

USO DE REDES SOCIALES Y CONTROL EMPRESARIAL

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave:** Redes sociales, privacidad, poderes empresariales, relaciones laborales

Las redes sociales son utilizadas en la actualidad de manera absolutamente generalizada por trabajadores y empresas. En ocasiones, los trabajadores pueden hacer manifestaciones en las redes sociales que las empresas consideren lesivas para su imagen. También pueden revelar incumplimientos contractuales o causar perjuicios a otros trabajadores. Si tiene incidencia en la actividad empresarial y en el prestigio de la empresa, el empresario puede emprender acciones disciplinarias. En general, cuando un empleado realiza una publicación en una red social, incluso cuando instala determinados datos en su “perfil” o incluso señala un “me gusta” a alguna publicación ajena, puede tener consecuencias de carácter laboral. El empresario puede acceder a esos datos siempre y cuando no utilice mecanismos fraudulentos para hacerlo. Ello no quiere decir que pueda realizar una actividad de investigación sistemática (casi de espionaje) sobre la actividad de sus empleados en las redes. Deberá regirse en todo momento por el principio de proporcionalidad, pues está irrumpiendo en el ámbito de la vida personal de sus empleados.

ABSTRACT **Key Words:** Social media, privacy, employers’ prerogatives, labour relations

Social networks are currently used in an absolutely widespread way by workers and companies. Workers can sometimes make social media demonstrations that companies consider harmful to their image. They may also reveal contractual breaches or cause harm to other workers. If it has an impact on the business activity and the prestige of the company, the entrepreneur can take disciplinary action. In general, when an employee posts on a social network, even when he or she installs certain data on his “profile” or even points a “like” to a third-party post, it can have work-related consequences. The employer can access this data as long as he does not use fraudulent mechanisms to do so. This is not to say that it can carry out a systematic (almost espionage) research activity on the activity of its employees in the networks. It must be governed at all times by the principle of proportionality, as it is breaking into the personal life of its employees.

ÍNDICE

1. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y SUS PRESENCIA EN EL MUNDO DE LA EMPRESA
2. EN CONCRETO, EL USO DE LAS REDES Y SUS LÍMITES: ¿PUEDE TENER CONSECUENCIAS LABORALES SU USO POR LOS TRABAJADORES?
 - 2.1. Transgresión de la buena fe contractual y daño reputacional de la empresa
 - 2.2. Opiniones que afectan a la reputación “política” de la empresa
 - 2.3. Un caso peculiar: las publicaciones en redes sociales con material ilícitamente obtenido en la empresa
3. CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES
4. CONCLUSIONES

1. EL FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES Y SUS PRESENCIA EN EL MUNDO DE LA EMPRESA

No es nada nuevo afirmar que el uso de las redes sociales es, quizás, uno de los signos más distintivos de las nuevas generaciones, a los que, por supuesto, también se han incorporado con entusiasmo las más veteranas. Tampoco que estas redes crecen a una velocidad exponencial, que son un instrumento ineludible de comunicación interpersonal –e incluso familiar– y que su potencial incluso desafía seriamente a los medios de comunicación de masas convencionales –también al cine y a la televisión convencionales– incluso a aquéllos que han dado el paso de optar por internet como vía primordial de difusión de sus contenidos.

También, en cierto modo, se da el fenómeno de que, como nuevo método de comunicación interpersonal, las redes no sólo complementa, sino que en ocasiones hasta sustituyen a los métodos tradicionales de comunicación: las charlas interpersonales, las conversaciones informales o tertulias, las conversaciones telefónicas, o el correo postal.

Ello significa que las redes sociales suponen una nueva frontera, un nuevo espacio donde se reproducen prácticamente todas las cuestiones propias de la vida personal, trasladando a este espacio las clásicas preocupaciones y cuestiones relativas a la privacidad personal¹.

Igualmente, hay que considerar que las redes sociales son muy distintas entre sí. Las hay pura o primordialmente profesionales (como LinkedIn), cuyas restricciones de acceso por terceros se deben primordialmente a razones comerciales,

¹ Vd., L.F. De Castro Mejuto, “Las nuevas maneras de trabajar y las redes sociales”, en L. Mella Méndez y P. Nuñez-Cortés (Dir.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar. Estudios desde el Derecho Español y Comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Madrid (Dykinson-Centro de Estudios Sagardoy), 2017. Cap. XIV. En especial pág. 309y ss.

más que de privacidad. Es decir, quien publica lo hace, en general, para que lo que ahí indica se sepa por todos, y es la empresa propietaria de la red la que determina quién puede acceder o no a tales publicaciones, basada en los niveles de suscripción de los posibles participantes, más que en las expectativas de privacidad de su autor.

Otras, como whatsapp, telegram o snapchat tienen connotaciones más parecidas a una conversación telefónica o de correo electrónico privado, si bien tiene una dimensión, la de “grupos” donde, según las características del mismo, las expectativas de privacidad así como la propia dinámica de la misma, llegan a ser radicalmente distintas².

