajo desde la DPlat. El portillo, como se dice, es amplio y no debiera ser ignorado, lo que sucede, a mi juicio, cuando se explica que la intervención humana significativa no solo es aplicable a las decisiones del art. 10.5 DPlat porque “*sigue siendo aplicable el art. 22 RGPD*” para cualquier decisión que produzca efectos jurídicos sobre la persona⁶¹. El portillo, por lo demás, siendo grande, cuenta con el límite —art. 22.3 RGPD— de que la empresa que implanta este sistema de decisiones totalmente automatizadas o de elaboración de perfiles tiene que hacerlo adoptando medidas para salvaguardar los derechos, libertades e intereses legítimos del trabajador⁶².

3.2. El interés de la empresa o de un tercero: Supuestos

El interés de la empresa o de un tercero, si es legítimo, es decir, un interés conforme a Derecho también justifica el tratamiento de datos de los trabajadores sin su consentimiento⁶³ —art. 6.1.f RGPD—. De hecho, el art. 19.1 LOPDGGDD adopta este fundamento para posibilitar el tratamiento empresarial de los datos de contacto de los trabajadores⁶⁴.

Este tratamiento de datos en interés de la empresa puede ser de distinta naturaleza porque la reputación digital del trabajador la conforman las valoraciones que hacen los clientes de su prestación de servicios pero también las que hacen los empresarios. Así que creo que este tratamiento en interés de la empresa, o de un tercero, tiene sentido, entre otros, en tres supuestos: a) Reseñas y valoraciones de trabajadores que hacen clientes en webs empresariales u otros foros virtuales abiertos; b)

59 Vid., en el mismo sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: ‘Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿Hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?’, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 253, 2022, edición digital, pág. 11. También, GÓMEZ GORDILLO, R.: ‘El poder de dirección y los algoritmos’, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, GALLEGO MORALES, Á. J., CRUZ VILLALÓN, J. y DE SOTO RIOJA, S. (dtres.), Junta de Andalucía, 2022, pág. 246.

60 En contra, señalando que las empresas pueden dirigir a sus clientes a aplicaciones como GUUDJOB para que valoren a sus trabajadores subordinados, procesar estas evaluaciones con otros datos y desarrollar perfiles, rechazando la posibilidad de que la empresa los utilice para adoptar decisiones totalmente automatizadas sobre no contratación o despido, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: ‘Evaluación de los trabajadores...’, cit., pág. 82.

61 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: ‘La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales’, Labos, vol. 5, núm. extraordinario, noviembre 2024, pág. 42.

62 Garantizando en particular un grado de intervención humana en la adopción de dicha decisión y el derecho del trabajador a expresar su punto de vista y a impugnar esa decisión.

63 En contra, manifestando que de todos los fundamentos del art. 6 RGPD, solo el consentimiento y a la necesidad de ejecución del contrato se aplican a los contratos laborales, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: ‘Evaluación de los trabajadores...’, cit., pág. 78.

64 Salvo que el trabajador demuestre que el acceso a esos datos no es necesario para su localización profesional o que no es para mantener “*relaciones de cualquier índole*” con la empresa.

Circulación de datos de trabajadores dentro de un grupo de empresas; y, c) Gestión digitalizada de recursos humanos.

Es importante tener claro que esta base jurídica requiere, para poder ser aplicada, que sobre el interés que tiene la empresa en implantar este sistema de valoración de la prestación de servicios por parte de sus clientes no prevalezcan los intereses, derechos o libertades fundamentales del trabajador —art. 6.1.f RGPD—. Por consiguiente, y es el dato que hay que retener, cuando la base legitimadora del tratamiento de datos es esta, el RGPD manda que exista ponderación⁶⁵, es decir, que se deriven más beneficios o ventajas para la empresa que perjuicios para los trabajadores⁶⁶. Ponderación, también es importante advertirlo, que el RGPD no requiere expresamente cuando la base legitimadora del tratamiento de datos es su necesidad para la ejecución del contrato⁶⁷.

3.2.1. Recogida de valoraciones en foros virtuales abiertos

En nuestra jurisprudencia⁶⁸ y doctrina judicial⁶⁹ empiezan a aparecer casos en los que la queja virtual del cliente, por ejemplo en el GOOGLE REVIEW de un supermercado⁷⁰, acerca del comportamiento inadecuado de sus trabajadores origina un expediente disciplinario. Sin poder entrar en estos procedimientos, sí cabe señalar que obtener lícitamente de terceros información sobre el comportamiento del trabajador, especialmente si es en el lugar y tiempo de trabajo, no constituirá usualmente una necesidad estricta para la correcta ejecución del contrato mas sí un interés legítimo de toda empresa.

3.2.2. Circulación de datos en grupos de empresas: Listas negras de trabajadores

El interés legítimo también justifica el tratamiento empresarial de datos de los trabajadores en los grupos de empresas, como reconoce el art. 88.2 RGPD⁷¹. El interés

65 Vid., DE NIEVES NIETO, N.: 'El derecho a la protección de los datos personales en el marco de la relación de trabajo', cit., pág. 324.

66 Vid., THIBAUT ARANDA, X.: 'La base jurídica del tratamiento de datos personales en el ámbito laboral', cit., pág. 380.

67 En cuyo caso lo único que requiere el RGPD es que el tratamiento se efectúe exclusivamente en los términos y con el alcance que resulte necesario para la ejecución del contrato y con garantías, si existan decisiones empresariales totalmente automatizadas, de salvaguarda de los derechos e intereses legítimos del trabajador.

68 STS 01.06.2022 (rec. 1993/2020).

69 STSJ Andalucía 12.07.2017 (rec. 1013/2017), sobre queja cliente en TRIP ADVISOR; STSJ Cataluña 02.07.2024 (rec. 1329/2024).

70 STSJ Castilla La Mancha 10.05.2024 (rec. 548/2024).

71 Según este precepto, las normas más específicas que los Estados miembros puedan introducir en relación con el tratamiento de datos en el ámbito laboral prestarán "especial atención", entre otras cuestiones, "a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial".

legítimo no sería el de la empresa que pone en circulación la reputación digital de sus trabajadores, sino el del resto de empresas del grupo en conocer esa reputación. Y, en este sentido, un interrogante de esta base jurídica viene referido a la posibilidad de que, dentro del grupo, circulen listas negras de trabajadores.

El G29 apuntó que las listas negras implican para los trabajadores efectos adversos y no pueden penalizar el legítimo ejercicio de sus derechos⁷². Es decir, puede haber listas negras ilegales —las que no respetan el principio de calidad de los datos⁷³— pero no todas las listas negras lo son —porque respetan el principio de calidad aunque impliquen efectos adversos⁷⁴—. La STSJ Galicia 24.02.2023⁷⁵, por ejemplo, reconoce que el interés de las empresas de un grupo justifica que una empresa ponga en circulación dentro del grupo una sentencia penal condenatoria de una trabajadora de su plantilla que robó en otros comercios del grupo⁷⁶.

Si existe un interés empresarial legítimo que lo justifica, puede haber transmisión empresarial de información sobre trabajadores en grupos de empresa o contextos similares⁷⁷. Por ejemplo, un supuesto límite serían listas negras sectoriales, establecidas por la negociación colectiva, de trabajadores condenados en firme en el orden social por transgredir la buena fe contractual⁷⁸. A estas listas no se les aplicaría la

72 Vid., al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: «Listas negras» de trabajadores conflictivos (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2015)', Trabajo y Derecho, núm. 16, 2016, edición digital, pág. 7.

