

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y REDES SOCIALES: ¿ES POSIBLE SANCIONAR AL TRABAJADOR POR PUBLICACIONES DE CONTENIDO PRIVADO AJENAS AL TRABAJO?\*

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

*Profa. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y SS*

Universidad de Valencia

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** Libertad de expresión, poder empresarial, sanción laboral, redes sociales

El presente trabajo analiza una cuestión que en los últimos años ha comenzado a plantearse en la realidad no solo de nuestras relaciones laborales sino en general en las de todos los países desarrollados. Se trata de la repercusión que en la relación laboral comienzan a tener las conductas privadas de los trabajadores en tanto que usuarios de redes sociales. Lo especial de los casos que se van a estudiar en las páginas que siguen es que no estamos ante conductas privadas pero de incidencia laboral, esto es, los supuestos ya conocidos de publicaciones en redes sociales que implican un incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo.

En los casos que se serán objeto de análisis la característica común será que el trabajador lleva a cabo una actividad en sus redes sociales privadas que resulta por completo ajena al contrato de trabajo y a la empresa. Se plantea si la empresa, alegando su derecho a que su imagen o prestigio no se vean dañados, está legitimada para ejercer su poder disciplinario frente a determinadas publicaciones, comentarios o incluso opciones de “me gusta” de la persona trabajadora en sus redes sociales privadas. Estudiándose, caso de responder que sí a esta pregunta, la cuestión de en qué términos sería posible admitir ese ejercicio de la potestad sancionadora empresarial.

**ABSTRACT**      **Key words:** Freedom of expression, corporate power, labour sanction, social networks

This paper examines an issue that in recent years has begun to arise in reality not only of our labour relations but in general in all the developed countries. It is the impact on the employment relationship begin to conduct private workers so that users of social networks. The special cases that will be studied in the pages that follow is that we are not against private conduct but labour incidence, that is, already known cases of publications on social networks that involve a breach of the obligations inherent in the employment contract.

In cases where it will be subject to analysis the common feature will be the worker carries out an activity in their private social networks that is completely unrelated to the employment contract and the company. Arises if the company, claiming their right to that their image or reputation is not damaged, is entitled to exercise its disciplinary power against certain publications, reviews or even options to ‘like’ the working person on their networks social private.

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto: “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” -DER2017-83488-C4-3-R-.

## ÍNDICE

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL
2. INFORMACIONES AJENAS AL TRABAJO PUBLICADAS EN REDES SOCIALES PRIVADAS Y SANCIONES EMPRESARIALES: TRES EJEMPLOS RECIENTES
  - 2.1. Like en Facebook a una página antisemita: declaración de despido procedente
  - 2.2. Humor negro en Facebook: declaración de despido procedente
  - 2.3. “Deseo delictivo” en Twitter: decisión empresarial de despido
  - 2.4. Las redes sociales y la frontera entre faceta laboral y faceta privada del trabajador
3. REDES SOCIALES PRIVADAS DEL TRABAJADOR Y PODER DISCIPLINARIO EMPRESARIAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD IDEOLÓGICO-RELIGIOSA COMO LÍMITES ABSOLUTOS
4. LOS PROTOCOLOS DE USO DE REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA EMPRESARIAL PARA EL EJERCICIO DEL PODER CONTROL
5. A MODO DE CONCLUSIÓN

### **1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL**

Según la consolidada doctrina constitucional, como es sabido, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para la persona trabajadora de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano ni puede entenderse que la empresa en el ejercicio de la libertad que le reconoce el art. 38 CE quede legitimada para limitar de manera injustificada sus derechos fundamentales y libertades públicas. De este modo, lo que se ha venido a reconocer es que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en “la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél”; por ello, “cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> STC 41/2006, de 13 de febrero; STC 342/2006, de 11 de diciembre; y, STC 125/2007, de 21 de mayo.

En relación concretamente con el derecho a la libertad de expresión que el art. 20 CE reconoce a todos los ciudadanos<sup>2</sup>, el TC ha considerado además que dado que este tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones y dado que se trata de un concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor, ha de entenderse que comprende también “la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”. No obstante, matiza la doctrina constitucional, “la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, sino que debe conciliarse, cuando se ejerce en el marco de una relación de trabajo, con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa”<sup>3</sup>. En este sentido, en su reciente sentencia 89/2018, de 12 de octubre, recuerda el TC que el principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo actúa como condicionamiento impuesto por la relación laboral en el ejercicio del derecho constitucional. Ahora bien, “ni dicho principio, ni tampoco el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador pueden servir en ningún caso para limitar indebidamente derechos fundamentales (por todas, STC 181/2006, de 19 de junio, FJ 6), dada su posición preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, que, en cuanto “proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (art. 10.1 CE) y fundamento del propio Estado democrático proclamado en el art. 1 CE (entre otras, STC 56/2008, de 14 de abril, FJ 4), operan como límites infranqueables que el empresario no puede rebasar en ejercicio de su poder de dirección. De modo que, frente al ejercicio de un derecho fundamental, solo otro derecho fundamental o interés constitucionalmente relevante puede ser opuesto como límite”<sup>4</sup>.

La aplicación de la doctrina constitucional por parte de la jurisdicción ordinaria, ha llevado a delimitar tradicionalmente un espacio de legalidad relacionado

<sup>2</sup> Art. 20 CE: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”

<sup>3</sup> STC 181/2006, de 19 de junio.

<sup>4</sup> En relación con esta sentencia es importante destacar que el TC ha considerado que un elemento determinante para ponderar el alcance del derecho fundamental de libertad de expresión es el referido al sujeto frente al que se ejerce porque cuando se ejerce frente a personas que realizan funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, “el ejercicio del derecho alcanza el nivel máximo de protección, convirtiéndose en prácticamente inmune a restricciones que en otros ámbitos serían admisibles constitucionalmente”. Así, según señala el TC, cuando concurre un contexto de debate útil para la formación de la opinión pública, debe entenderse que este “cualifica el contenido y el alcance de la libertad de expresión, que adquiere entonces, “si cabe, una mayor amplitud que cuando se ejerce en otro contexto”, y deviene “especialmente resistente, inmune a la restricciones que es claro en otro contexto habrían de operar”. De ese modo, recuerda la STC 88/2018, la jurisprudencia constitucional ha destacado que “el máximo nivel de protección se produce cuando dicho derecho se ejerce en relación con personas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones”.

con el ejercicio por parte de las personas trabajadoras de su derecho de libertad de expresión en el marco de la relación laboral, en el entendido de que no cualquier manifestación crítica o negativa puede ser considerada como conducta sancionable por parte de la empresa. En este sentido, se ponderan siempre las circunstancias de gravedad, contexto o publicidad para determinar que no cualquier exceso verbal puede conllevar la sanción máxima porque quedaría amparado por la libertad de expresión en su vertiente de crítica o reproche<sup>5</sup>, puntualizándose que excede del ámbito de esta libertad lo que puede considerarse injuria o calumnia respecto del empresario o la actividad empresarial cuando se atenta contra su dignidad, honor o su prestigio<sup>6</sup>.

Hoy por hoy si hablamos de libertad de expresión no podemos desconocer la revolución que para la realidad de las relaciones personales y de la comunicación entre las personas han supuesto las redes sociales<sup>7</sup>, cuya utilización las ha universalizado absolutamente y les confiere un elemento de difusión que no resulta equiparable a ningún otro conocido hasta este momento porque, aunque implique la publicidad de la opinión o mensaje que se expone tal y como ha ocurrido a través de medios de comunicación convencionales, la inmediatez con la que se expande una publicación en redes sociales a través de lo que se denomina efecto viral, hace que su transmisión se produzca en tiempo real y con alcance global<sup>8</sup>.

No cabe duda de que las relaciones de trabajo también se han visto afectadas por el impacto que las redes sociales tienen en la relación de comunicación entre las personas. De hecho, son ya numerosos los trabajos que encontramos en la doctrina laboralista que han analizado este impacto<sup>9</sup>, llegando a la conclusión, en

<sup>5</sup> SSTSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2016, Rec. 191/16 y de 25 de abril de 2017, Rec. 7769/16.

<sup>6</sup> STSJ de Galicia de 8 de octubre de 2014, Rec. 2941/14.

<sup>7</sup> A julio de 2018 según el estudio *Digital in 2018: Q3 Global Digital Statshot* realizado por las empresas *We are Social y Hootsuite*, <https://hootsuite.com/es/pages/digital-in-2018>, las cifras son: Facebook contó con cerca de 2.196 millones de usuarios activos en un mes; Whatsapp tiene más de 1.500 millones de usuarios activos en un mes; Instagram tiene más de 1.000 millones de usuarios activos en un mes; Twitter cuenta con más 336 millones de usuarios activos en un mes; LinkedIn cuenta con 294 millones de usuarios activos en un mes y más de 500 millones de usuarios registrados; Snapchat cuenta con más de 255 millones de usuarios activos en un mes; Pinterest tiene más de 200 millones de usuarios activos en un mes.