Facebook, por su parte, está orientada a comunicar determinadas noticias a los “amigos” y a conocer la de los mismos. Sin embargo, esta red ha evolucionado de una manera increíble, y se ha convertido en ámbito de creación de grupos, una “mini-internet” en cuyo ámbito hay toda suerte de páginas web y personales, mensajería instantánea, publicidad, transacciones comerciales, telefonía, conversación y video. Es decir, todo un universo, una red dentro de la red.... Al mismo tiempo, las publicaciones pueden ser compartidas y reproducidas –a través de la “fotografía” de la pantalla donde tal publicación aparece– de manera prácticamente incontrolable, puesto que incluso las conversaciones privadas pueden ser compartidas o reenviadas de alguna manera hasta convertirse en públicas y hasta “virales”, como se acostumbra a decir en estos ámbitos. Instagram, que ha alcanzado una popularidad tremenda, es otra vía de comunicación interpersonal y de amplios grupos con enorme impacto, al igual –cómo no– que youtube, que en sus comienzos fue una especie de “depósito” de videos on line ha pasado a ser un auténtico canal y motor de comunicaciones e interacciones. Twitter es cada vez un instrumento más poderoso que abre un sinfín de interacciones y posibilidades. Empezó como un medio de compartir breves opiniones o pensamientos y ha pasado a ser una red absolutamente esencial en el ámbito político, social y empresarial, con independencia del uso personal cada vez más vasto.

El mundo de las redes sociales cambia constantemente. Las redes evolucionan, algunas fenecen mientras surgen otras nuevas con gran éxito, y determinados sitios de internet se transforman progresivamente. Con frecuencia llegan a adquirir características de interacción próximas a las de las redes sociales “tradicionales”. Así, multitud de páginas de ventas como ebay, amazon o de viajes como tripadvisor, que permiten interacciones –con vendedores o con otros compradores, o visitantes de un cierto hotel o lugar, que pueden dejar opiniones que les identifican– que se usan profusamente. Tales interacciones con ella la afloración pública de opiniones o puntos de vista. Entonces, es factible advertir que con ello se pueden revelar facetas de la propia intimidad o se comuniquen opiniones con un potencial contenido que

² Vd. L.E. Nores Torres, “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales”, en *Revista de Información Laboral*, n. 7/2016, pág 5 y ss.

alguien –ese “alguien” incluye eventualmente a un empresario– pueda considerar ofensivo o del que pueda discrepar³.

Igualmente, las propias empresas crean “redes sociales” internas a partir de sus propios portales de recursos humanos o usando las muy diversas aplicaciones informáticas para comunicación corporativa. A veces con promesa de privacidad y respeto estricto de la misma –es decir, para permitir a los empleados manifestarse libremente, sin injerencias o supervisión de la empresa– y a veces sin esta prevención.

Adicionalmente, no se puede obviar que las empresas usan habitualmente, y cada vez de modo más intenso, las redes sociales tanto para captar talento, clientes y proveedores como medio para lanzar sus propios mensajes. A través de los mismos no sólo se hace publicidad en sentido tradicional, sino que se irrumpe en el “ciberespacio” para transmitir unos determinados mensajes, una determinada ética empresarial, un conjunto de valores y una misión. De hecho, cada vez es más importante en la empresa la figura del “community manager”, que trata precisamente de transmitir determinados mensajes dirigidos al público en general y en particular a sus clientes, empleados y proveedores. Del mismo modo, las propias empresas de publicidad destinan en la actualidad una enorme cantidad de recursos a reforzar la presencia de sus clientes en las redes.

También, de manera específica, las empresas utilizan estas redes para realizar ofertas de trabajo.

Significa ello que las redes son cada vez más “la arena” donde las empresas se presentan, siendo por lo tanto extraordinariamente sensibles a la influencia que sus empleados tengan en las mismas.

En definitiva, estas breves consideraciones se formulan tanto para poner de relieve diversos puntos, como que las “redes sociales” son muy diversas entre sí y muchos sitios de internet no nacidos como tales evolucionan para ser, de alguna manera, una red social. Asimismo, se quiere poner de relieve que no todas sirven para lo mismo, que no son iguales, y que cada vez más son sitios de negocios, no sólo de relaciones interpersonales y de meras manifestaciones de la vida privada.

³ Vid. C. Kadushin, Charles *Understanding Social Networks: Theories, Concepts, and Findings*, Oxford (Oxford University Press) 2012. F. Martínez Gutiérrez “Las redes sociales: una aproximación conceptual y una reflexión teórica sobre los posibles usos y gratificaciones de este fenómeno digital de masas” *TecCom Studies: Estudios de Tecnología y Comunicación*, N.º. 1, 2010, págs. 26-34; M. Pérez Wiesner, M. Poveda Fernández Martín, F. López Muñoz, *EduPsyché: Revista de psicología y psicopedagogía*, Vol. 13, N.º. 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: Historia de la psicología (con motivo del XXVII Symposium de la SEHP), págs. 93-118.

2. EN CONCRETO, EL USO DE LAS REDES Y SUS LÍMITES: ¿PUEDE TENER CONSECUENCIAS LABORALES SU USO POR LOS TRABAJADORES?

Facebook es quizás la red social más popular en cuanto a mezcla de difusión de opiniones con noticias, videos y fotografías de carácter personal, y que además tiene una difusión potencialmente más abierta. Aunque otras igualmente populares, como Twitter, están más orientadas a compartir noticias y opiniones personales, en la actualidad no se considera la más idónea para difundir noticias relativas a la vida personal.

Las publicaciones de Facebook son más propensas a dar cuenta ser noticias a compartir entre un horizonte más cerrado e identificable de personas –pues permite graduar el nivel de difusión, pero en principio, sólo es comunicada a los “amigos”– lo que hace concebir más a Facebook como una “plaza pública”⁴. Ello ha conllevado, sin duda, que en el ámbito jurídico-laboral, esta red social es la que ha resultado objeto de pronunciamiento por los tribunales.

El ser “plaza pública” o lugar primario de expresión de opiniones ha servido, sin duda, para que sea la primera red en lograr atención de los órganos judiciales⁵.