73 Afirmando la vigencia de este principio en la transmisión de información sobre trabajadores entre empresarios, vid., STS (Sala 1ª) 12.11.2015 (rec. 899/2014).

74 Así lo reconoce la STSJ Madrid 15.06.2022 (rec. 442/2022), con doctrina sobre los límites del derecho fundamental del empresario —art. 20 CE— a transmitir información veraz sobre sus trabajadores y a la libertad de expresión: Si el empresario se limita a transmitir información objetiva y esta información no vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, el empresario ejerce el derecho a transmitir información. Si la transmisión de información excede los meros datos objetivos e incluye opiniones y manifestaciones valorativas, se entra en el terreno de la libertad de expresión. Y si la libertad de expresión incluye cargas valorativas negativas fundamentadas en el lícito ejercicio de los derechos del trabajador, se produce una afectación al derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE que, en su caso, también puede estar conectada, y es el caso de esta sentencia, con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

75 Rec. 6177/2022.

76 Señala el Tribunal gallego en la citada sentencia que *"el conocimiento de los datos por parte de Ber-shka y Stradivarius y su cesión al grupo, Inditex S.A, y la utilización que de tales datos se hace por Zara España S.A, con fines disciplinarios, no cabe duda de que se ampara en el interés legítimo que se recoge en el documento de política de privacidad, y del que se informó debidamente a la trabajadora"*. En la misma línea, la citada STSJ Madrid 15.06.2022 expone que una empresa puede comunicar a otra una valoración crítica del desempeño de un trabajador, aunque ello perjudique sus oportunidades de acceder a un empleo, porque esa opinión *"está a priori protegida por el derecho a la libertad de expresión"*.

77 En contra, afirmando que el RGPD permite a los empleadores reunir las valoraciones que obran en su poder sobre sus trabajadores para su uso dentro de la empresa, prohibiendo sin embargo *"la publicación o la transmisión de la información a menos que sea de interés público"*, TODOLÍ SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores...', cit., pág. 73.

78 No sería difícil entender que, en este caso, existiría un evidente interés de todas las empresas del sector en precaverse frente a los riesgos que entrañaría la contratación de este tipo de trabajadores. Sin embargo, dar salida a esta alternativa podría afectar de manera importante al derecho al trabajo

normativa que regula el tratamiento de datos de naturaleza penal⁷⁹, sino la que regula el tratamiento de datos en el ámbito de la Administración de Justicia⁸⁰.

3.2.3. La gestión digitalizada de recursos humanos

No solo las plataformas digitales digitalizan la gestión de sus recursos humanos. Lo que se viene dando en llamar *people analytics* es una ciencia basada en los algoritmos que se abre paso en la gestión de plantillas porque procesar las métricas de desempeño del trabajador, en conjunción con otros factores, como la demanda de los clientes, permite optimizar la adopción de decisiones en interés de la empresa⁸¹. Tratándose de optimizar decisiones empresariales, la base jurídica del tratamiento de datos inherente a *people analytics* enlazaría más con el poder de ordenación y organización del trabajo —art. 20.2 ET— que con el de vigilancia y control —art. 20.3 ET.

Implantar sistemas de esta naturaleza en las plataformas de reparto, ya se ha dicho, es necesario para su viabilidad y, por tanto, para la ejecución del contrato de los trabajadores que realizan los servicios. Como también podrá ser necesario implantar estos sistemas en otras empresas que utilizan procesos de gestión digitalizada, no necesariamente plataformas, como las financieras o de telemarketing⁸². Sin embargo, dado que, con carácter general, nuestras PYMES tienen grandes dificultades para digitalizarse⁸³, el *people analytics* no parece, por ahora, necesario para su supervivencia, más bien solo interesante. No siendo, con todo, difícil entrever que podrá acabar siendo necesario incluso en sectores intensivos en mano de obra como el manufacturero⁸⁴.

de estos trabajadores. Habría que valorar, por tanto, si en este caso existiría ponderación, en el sentido de que la protección del derecho cívico de libertad de empresa, la condición del convenio colectivo como fuente del derecho y el papel central que le atribuye el RGPD en el terreno del tratamiento de los datos de los trabajadores —art. 88.1 RGPD— constituyen aval suficiente para introducir semejante recorte en ese derecho cívico de los trabajadores, también constitucionalmente reconocido incluso a los trabajadores defraudadores.

79 Art. 10 RGPD, art. 10 LOPDGDD.

80 Art. 236 quinquies Ley orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

81 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo', *Labour and Law Issues*, vol. 5, núm. 2, 2019, pág. 5.

82 Vid., ERCILLA GARCÍA, J.: 'Transparencia en la Inteligencia Artificial: explorando la necesidad de acceso al código fuente por parte de los Comités de Empresa', *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2023, edición digital, pág. 7.

83 Entre otros motivos, porque un alto porcentaje de empresas españolas, hoy en día, no puede garantizar el cumplimiento del RGPD, según FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: 'La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo', *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 10, 2024, pág. 117-118.

84 En estos entornos manufactureros, las redes de fábricas B2B se plantean como una alternativa para la transformación digital de la producción, poniendo en contacto a pequeños proveedores con grandes clientes industriales a través de sistemas digitalizados de transferencia de datos que suponen, si estos pequeños proveedores quieren participar en la plataforma, la necesidad de proporcionar información detallada sobre sus procesos de producción, evaluándose sus capacidades en tiempo real en

Si la base del tratamiento digitalizado de las reseñas y valoraciones es el interés de la empresa, esta tiene que efectuar este tratamiento ponderadamente. Lo cual invita a pensar que los derechos de los trabajadores quedarían adecuadamente protegidos si la empresa digitaliza esta gestión con el objetivo de mejorar la eficacia de sus procesos, no exclusivamente con el objetivo de reducir costes⁸⁵.

Sea como fuere, no basta con decir que aplicaciones como GUUDJOB permiten a los clientes de una empresa evaluar a sus trabajadores aunque la empresa no tenga implantado este sistema y el trabajador no quiera⁸⁶. Lo que hay que decir es que la empresa puede utilizar esas aplicaciones si son necesarias o incluso meramente convenientes para la ejecución del contrato, con más limitaciones en este segundo caso pero sin necesidad ni de que el trabajador se inscriba en la aplicación ni de obtener su consentimiento.

4. GARANTÍAS DE TRANSPARENCIA DE LA GESTIÓN DIGITALIZADA DE LAS RESEÑAS Y EVALUACIONES DE LOS TRABAJADORES POR PARTE DE LOS CLIENTES DE LA EMPRESA

La principal garantía de transparencia de cualquier tratamiento automatizado de datos es el derecho a conocer la base jurídica y la finalidad del tratamiento. De ahí surge un conglomerado de medidas conexas que el RGPD incorpora en forma de principios y derechos de información y que desarrollan el RIA, con carácter general, cuando la inteligencia artificial se aplica en el trabajo, y también la DPlat ciñéndose al trabajo en plataformas digitales.

4.1. El derecho a conocer la base jurídica y la finalidad del tratamiento

El tratamiento automatizado por la empresa de las reseñas y valoraciones de sus trabajadores tiene que fundamentarse en una finalidad conforme a Derecho —art. 5 RGPD— que puede venir referida a auténticas necesidades de gestión de plantillas o al interés de la empresa en digitalizar esa gestión.

términos de calidad, rapidez, fiabilidad y precio porque los resultados de estas evaluaciones afectan a la probabilidad de que estos proveedores reciban más pedidos a través de la plataforma B2B; y si la estrategia de una pequeña empresa manufacturera es adaptarse a este sistema para integrar una red de fábricas de esta naturaleza, es probable que su gestión de recursos humanos también deba digitalizarse, vid., al respecto, BUTOLLO, F. y SCHNEIDEMESSER, L.: 'Más allá de la «Industria 4.0»: Las redes de fábricas B2B como alternativa para la transformación digital de la producción y el trabajo', Revista Internacional del Trabajo, vol. 140, núm. 4, 2021, págs. 595-596.