<sup>8</sup> En este sentido, como señala Díez Bueso, L., “La libertad de expresión en las redes sociales”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 27, p. 14, [www.uoc.edu/idp], la difusión de los mensajes en red es mucho mayor que a través de otros canales más convencionales. Como consecuencia, la emisión de mensajes inapropiados por aquella vía no jugará a favor del emisor si se constata que usó la red con la intención de dar mayor publicidad a su mensaje. No obstante, si se produce una mayor difusión por haberse utilizado la red y, como resultado, un efecto más dañino que si el mensaje se hubiera difundido por otros canales, la valoración de este dato será igual que si idéntica difusión y perjuicio se hubieran producido a través de los medios convencionales.

<sup>9</sup> Entre otros, Cardona Rubert, M<sup>a</sup>. B., “La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa”, *Revista de Derecho Social*, Núm. 52, 2010, p. 67 y ss.; Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso social”, *RGDT*, n.º 39, 2014, p. 355 y ss.; Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales», en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Controversias*

relación con el tema que aquí nos ocupa, de que el uso de las redes sociales plantea diferentes problemas prácticos entre los que encontramos los relacionados con la información que los trabajadores publican en las mismas y que directa o indirectamente puede ser relevante para la empresa y susceptible de alterar la opinión que ésta hasta ese momento tenía sobre el trabajador en cuestión, siendo cada vez más frecuentes los conflictos planteados al respecto<sup>10</sup>.

Por otra parte, son también numerosas las resoluciones de los Tribunales en las que se aborda la cuestión de la repercusión laboral del uso de las redes sociales por parte de las personas trabajadoras. Se trata de sentencias en las que se resuelven temas relacionados con el uso de las redes sociales privadas en tiempo de trabajo; con la utilización por parte de la empresa de las redes sociales como herramienta para comprobar por el contenido de las mismas incumplimientos del trabajador; o, en fin, con el uso de las redes sociales con la finalidad de manifestar críticas relacionadas con la empresa o las condiciones de trabajo<sup>11</sup>. En relación precisamente con estas últimas conductas, como regla general, los Tribunales advierten que el uso de las redes sociales, como por ejemplo Facebook, implica tanto “publicidad como constancia escrita” y ello conlleva que la que “confección premeditada” del mensaje pueda llevar a sanciones más graves que las aplicables cuando el mismo no es “fruto de la fluidez de una intervención verbal” sino que alcanza “un plano mucho más trascendente”<sup>12</sup>. Se considera que las redes sociales se utilizan por parte de los trabajadores “a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen los comentarios”<sup>13</sup>. Y, en fin, se viene a señalar que la rápida y extensa difusión de los comentarios vertidos a través de un perfil de Facebook es determinante a la hora de valorar, aplicando la jurisprudencia más antigua del TS, que los límites

*vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2016, p. 305 y ss.; Ferrando García, F., “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, RTSS, CEF, Núm. 399 (junio 2016), pp. 37-68; Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, Revista de Información Laboral num.7/2016 parte. BIB 2016/4160; y, Talens Visconti, E., “Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales”, Trabajo y Derecho, nº 23, 216, p. 66-79.

<sup>10</sup> En este sentido, Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., pp. 358-359, que indica que son controversias que surgen por el uso de las redes y que se relacionan con una posible transgresión de la confianza empresarial debido a la utilización de las redes sociales, pero en este caso, el abuso de la confianza empresarial que se imputa al trabajador proviene de un comportamiento muy diferente y se relaciona con la información que voluntariamente, el trabajador ha querido reflejar en ella -incluyéndola él mismo en su perfil- o ha tolerado su difusión -permitiendo que otras personas la incorporen-.

<sup>11</sup> Véase en esta materia el amplio estudio jurisprudencial de Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., p. 359 y ss.; y, NORES TORRES, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., pp. 8-11.

<sup>12</sup> STSJ de Murcia de 26 de abril de 2017, Rec. 1240/2016. Sobre la cuestión de la expresión verbal o escrita y su incidencia sobre el derecho de libertad de expresión, véanse, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 14; y, Talens Visconti, E., “Aspectos jurídicos sobre los comentarios...”, cit., p. 7.

<sup>13</sup> STSJ de Aragón de 18 de mayo de 2016, Rec. 300/2016.

de la libertad de expresión deben determinarse en función tanto del análisis de las expresiones utilizadas, como de la finalidad perseguida y los medios en que aquéllas se producen, de modo que, sólo resulten sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo<sup>14</sup>.

Ha destacado la doctrina que entre los problemas que con más frecuencia se encuentran en la práctica relacionados con la información publicada por los trabajadores en redes sociales cabe reseñar dos. Por una parte, se viene comprobando que la información reflejada en una red social puede servir como forma de controlar las falsas situaciones de Incapacidad Temporal. Y, por otra, el conflicto a veces se suscita por la trascendencia social que se puede atribuir a ciertas opiniones o reflexiones de carácter personal incluidas por el trabajador en su propio perfil personal, formuladas con ánimo ofensivo o despectivo y que, incluso, podrían influir negativamente en la imagen que la empresa en cuestión tiene en el mercado de bienes y servicios, y por tanto, sobre el nivel de aceptación que hasta ese momento presentaba entre consumidores y usuarios<sup>15</sup>.

Pues bien, el presente trabajo pretende analizar una nueva realidad relacionada con los efectos que sobre la relación de trabajo comienzan a tener las expresiones o manifestaciones que las personas trabajadoras publican en sus redes sociales privadas fuera de su tiempo de trabajo y respecto de cuestiones ajenas al mismo, es decir, conductas que quedan totalmente al margen de su relación laboral. Lo cierto es que planteado en estos términos, en principio, podría entenderse que no habría cuestión jurídico-laboral alguna que presentar como problemática porque nos habríamos situado no solo fuera de la relación contractual sino exclusivamente dentro de la esfera privada de la persona trabajadora.

No obstante, parece que la realidad no permite llegar a esta conclusión tan fácilmente, porque son cada vez más los supuestos en los que una manifestación ajena al trabajo publicada por el trabajador en redes sociales trae como consecuencia la reacción empresarial sancionadora. Se trata de supuestos que resultan sin duda alguna socialmente reprobables, ya que la referencia, manifestación o expresión concreta que publica la persona trabajadora en su red social resultaría desde un punto de vista objetivo o, mejor dicho, desde un punto de vista general, claramente ofensiva, humillante, vejatoria, discriminatoria... , pero lo cierto es que no alcanza ni se refiere directamente a aspecto alguno relacionado con la relación de trabajo que se desempeña. Para entender exactamente de lo que estamos hablando, lo mejor es acudir a ejemplos reales de la afirmación precedente. Así, se analizarán

<sup>14</sup> STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2017, Rec. 2275/2016.

<sup>15</sup> Selma Penalva, A., "La información reflejada en las redes sociales y..." cit., p. 359; y, Ferrando García GARCÍA, F., "Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad..." cit., p. 60 y ss., que analiza la información reflejada en lo que denomina "la red social delatora" como base del ejercicio del poder disciplinario.

seguidamente tres casos en los que la actividad privada sin trascendencia laboral de los trabajadores en sus redes sociales ha tenido graves implicaciones en este plano.

## **2. INFORMACIONES AJENAS AL TRABAJO PUBLICADAS EN REDES SOCIALES PRIVADAS Y SANCIONES EMPRESARIALES: TRES EJEMPLOS RECIENTES**

La forma de actuar por parte de las empresas que en los últimos tiempos se está detectando ante las manifestaciones de carácter no laboral y absolutamente impredecibles publicadas por sus trabajadores en sus redes sociales privadas se concreta en la imposición de la sanción más grave, esto es, el despido disciplinario. Así ha ocurrido en los tres supuestos que seguidamente se detallan y que se utilizarán para aportar ejemplos prácticos de una realidad que implica el control indirecto por parte de la empresa de la actividad privada del trabajador en redes sociales. El primero de los casos que se presentan ha tenido lugar en Bélgica y los otros dos en nuestro país. Hay que señalar en todo caso que las circunstancias concurrentes en los tres no son idénticas y, de hecho, a mi entender, tal y como señalaré más adelante, esas diferentes circunstancias podrían suponer una diferente calificación de la decisión empresarial sancionadora. Aun así, desde mi punto de vista, es importante reparar desde un principio en lo peligroso de aceptar esta reacción empresarial frente a la actividad privada de sus trabajadores en redes sociales asumiendo la procedencia de una sanción impuesta por una acción completamente ajena a la empresa y a la relación de trabajo.