La primera pregunta a plantearnos al respecto es la de cuáles son los límites de exponer opiniones, particularmente en Facebook. Se podría responder, de manera rápida, que tendría los mismos límites que las propias del ejercicio de la libertad de expresión en cualquier otro medio: prensa, medios de comunicación en general, publicidad (cartelería, anuncios) o correo electrónico masivamente distribuido⁶.

Sin embargo, la duda es pertinente. Lo es, porque debemos plantearnos si Facebook se considera una especie de lugar privilegiado, casi íntimo, de comunicación interpersonal –en cuyo caso, la manifestación de opiniones ocuparía el lugar de la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, como si alguien estuviese en su entorno familiar o de amistades más íntimo– o si por el contrario se considera un

⁴ Sobre la cuestión, vid. S. Rodríguez Escanciano, Poder de control empresarial. Sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores. Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pág. 32 y ss.

⁵ Ya hay una extensa lista de Sentencias de TSJ que se han pronunciado, si bien todavía no puede apreciarse una doctrina del Tribunal Supremo al respecto. A título indicativo, vid., entre otras, STSJ Madrid 25-5-2011, (rec. 5016/2010), por incluir en redes sociales, en su perfil la frase “fuck easyjet” cuando prestaba servicios en dicha compañía aérea. Sobre esta Sentencia volveremos en el texto; STSJ País Vasco de 19-2-2013, (rec. 189/2013), sobre una empleada de una residencia de ancianos donde aparecían residentes, y se hacían bromas; STSJ Cataluña de 3-3-2016 (rec. 191/2016) por criticar altos salarios de directivos de la empresa, de mafiosos y de enchufismo. Resultó en improcedencia.; STSJ Aragón 18-5-2016, (rec. 300/2016), sobre una trabajadora que publica en redes comentarios ofensivos para otras compañeras, resultando el despido procedente; STSJ de Murcia de 12-4-2018 (rec. 1292/2017), sobre publicación del trabajador en Facebook donde decía el trabajador en las elecciones celebradas en la empresa se habían producido coacciones y amenazas con despidos y con hacerles la vida imposible para que los candidatos se borrasen de las listas, resultando improcedente el despido.

⁶ Sobre la síntesis del ámbito y límites de la libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional vid., en particular las Sentencias 187/2015, de 21 de septiembre de 2015 y 65/2015, de 13 de abril.

lugar semi-público, y por lo tanto la libertad de expresión se hubiese de contemplar con las habituales restricciones⁷.

A este respecto, dentro de la doctrina judicial de suplicación ha tenido frecuentes ocasiones de manifestarse⁸.

2.1. Transgresión de la buena fe contractual y daño reputacional de la empresa

Destaquemos en primer lugar algunos casos llamativos en los que directamente el uso de la red social resulta en un daño directo a la imagen de la empresa.

Es reseñable en primer lugar Sentencia del TSJ de Madrid 25 mayo 2011 (rec. 371/2011). No sólo por la construcción o aporte doctrinal que se contiene en la misma como por su fecha, pues es de los primeros pronunciamientos de un TSJ sobre esta cuestión. Destaquemos que se refiere no a una opinión manifestada en la red, sino a algo más sutil, como es un dato contenido en el propio perfil del trabajador: El trabajador en cuestión, empleado de una aerolínea, inscribió en su perfil (dentro del apartado de “formación y empleo”) “Fuck easyjet”. La Sentencia no apreció la nulidad del despido ni lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Sí se admitía la improcedencia, pero más bien debido a la insuficiencia de gravedad de la causa esgrimida; a pesar de lo grosera que pudiese parecer la afirmación del trabajador afectado, no se halló en ella la gravedad suficiente para la más alta sanción disciplinaria. Sin embargo, no se consideró que hubiese habido una invasión de intimidad del trabajador al contenerse la frase controvertida en un capítulo de público acceso del trabajador, su perfil de Facebook.

También entre las sentencias pioneras en abordar estas cuestiones podemos citar la Sentencia del TSJA (Granada) de 10-11-2011, que declara procedente despido de una empleada cualificada de un supermercado que publicaba fotos en actitud incorrecta. En la foto en cuestión se evidenciaba la marca de la empresa así como la identificación de la propia empleada. El Tribunal apreció procedencia del despido pues entendió –ello es una anotación muy importante– que con tales fotos se quebrantaba la buena fe contractual, además de revelar datos inapropiados de la empresa. Debe insistirse en este dato porque lo relevante no es ya el daño a la reputación de la empresa, sino lo inadecuado que supuso la conducta de la

⁷ Doctrina ésta compleja, pero que básicamente, se ciñe a poner como frontera la buena fe, y con ello el “daño buscado” a la empresa desbordando por tanto el cumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo. Vd., particularmente, S. Del Rey Guanter, S., “Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales”, en E. Borrajo Dacruz, (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley) 2016, p. 306 y ss., J.M. Serrano García, “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, REDT, n. 217/2019.

⁸ Además de las Sentencias ya citadas, Vd. Goerlich Peset, *cit.*, pág 137.

trabajadora desde el punto de vista de la confianza defraudada que se depositó en ella ante esa actitud tan poco profesional.

En esta línea, y algo anterior, merece ser invocada la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10-12-2007 (Rec. 34/2007), en la que un empleado de limpieza pública participa en un video que se publica en “youtube”, con ropa de la empresa y en tono cómico. Se entiende que es denigrante para la imagen de la empresa y también ofensivo para sus compañeros, por lo que se concluye que sí concurre transgresión de la buena fe contractual. Como, además, se graba durante el tiempo de trabajo, se considera que incurre en falta de disminución de rendimiento e indisciplina⁹.