85 De hecho, si la empresa implanta este sistema de valoración de la prestación de servicios del trabajador solo porque tiene interés en suprimir, por su coste, el equipo de mandos intermedios que controla la ejecución del trabajo, estaría utilizándolo con finalidad de control y debería justificar que el beneficio que ello le reporta es superior al perjuicio que dicho sistema origina a los trabajadores.

86 Vid., BACH GIBERT, A.: 'Los sistemas de evaluación de los trabajadores...', cit., pág. 16.

La finalidad del concreto tratamiento de datos debe quedar determinada en su respectiva base jurídica —art. 6.3 RGPD—. Y la empresa debe informar al trabajador, tanto al subordinado como al TRADE, sobre esta base jurídica y la finalidad del tratamiento⁸⁷ —arts. 13.1.c RGPD y 14.1.c RGPD—. En las plataformas digitales de trabajo, asimismo, la empresa tiene que informar específicamente a sus trabajadores, tanto a los subordinados como a los autónomos, acerca de si habrá sistemas de "evaluación por el destinatario del servicio" —art. 9.1.a.ii DPlat—.

En todo caso, el trabajador, con independencia de la naturaleza de su contrato y de si su empresa es una plataforma o no, tiene derecho a saber para qué va a utilizar su empresa el sistema de valoración de su prestación de servicios por parte de la clientela. No pudiendo, por tanto, existir un uso desviado del tratamiento de datos⁸⁸. Lo que implica, por lo que respecta a la relación laboral, que si la empresa informa a sus trabajadores de que utilizará las reseñas y valoraciones de la clientela con fines de organización del trabajo el sistema, como regla general, no podrá utilizarse para objetivos diferentes como la vigilancia y el control, porque entonces su finalidad sería disciplinaria⁸⁹.

4.2. El RGPD. La inadecuación de sus principios en relación con los sistemas de valoración de trabajadores por la clientela

El RGPD no está específicamente pensado para el ámbito jurídico laboral y por eso sus principios generales proyectados a los sistemas digitalizados de evaluación de los trabajadores por parte de la clientela provocan serios problemas de inadecuación.

Uno lo plantea el principio de exactitud —art. 5.1.d RGPD— en conexión con el art. 18.1.a RGPD —*Derecho a la limitación del tratamiento*—. Se afirma que el trabajador puede exigir a la empresa que limite el tratamiento de las valoraciones de los clientes que omiten datos relevantes⁹⁰. Lo que podrá ser operativo cuando el cliente haga una valoración en términos de su libertad de expresión e información del art. 20 CE, pero no cuando el sistema digital no abra margen para fundamentar valoraciones formuladas en lenguaje no escrito, por ejemplo emoticonos. Aquí, el requisito de exactitud

87 Con la garantía de que, en caso de existencia de decisiones totalmente automatizadas y/o elaboración de perfiles, el trabajador tiene derecho a recibir información significativa sobre la lógica aplicada a la adopción de esas decisiones, la importancia y las consecuencias que dicho tratamiento puede tener sobre sus condiciones de trabajo —arts. 13.2.f RGPD y 14.2.g RGPD—.

88 En el mismo sentido, aunque razonado en un marco de trabajo subordinado, TODOLÍ SIGNES, A.: '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', cit., pág. 75.

89 La empresa sí podría utilizar este sistema digitalizado de evaluación de los trabajadores exclusivamente con fines de control y/o disciplinarios, pero tendría que justificar por qué este sistema es necesario para una adecuada ejecución del contrato de sus trabajadores o por qué tiene interés en implantar un sistema de esta naturaleza cuyos beneficios para ella tienen que ser superiores a los perjuicios que pueden sufrir los trabajadores.

90 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'La evaluación de los trabajadores...', cit. pág. 78.

de los datos tiene que trabajarlo la empresa desde el lado de los datos de alimentación del algoritmo y las medidas antiseguro necesarias para obtener valoraciones fiables del cliente⁹¹.

Otra inadecuación la plantea el principio de rectificación —art. 16 RGPD—. El derecho a rebatir las evaluaciones que realizan los clientes, que algunos autores extraen de este principio⁹², parece más eficaz en escenarios de quejas de clientes que originan expedientes disciplinarios o incluso despidos ETOP que en escenarios de recogida masiva de datos para su procesamiento algorítmico como los que representa el *people analytics*.

Otro principio controvertido, porque es más efectivo en la fase de contratación que durante el desarrollo del contrato⁹³, es el de minimización —art. 5.1.c RGPD—. Implica este principio que tiene que existir proporcionalidad entre los datos recopilados y la finalidad perseguida, que los datos tienen que ser idóneos y que la empresa solo puede recoger valoraciones del cliente sobre la capacidad profesional del trabajador y eliminar las demás⁹⁴. Pero sucede que existen valoraciones del cliente que no pueden rectificarse porque son meras puntuaciones. Y cuando las valoraciones o las reseñas las procesa un algoritmo de gestión de plantillas, el procesamiento de estos datos junto con muchos otros más que genera el desarrollo del contrato, sin dejar de ser una operación proporcionada en relación con la finalidad de gestión de plantillas perseguida, constituye, ciertamente, una carga de profundidad contra el citado principio⁹⁵.

4.3. El RIA y la DPlat. La tutela frente a los riesgos de los algoritmos, en particular en las plataformas digitales de trabajo

La tutela del RGPD puede quedarse corta cuando la empresa procesa datos de trabajadores mediante inteligencia artificial⁹⁶. Los algoritmos que aprenden por sí solos pueden contribuir a perpetuar prácticas discriminatorias⁹⁷. Por eso el RIA clasifica como de "*alto riesgo*" —art. 6 RIA— los sistemas de inteligencia artificial en el ámbito del "*Empleo, gestión de trabajadores y acceso al empleo*" —anexo III.4 RIA—.

91 Los datos de alimentación del algoritmo constituyen un "*elemento esencial sobre la transparencia y la información*", vid., COTINO HUESO, L.: 'Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida', Revista Española de la Transparencia, núm. 16, 2023, pág. 33.

92 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'La evaluación de los trabajadores...', cit., pág. 82.

93 Vid., SERRANO OLIVARES, R.: 'Aprendizaje automático, monitoreo infinito y desafíos de protección de datos y privacidad', en AA.VV., *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, cit., pág. 290.

94 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores...', cit., pág. 84.

95 Vid., ALAMEDA CASTILLO, M^a. T.: 'Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo', Temas Laborales, núm. 159, 2021, pág. 31. También, ÁLVAREZ CUESTA, H.: 'Experiencias convencionales de regulación del impacto laboral de la inteligencia artificial y su uso con fines de control', Trabajo y Derecho, núm. 19, 2024, edición digital, pág. 9.

96 Vid., LOSADA CARREÑO, J.: 'El uso de sistemas de IA en la gestión empresarial: riesgos en materia de protección de datos y no discriminación', en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, cit., págs. 1290-1291.