### **2.1. Like en Facebook a una página antisemita: declaración de despido procedente**

El primer caso que nos va a servir de ejemplo de la realidad a la que hemos hecho referencia lo encontramos en la sentencia de la *Cour du travail de Liège* de 24 de marzo de la 2017<sup>16</sup>, en la que se declara la procedencia del despido de un trabajador porque se considera justificado que la empresa rescindiera el contrato alegando como causa de esta decisión que el trabajador había marcado con un “me gusta” una publicación antisemita en su perfil de Facebook. En su resolución el Tribunal de Lieja va a entrar a valorar las concretas circunstancias que se dan en el supuesto que se le plantea y que son las siguientes:

<sup>16</sup> Cour du travail de Liège (3e ch.) – Arrêt du 24 mars 2017 – Rôle n° 2016-AL-94.

- La empresa es una asociación sin ánimo de lucro que tiene como objetivo impulsar y mejorar el centro de la ciudad de Lieja y la integración social.
- El trabajador ostenta un cargo relevante en la empresa cual es el de contable que depende directamente del director de la empresa.
- A finales del año 2013, la empresa comprobó que el trabajador había publicado en su muro Facebook varios enlaces a artículos relacionados con el controvertido cómico francés Dieudonné, condenado en Francia por antisemitismo.
- Tras esta comprobación la empresa y el trabajador se reunieron y éste asumió, admitiendo que por su posición jerárquica en la empresa era influyente para el resto del personal, un compromiso por escrito consistente en que durante todo el tiempo que permaneciese como trabajador de la misma no volvería a colgar ninguna publicación semejante en ninguna red social ni en cualquier otro medio de comunicación y que asimismo eliminaba todas las publicaciones de este tipo en su muro de Facebook.
- El 3 de abril de 2014, la dirección de la empresa comprobó que el trabajador había marcado en su muro de Facebook un “me gusta” a varias publicaciones antisemitas francesas y procedió a despedirlo el 18 de junio de 2014.

La sentencia de la *Cour du travail* de Lieja a partir de estos hechos declara que el despido se ajusta a derecho por varias razones. En primer lugar, porque, aunque es cierto que se trata solo de un “me gusta” y no de una publicación en su muro de Facebook, dado el conocido carácter antisemita de las páginas referidas no cabe duda de que con ello se puede ofender a la opinión pública y que con esa acción el trabajador no respetó el compromiso suscrito con la empresa. En segundo lugar, porque, si bien todos los empleados tienen derecho a la libertad de expresión, este no justifica un posible daño a la imagen de la empresa que no hay que olvidar que tiene por objeto entre otros la integración social, por lo que el hecho de que un directivo muestre posiciones intolerantes frente a los extranjeros es claramente perjudicial. Finalmente, porque no cabe duda de que los hechos revisten la gravedad suficiente para ser causa de despido dado que el trabajador había ya sido advertido con anterioridad y se había comprometido a no volver a hacerlo.

En este supuesto, desde mi punto de vista, cabe destacar que la empresa ha seguido un procedimiento de actuación que le ha permitido alcanzar una resolución favorable en un caso en el que no parece que hubiera sido fácil llegar la misma conclusión si no se hubiera producido una secuencia de hechos como la que se ha descrito. Digo esto porque hay que tener en cuenta que, según los datos que aparecen en la sentencia, la empresa no contaba con un protocolo de uso de redes sociales que contemplase límites por lo que al uso de redes privadas de los trabajadores se refiere. Sin embargo, el modo de actuar en dos fases claramente delimitadas de advertencia previa y de sanción posterior, ha permitido que la sentencia declare la procedencia del despido en base al compromiso que voluntariamente

adquiere el trabajador tras esa fase previa. Es clave pues este compromiso para poder acreditar la desobediencia por parte del trabajador y considerar la gravedad de la infracción que justifica la gravedad de la sanción. En definitiva, es clave que, tal y como ocurre en los supuestos de control empresarial de herramientas de comunicación que se ponen a disposición del trabajador para su prestación laboral, se haya procedido previamente a informar al mismo sobre los límites que cabe aplicar en el uso de sus redes privadas en aras a evitar daños para la imagen, prestigio o la propia actividad de la empresa.

## **2.2. Humor negro en Facebook: declaración de despido procedente**

El segundo de los ejemplos que vamos a analizar es el de una sanción impuesta por actividad privada en redes sociales que se ha producido en España. Se trata del caso resuelto por la sentencia del Juzgado de lo social nº 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero de 2018, Núm. 74/18. De nuevo, la importancia que en el caso tienen las circunstancias en las que se llega a la decisión empresarial de despedir al trabajador, hace que sea importante partir de los hechos se declaran probados en la sentencia y que son los siguientes:

- El trabajador publicó en Facebook unos comentarios e imágenes que la propia entidad Facebook eliminó horas más tarde de su publicación al considerarlos inapropiados informándole de dicha acción - a) una fotografía de un grupo de niños muertos aparentemente por utilización de gases y armas químicas bajo el título “mannequin challenge en Siria” b) un niño de raza negra mutilado concretamente sin piernas dibujando con una tiza en el suelo piernas bajo el título, traducido, “todo el mundo tiene un sueño” y c) una fotografía de un grupo de mujeres con velo islámico en un grupo de música en la que se hace referencia a los atentados terroristas islamistas cometidos en París.
- En su perfil de Facebook el trabajador se identificaba expresamente como “trabajador en Primark”.
- Mediante el examen de publicaciones sociales en el que se controlan las publicaciones realizadas en el dominio Primark, la empresa detecta que distintos usuarios -entre ellos una usuaria con miles de seguidores- están participando en los foros para que no se compre en Primark. Estas publicaciones de diferentes usuarios referencian en la conducta mantenida por un empleado de la compañía -concretamente el trabajador en sus redes sociales-, y ante estos hechos la empresa procede a acceder a los perfiles públicos de éste en su red social Facebook, observando primero que los únicos rasgos identificativos que aparece en el perfil del trabajador resulta ser su nombre y su condición

empleado de Primark en Palma, y observando a continuación el contenido a que se ha hecho alusión. La consecuencia fue que al menos al principio una usuaria aludía a como la empresa puede tener este tipo de empleados, siendo que dicha usuaria posee miles de seguidores, y que varios de los mismos, participando en los foros de las aplicaciones, se pronuncian incluso sobre su negativa a comprar en la citada tienda al permitir este tipo de conductas, lo cual interpreta la empresa como una campaña lanzada contra Primark. Luego, aún sin entrar en el alcance que dicha publicidad haya tenido y la extensión que haya tenido, es evidente que la conducta del trabajador llega a ser conocida del público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes.

- La empresa procede al despido del trabajador por los siguientes motivos detallados en la carta de despido: “Consecuentemente, en cuanto Usted se identifica como empleado de Primark, los usuarios que han accedido a su perfil han mostrado rechazo a sus publicaciones e imágenes, publicando en Twitter comentarios contra nuestra empresa, solicitándose que no se acuda a nuestro centro y no se compren nuestros productos, debiendo tener presente el fuerte impacto negativo que se ha generado sobre la compañía, en tanto en cuanto una de las usuarias que ha sido más activa en contra de sus publicaciones tiene más de 10,9 K seguidores (...). Ante los hechos anteriormente descritos, esta Dirección considera que su comportamiento determina un incumplimiento muy grave y culpable de sus obligaciones laborales, de conformidad con lo dispuesto en el II Convenio Colectivo de Primark Tiendas SLU, siendo constitutivo de Falta laboral muy grave de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Primark Tiendas SLU, tipificada en el artículo 31.B).3, en su modalidad pluscualificada “3. La desobediencia a las órdenes de los superiores en cualquier materia de trabajo. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio para la empresa, podrá ser considerada como falta muy grave”, en el artículo 31.C).2, que resulta de aplicación, “(...), deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas (...),” y en el artículo 31 .C).12, “Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”, así como con la tipificación ofrecida por el artículo 54.2.b ) y d) del Estatuto de los Trabajadores “La indisciplina o desobediencia en el trabajo” y “La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”.

La sentencia que comentamos declara la procedencia de este despido asumiendo que: “en el presente caso estaríamos ante un incumplimiento contractual consistente en desobediencia con un evidente y notorio perjuicio para la empresa, así como ante la pérdida de confianza en la persona del trabajador, por lo que debe considerarse que la calificación del despido ha de ser la de procedente, por cuanto

la medida adoptada por el empresario es proporcionada en atención a las condiciones concurrentes y a las expresiones y contenidos proferidos, aparte del medio empleado. Lo que conlleva, en consecuencia, a la desestimación de la demanda”. Para llegar a esta calificación se tiene muy en cuenta en la sentencia que la que la empresa tiene una política en materia de uso de redes sociales, que, entre otras, concreta: “(...) las responsabilidades de los usuarios, así como el establecimiento de unas buenas prácticas cuando se accede a redes sociales en las que se trata temas relacionados con Primark, su actividad o sus empleados, o en las que es posible identificar fácilmente al usuario como empleado de Primark, (...). La empresa respeta el derecho a la intimidad de sus trabajadores. Sin embargo, la empresa debe velar también por su reputación y porque se salvaguarde en todo momento la confidencialidad de la información de la empresa. Por tanto, insta a sus empleados que utilicen este tipo de páginas de Internet a que: (...) velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”.