Es también reseñable, en esta misma línea, la Sentencia TSJ de Madrid de 30-3-2012, donde se vierten en Facebook comentarios ofensivos sobre un cliente. Pero al no identificar al cliente y tratarse de una sola vez, no se considerará con gravedad como para justificar la procedencia del despido. En concreto se refería en un grupo de FB a unas clientas como “*Señoras que van a la empresa X a revelar las afotos...*”

El tribunal apreció falta de gravedad y—bueno es reparar en ello—prescripción, pues consideró como *dies a quo* el de inserción del comentario, y no el del último día de su permanencia en la red. Pero debe reseñarse que no descartó el Tribunal que el hecho en sí era potencialmente sancionable ni apreció irregularidad en los accesos.

Pero también han sido polémicos supuestos en los que no estaba implicada directamente la imagen o marca de la empresa, sino que ésta ha averiguado, a través de las redes sociales, diversas conductas de sus empleados que pueden considerarse ilícitas:

La Sentencia del TSJ de Andalucía de 13/12/18 (Rec. 3763/2017) se refiere a un despido motivado en la publicación en Facebook de unas fotos de un trabajador desnudo en los baños de su centro de trabajo, a la sazón una estación de ITV.

“Fotografiarse desnudo en las instalaciones del centro de trabajo en fecha indeterminada, imágenes que aparecieron colgadas en una página de Facebook con el título «ITV Orgiva»”.

Sobre esta imputación la Sala afirma:

“Ciertamente, las imágenes salieron del ámbito privado y se difundieron en una página de Facebook con el título «ITV Orgiva», pero no se ha alegado ni acreditado que el actor no adoptase las medidas de precaución necesarias para garantizar su privacidad o actuase en forma

⁹ Ciertamente, influyó que el video se grabara durante el tiempo de trabajo, pero eso no fue lo esencial. Influyó más bien la imagen en el servicio, al haberse hecho en la vía pública y al haber estado sometido el video a una gran difusión.

que favoreciese su utilización por terceros, lo que impide fundar la medida disciplinaria en una eventual negligencia que ni siquiera ha sido objeto de reproche.

Resta señalar que la empresa, antes de comunicarle su despido, tuvo conocimiento tanto de que el trabajador había presentado una denuncia en vía penal por la publicidad dada a las fotografías y el texto insertado en las mismas, como del posible canal por el que se obtuvieron en razón de los datos que figuran en el informe que encargó a una agencia de investigación cuya copia obra en autos.”

Esta Sentencia resulta, por lo tanto, de particular interés. Notemos que, aunque llega a admitir que el hecho de la publicación de esa fotografía podría ser grave en sí, sin embargo, no acepta que por haberla publicado en Facebook automáticamente se deba considerar hecha con publicidad, y con ello dejara de ser un acto privado. Es cierto que, de facto, la foto se divulgó, pero no se acreditó que hubiese sido responsabilidad del trabajador. Ayudó a esta valoración, sin duda, el hecho de una denuncia penal interpuesta por él mismo denunciando esa publicación sin su permiso. Ello es indudable. Pero lo cierto es que la Sala concluye que no por el hecho de publicarla fotografía se puede considerar realmente publicada por el actor. En concreto, en este caso, indica que la empresa no ha podido acreditar que el actor no hubiese adoptado las garantías necesarias para garantizar *su privacidad* o que hubiera facilitado su difusión.

Claro que la invitación que hace la Sentencia a que la empresa consiga esa prueba no deja de causar una cierta perplejidad por una doble razón: La primera, porque llega a realizar una cierta inversión de la carga de la prueba que lleva a la empresa, prácticamente, a una situación probatoria casi imposible: debe probar que el trabajador no adoptó medidas necesarias para la garantizar la privacidad. Y nos debemos preguntar cómo es que puede hacerlo, cómo puede probarlo. Los criterios de seguridad son a su vez, privados y seguros a los que cualquiera no puede acceder. De hecho, sólo los puede conocer el propio interesado y los administradores de Facebook. Es cierto que podría haberse instado el auxilio del propio juzgado para ello, pero aún así, no parece que esa vía resulte muy indicada. La segunda es porque la Sentencia juega con una cierta “*contraditio in terminis*”: Se puede publicar una noticia o confidencia en Facebook pero a su vez se deben hacer esfuerzos para garantizar la privacidad.

Ello podría entenderse en el sentido de que el emisor de la noticia debería tener la publicación limitada a los “amigos” y además hubiese restringido al máximo la posibilidad de compartir la noticia en cuestión. Pero, aun así, ¿se debería considerar “privada” esa publicación? Y, yendo más allá, ¿cuál es nivel cuantitativo de una noticia o de un hecho indebidamente publicado para que pueda considerarse contrario a las exigencias de la buena fe propia de una relación laboral? ¿Los amigos? Y,

siguiendo con el argumento, ¿cuál sería el número de amigos “límite”? Hay quien tiene miles de amigos en su red. De hecho, Facebook permite un máximo de 5.000 amigos. Es decir, que, incluso si se limita a los amigos aquellos que puedan ver una publicación, potencialmente podría llegar a 5.000 personas que previamente hubiesen sido admitidas como amigos. ¿Seguirían siendo esas comunicaciones “privadas”? Sería algo inocuo desde el punto de vista de la reputación de la empresa –por ejemplo– lo publicado allí? ¿Cómo podría el interesado prevenir que esa información se divulgase aún más? Pues, incluso si limita la posibilidad de compartir determinada publicación, no evita que se pueda reproducir la noticia en sí –si se tratase de una noticia– o incluso de fotografiar el “pantallazo” y reenviarlo de manera ilimitada; operación que está, por cierto, al alcance incluso de usuarios poco experimentados.