97 Considerando 57 RIA.

Catalogar como de alto riesgo y no como “*uso general*” —capítulo V RIA— el uso de la inteligencia artificial en las fases de contratación y desarrollo de la relación laboral comporta límites al poder de dirección empresarial⁹⁸. Por ejemplo, la obligación de informar al trabajador y a sus representantes antes de poner en servicio o utilizar un sistema de inteligencia artificial que procesa, entre otras cosas, reseñas y valoraciones de los trabajadores para adoptar decisiones —art. 26.7 RIA—. Otra limitación es la obligación de proporcionar explicaciones claras y precisas sobre el papel que tienen los algoritmos cuando estas decisiones producen efectos jurídicos sobre el trabajador o le afectan considerablemente del mismo modo —art. 86.1 RIA—.

Similares obligaciones empresariales desarrolla la DPlat en materia de plataformas digitales de trabajo, además de otras que habrá que implementar como la obligación de realizar cada dos años una evaluación de las repercusiones de los sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones sobre las personas que realizan trabajo en plataformas —art. 10.1 DPlat—. Sin que pueda pasar desapercibido que esta Directiva extiende sus derechos en el contexto de la gestión algorítmica de plantillas a los trabajadores subordinados y también a los autónomos —art. 1.2.2º DPlat⁹⁹—, excepto los derechos sobre seguridad y salud en el trabajo¹⁰⁰. Ello, en fin, sugiere que la implementación de estos derechos que la DPlat reconoce a los trabajadores autónomos de plataformas digitales de trabajo deberá producirse, en nuestro caso, en la LETA.

4.4. Protección de datos, algoritmos, poder de dirección, derechos materiales y transparencia. Una valoración crítica

Ni el tratamiento de datos ni la inteligencia artificial son condiciones de trabajo¹⁰¹. Un sistema de inteligencia artificial es una máquina —art. 3.1 RIA—. Por eso su marco regulador tiene que adoptar forma de especificación técnica del producto¹⁰². Y por eso no parece adecuado criticar que esta normativa utiliza la transparencia para no reconocer nuevos derechos materiales¹⁰³. Porque los derechos están ahí.

98 Vid., PÉREZ DEL PRADO, D.: 'El Reglamento de IA y la transparencia', El Foro de Labos, 23.05.2024.

99 Según el considerando 29 DPlat, el establecimiento de la presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas digitales que dicha Directiva pretende que los Estados miembros lleven a cabo “no debe impedir la mejora de las condiciones de trabajo de los auténticos trabajadores por cuenta propia que realizan trabajo en plataformas”.

100 Derechos en materia de salud laboral que quedan reservados para los trabajadores subordinados, vid., considerando 54 DPlat.

101 Por eso, además de por su razón vinculada con la libre circulación en el territorio UE, el RGPD y el RIA tienen la base jurídica que tienen —arts. 16.2 TFUE y 114 TFUE—.

102 Vid., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: 'Nuevo reglamento europeo de IA: los derechos humanos como especificación técnica de producto', Brief AEDTSS, núm. 71, 2024.

103 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: especial referencia a la Directiva de Plataformas Digitales y al Reglamento de IA', cit. pág. 1.

Otra cosa es que no se vean¹⁰⁴, con los riesgos que ello tiene para la objetividad del análisis¹⁰⁵.

El trabajador tiene derecho a que el tratamiento de datos que conllevan los sistemas digitalizados de gestión de plantillas se realice por la empresa respetando la base jurídica que justifica dicho tratamiento, con las limitaciones que ello comporta para la empresa. Siendo, a mi juicio, muy dudoso que la necesidad de ejecutar un contrato, mucho menos el interés de la empresa, puedan fundamentar lícitamente que haya empresas que gestionen plantillas mediante "*algoritmos extractivos*", llamados así, según se explica¹⁰⁶, por su capacidad para extraer al trabajador su capacidad física y mental.

No parece que la gestión algorítmica del trabajo subordinado haga necesario replantear el ejercicio de los poderes unilaterales de la empresa¹⁰⁷. Si es necesario para la ejecución del contrato, no si la empresa tiene un mero interés en ello, la empresa puede adoptar decisiones totalmente automatizadas y también elaborar perfiles. Pero esto no significa que la empresa tenga vía libre en la gestión digitalizada de plantillas.

Que la empresa solo pueda procesar digitalmente las reseñas de sus trabajadores si es necesario para la ejecución del contrato, en los estrictos términos en que ello lo sea y, caso de adoptar decisiones totalmente automatizadas, adoptando también medidas para salvaguardar los derechos e intereses legítimos del trabajador constituye un límite muy evidente a su poder de dirección. Igual que establecer que, si este tratamiento de datos no es estrictamente necesario para la ejecución del contrato, la empresa interesada en implantar un sistema que procese reseñas de sus trabajadores tiene que demostrar que existe ponderación entre su interés, organizativo o de control, y los perjuicios que ello puede originar a los trabajadores. Sin que la empresa

104 Se demonizan las técnicas de gestión automatizada de recursos humanos hablando de un "*látigo digital*" que azota a los trabajadores y se pone el ejemplo de hoteles que utilizan algoritmos para medir el tiempo que tardan los trabajadores en limpiar retretes, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo', cit., pág. 6. Pero críticas de esta naturaleza no tienen en cuenta que semejante sistema de gestión digitalizada del trabajo podría desbordar las bases jurídicas que, según el RGPD, pueden justificar el tratamiento empresarial de estas métricas del trabajador. En este concreto supuesto, la empresa debería explicar por qué obtener estas métricas es necesario para la adecuada ejecución del contrato del personal de limpieza o en qué medida, si ello no es necesario, el interés de la empresa en contar con personal especialmente rápido en limpiar retretes prevalece legítimamente sobre el derecho de los trabajadores a disfrutar de un ambiente de trabajo exento en la mayor medida posible de todo tipo de riesgos.

105 Vid., afirmando que "*todo trabajador sometido a un sistema de reputación digital ve afectados todos sus derechos laborales y los derechos humanos*", TODOLÍ SIGNES, A.: 'La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada "reputación digital") y la prevención de riesgos laborales', en AA.VV., *Videovigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, cit., pág. 478.

106 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Navarra, 2023, pág. 23.

107 En sentido contrario, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *Big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos', cit, págs. 72-73.

que implanta un sistema de esta naturaleza solo porque tiene interés en ello pueda adoptar decisiones totalmente automatizadas o elaborar perfiles, algo que solo puede hacer si es estrictamente necesario para la ejecución del contrato.

Poder de dirección de la empresa en el ordenamiento laboral, además, cuyo ejercicio, al tener que transcurrir por los márgenes delimitados por la base jurídica del tratamiento, impone diferenciar, porque tiene que ver con el deber empresarial de respetar la finalidad del tratamiento, entre facultades de ordenación y organización del trabajo, de una parte, y de vigilancia y control del desarrollo de la actividad, de otra.

5. La STS 25.09.2020 y la valoración de la prestación de servicios del rider por parte de los usuarios de la plataforma como —falso— indicio de laboralidad

La Ley 12/2021 introdujo la disposición adic. 23ª ET poco después de que la STS 25.09.2020 apreciase la existencia de relación laboral entre los riders de GLOVO y esta plataforma digital de trabajo. Mi intención es valorar esta sentencia cuando manifiesta, para llegar a esta conclusión, que dicho colectivo quedaba sometido a "*sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de los clientes*". Según entiendo, el TS pone el acento en el art. 20.3 ET más que en el art. 20.2 ET.

Para el TS, que los clientes de una empresa valoren la prestación de servicios de sus trabajadores es "*un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo*". Apoyándose en que la STS 29.12.1999¹⁰⁸ declaró la existencia de relación laboral sobre la base de distintos indicios y, entre ellos, que "*la empresa tenía un servicio de inspección que revisaba, entre otros, el trabajo realizado por el actor y recibe las quejas que pudieran tener los clientes sobre su actividad*". Sin embargo, el escenario de una empresa que recibe quejas de clientes acerca de la prestación de servicios de sus trabajadores no necesariamente conduce, según se ha visto y a continuación se reitera, al terreno del contrato de trabajo.