En mi opinión, la declaración de procedencia del despido podría cuestionarse desde un punto de vista subjetivo partiendo del dato de que no es el trabajador el que provoca directamente con sus publicaciones el daño a la imagen de la empresa sino la difusión de la campaña que inician otros usuarios de las redes sociales a modo de “venganza” o “represalia” pública frente a las lamentables publicaciones del trabajador. Quiero decir con ello que, a mi entender, *a priori* la causa del despido podría no ser ajustada a derecho en este supuesto porque podría considerarse que no se ha probado ni la desobediencia del trabajador, ni la transgresión de la buena fe, ni el abuso de la confianza, en los términos del art. 54 ET. No obstante, resulta absolutamente clave en este caso un hecho que puede condicionar la anterior afirmación y que no es otro que la existencia en la empresa de un protocolo de uso de redes sociales que el trabajador conoce porque ha sido informado de su existencia, habiendo firmado un documento que así lo acredita. De este modo, creo que es importante en este supuesto partir de la concurrencia de tres importantes circunstancias que resultan jurídicamente relevantes a efectos de la calificación del despido:

- a) La primera y absolutamente determinante es la referida a la identificación del trabajador como trabajador de la empresa en su red social.
- b) En segundo lugar, la existencia en la empresa de un protocolo de uso de las redes sociales que el trabajador conocía y había asumido mediante la firma de un documento informativo por el que se comprometía a no atentar contra la libertad de las personas.
- c) Y, en tercer lugar, el daño probado que sufre la imagen y el negocio de la empresa por el impacto que tuvo la difusión viral del ejercicio del derecho de libertad de expresión por parte del trabajador a través de lo que él asume como “humor negro”.

A mi modo de ver, en este contexto es posible alcanzar la conclusión que sostiene la sentencia que comentamos, aunque es interesante destacar que la empresa, dado el difícil encaje de la conducta del trabajador en las causas de despido disciplinario que regula el art. 54 ET, ha negociado con posterioridad a esta resolución una modificación del convenio colectivo de empresa, que actualmente en su art. 32.C). 20 expresamente tipifica como falta muy grave: “La publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados de Primark o utilizando el nombre de la compañía”<sup>17</sup>.

La reflexión que puede hacerse tras analizar un caso como este debería ir más allá de las concretas circunstancias del mismo para responder a la pregunta de cuál debiera haber sido la calificación del despido si no hubiera existido ese protocolo de uso de redes. O, dicho de otro modo, si hubiera sido causa de despido disciplinario el daño causado a la imagen de la compañía simplemente con la referencia a la empresa en el perfil privado del trabajador mediante la publicación en la red social de la información del lugar de trabajo. Creo que en ese supuesto hubiera sido más complicado para la empresa acreditar la concurrencia de la desobediencia o la transgresión de la buena fe y el abuso de confianza. El único elemento para que la empresa justificase su sanción sería el relacionado con la identificación como trabajador en la red privada, pero ciertamente, como veremos más adelante, esto es algo muy común y extendido entre los usuarios de las redes sociales por lo que, a mi juicio, quizá no hubiera bastado para acreditar de manera suficiente el incumplimiento grave y culpable que exige el art. 54.1 ET por la falta de nexo causal directo entre el daño a la empresa y la conducta del trabajador, dado que éste no habría sido informado de la existencia de límite alguno en cuanto al manejo de sus redes privadas ni en cuanto a la posible reacción sancionadora de la empresa en relación con lo publicado en las mismas.

### 2.3. “Deseo delictivo” en Twitter: decisión empresarial de despido

El tercero de los supuestos que pueden citarse como ejemplo se ha planteado en España y se refiere al caso de una ciudadana que en su cuenta personal de la red social Twitter decide publicar, y cito literalmente, que desea para la “perra asquerosa” de la política Inés Arrimadas una “violación en grupo”<sup>18</sup>.

En esta publicación de Twitter ni hay identificación personal de la ciudadana como trabajadora de la empresa, ni aparece referencia alguna a la empresa en la que

<sup>17</sup> Resolución de 8 de agosto de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU, BOE núm. 201, de 22 de agosto de 2017.

<sup>18</sup> Puede verse la noticia y los detalles de la extinción contractual en <https://www.elmundo.es/cataluna/2017/09/05/59aec7c7e2704e67698b467f.html>

se prestan servicios, por lo tanto, por decirlo de manera clara, nadie sabe cuando accede a esta impresentable publicación cuales son las referencias laborales de la persona en cuestión. La publicación se convierte en viral en muy poco tiempo. Dos días después, la empresa Tinsa, que es la empresa en la que presta servicios la trabajadora, publica el siguiente tuit: “Tinsa ha tenido conocimiento de esta mañana de unos comentarios vertidos en pasado 3 de septiembre por una trabajadora temporal de Tinsa en su cuenta personal de Facebook [...] Tinsa quiere expresar su total repulsa a los inaceptables comentarios manifestados [...] por esta persona que ya ha dejado de trabajar para la compañía.

En este caso, a mi entender habría que valorar varias circunstancias a la hora de calificar el “despido” de la trabajadora y entrecomillo el despido porque, con la referencia de la publicación en prensa, parece que se trata de una trabajadora a la que la ETT para la que trabajaba le comunica sin más una extinción del contrato temporal por fin de obra. Las circunstancias que creo que deben tenerse en cuenta en un supuesto como este son dos principalmente:

- a) En ningún caso la ciudadana que publica el inaceptable tuit se identifica como trabajadora de la empresa.
- b) Como consecuencia de lo anterior, no consta que esta empresa ni la ETT que contrató a la trabajadora hayan sufrido perjuicio alguno ni en su imagen ni en su actividad comercial a raíz del tuit, es decir, no se ha iniciado una campaña viral semejante a la que hemos analizado en el ejemplo anterior.

En este contexto, la decisión de la empresa usuaria de comunicar a la ETT que ya no quería que la trabajadora continuase prestando servicios en su empresa y la consiguiente extinción del contrato por obra por parte de la ETT deben considerarse, a mi juicio y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 55.5 ET, como constitutivas de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, puesto que el único motivo del despido es la publicación en la cuenta privada de twitter de la trabajadora de un comentario desprovisto de alcance laboral alguno –cuestión distinta desde luego es la sanción penal correspondiente que, según se ha publicado, ya se ha impuesto a la trabajadora como autora de un delito contra la integridad moral tipificado en el art. 173 CP<sup>19</sup>-. No cabe duda de que esto es así, porque queda claro

<sup>19</sup> [https://elpais.com/ccaa/2018/01/09/catalunya/1515497783\\_739330.html](https://elpais.com/ccaa/2018/01/09/catalunya/1515497783_739330.html). En relación concretamente con el discurso del odio, la reciente STEDH de 17 de julio de 2018, *Asunto Mariya Alekhina y otras contra Rusia*, ap. 222, ha señalado que: “De forma parecida, este Tribunal indica que la Recomendación de Política General nº 15 del ECRI sobre la lucha contra el discurso del odio declara que, a efectos de considerar si una expresión supone incitación al odio, son esenciales los siguientes elementos con el fin de evaluar si existe o no riesgo de que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación: (a) el contexto en el que se utiliza el discurso del odio en cuestión; (b) la capacidad que tiene la persona que emplea el discurso del odio para ejercer influencia sobre los demás; (c) la naturaleza y contundencia del lenguaje empleado; (d) el contexto de los comentarios específicos; (e) el medio utilizado; y (f) la naturaleza de la audiencia”. En el ámbito penal es desde luego en el que las redes sociales están siendo el instrumento de expansión de lo que se conoce como delitos de odio

que es la empresa usuaria la que, de manera voluntaria, decide publicar a través de Twitter su decisión de extinguir el contrato. Y con esa publicación ofrece además la prueba de su motivación, que no es otra que la de actuar vía laboral ante la inaceptable publicación de la trabajadora que, recordemos, ni la ha subido en la cuenta de twitter de la empresa, ni se refiere a ella o a la relación laboral de la trabajadora, ni, en fin, se ha hecho con identificación de la trabajadora como tal. Es más, como se ha indicado antes, en este caso ni siquiera hay despido propiamente dicho porque la trabajadora prestaba servicios a través de ETT y se trata de una extinción del art. 49.1.c) ET. No obstante, visto el tuit de la empresa, resulta obvio que no se trata de tal extinción sino de una sanción de despido a raíz del tuit de la trabajadora<sup>20</sup>.

#### **2.4. Las redes sociales y la frontera entre faceta laboral y faceta privada del trabajador**

Para mí, tal y como ya he dicho anteriormente, es absolutamente necesario que se analice de manera muy estricta la concurrencia de causa de despido disciplinario desde la perspectiva laboral en supuestos como los analizados. Si se acepta que una reacción empresarial como cualquiera de las descritas se ajusta a derecho porque las manifestaciones de un trabajador en su red social privada son impresentables, el problema que se plantea es desde luego muy complejo porque se refiere a la valoración del contenido de los mensajes publicados por el trabajador y será difícil, primero, delimitar qué contenidos son o no susceptibles de ser controlados; y, segundo, no caer en algunos casos en una suerte de «represalia laboral preventiva» utilizando el daño a la imagen de la empresa como motivo suficiente para sancionar al trabajador.