De todas maneras, esta Sentencia no puede considerarse que sostenga la tesis más frecuente.

Veamos también, por ejemplo, ésta del TSJ de Canarias, en sentencia de 22/01/16 (Rec. 1167/2015) sobre el despido de una trabajadora de baja por una lesión de brazo a la que se le despide por publicar en Facebook una foto tocando la guitarra y otra lijando una puerta.

Con independencia de que, por otras circunstancias y razones, el despido se declaró improcedente, resultan muy interesantes las valoraciones del derecho a la intimidad, y que resultan disonantes respecto de las que se acaban de exponer en relación a la recién citada Sentencia del TSJA:

“Conforme a la doctrina expuesta debe señalarse que las fotografías utilizadas por la empresa para proceder al despido de la trabajadora, reproducen momentos que pertenecen a su privacidad, actividad doméstica y momentos de ocio, pero que han sido compartidos por ella con terceros a los que ha permitido su fotografía en el momento de realización de la actividad. El visionado de las fotos evidencia que la trabajadora sabía que estaba siendo fotografiada, y tal hecho no puede discutirse. Este tercero al que se consintió la reproducción de la imagen propia, procedió a la exposición pública de las fotos en una red social de libre entrada a todo el que quiera tomar conocimiento de lo en ella expuesto. Si el acceso a la página de la trabajadora en esta red, «Facebook», es libre, y el espacio en esta página donde el tercero «colgó» las fotos, dice la sentencia en los hechos probados, no requiere uso de claves ni tiene restricción alguna, siendo estas circunstancias necesariamente conocidas por la demandante como usuaria de «Facebook», no existe la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar denunciada, pues hay una autorización de la titular del derecho para que cualquiera, incluida su empleadora pueda tomar conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone el medio”.

Por lo tanto, como primera conclusión a destacar, notemos que el acceso a fotos públicas de los trabajadores en la red social no vulnera el derecho a la intimidad y pueden ser utilizadas como prueba en procedimientos de despido.

Ahora bien, a la hora de valorar la gravedad de los hechos que acreditan las fotos llega a la conclusión de que no se puede apreciar fraude porque un día, durante su baja, la trabajadora toque la guitarra, ni tampoco que esporádicamente pudiera lijar una puerta, ya que no se sabe en ninguno de los dos casos el tiempo y la repercusión de esas dos actividades temporales.

No puede escapar a nadie la conclusión, de que las opiniones vertidas en las redes sociales (no sólo los hechos revelados en las mismas) pueden tener serias consecuencias laborales, acabando incluso en el despido. Las redes no pueden entenderse ya, como tanto se ha dicho, como una “máquina de café”¹⁰ o “plaza pública”¹¹ en torno a la que se puede manifestar cualquier opinión banal, sin pensarlo, sino que, de alguna manera, por su carácter escrito y de inmediata divulgación, supone una manifestación llamada a ser conocida por cualquier persona, con todo lo que ello conlleva.

2.2. Opiniones que afectan a la reputación “política” de la empresa

Una de las sentencias más novedosas de los últimos años, es de un juzgado de lo Social de Palma de 28-2-2018 (autos 531/2017). Si bien no nos consta que aún haya una respuesta a esta cuestión por el TSJ de las Islas Baleares, vale la pena comentarla, incluso brevemente, aunque provenga de un JS y no de un TSJ, dado su interés y lo notorio del caso, que su momento atrajo gran debate y fue seguido en la prensa.

Aquí, lo más destacable es que las publicaciones de Facebook en cuestión no tienen nada que ver con la empresa. Se trata de unas publicaciones realmente de pésimo gusto, con distintos comentarios y fotos denigrantes – p.ej., *a) una fotografía de un grupo de niños muertos aparentemente por utilización de gases y armas químicas bajo el título «mannequin Challenge en Siria» – doc. 8 del ramo prueba de la demandada*– pero, insistimos, totalmente desvinculados de su empresario, en este caso la cadena Primark. Resultaba que este trabajador tenía en su perfil público personal que era trabajador de Primark y, merced a ello surgió una iniciativa de un grupo de usuarios de twitter de hacer una campaña de boicot contra ese establecimiento.

Se dio la circunstancia de que tales comentarios sólo estuvieron brevemente en

¹⁰ Vd. L.F. De Castro Mejuto, op. cit., pág. 305.

¹¹ No obstante, ese concepto tiende a transformarse. Vd. Mike Isaac, *Facebook será menos como una plaza pública y más como una conversación privada*, Ntymes.Com, 8 De Marzo de 2019. <https://www.nytimes.com/es/2019/03/08/facebook-privacidad-mark-zuckerberg/>

Facebook, ya que la propia Facebook los retiró por inadecuados. Lo que se comentó fue en cómo Primark podía tener un empleado de esa naturaleza.

Por último, debe reseñarse que la empresa tenía una política de redes sociales, que conocía y aceptó el trabajador, que incluía instar a sus empleados a que “velen por que en su actividad virtual se respete la dignidad de la persona y de los trabajadores”

Lo más llamativo, con todo, es que el mero hecho de presentarse como trabajador de una empresa, pueda ser causa de despido, a pesar de que no se hubiese proferido nada explícito de la empresa que la critique o deje en evidencia de algún modo. Que sólo calificarse como trabajador en su perfil público puede conllevar incluso el despido.