5.1. Quejas: Despido disciplinario y resolución del contrato del TRADE

La sentencia que cita el TS es del año 1999. En ese año no existían los TRADE. Todo era blanco —subordinación— o negro —autonomía—; no existía esa zona legal gris que desde la LETA del año 2007 delimita esa figura.

La realidad muestra que, hoy, la divisoria entre el contrato de trabajo y el del TRADE puede ser muy sutil. Se ha podido comprobar que las mismas quejas de los clientes acerca de la prestación de servicios de un trabajador funcionan como causas de

108 Rec. 1093/1999.

despido disciplinario —art. 54 ET— y de resolución del contrato del TRADE —art. 15 LETA—. La sentencia de 2020 podría haber valorado que el control sobre el resultado y la facultad de resolución del contrato por incumplimiento del trabajador no son, como se ha señalado¹⁰⁹, elementos extraños a la prestación de servicios del TRADE.

También hubiera sido posible plantear, de otra parte, cómo o en qué medida las reseñas del rider que hacen los usuarios de GLOVO tienen consecuencias disciplinarias. En su momento se criticó que UBER podía despedir, desconectándolos, a los conductores mal valorados por sus pasajeros¹¹⁰. Mas este escenario no existe en la STS 25.09.2020. Cabría entonces plantear, adoptando una perspectiva de protección de datos no distorsionada¹¹¹, que este sistema de reseñas y calificaciones digitales no prejuzga la modalidad del contrato del rider. El tratamiento de datos del rider puede ser necesario para la ejecución de su contrato, no solo para controlar cómo realiza el servicio, o, en su caso, no ser necesario pero responder a un interés legítimo de la plataforma diferente de controlar y vigilar la realización del servicio.

5.2. Enfoque en perspectiva de protección de datos

5.2.1. Un tratamiento de datos necesario para el desarrollo de la actividad empresarial o, en su caso, efectuado en interés de la empresa

Presto aquí atención a la *ratio decidendi* de la STS 25.09.2020 y a sendas opciones interpretativas que, en clave de protección de datos, respectivamente ofrecen el art. 88.2 RGPD y la ya citada STJUE 30.03.2023.

a. Ratio decidendi de la STS 25.09.2020 y base jurídica del tratamiento de datos

Según la STS 25.09.2020, los riders de GLOVO son trabajadores subordinados porque esta empresa “*ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante*”. Lo que confirma que el TS adopta un enfoque basado en el poder empresarial de vigilancia y control del trabajo.

Pero el ejercicio del poder de dirección empresarial también consiste en ordenar y organizar la prestación laboral, ex art. 20.2 ET. Lo cual, insisto, en perspectiva de protección de datos supone que la naturaleza del poder de dirección que ejerce

109 Vid., GARCÍA RUBIO, M. A.: 'Plataformas digitales y relación laboral: delimitación y régimen jurídico', en AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, cit., pág. 142.

110 Vid., TODOLÍ SIGNES, A.: 'El impacto de la UBER ECONOMY en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo', IUSLabor, núm. 3, 2015, pág. 5.

111 Hablando de que, en España, la percepción sobre las plataformas digitales está distorsionada, vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: 'La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios', cit., pág. 24.

la empresa está correlacionada con la base jurídica que legitima el correspondiente tratamiento de datos. En empresas como GLOVO, el tratamiento automatizado de los datos del repartidor es necesario para la ejecución de su contrato. Un tratamiento dirigido a controlar y vigilar cómo trabaja el rider sí apuntaría, en su caso, a una relación laboral. Pero no, a mi juicio, cuando el tratamiento de datos y la adopción automatizada de decisiones son elementos necesarios para ordenar y organizar el trabajo, porque de ello depende que el contrato del rider pueda ser objeto de adecuado cumplimiento. La DPlat apuntaría en este sentido cuando expresa que la organización del trabajo por la plataforma implica vincular la demanda del servicio a la oferta de mano de obra con independencia de la naturaleza del contrato de la persona física que realiza el servicio¹¹².

b. Perspectiva del art. 88.2 RGPD

El art. 88.2 RGPD posibilita, a mi modo de ver, interpretar que un tratamiento de datos necesario para la ejecución del contrato no prejuzga la naturaleza del contrato del trabajador que realiza el servicio.

El art. 88.2 RGPD requiere medidas específicas para que los Estados puedan implementar un régimen particular de tratamiento empresarial de datos de los trabajadores. Medidas que tienen que prestar especial atención a la transparencia del tratamiento, al tratamiento de datos en grupos de empresas y al tratamiento con fines de supervisión en el lugar de trabajo. El RGPD, como se ve, no considera de especial atención el tratamiento de datos con fines de ordenación y organización del trabajo.

Esta norma comunitaria estaría indicando que el poder de dirección empresarial se manifiesta con más intensidad cuando se controla el trabajo que cuando el trabajo se organiza. Y la doctrina del TJUE corrobora que, cuando una empresa se limita a organizar el trabajo impartiendo directrices a sus trabajadores, la empresa está ejerciendo su derecho a la libertad de empresa más que su poder de dirección en sentido propio, o laboral, por lo que sus trabajadores pueden ser trabajadores autónomos¹¹³.

Que una empresa como GLOVO establezca parámetros para organizar el trabajo puede ser ejercicio del poder de dirección, pero también de la facultad civil de establecer los términos y condiciones del contrato¹¹⁴ o, con el mismo sentido, ejercicio de la facultad de impartir especificaciones técnicas al TRADE que reconoce el art. 11.2.d LETA. De hecho, un sistema automatizado de toma de decisión, según el art.

112 Considerando 20 DPlat.

113 Según el auto del TJUE de 22.04.2020 (C692/19), un repartidor de paquetes que es trabajador autónomo sigue siéndolo aunque tenga que realizar su prestación de servicios adaptándose a parámetros fijados por la empresa en interés de la empresa, por ejemplo repartiendo dentro de las franjas horarias señaladas.

114 Vid., con sentido similar, MONTOYA MELGAR, A.: 'El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas', Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, págs. 135-145.

1.1.i DPlat¹¹⁵, sirve para adoptar o respaldar por medios electrónicos decisiones que afectan significativamente tanto a los trabajadores autónomos de plataformas como a los trabajadores subordinados. Es decir, que una decisión empresarial totalmente automatizada afecte significativamente al trabajador de plataformas no es, con la DPlat en la mano, indicio de laboralidad.

c. Perspectiva de la STJUE 30.03.2023

La perspectiva de protección de datos que ofrece la STJUE 30.03.2023¹¹⁶ permite, a mi juicio, plantear que un tratamiento automatizado de datos puede ser necesario para la ejecución del contrato y que el algoritmo puede procesar las reseñas de los trabajadores pero no porque ello sea también necesario, sino porque la plataforma tiene un interés legítimo en procesar estas valoraciones. Interés referido a garantizar la confianza de los usuarios de la plataforma digital de trabajo¹¹⁷.

El límite del RGPD al tratamiento de datos en interés de la empresa es que el beneficio que ello le reporta supere el perjuicio que puede ocasionar al trabajador. Y, en este sentido, las valoraciones de los usuarios como mucho suponen en GLOVO un 15% del perfil electrónico del rider¹¹⁸, siendo posible entender que ello es respetuoso con sus derechos y no prejuzga la naturaleza de su contrato. El escaso valor porcentual atribuido —15%— sugiere, en efecto, una finalidad de control muy limitada que, además, también vendría a reconocerse en el art. 15 LETA.