Desde luego, lo que no puede cuestionarse es que la herramienta de comunicación en estos casos es absolutamente determinante para que se haya llegado a la sanción empresarial. Quiero decir con ello que, tal y como hemos visto que nuestros Tribunales vienen advirtiendo, el uso de Facebook, de Twitter, o de cual-

que se definen, según Tamarit Sumalla, J. M., “Los delitos de odio en las redes sociales”, en González Jiménez, A. (coord.), «Implicaciones jurídicas de los usos y comentarios efectuados a través de las redes», IDP, Revista de Internet, Derecho y Política, Núm. 27, p. 19, UOC, como aquellos que suponen la realización de una conducta delictiva mediante la cual el autor expresa un mensaje de odio o discriminación hacia un grupo social. Una característica esencial de esta clase de delitos es que la víctima es seleccionada por el autor como consecuencia de una adscripción social que lo vincula a un determinado grupo. Es esa adscripción, derivada de su origen nacional o étnico u otras circunstancias relacionadas con su identidad, como el género o la orientación sexual o la ideología, la que convierte a la víctima en un objetivo atractivo para el autor. Asimismo, el grupo social al que, desde la percepción del autor, está vinculada la víctima directa es destinatario del mensaje discriminatorio y víctima indirecta del hecho.

<sup>20</sup> Un caso muy semejante se produjo en EEUU también por la publicación de un tuit supuestamente humorístico pero de contenido racista. Sobre el mismo, y sobre otros casos similares, véase el reportaje de The New York Times Magazine en <https://www.nytimes.com/2015/02/15/magazine/how-one-stupid-tweet-ruined-justine-saccos-life.html>

quier red social online, es el elemento que confiere a los inaceptables mensajes publicados una difusión de tal magnitud que provoca –otra cuestión que es que la justifique– la reacción empresarial. Hace unos años –pero no tantos–, los mismos trabajadores podían hacer las mismas “bromas” o tener los mismos “deseos” absolutamente reprobables, pero esa poco edificante faceta personal no se conocía más allá de su estricto ámbito privado y no tenía implicaciones en el ámbito laboral desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario empresarial.

Hoy por hoy, como se ha puesto de manifiesto<sup>21</sup>, es cada vez más difícil dibujar la línea que separa lo público de lo privado en nuestra vida y en consecuencia en nuestro trabajo. De ahí que las conductas que resultan ajenas al mismo puedan repercutir negativamente sobre el vínculo laboral, dado que el nivel de exposición pública en el que actualmente se desarrolla la vida privada de las personas es tal que resulta a veces complicado no confundir ambos planos. De hecho, por ejemplo, esa exposición pública de la vida privada en redes sociales es utilizada por las empresas como herramienta en los procesos de selección de personal y así la información que se publica en las redes puede tener efectos positivos o negativos en función del perfil de persona trabajadora que busca la empresa<sup>22</sup>. En este sentido, se ha sugerido incluso que para los futuros trabajadores sería interesante abrir en

<sup>21</sup> Como indica Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 75, no cabe duda de que el uso de las redes diluye la frontera entre lo público y lo privado y esa confusión plantea dudas sobre la legitimación del empresario para utilizar la información a efectos disciplinarios.

<sup>22</sup> En este tema son sumamente interesantes las conclusiones que expone el Informe 2016 Infoempleo-Adecco “Redes sociales y mercado de trabajo”, que puede encontrarse en <https://www.adeccorientaempleo.com/webwp/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf>. - El uso de las redes sociales como medio para reclutar candidatos ha aumentado un 12% en el último año, y acumula ya un crecimiento total superior al 30% desde la primera edición de este Informe, en 2011. Cada vez son más las compañías que, siendo conscientes de que no hay mejor candidato que el que ya es fan de tu marca, sigue tus actualizaciones y encaja con la cultura de la empresa, utilizan sus perfiles en RRSS encontrar a futuros empleados; - La red social más utilizada por las empresas españolas para reclutar talento es, un año más, LinkedIn, plataforma a la que recurre el 74% de los reclutadores que hace uso de las redes sociales para encontrar candidatos. Le siguen Facebook, que es la red social utilizada por cuatro de cada diez de los profesionales encuestados; y Twitter, que en 2016 reduce de forma extraordinaria el número de profesionales que acuden a ella cuando necesitan aumentar su plantilla, cayendo de un 45% en 2015 hasta el 22% en este último año; - El 97% de los responsables de Recursos Humanos, al ser preguntados por los medios de intermediación laboral que utilizarán en un plazo de dos años, afirma que los portales web de empleo serán el canal principal. Le acompañarán en el proceso los contactos personales (96%) y las redes sociales (95%). Las webs corporativas y la promoción interna seguirán también formando parte de las herramientas que emplearán las empresas para reclutar candidatos, según la opinión del 94% y el 93% de los seleccionadores, respectivamente; - El 86% de las empresas consulta las redes sociales de los candidatos preseleccionados antes de tomar una decisión de contratación. Tanto las empresas como los candidatos son cada vez más conscientes de la importancia que tiene cuidar la imagen que se proyecta en la Red, conocida también como identidad digital. Durante este último año el 55% de los profesionales de RRHH encuestados ha reconsiderado su decisión de contratación después de consultar los perfiles en redes de algún candidato preseleccionado; el 36% lo ha hecho empeorando su decisión. Además, tan sólo un 21% de las empresas ha seleccionado a un candidato por su actividad en las redes sociales, un porcentaje que sube hasta el 33% cuando se trata de desestimar la candidatura de un aspirante a un puesto de trabajo por la imagen que proyecta en sus perfiles. Sobre el uso de las redes sociales en esta fase de selección, véase Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., pp. 71-72; y, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., pp. 4-5.

redes sociales al menos dos perfiles distintos; uno, más profesional y de acceso abierto, en el que aunque se pueda dar a conocer la faceta privada del trabajador se limite la información que se expone; y, otro, de carácter personal, con acceso limitado solo a determinados usuarios, en el que se incluyan contenidos de carácter lúdico, familiar, humorístico...<sup>23</sup>. En todo caso, no podemos perder de vista que, aun con este nivel generalizado de exposición pública de la vida privada, el TEDH nos ha recordado en la importante sentencia *Barbulescu*<sup>24</sup>:

- Que toda persona tiene derecho a una vida privada, lejos de la injerencia no deseada de otros.
- Que sería demasiado restrictivo limitar la noción de “vida privada” a un “círculo íntimo” en el que cada uno pueda vivir su vida personal como quiera y excluir completamente al mundo exterior de este círculo.
- Que el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, garantiza un derecho a la “vida privada” en sentido amplio, que incluye el derecho a realizar una “vida privada social”, es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social.
- Y, que el mencionado derecho consagra la posibilidad de comunicarse con otros para establecer y desarrollar relaciones con sus semejantes.

Al hilo de estas afirmaciones creo que para poder delimitar el ámbito de actuación de la empresa en relación con las publicaciones de contenido no laboral que los trabajadores en sus redes privadas es necesario analizar sobre todo dos temas. Por una parte, el relativo a las redes sociales privadas y el poder disciplinario empresarial. Y, por otro, el relacionado con la reciente práctica consistente en la implementación de protocolos de uso de redes sociales en las empresas en los que se incluyen referencias a los límites de actuación de los trabajadores en caso de que los mismos se identifiquen como tales en sus redes sociales privadas.

<sup>23</sup> Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 76.

<sup>24</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) Caso *Barbulescu contra Rumania*. Sentencia de 5 septiembre 2017. TEDH 2017/6. Además véanse las sentencias citadas en la misma: *Smirnova contra Rusia* (JUR 2003, 162895), núm. 46133/99 y 48183/99, ap. 95, TEDH 2003-IX; *Niemietz contra Alemania* (TEDH 1992, 77), 16 de diciembre de 1992, ap. 29, Serie A núm. 251-B; *Bigaeva contra Grecia* (TEDH 2009, 61), núm. 26713/05, ap. 22, 28 de mayo de 2009; y *Özpinar contra Turquía* (TEDH 2010, 103), núm. 20999/04, 19 de octubre de 2010.

### 3. REDES SOCIALES PRIVADAS DEL TRABAJADOR Y PODER DISCIPLINARIO EMPRESARIAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD IDEOLÓGICO-RELIGIOSA COMO LÍMITES ABSOLUTOS

Sin entrar aquí a analizar las diferentes clases de redes sociales<sup>25</sup>, según se ha señalado, el eje central sobre el que se articulan las redes sociales gira en torno a la creación de espacios generados con los datos personales cedidos por los sujetos con el objetivo de construir su propia identidad digital o perfil y ponerlo a disposición de terceros. Con ello se convierten en auténticos escaparates virtuales en los que el control de la información es muy limitado, pues una vez facilitada la misma, se desconoce dónde, cuándo y por quién puede ser vista y utilizada, con qué fines y durante cuánto tiempo<sup>26</sup>.