Quizás el párrafo más llamativo de esta Sentencia sea el siguiente:

“...la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias oportunas a pesar de que el trabajador no se encuentra ni en tiempo ni en lugar de trabajo, al indicar que respecto del tiempo fuera de jornada laboral, no significa que en ese periodo se disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, pues hay que considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral en cuanto redundan directa o indirectamente un perjuicio a la empresa”

La consecuencia de este razonamiento es digna de consideración, y sin duda inquietante. Se podría concluir tras ella que en la medida en que nuestra conducta extraempresarial, pueda incidir en la imagen de nuestra empresa, debemos acomodar tal conducta a los valores sostenidos en la empresa. O, dicho de otra manera, no podremos hacer nada que, eventualmente, pueda dañar la imagen de la empresa, por el mero mecanismo de asociación: la empresa puede incidir en que no se dañe su imagen y esa imagen puede quedar perjudicado por cualquier empleado que en su vida privada tenga puntos de vista que puedan afectar negativamente a la empresa. Ello es algo muy delicado porque piénsese que ni siquiera se pide que haya una sentencia firme condenatoria del trabajador (p.ej., delitos “de odio”, o discriminaciones o vejaciones probadas), sino que puede bastar una campaña iniciada por una serie de activistas (como fue aquí el caso) con razón o sin ella. Así, en el presente asunto, creo que ninguno de los lectores de este artículo, ni éste que lo escribe, se complacerían con las imágenes que fueron objeto de publicación. Admitamos y compartamos que el mecanismo de control interno de Facebook eliminó esos comentarios. Admitamos también que haya personas que además de denostar esa conducta se lo recriminen, incluso que asociaciones de afectados o de defensa de DDHH y el propio ministerio fiscal lo persigan judicialmente, si bien no está en todo caso clara la solución que podrían dar los tribunales en cada caso¹².

¹² Recordemos que El derecho de la libertad de expresión existe, precisamente, para garantizar aquellas opiniones minoritarias, chocantes o “desagradables”, aunque siempre con límites, los cuales

Dicho esto, la pregunta que ahora nos debemos hacer es si cabe adicionalmente, en tales casos de exceso en límites de la libertad de expresión relacionados exclusivamente, la “pena” añadida –y sumaria– de despido que pueda infligir la empresa, que pareciera casi una pena accesoria a la principal (por cierto, que no se llegó a imponer). Incluso a pesar de haberse hecho tales comentarios desde una cuenta no empresarial, por supuesto, en horas fuera de trabajo y sin ninguna referencia a la empresa en cuestión. Más bien, habría que buscarla buceando en el perfil del interesado donde hacía referencia a la empresa en la que trabajaba. ¿Puede la empresa por lo tanto en tales casos hacer un juicio “sumarísimo” de tales apreciaciones y despedir al trabajador valorando el daño reputacional a la empresa? Además, el mismo se habría de medir sólo en el hecho de que un “activista” o “influencer” con muchos seguidores hubiese decidido iniciar una campaña en las redes donde se vinculaban los comentarios lamentables a su condición de empleado. Son aspectos, sin duda, que deben ser meditados muy seriamente.

Que éste es un tema polémico lo puede acreditar también un asunto que tuvo lugar en Bélgica, resuelto en primera instancia por Sentencia hecha pública el 28 de diciembre de 2017¹³. En el caso, importante y que ha trascendido también entre nosotros¹⁴, se ventilaba un despido de una ONG –cuyo nombre no ha trascendido– cuyo motivo fue que un trabajador había marcado “like” a un comentario publicado en Facebook relativo a un controvertido cómico, Dieudonné M’Bala, condenado en Francia por antisemitismo. Con anterioridad, el despido ya había sido reprendido por su empleadora por comentarios inapropiados, en relación a Dieudonné, y se le indicó que no volviera a compartir ni integrar en su muro de Facebook comentarios de ese personaje, a lo que aparentemente se avino. No obstante, como se ha indicado, marcó “like” a uno de sus comentarios y ello le valió el despido. Tal decisión fue confirmada por la Corte de Lieja, en una Sentencia desde luego muy polémica. Lo llamativo es que el despido fue motivado no ya por manifestar determinada opinión, ni siquiera por compartirla, sino, como se ha reiterado, meramente por pulsar “like”, un sencillo “me gusta” a una entrada hecha por un tercero, en este caso el controvertido y convicto cómico “Dieudonné”, con sesgo de antisemitismo. En efecto, los responsables de la ONG empleadora entendieron que el daño reputacional causado por esa conducta no era tolerable. En

son discutibles y deben ser examinados y valorados caso por caso. Las opiniones que van “a favor de corriente” y son naturalmente aceptadas por las mayorías dominantes no resultan problemáticas, y no tienen que invocar la tutela propia de la libertad de expresión. En definitiva, defiende la libertad de conciencia: D. Llamazares Fernández, *Derecho de la libertad de conciencia* (I), Civitas, Madrid, 1997, p. 201.

¹³ <https://www.lalibre.be/belgique/vire-pour-avoir-like-sur-facebook-une-publication-raciste-5a4522d5cd70b09cef53dafc>.

¹⁴ Vd. M. López Balaguer, “Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 146, 2019, págs. 102 y ss.

el proceso, el despedido argumentó que su actitud estaba amparada por la libertad de expresión, y que había respetado su compromiso pues mostrar aprecio por una publicación en Facebook no equivale a compartirla¹⁵.

La Sentencia estimó que aunque, efectivamente, “Todo trabajador tiene derecho a su libertad de expresión”, ésta no puede en ningún caso empañar la imagen de la empresa y de sus dirigentes”.