5.3. Perfiles electrónicos de asignación de tareas. Su relevancia para la calificación del contrato

En la STS 25.09.2020, la plataforma toma en cuenta la valoración de la prestación de servicios del rider por parte de los usuarios de la plataforma para elaborar un perfil de riders que luego el algoritmo utiliza para seleccionar riders concretos para

115 Precepto que define los sistemas automatizados de toma de decisiones como "los sistemas que se utilicen para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afecten significativamente a personas que realicen trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas...".

116 Señala el TJUE que "del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, letra f), del RGPD se desprende que, en el caso de un tratamiento de datos personales que vaya más allá del estrictamente necesario en el marco del contrato de trabajo, deben ponderarse las libertades y los derechos fundamentales del interesado, en este caso los trabajadores y los funcionarios, con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento, en este caso el empleador".

117 Vid., recalcando esta finalidad de estos sistemas, MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, 2017, pág. 93. También, BACH GIBERT, A.: "Los sistemas de evaluación...", cit., pág. 9.

118 Hay sentencias que detallan que, en GLOVO, la puntuación del rider puede subir hasta cien puntos: a) 35% Eficacia; b) 35% Entregas en horas de alta demanda; c) 10% Volumen histórico de pedidos entregados; d) 15% Valoración de los usuarios de la plataforma; y, e) 5% Valoración de los establecimientos, vid., por ejemplo, STSJ Castilla y León 17.02.2020 (2253/2019).

efectuar entregas concretas. Otros dos elementos para llevar a cabo esta selección son la eficiencia en la realización de los pedidos y realizar los repartos en las horas de mayor demanda.

Si en una plataforma no hay perfiles electrónicos de asignación de tareas o si estos perfiles solo procesan datos externos a la prestación de servicios de los trabajadores —índice de demanda, zonas geográficas...—, el algoritmo solo organiza y coordina la actividad productiva, no hay ejercicio de poder de dirección del art. 20 ET y tampoco hay relación laboral. Esto sucede en alguna sentencia que, tras la STS 25.09.2020, aplica esta perspectiva de protección de datos y declara que los repartidores de AMAZON son TRADE porque el algoritmo que asigna tareas organiza la actividad productiva pero no controla su trabajo¹¹⁹.

En la STS 25.09.2020, la plataforma utiliza un sistema de puntuación de riders para asignar tareas y el algoritmo procesa datos internos a su prestación de servicios. Ciertamente, cuanto más gestiona una plataforma la selección de trabajadores y cuanto más determina la forma en que el servicio debe prestarse, más se acerca el contrato del TRADE al de trabajo¹²⁰. Ello no obstante, cabría plantear que incluso estos sistemas de asignación de tareas son necesarios para que empresas como GLOVO puedan desarrollar su actividad, sin que estén específicamente pensados para controlar el trabajo. Porque no puede negarse, en este sentido, que la geolocalización del rider, por mucho que muchas empresas utilicen esta herramienta con fines de control, también es necesaria para contabilizar el kilometraje y abonar al rider las correspondientes facturas¹²¹.

A veces puede ser necesario que el algoritmo procese datos internos a la prestación de servicios del TRADE, como sus reseñas, para asignar repartos. No porque la empresa tenga especial interés en controlar el trabajo de estas personas, sino porque los datos externos que nutren el algoritmo pueden no ser suficientes para que su decisión sea óptima y permita un desarrollo eficaz de la actividad productiva. Lo que puede suceder en contextos socio laborales como el del reparto a domicilio de comida cocinada, donde lo normal es que exista una oferta de mano de obra para realizar repartos que supera la demanda de repartos¹²². No se trata, entonces, de controlar el trabajo a través del perfil electrónico. Se trata de que el perfil es necesario para organizar el trabajo, porque ordena preferencias de acceso a pedidos y permite hallar

119 Vid., STSJ Aragón 08.04.2024 (rec. 223/2024).

120 Vid., GOERLICH PESET, J. M^a. y GARCÍA RUBIO, M^a. A.: 'Indicios de autonomía y laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma', en AA.VV., *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, cit., pág. 44.

121 Tesis que sostenía la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 Madrid 03.09.2018 (prdto. 1353/2017), en sentencia confirmada en suplicación, posteriormente casada por la STS 25.09.2020.

122 Existe alguna sentencia que aplica la STS 25.09.2020 pero reconoce que las métricas de servicio son necesarias "en caso de que se hubiesen apuntado para una franja horaria más repartidores de los que se estimaban necesarios", vid., STSJ Aragón 29.03.2021 (rec. 128/2021).

combinaciones óptimas de parejas —pedido/repartidor— que minimizan los costes de la actividad de la plataforma¹²³.

5.4. Condicionantes de la naturaleza del contrato

Aplicar la perspectiva del tratamiento de datos para conocer si la valoración de la prestación del servicio del trabajador por parte de los usuarios de la plataforma indica la existencia de una relación laboral conduce a cuestionarse si la entrada de este ítem en el algoritmo y la lógica de su tratamiento completamente automatizado conllevan ejercicio del poder de dirección empresarial del art. 20 ET¹²⁴.

Con el añadido de que existe una presunción de laboralidad que el ET formula con carácter general —art. 8.1 ET— y también, reiterativamente, con carácter particular para los trabajadores de plataformas de reparto —disp. adic. 23ª ET—, ambas de naturaleza *iuris tantum*, por lo que admiten prueba en contrario. La misma prueba en contrario que admite la DPlat cuando señala que la presunción de laboralidad que quiere que todos los Estados implementen para todo tipo de trabajos en plataformas digitales, no solo plataformas de reparto como sucede en nuestro caso, "no debe dar lugar automáticamente a la reclasificación de las personas que realizan trabajo en plataformas"¹²⁵.

5.4.1. La presunción legal de laboralidad del trabajo, del trabajo en plataformas de reparto y del trabajo en todo tipo de plataforma digital de trabajo

El art. 8.1 ET presume que hay contrato de trabajo cuando una persona trabaja para otra por cuenta ajena, a cambio de una retribución y dentro de su ámbito de organización y dirección. No establece, por tanto, dicho precepto una verdadera presunción de laboralidad; más bien lo que establece es una auténtica tautología —el TS incluso ha hablado de la "inutilidad" de esta presunción legal¹²⁶—. En todo caso, la corriente mayoritaria, creo que discutible¹²⁷, es interpretar que el art. 8.1 ET tiene por fin establecer dicha presunción y aplicarlo como tal.

123 Tesis de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 Salamanca 14.06.2019 (prdto. 133/2019).

124 Aproximación que se aprecia en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 Madrid 22.01.2024 (prdto. 1133/2022), cuando manifiesta que "*la eficacia de la disposición adicional vigesimotercera, que está basada en la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, y que ello es lo que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición*".

125 Considerando 31.

126 Porque si se dan las notas de ajenidad y dependencia, entonces sobra la presunción, "*pero la ley es la que es*", vid., STS (3ª) 11.03.1997 (rec. 82442/1990).

127 Vid., señalando que "*es escasa la fuerza de convicción que puede extraerse, por sí sola, de la aludida presunción legal, al estar configurada partiendo de la existencia... de la totalidad de las circunstancias que el art. 1.1 de ET prescribe como definitorias de tal relación*", STS (3ª) 28.09.1992, (rj 1992/7274).