Es cierto que la configuración de privacidad de la red queda en manos del usuario y que este puede decidir restricciones de acceso<sup>27</sup>. No obstante, el hecho de que la red social esté configurada como privada puede no ser jurídicamente relevante porque la fragilidad de este entorno configurado como privado queda patente cuando no es posible controlar la redifusión de una publicación por parte los usuarios que el trabajador ha agregado como receptores del mensaje. De este modo, por ejemplo, la doctrina judicial no acepta el argumento de la privacidad en los casos en los que el trabajador ha publicado en sus redes sociales la información de contenido laboral que después ha sido conocida por la empresa que ha sancionado la conducta en supuestos de acceso público<sup>28</sup>. Ahora bien, tampoco acepta que atente contra el derecho de intimidad del trabajador el uso de una publicación del mismo en su red social privada cuando siendo la misma de acceso restringido cuenta con dos mil usuarios aceptados por el trabajador<sup>29</sup>. En definitiva, tal y como se ha puesto de manifiesto<sup>30</sup>, parece que puede considerarse que desde el momento en el que el trabajador decide incluir tal información en su perfil, exponiéndola

<sup>25</sup> Véase sobre este tema, Campuzano Tomé, H., “Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI”, *Actualidad Civil Jurisprudencia* Núm.1/2011 (1<sup>a</sup> quincena enero), p. 1-14.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>27</sup> En esta materia, véase, además del trabajo de la cita anterior, Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 5, que desarrolla los diferentes niveles de privacidad y señala que generalmente, se permite al usuario que escoja entre mantenerlo en abierto o cerrado y que también caben distintas opciones intermedias en la configuración.

<sup>28</sup> STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014, Rec. 491/2014.

<sup>29</sup> SJS de Zaragoza de 21 de febrero de 2018, Proc. 396/2017.

<sup>30</sup> Selma Penalva, A., “La información reflejada en las redes sociales y...”, cit., p. 369. Para Nores Torres, L.E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes...”, cit., p. 20, habrá que ver cuáles son las condiciones de uso de la red social que tiene el titular de la cuenta o, en otras palabras, cómo ha configurado la misma, si es de acceso público, de acceso limitado, de acceso restringido, etc., y cómo ha accedido la empresa a ella, por medios lícitos o no.

públicamente, él mismo está renunciando al posible carácter íntimo o particular que pudiera querer atribuírsele.

A mi entender, lo que ocurre en el caso de las publicaciones privadas en redes sociales de los trabajadores es que en realidad en muchas ocasiones no nos estamos moviendo estrictamente en el terreno del ejercicio del poder de vigilancia y control empresarial sino directamente en el del ejercicio del poder disciplinario, ya que el acceso a la información, como hemos visto, no se produce generalmente vulnerando el derecho de intimidad del trabajador. La cuestión por tanto en supuestos como los que estamos analizando aquí se centra en muchas ocasiones en delimitar la legitimación empresarial para sancionar al trabajador por una conducta no laboral que implica el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión.

Planteado en estos términos desde luego no cabe duda de que al estar ante una conducta privada del trabajador, como regla general, debe considerarse, por una parte, que el ejercicio del poder disciplinario empresarial será absolutamente excepcional<sup>31</sup>; por lo que, solo será posible que el mismo pueda ejercerse, cuando se pruebe de manera fehaciente el daño que la publicación del trabajador en sus redes sociales ha provocado a la empresa y que se concretará, fundamentalmente, en pérdida de imagen o de prestigio, lo que puede repercutir lógicamente en sus beneficios económicos<sup>32</sup>(a). Por otra parte, será condición *sine qua non* para que pueda sancionarse al trabajador que haya sido informado de las consecuencias que en el ámbito laboral puede tener su actividad privada (b). Y, finalmente, que, incluso acreditado el daño, el ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión que implique a su vez el ejercicio del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa debe ser un considerado un límite absoluto a la posible reacción empresarial sancionadora (c).

a) En primer lugar, en relación con la constatación del daño, creo que no es posible mantener en estos casos la doctrina jurisprudencial que no lo considera imprescindible respecto de los incumplimientos laborales<sup>33</sup>. Y ello porque no nos

<sup>31</sup> En este sentido, como señala en su ya clásico trabajo Goñi Sein, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, Civitas, p. 261, el poder de dirección empresarial, y en su caso las facultades disciplinarias, no pueden alcanzar a las actividades extralaborales, que precisamente por desarrollarse al margen de los aspectos técnico-organizativos del trabajo, y por estar amparadas en derechos constitucionales de rango fundamental, quedan fuera del radio de acción de los poderes empresariales.

<sup>32</sup> En este sentido, Sala Franco, T.: “El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral”, en AA.VV (Dir. Borrajo Dacruz, E.), *Trabajo y libertades públicas*, Madrid, 1999, Civitas, p. 227; Rodríguez Escanciano, S., “El poder de control empresarial en un contexto productivo tecnológicamente avanzado”, en AAVV (Coord. López Balaguer, M.), *Descentralización productiva y transformaciones del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 220, que señala que, desde luego, cualquier actuación empresarial punitiva exige que la conducta extralaboral se pruebe, pues no se puede actuar con base en meras sospechas. Y una vez acreditada tal conducta, el empresario sólo está legitimado para intervenir cuando el comportamiento del trabajador pueda repercutir nocivamente sobre el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo o sobre los intereses de la empresa.

<sup>33</sup> Por todas, STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009: “La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una

situamos aquí en este ámbito sino exclusivamente en el ámbito privado. Creo por ello que lo que no será posible en ningún caso es que la empresa actúe de manera preventiva frente a una manifestación privada del trabajador reprochable -por utilizar una expresión neutra-, esto es, para evitar un daño futuro a su imagen o incluso para iniciar una campaña con la finalidad de publicitar una buena imagen empresarial de cara a la opinión pública. En este sentido, sería posible trasladar aquí, adaptando su aplicación obviamente, la misma exigencia que se contempla por lo que se refiere a la reacción empresarial de cierre patronal frente al ejercicio del derecho fundamental de huelga<sup>34</sup>. Es decir, limitar el ejercicio del poder disciplinario única y exclusivamente a la reacción defensiva de la empresa frente al daño cierto que la publicación del trabajador ha provocado a la empresa en forma normalmente de campaña viral de deterioro de su imagen o prestigio, puesto que, como hemos visto, el principal efecto derivado del uso de la red social es el relacionado con la inmediatez e universalidad de su difusión y es un hecho, tal y como se ha considerado<sup>35</sup>, que para las empresas actualmente su «imagen pública» es absolutamente esencial y que muchas veces incluso la opción de consumo de los consumidores se hace depender precisamente de esa imagen creada a partir de la información/ opinión que pueda aparecer, entre otros medios, en las redes sociales.

b) En segundo lugar, también será necesario que, al igual que se exige por lo que se refiere al uso de las herramientas de comunicación puestas a disposición del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, se haya procedido a informar al trabajador de la exigencia de límites en el uso de sus redes sociales privadas siempre y cuando éste se haya identificado en las mismas como tal. A mi modo de ver, si en el ámbito laboral se ha entendido que la procedencia de la imposición de una sanción al trabajador depende en estos casos de que se cumpla, entre otros, con el requisito de la información sobre el control<sup>36</sup>, esta exigencia debe trasladarse con

parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> STS de 14 de enero de 2000, Rec. 2478/1999; y STS -CA- de 6 de mayo de 2008, Rec. 964/2005.

<sup>35</sup> Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión...», cit., pp. 310-311. Aunque el profesor Del Rey se refiere en este trabajo a manifestaciones vinculadas al trabajo, creo que es posible desde luego trasladarlas al tema que aquí se analiza. Si hablamos de cifras, según el *Estudio anual de redes sociales 2018*, Iab Spain, [https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-redes-sociales-2018\\_vreducida.pdf](https://iabspain.es/wp-content/uploads/estudio-redes-sociales-2018_vreducida.pdf): un 81% de los usuarios de redes sociales declara ser fan/seguidor de marcas a través de Redes Sociales: 8 de cada 10 usuarios siguen marcas a través de Redes Sociales (niveles muy parecidos a 2017), y de este un 39% declara hacerlo con intensidad (mucho/bastante).