Es imaginable la polémica que causó la Sentencia. Y ello, fundamentalmente por dos razones. La primera es que penalizar un “me gusta” supone sobrepasar una nueva frontera. No se trata ya de propagar opiniones, ni punto de vistas que puedan considerarse lesivos de derechos de terceros. Con ello parecería que dar a un simple “me gusta” fuese como firmar un manifiesto perturbador, cuando, para empezar, ni el propio significado de un “me gusta” es unívoco, pues puede, por ejemplo, no sólo explicar conformidad con el contenido de la publicación, sino también apreciar la oportunidad de que algo sea publicado, aunque no se esté de acuerdo con el contenido de la noticia; o puede simplemente apreciar la valoración del valor plástico de una fotografía, pero no del comentario que se hace. Por ejemplo, se puede dar “like” a un chiste de mal gusto, sin compartirlo, pero simplemente porque haya resultado gracioso. La segunda razón es que en este caso no es fácil averiguar, en principio, una clara correlación entre ese “me gusta” y reputación de empresa alguna. De hecho, para el público en general, tal conclusión exigiría una capacidad de examen el de indagar entre los “me gusta” de una específica publicación, identificar el nombre del despedido y conocer que trabaja en la ONG en cuestión, que ni siquiera consta si estaba recogido en su perfil de usuario. Por ejemplo, el influyente abogado belga Jacques Englebert señaló que, a su entender, la decisión del tribunal es correcta porque “cuando se hace ‘me gusta’, uno se expresa”, pese a que a veces los usuarios no lo perciban como tal porque se ha convertido en “un gesto fácil, banal”¹⁶. Otros, sin embargo, consideraron la decisión del Tribunal totalmente injustificada, ratificando una sanción excesiva.

Sin duda, influyó en la decisión del tribunal el hecho de que el fondo de las opiniones polémicas (aunque no fueron vertidas por el despedido) eran inaceptables, al tener un claro contenido antisemita, lo que era doblemente grave ante el carácter del empresario, una ONG, que por lo tanto era muy sensible a su imagen, la cual podía quedar fatalmente dañada por sucesos como el aquí observado. Y ello –aquí de nuevo cabe remarcar la extrañeza que causa esta Sentencia– a pesar de que el puesto del trabajador era poco significado dentro de la empresa: era contable, por lo que ni era un directivo cuyas opiniones pudiesen entenderse dichas en nombre de la empresa, ni tampoco alguien especialmente relacionado con la imagen o con los clientes de su organización.

¹⁵ Vid., Serrano García, “El derecho a la libertad de expresión...”cit., pp. 12-13

¹⁶ Nota de Agencia EFE, BRUSELAS 28/12/2017.

2.3. Un caso peculiar: las publicaciones en redes sociales con material ilícitamente obtenido en la empresa

Interesa destacar a este respecto la STSJ de Castilla-León de 30-04-2014 (rec. 491/2014). La misma expone un caso de particular interés sobre el uso Facebook. Alude a un supuesto no tan infrecuente, como es el de una empleada que usa esta red social para subir una publicación que resulta ofensiva para otra compañera de trabajo. Podría entenderse que ello resultara indiferente a la empresa –al fin y al cabo se refiere a asuntos privados y personales de dos trabajadoras– pero ello no fue así, dado que el material publicado en Facebook partía de una grabación de seguridad que utilizó sin autorización.

La trabajadora en cuestión fue despedida ante la gravedad del hecho –sobre todo, por lo que implicaba de utilización ilegítima de la grabación que además derivó en la humillación y burla de otra compañera de trabajo– e hizo a la Sala confirmar la procedencia del despido pero, sobre todo, la llevo a apreciar lo siguiente:

Lo trascendente en este momento es, en particular, que esta Sentencia consideró que lo publicado en Facebook podía considerarse como una declaración pública, como si se hubiese hecho con difusión a través de cualquier otro medio convencional, tal que fuera el uso de los medios de comunicación o fijación de carteles, por ejemplo.

3. CONTROL POR PARTE DEL EMPRESARIO Y RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Cuando un empresario reacciona ante una información extraída o deducida de una red social surge, naturalmente, la cuestión de cómo ha podido llegar a su poder esa información y, al mismo tiempo, si puede realmente usarla, habida cuenta de las limitaciones que se derivarían en el caso de considerar la información contenida en Facebook o en la red social de que se trate como privada.

Al respecto hay que adelantar que, a pesar de la actitud dubitativa al respecto de los tribunales españoles, todo apunta a que se debe acabar imponiendo la tesis de que lo que se publica voluntariamente en las redes es público. Ello es muy claro cuando se usan redes cuya orientación es ser abiertas, como twitter. Es más discutible generalizar ese carácter en Facebook donde, ciertamente, quien realiza publicaciones en su propio “muro” puede predeterminar el nivel de privacidad de la publicación en sí.

Como recuerda Calvo Gallego¹⁷, tras un acertado examen de la doctrina judicial en el ámbito de países anglosajones, se constata que en las jurisdicciones

¹⁷ “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales. STSJ La Rioja 23 mayo 2011”, en *Doctrina Aranzadi Social*, 71/20129/2012, pág. 25.

británicas y norteamericanas se han convalidado despidos por críticas hechas en Facebook, incluso si no se habían hecho de modo totalmente público. Bastaba que cupiese la opción –que por otro lado, existe prácticamente siempre– de que los “amigos” puedan compartir de alguna manera. Es el caso, por ejemplo del caso *Crisp vs. Apple Retail*, de UK. También en Francia, refiere la postura parecida, puesto que un ámbito al que podrían llegar los amigos de los amigos no se podría considerar estrictamente privado.