Una presunción de laboralidad técnicamente mucho más depurada es la de la DPlat, que efectúa esta misma presunción en el trabajo en plataformas digitales de trabajo "cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control" —art. 5.1 DPlat—. La DPlat no requiere que haya dirección y control para aplicar la presunción, solo que haya indicios. En todo caso, si se aplica nuestra corriente interpretativa del art. 8.1 ET mayoritaria, el Reino de España no estaría obligado a transponer esta presunción porque el art. 8.1 ET, por su carácter general y aplicable a todo tipo de trabajos, ya cumple con este objetivo de la Unión Europea en el trabajo en plataforma digitales.

La disposición adic. 23ª ET incurre en la misma tautología que el art. 8.1 ET. Si la plataforma de reparto ejerce las facultades empresariales de organización, dirección y control del trabajo, que es el supuesto que contempla esta norma, no hay que presumir que hay contrato de trabajo porque directamente hay contrato de trabajo. Acaso, el mérito de esta norma es visibilizar que el poder de dirección empresarial puede ejercerse mediante algoritmos, pero para ese viaje no hacían falta tantas alforjas¹²⁸.

Sea como fuere, estas páginas tienen por objeto la STS 20.09.2020, que fue el factor que llevó hasta nuestra presunción legal de laboralidad del trabajo en plataformas de reparto. Y la disposición adic. 23ª ET indica, en este sentido, que el poder de dirección empresarial puede ejercerse mediante algoritmos. Pero no indica que siempre que la empresa organiza automatizadamente la actividad productiva ejerce su poder de dirección.

Que una empresa asigne tareas a sus trabajadores de forma automatizada no es una circunstancia que conduzca, en sí misma, a la relación laboral. Así sucede con algoritmos de empresas que asignan tareas a sus trabajadores autónomos que son peritos¹²⁹ o abogados¹³⁰, pero también con la asignación algorítmica de tareas por parte de empresas a trabajadores autónomos de plantilla que son pintores¹³¹ o fontaneros¹³². Si el trabajador autónomo que la empresa tiene en plantilla gestiona con libertad lo que le encarga la plataforma, la obligación de este trabajador autónomo de dar cuenta a su empresa, mediante la plataforma, del estado de tramitación del encargo no es un indicio de laboralidad¹³³.

128 Que la empresa puede ejercer su poder de dirección del art. 20 ET mediante algoritmos también lo expresa muy claramente el art. 64.4.d ET, por lo que la disp. adic. 23ª ET es inútil porque es reiterativa.

129 Vid., STSJ Cataluña 13.05.2003 (rec. 1122/2003).

130 Vid., STSJ Comunidad valenciana 08.01.2019 (rec. 3425/2018).

131 Concurriendo factores que implican sujeción a instrucciones técnicas de la empresa como tiempos máximos de actuación, vid., STSJ Cataluña 13.05.2019 (rec. 1218/2019).

132 Existiendo guardias de disponibilidad y personal técnico que recibe las quejas de los clientes de la empresa por defectos en la prestación de servicios de sus trabajadores autónomos, vid., STSJ Madrid 20.02.2019 (rec. 1290/2018).

133 Se trataría de una "dación de cuenta inherente a la relación mercantil de arrendamiento de servicios", vid., STSJ Andalucía 03.12.2020 (rec. 1024/2020).

En todo caso, lo que sí es cierto es que cuanto más opaco sea el algoritmo asignando tareas más difícil será destruir, en caso de reclamación, la presunción de subordinación del trabajador que las realiza. La empresa, tal y como viene a reconocerse en la DPlat¹³⁴, tiene que demostrar que el algoritmo es neutro organizando el trabajo y asignando tareas. Sucediendo, en empresas como GLOVO, que el algoritmo, más allá de organizar el trabajo, es el eje de una estrategia empresarial de control de los canales de distribución y venta que busca asegurar a la plataforma una posición de centralidad en todo el proceso y sobre todos sus agentes. Lo que, pese a que se trata de una estrategia empresarial absolutamente legítima, despierta recelo entre nuestros Tribunales¹³⁵.

5.4.2. La neutralidad de los algoritmos de asignación de tareas

Procesar las valoraciones de la prestación de servicios del trabajador hechas por los clientes de la empresa debe hacerlo al algoritmo con garantías de que esas valoraciones humanas no están contaminadas. También hay que garantizar que, una vez introducidas en el algoritmo, su procesamiento no correlacione este ítem con otros y acabe produciendo efectos discriminatorios cuando el algoritmo adopta decisiones¹³⁶. Problema que afecta indistintamente al rider TRADE o trabajador subordinado.

Lo que no les afecta igual es la neutralidad del algoritmo al asignar tareas, fundamental para mantener a los trabajadores de plataformas en el terreno TRADE. Implica garantías de que el algoritmo solo organiza la actividad productiva, sin pautar cómo realizar los servicios, así como garantías de que las decisiones empresariales automatizadas no tendrán, como regla general, consecuencias disciplinarias. El algoritmo de asignación de tareas tiene que ser neutro y también tiene que parecerlo.

Es dudoso que un algoritmo esté sancionando a un TRADE cuando lo descarta para efectuar un reparto y escoge a otro cuyo perfil muestra que tiene mejores valoraciones y está más tiempo disponible en horas de mayor demanda. Son términos de organización de la actividad productiva que no condicionan cómo realizar los repartos. Cierto es que el algoritmo incentiva para estar más tiempo disponible, pero que un TRADE decida prestar más disponibilidad para trabajar es una decisión que, aun incentivada por la empresa, solo a él le corresponde adoptar. En todo caso, existiendo

134 Considerando 34: "*Las plataformas digitales de trabajo tienen una visión completa de todos los elementos fácticos que determinan la naturaleza jurídica de la relación, en particular los algoritmos a través de los cuales gestionan sus operaciones. Por tanto, debe recaer sobre las plataformas digitales de trabajo la carga de la prueba cuando aleguen que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral*".

135 Como sucede cuando se considera, a la luz de la disp. adic. 23ª ET y de la STS 25.09.2020, que los riders de GLOVO están dentro del art. 1.1 ET y se les manda al convenio de hostelería, a mi juicio con criterio discutible porque las patronales del sector digital no están en la mesa de negociación de ese convenio colectivo, vid., STSJ Asturias 24.11.2020 (rec. 1110/2020).

136 Vid., en general, GINÉS I FABRELLAS, A.: 'Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial impacto discriminatorio', cit., pág. 198.

una tendencia a ver en este criterio de asignación algorítmica de tareas un indicio de laboralidad, la empresa, si quiere mantenerlo y aplicarlo a sus TRADE, podría reforzar la neutralidad del algoritmo¹³⁷.

El criterio del menor coste para la empresa es neutro de cara a la asignación de tareas. La lógica del algoritmo cuando prima el trabajo en horas de alta demanda responde a organizar el trabajo seleccionando repartidores, no a controlar cómo estos hacen el reparto. Las horas de alta demanda son las más rentables no porque empresas como GLOVO quieran, sino debido a unos usos sociales que hacen también que estas horas sean poco compatibles con la vida personal de los riders. Que el trabajo en horas de alta demanda afecte negativamente a la posibilidad de conciliar del TRADE en las plataformas digitales de reparto de comida no es una manifestación de ejercicio del poder de dirección de la empresa, sino consecuencia de nuestra forma de vida.