<sup>36</sup> Recordemos que en la sentencia *Barbulescu*, cit., se establecía que «El Tribunal entiende que para ser considerada como previa, la advertencia del empleador debe darse antes de que comience la actividad de supervisión, y con mayor motivo, cuando la supervisión implica también el acceso al

mayor motivo si cabe al ámbito privado. Si en aquél se ha considerado concurrente una expectativa de privacidad, es obvio que en éste esa expectativa es absoluta y no, como decíamos antes, por el modo de configuración de la privacidad de la red social en cuestión, sino porque el contenido de la publicación en nada debería afectar a la empresa, puesto que es ajeno tanto a la relación laboral con el trabajador como a aquélla y a su negocio. De este modo, esa información al trabajador en relación con las posibles consecuencias laborales de su actividad en redes sociales privadas será esencial para determinar, en su caso, que haya acontecido el incumplimiento del deber de la buena fe contractual o el abuso de confianza como infracción a sancionar, en el entendido de que este solo podrá acreditarse ante “la quiebra de la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o ante la vulneración del deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe”<sup>37</sup>.

En este sentido, como decíamos antes, será determinante por tanto la identificación del trabajador como tal en su red social. Esa identificación podrá ser expresa en la descripción de su perfil, lo que es práctica común de los usuarios de redes sociales; podrá, por otro lado, deducirse sin lugar a dudas de las imágenes o informaciones publicadas<sup>38</sup>; o podrá, en fin, ser obvia por tratarse de un personaje público o de un trabajador de cierta relevancia pública en la empresa (portavoz, gerente, RRPP...) cuya vinculación a la misma sea conocida de hecho por la opinión pública<sup>39</sup>. En síntesis, a mi modo de ver, de todo lo dicho cabría extraer una doble conclusión:

contenido de las comunicaciones de los empleados. Las normas internacionales y europeas van en esta dirección y exigen que la información se comunique al interesado antes de que sea objeto control”. En el mismo sentido, el TS en la reciente sentencia de 8 de febrero de 2018, Rec. 1121/2015 reseña especialmente la importancia de la información al trabajador: “Recordemos que en la empresa demandada existe una concreta normativa empresarial «de los sistemas de información» y de «política de seguridad de la información» del Grupo Inditex, que limita el uso de los ordenadores de la empresa a los estrictos fines laborales y que prohíbe su utilización para cuestiones personales. Tengamos también en cuenta -reproducimos redacción de la propia sentencia recurrida- que los empleados del Grupo Inditex, cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo Inditex, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias para comprobar la correcta utilización de las herramientas que pone a disposición de su empleados, respetando en todo caso las legislación laboral y convencional sobre la materia y garantizando la dignidad e intimidad del empleado, por lo que el actor era conocedor de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados”.

<sup>37</sup> STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009.

<sup>38</sup> Por ejemplo en la SJS de Zaragoza de 21 de febrero de 2018, cit., se considera que el hecho de que el trabajador aparezca en la fotografía que provoca su despido con el uniforme de la empresa es suficiente para identificarle como tal y para acreditar el daño a la imagen de la misma.

<sup>39</sup> No hay que olvidar que la doctrina jurisprudencial considera que los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas (STS de 19 de julio de 2010, Rec. 2643/2009).

- Que el empresario no está legitimado para ejercer su poder disciplinario frente a publicaciones de contenido no laboral del trabajador en sus redes sociales privadas.
- Que esta regla general podrá ser excepcionalmente superada cuando concurren dos requisitos. Uno, que el trabajador haya sido previamente informado de las posibles medidas disciplinarias que podrán aplicarse si, identificado como tal en sus redes sociales, se demuestra que sus publicaciones han generado un daño real a la empresa. Y, dos, que éste se acredite de manera fehaciente por parte de la empresa para constatar así la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza.

c) No obstante, sí creo que es importante señalar que en todo caso un hay límite que no podrá nunca rebasarse en el ejercicio del poder disciplinario empresarial, esto es, ni aunque pudiese acreditarse un daño frente a la empresa en forma de campaña viral. Se trata del límite relacionado con las manifestaciones del trabajador en redes sociales que impliquen el ejercicio legítimo del derecho del mismo a su libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción en el marco del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa que garantiza el art. 16 CE<sup>40</sup>. Hay que recordar que la doctrina del TC avala que este derecho fundamental comprende no sólo el “derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones”, sino también, en su dimensión externa, “el derecho de actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos” (STC 120/1990, de 27 de junio).

Las palabras de la clásica STC 20/1990, de 15 de febrero, son totalmente trasladables al año 2018 en relación con el tema que nos ocupa porque en esta resolución el TC viene a concluir que “por reprobables que sean los términos con que el autor expresa sus propias opiniones [...] han sido emitidas en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados por el recurrente.[...] La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que, como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto

<sup>40</sup> En este sentido, como indica Rodríguez Escanciano, S., “El poder de control empresarial en un contexto productivo...”, cit., p. 221, en todo caso, como excepciones que son, deberán ser interpretadas restrictivamente, sin perder nunca de vista que ni el estado civil del trabajador, ni la orientación o conducta sexual, ni los embarazos o abortos, ni mucho menos sus creencias o actuaciones políticas, religiosas o sindicales, pueden ser objeto de control empresarial con repercusión positiva o negativa en su relación laboral, por cuanto, además de atentar contra su intimidad, colisionarían con el principio de no discriminación.

a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones a la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin el cual carecería aquélla de toda efectividad”.

Creo que, aplicando la doctrina constitucional al tema que nos ocupa, en los casos en los que la conducta del trabajador en sus redes privadas -por impresentable que sea- implique el ejercicio legítimo de estos derechos no será posible asumir la legitimidad de una reacción empresarial sancionadora ni siquiera aunque pudiese la empresa acreditar un daño cierto a su imagen o a su negocio<sup>41</sup>.

Lo cierto es que en todo caso en relación con el uso de redes sociales, tal y como propuso la doctrina hace ya algunos años<sup>42</sup>, sin duda, el diseño y establecimiento de políticas formales en el ámbito de las empresas podrían minimizar los riesgos para éstas. De esta manera los empleados dispondrían de directrices formales sobre el uso y abuso de las redes sociales, que facilitaría el conocimiento y valoración de sus actuaciones con carácter previo a su realización. Pues bien, hoy por hoy, como analizaremos en el siguiente epígrafe, los expertos recomiendan no solo que las empresas cuenten con protocolos de uso de redes sociales sino también, en relación directa con el tema que aquí nos ocupa, la inclusión en estos protocolos de previsiones que aludan tanto a la actividad de los trabajadores en las redes corporativas como a su actividad en las redes privadas, incluso cuando no se trate de actividad laboral<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Imaginemos, por recurrir a un ejemplo que en los tiempos que corren no sería nada extraño -y tampoco lo era en los años noventa porque coincide en lo esencial con el recurso de amparo que resolvió el TC en la sentencia 20/1990-, un comentario en Facebook o un tuit del trabajador identificado como tal a favor o en contra de los nacionalismos que pudiese generar una oleada de mensajes contra la empresa por tener en su plantilla a un trabajador que comulga o no con las convicciones de los usuarios que inician la campaña viral para atacar a la empresa. O, lo que tampoco sería raro actualmente, una campaña contra una empresa iniciada a raíz de una publicación en la red social de un trabajador respecto de temas religiosos.

<sup>42</sup> En este sentido, señala Cardona Rubert, B., “La utilización de las redes sociales...”, cit., p. 70, que, sin duda, el diseño y establecimiento de políticas formales en el ámbito de las empresas podrían minimizar los riesgos para éstas. De manera que los empleados dispondrían de directrices formales sobre el uso y abuso de las redes sociales, que facilitaría su conocimiento y valoración de sus actuaciones con carácter previo a su realización.

<sup>43</sup> En este sentido, Del Rey Guanter, S., “La empresa hiperconectada y el futuro del trabajo”, Conclusiones y recomendaciones del Informe “El impacto de la empresa hiperconectada y de las redes sociales en la organización del trabajo, en la gestión de los recursos humanos y en las relaciones laborales”, Contribución a la Conversación 3 “La organización del trabajo y la producción”, Cuatrecasas, Instituto de Estrategia Legal en Recursos Humanos, Marzo, 2017, “[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ro.../ro.../wcms\\_548601.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ro.../ro.../wcms_548601.pdf)”, que incluye un decálogo de recomendaciones a la política empresarial y laboral sobre los medios telemáticos y las redes sociales, con una primera recomendación: Proactividad.- Todas las empresas deberían disponer de una política interna sobre el uso de los medios telemáticos y de las redes sociales en la empresa. Los conflictos y la litigiosidad que plantea la utilización de internet, del correo electrónico y de las redes sociales por los trabajadores se verían acentuadamente reducidos si el empresario instaura unas normas claras al respecto. La ausencia de pautas y la permisividad en el uso inapropiado de estos instrumentos (tanto aquellos propiedad de la empresa como los del propio trabajador) para fines particulares no sólo resulta perjudicial para la

#### 4. LOS PROTOCOLOS DE USO DE REDES SOCIALES COMO HERRAMIENTA EMPRESARIAL PARA EL EJERCICIO DEL PODER CONTROL

Aunque se reconoce sin duda que la facultad de control y disciplina empresarial no se extiende al uso de redes personales de los empleados, como se ha dicho antes, actualmente se comienza a recomendar a las empresas que en aquellos casos en los que estos se identifiquen como tales o cuando puedan hacer referencia en sus redes privadas a productos de la empresa, se establezcan reglas precisas sobre los límites de la utilización del nombre de la empresa en esos contextos privados<sup>44</sup>.