No parece que seleccionar riders procesando datos como los que considera la STS 25.09.2020 sea lo mismo que impartir instrucciones del art. 20.2 ET acerca de cómo trabajar, y tampoco control laboral del art. 20.3 ET. Y si la empresa explica la neutralidad del algoritmo, lo que podría pedirse al correspondiente Tribunal que recibe esta explicación es un plus de argumentación, no una simple remisión a la STS 25.09.2020, acerca de por qué sigue entendiendo que el contrato del rider es de naturaleza laboral¹³⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015
- MARTÍNEZ NADAL, A.: 'Reputación on line de las empresas de alojamiento turístico y publicación por terceros de informaciones negativas (reviews)'
- AA.VV., *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, PÉREZ DE LOS COBOS, F. (dtor.), Madrid, 2018
- GOERLICH PESET, J. M^a. y GARCÍA RUBIO, M^a. A.: 'Indicios de autonomía y laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma'
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: 'La figura del trabajador de plataforma: Las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios'
- AA.VV., *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como catedrático de*

137 Por ejemplo, con mecanismos correctores del perfil digital que compensen la situación de los TRADE que no pueden ceder disponibilidad por motivos justificados, como estudios o responsabilidades familiares, a efectos de posibilitar su acceso a las franjas horarias mejor remuneradas como el resto de sus compañeros.

138 Como hace la STSJ Islas Canarias 24.10.2023 (rec. 625/2023).

Derecho del Trabajo), MONREAL BRINGSVAERD, E., THIBAUT ARANDA, X. y JURADO SEGOVIA, Á. (coords.), Valencia, 2020

DE NIEVES NIETO, N.: 'El derecho a la protección de los datos personales en el marco de la relación de trabajo'

GARCÍA RUBIO, M. A.: 'Plataformas digitales y relación laboral: delimitación y régimen jurídico'

MONTOYA MELGAR, A.: 'Poder de dirección y videovigilancia laboral'

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: 'Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo'

THIBAUT ARANDA, X.: 'La base jurídica del tratamiento de datos personales en el ámbito laboral'

AA.VV., *Videovigilancia y control en el Derecho del Trabajo Digital*, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (coords.), Navarra, 2020

CALVO GALLEGU, F. J.: 'Reputación digital y efectos sobre los trabajadores: Redes sociales para la contratación, usos y límites'

TODOLÍ SIGNES, A.: 'La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes (la llamada "reputación digital") y la prevención de riesgos laborales'

AA.VV., *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: Condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, MOLINA NAVARRETE, C. y VALLECILLO GÁMEZ, M^a. R. (coords.), Navarra, 2021

PEYRONNET, M^a.: 'El uso de los algoritmos y la inteligencia artificial en la selección de personal: ¿una ocasión para eliminar la discriminación?'

AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega*, GALLEGU MORALES, Á. J., CRUZ VILLALÓN, J. y DE SOTO RIOJA, S. (dtras.), Junta de Andalucía, 2022

GÓMEZ GORDILLO, R.: 'El poder de dirección y los algoritmos'

AA.VV., *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención* RIVAS VALLEJO, P. (dtra.), Navarra, 2022

RIVAS VALLEJO, P.: 'Gestión algorítmica del trabajo'

AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales*, Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Alicante, 2022

LOSADA CARREÑO, J.: 'El uso de sistemas de IA en la gestión empresarial: riesgos en materia de protección de datos y no discriminación'

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: 'Gestión laboral algorítmica, poder de dirección y participación de los trabajadores: ¿Un cambio de paradigma?'

- VIGO SERRALVO, F.: 'Las encuestas y las reseñas digitales como método de control empresarial: problemática jurídico-laboral desde una óptica sustantiva y rituarial'
- AA.VV., *Derecho, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Madrid, 2023
- GIL OTERO, L.: 'Los derechos de los trabajadores frente a la gestión algorítmica del trabajo: Especial mención a los sesgos discriminatorios'
- GIL OTERO, L.: 'El impacto de la inteligencia artificial en las categorías clásicas del Derecho del Trabajo'
- AA.VV., *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral*, GINÈS I FABRELLAS, A. (dtra.), Pamplona, 2023
- GINÈS I FABRELLAS, A.: 'Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial impacto discriminatorio'
- SERRANO OLIVARES, R.: 'Aprendizaje automático, monitoreo infinito y desafíos de protección de datos y privacidad'
- ALAMEDA CASTILLO, M^a. T.: 'Reclutamiento tecnológico. Sobre algoritmos y acceso al empleo', *Temas Laborales*, núm. 159, 2021
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: 'Experiencias convencionales de regulación del impacto laboral de la inteligencia artificial y su uso con fines de control', *Trabajo y Derecho*, núm. 19, 2024
- BACH GIBERT, A.: 'Los sistemas de evaluación de los trabajadores basados en las valoraciones de los clientes', *IUSLabor*, núm. 3, 2019
- BERRY, L., WALL, E. y CARBONE, L.: 'Claves de servicio y evaluación de la experiencia de servicio por parte de los clientes: lecciones de marketing', *Revista de Empresa. La fuente de ideas del ejecutivo*, marzo, 2007
- BUTOLLO, F. y SCHNEIDEMESSER, L.: 'Más allá de la «Industria 4.0»: Las redes de fábricas B2B como alternativa para la transformación digital de la producción y el trabajo', *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 140, núm. 4, 2021
- COTINO HUESO, L.: 'Qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida', *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, 2023
- ERCILLA GARCÍA, J.: 'Transparencia en la Inteligencia Artificial: explorando la necesidad de acceso al código fuente por parte de los Comités de Empresa', *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2023
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, P.: 'Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación *online*', *adComunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, núm. 3, 2012
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: 'La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo', *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 10, 2024

- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: 'Nuevo reglamento europeo de IA: los derechos humanos como especificación técnica de producto', Brief AEDTSS, núm. 71, 2024
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: 'Inteligencia artificial y empleo. Análisis crítico del marco regulatorio europeo y español impulsado por el Pilar europeo de derechos sociales', Temas Laborales, núm. 168/2023
- MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, 2017
- MERCADER UGUINA, J. R.: 'El "big bang" de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos', Labos, vol. 5, núm. 2, 2024
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: '«Listas negras» de trabajadores conflictivos (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2015)', Trabajo y Derecho, núm. 16, 2016
- MONTOYA MELGAR, A.: 'El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas', Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48
- PÉREZ DEL PRADO, D.: 'El Reglamento de IA y la transparencia', El Foro de Labos, 23.05.2024
- PERISCOPIO FISCAL Y LEGAL, 'El Reglamento de Inteligencia Artificial y los trabajadores (1)', 17.07.2024
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: 'Decisiones automatizadas y discriminación algorítmica en la relación laboral: ¿Hacia un Derecho del Trabajo de dos velocidades?', Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 253, 2022
- TODOLÍ SIGNES, A.: 'El impacto de la UBER ECONOMY en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo', IUSLabor, núm. 3, 2015
- TODOLÍ SIGNES, A.: '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', Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 427, 2018
- TODOLÍ SIGNES, A.: 'La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *Big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos', Revista de Derecho Social, núm. 84, 2018
- TODOLÍ SIGNES, A.: 'En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo', Labour and Law Issues, vol. 5, núm. 2, 2019
- TODOLÍ SIGNES, A.: 'Evaluación de los trabajadores por los clientes: Reputación digital y Reglamento General de Protección de Datos de la UE', Revista Internacional del Trabajo, vol. 140, núm. 1, 2021
- TODOLÍ SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Navarra, 2023

TODOLÍ SIGNES, A.: 'El principio de transparencia algorítmica en su dimensión individual y colectiva: especial referencia a la Directiva de Plataformas Digitales y al Reglamento de IA', Trabajo y Derecho, núm. 19, 2024

TODOLÍ SIGNES, A.: 'La regulación de la inteligencia artificial en la Directiva de trabajo en plataformas digitales', Labos, vol. 5, núm. extraordinario, noviembre 2024