De este modo, cada vez son más las empresas que incluyen las citadas reglas en sus políticas de uso de redes sociales. Ya hemos visto, en el segundo supuesto que se resumía como ejemplo, que la empresa Primark había incluido en su protocolo de uso de redes sociales una expresa referencia a la actividad privada en redes sociales de sus trabajadores cuando sea posible identificarlos en las mismas con la empresa. Es más, tal y como vimos, la información individual que la empresa ofrece sobre esta previsión a los trabajadores y el compromiso que los mismos suscriben en esta materia, fue determinante en la sentencia que hemos comentado para declarar la procedencia del despido –recordemos que, según la política de uso de redes sociales de esta empresa, se insta a los trabajadores en su actividad en redes sociales “cuando es posible la identificación como empleado de Primark” a velar “porque en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”; y también que incluso en el actual convenio de empresa se incluye como infracción muy grave “la publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados de Primark o utilizando el nombre de la compañía”-. Por otro lado, también en el primero de los ejemplos expuestos sobre el despido por el *like* en Facebook, resulta clave el documento que el trabajador firma asumiendo la obligación de obviar comportamientos similares en su actividad en redes sociales.

La inclusión de límites como los citados se puede encontrar actualmente en los protocolos de uso de redes aplicables en muchas empresas. A modo de ejemplo podríamos citar algunos según el nivel de restricciones impuesto por lo que a las redes privadas se refiere.

En primer lugar, utilizando un sistema de recomendaciones de uso, encontramos empresas en las que, tras reconocer que “nuestros empleados son libres de tener cuentas en las redes sociales que quieran y, a título personal, deberían ser

eficiencia en el trabajo, sino que dificulta acentuadamente la sanción disciplinaria de las irregularidades y faltas en las que se puede incurrir por los empleados. Lo anterior también debe ser predicado cuando los representantes de los trabajadores accedan a estos medios con fines representativos.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 12.

libres de comentar lo que quisiesen”, se indica que “dado que utilizan el nombre de nuestra empresa, por ejemplo en la descripción de su perfil, para darse cierta notoriedad y ganar solvencia en sus opiniones, nuestros empleados deberían poner al menos cierta coherencia a su actividad y evitar poner la empresa en un aprieto o conflicto por un comentario desafortunado y, lógicamente, intentar no autoproclamarse portavoces de la compañía, dejando claro que hablan a título personal”<sup>45</sup>.

En segundo lugar, aconsejando también a los trabajadores, otras empresas indican al trabajador identificado como tal: “adopta una postura acorde con la que de forma habitual mantienes con tus clientes y colaboradores, y coherente con el cargo y las responsabilidades que ostentas en la organización” y “respeta siempre a tu audiencia y haz que tu comportamiento en las conversaciones en las que participes sea ejemplar en el trato en todas las situaciones. Ten especial cuidado con las apreciaciones relacionadas con política, religión, ética o aspectos de similar sensibilidad”<sup>46</sup>. Otra fórmula que se utiliza en forma de recomendación pero con fijación de límites es la que consiste en recomendar a los empleados cuando publiquen información u opinión como tales “respecto, buen juicio y sentido común y cuidado con la información que se comparte”, prohibiendo, por una parte en estos casos en los que hay identificación, informaciones confidenciales de la empresa o la emisión de opiniones que se puedan atribuir a la empresa y requiriendo “autorización previa a tu superior para subir imágenes de nuestras instalaciones o de eventos relacionados con la empresa”; y, por otra, cuando no la hay y se actúe en nombre propio, que no se utilice la condición de empleado o ninguna otra referencia que pueda atribuir el contenido publicado a la empresa<sup>47</sup>.

Yendo un paso más allá, otras empresas condicionan directamente la libertad de expresar opiniones libremente “a que en sus perfiles los trabajadores no indiquen que trabajan para la empresa”, ya que, en el caso de indicarlo, se prohíbe que comenten aspectos relacionados con la empresa o su política, exigiéndose que cualquier actividad en línea asociada con el trabajo sea discutida y aprobada por adelantado por un «gerente de línea». Es más, estableciendo prohibiciones directas, se establece que, incluso si no están identificados como miembros del personal de la empresa, determinados trabajadores -personal editorial y personal de áreas políticamente sensibles- “no deberán apoyar a ningún partido o causa política”<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Pavan B.; Velasco, JJ; Jiménez, F.; Gonzalo, M.; Acevedo, I., *Las mejores prácticas en redes sociales para empresas: guía y casos de éxito*, Hipertextual, Movistar, <https://hipertextual.com/pdf/practicas.pdf>.

<sup>46</sup> Código de uso de las redes sociales para las empleadas y los empleados del Grupo Banco Sabadell, Versión 1.0 de enero de 2.011 Autor: Banco de Sabadell, SA, [https://www.grupbancsabadell.com/.../redes\\_sociales/codigo\\_uso\\_cast](https://www.grupbancsabadell.com/.../redes_sociales/codigo_uso_cast).

<sup>47</sup> Código de Conducta de BBVA. Trabajamos por un futuro mejor para las personas, [https://accionistaseinversores.bbva.com/...content/.../vext-bbva-codigo\\_de\\_conducta](https://accionistaseinversores.bbva.com/...content/.../vext-bbva-codigo_de_conducta).

<sup>48</sup> Personal use of social networking and other third party websites (including blogs, microblogs and personal web-space), BBC, [www.bbc.co.uk/guidelines/editorialguidelines/.../personalweb/](http://www.bbc.co.uk/guidelines/editorialguidelines/.../personalweb/). En

En fin, se trata tan solo de algunos ejemplos que sirven para ilustrar el interés de las empresas por proteger su imagen, su reputación, su prestigio y su propio negocio de la incidencia que pueda tener el uso privado de las redes sociales por parte de los trabajadores incluso cuando éste no tiene relación alguna con el trabajo. Y es que, como se advierte en consideración que suscribo<sup>49</sup>, “la empresa socialmente responsable lo es en todos los planos: como «empleadora» como dispensadora de un producto o servicio, como «ambientalmente» sostenible, como institución social y «ciudadana» fundamental, etc. Especialmente cuando por la forma de propagación de la información y opinión es tan capilarizada y extensiva como en las redes sociales, en la que aquella propagación se desarrolla entre particulares y es aún más difícil su parcelación desde la perspectiva de la «corporate social responsibility»”.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La principal conclusión que podemos apuntar tras el estudio realizado es que debe interpretarse de manera absolutamente restrictiva el efecto sancionador sobre las conductas no relacionadas con el trabajo que el trabajador lleve a cabo en sus redes sociales privadas. Y ello porque se trata de una limitación del derecho fundamental de libertad de expresión del trabajador ejercido en el ámbito de la vida privada. En este sentido, cabría apuntar como regla general que no será posible admitir en ningún caso que esa conducta tenga ninguna repercusión laboral cuando concurren dos circunstancias:

1. Que el medio de comunicación sea privado de la persona trabajadora, esto es, que se trate de una red social privada.
2. Que el trabajador no sea identificado como tal en su red social.

Cuando concurren ambas circunstancias, a mi juicio, no podrá entenderse ajustada a derecho ninguna decisión empresarial de sancionar determinada conducta del trabajador por reprobable que esta sea socialmente –independientemente, claro está, de que esa conducta pueda tener relevancia jurídica en otros órdenes de la jurisdicción como el civil o el penal–.

esta empresa los límites si el trabajador se identifica como tal son absolutamente estrictos: • No debe participar en actividades en Internet que puedan llevar a la BBC a mala fama; • Debería actuar de manera transparente; • No debe usar Internet de ninguna manera para atacar o abusar de sus colegas; • No debe publicar comentarios despectivos u ofensivos en Internet.

<sup>49</sup> Del Rey Guanter, S., «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión...», cit., p. 311.

Para que se pudiese considerar de manera excepcional que la empresa está legitimada para sancionar estas actuaciones del trabajador sería necesario que concurriesen dos circunstancias simultáneamente:

1. Que el trabajador haya sido previamente informado de las posibles medidas disciplinarias que podrán aplicarse si, identificado como tal en sus redes sociales, sus publicaciones generan un daño real a la empresa.
2. Que la empresa acredite de manera fehaciente ese daño para justificar a su vez la posible transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza por parte del trabajador.

En todo caso, a mi modo de ver, si la publicación del trabajador en su red social implica el ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión (art. 10 CE) en relación con el derecho de libertad ideológica o religiosa (art. 16 CE) estaremos ante un límite total al ejercicio del poder disciplinario empresarial y ello incluso aunque se haya constatado el daño a la empresa.