Es decir, que el único caso realmente excluido es aquél que se correspondería con los supuestos en los que el empresario hubiera obtenido la información del trabajador de un modo artero. Esto es, creando perfiles falsos para ganarse la autorización del afectado y acceder así torpemente a informaciones que de otra manera no hubiese podido conocer, o “hackeando” su cuenta de cualquier manera.

Obviamente, esas conductas partirían del fraude, de un ilícito y por lo tanto las pruebas así obtenidas no podrían ser utilizadas (arts. 11LOPJ y 287 LEC¹⁸), como es de sobra conocido.

Al margen de otras consideraciones sobre los límites del control empresarial, y que se abordarán a más adelante, debe destacarse que, por regla general, cuando el empresario adopta medidas disciplinarias basadas e opiniones o noticias publicadas en redes sociales y que llevan al empresario, se da por sentado de que el empresario tuvo noticia de esa noticia de manera incidental.

A veces los conoce porque han trascendido por haberse “viralizado” determinado comentario, por haber propiciado una campaña algún usuario o algún grupo, haber dado cuenta la prensa u otros medios o por haberlo reportado algún trabajador de la empresa, cliente o allegado. En definitiva, en ninguno de los casos contemplados desde la jurisprudencia se ha asumido nunca que se hubiese utilizado ningún ardid por parte del empresario para acceder a la publicación en cuestión.

En tales casos, el planteamiento siempre ha sido que una vez que el interesado publicaba una noticia, foto o comentario, ésta se hacía pública, de alguna manera, aunque el mismo hubiese realizado la publicación con un ámbito restringido a un determinado grupo o a sus contactos, esto es, no totalmente abierto¹⁹. La asunción es que, materialmente, es posible compartir una publicación en los muros de los distintos participantes, siendo prácticamente inviable limitar su reproducción viral. Por lo tanto puede llegar al empresario de una manera legítima. Esto es, sin haber hecho éste ningún acto ilícito para obtenerla, ni tampoco haber forzado u obligado a alguien a que lo hiciera.

De esta manera quedarían zanjadas las cuestiones más frecuentemente examinadas por la doctrina judicial. De hecho, no se conoce por el momento ningún

¹⁸ Que, como es sabido, se refieren a la ilicitud de las pruebas obtenidas “directa o indirectamente” vulnerando los derechos fundamentales. Vid., por todos, J. Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, (Civitas, 7ª ed.) 2012., pág 175

¹⁹ Vid. Calvo Gallego, op. cit., pág 23.

pronunciamiento donde se haya tenido que revertir una decisión empresarial basada en noticias referidas a través de redes sociales bajo la certeza de que hubiese tenido un acceso ilegal a esas fuentes.

Como mucho, se cuestionaría la prescripción o la autoría, pero no la licitud de la obtención de la información, toda vez que no se cuestiona el carácter lícito de la misma.

Como muestra, invoquemos la Sentencia del TSJ de Asturias de 14-6-13 (Rec. 241/2013), a propósito de un despido procedente por vulneración de la buena fe contractual. En esa Sentencia se discutió sobre la realización de actividades de ocio incompatibles con una situación de baja médica. Ello fue conocido por la empresa a través de Facebook... por medio de una publicación de la propia despedida, publicación que fue conocida por la empresa “... *sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente, pues al estar “colgadas en la red” pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora*”.

Se descartó por lo tanto la alegación de la afectada en relación a que ella no autorizó la lectura de la publicación que motivó su despido a la empresa. El Tribunal acogió el argumento de que la empresa había obtenido la información de manera legal –por más que no hubiese sido intención del actor que hubiese llegado la noticia a sus ojos– por lo que no había nada reprochable en su conducta. Toda vez que la actora no adujo ninguna otra razón enervante de la eficacia de esa prueba (p.ej., prescripción o fecha en la que estaba tomada la foto en cuestión), se consideró una prueba válida y eficiente dentro del procedimiento por despido.

Ahora bien, con independencia de que hubiera tenido acceso accidental o por envío de un tercero a esas fuentes de información provenientes de publicaciones en redes sociales, la siguiente pregunta es si un empresario puede hacer una investigación “proactiva” en el ámbito del uso de las redes sociales por parte de los trabajadores.

La única respuesta factible a tal cuestión es la de que no cabe que el empresario haga un seguimiento sistemático, una monitorización programada, de las interacciones de sus empleados en las redes sociales.

Es pertinente hacer esta afirmación, porque en una época como la presente, con unas capacidades informáticas y de búsquedas en la red, robotizadas y automatizadas, prácticamente sin límite, es factible pensar que un empresario tenga respecto de sus trabajadores la tentación de hacer una investigación profunda de todos y cada uno de ellos. Con fines que es difícil anticipar: la propia contratación, las promociones profesionales, bonos o incluso para selección en caso de despidos; basándose en su estado familiar, en su ideologías o tendencias políticas, simpatías y orientación afectiva. Es decir, con un potencial discriminatorio o, simplemente, preventivo, pero de cualquier modo burlando la intimidad de los mismos.

Que no pueda hacer ese estudio o “profiling” sistemático de cada trabajador, sin embargo, no quiere decir que no pueda usar las redes en absoluto incluso de manera proactiva. Imaginemos, por ejemplo, que ante una presumible fuga de datos sensibles en la empresa se realiza una investigación, incluso profesional. ¿Sería factible usar las redes sociales? O, ante una ausencia al trabajo amparada en una baja por enfermedad que resulta sospechosa, el empresario confía a la Mutua o a sus propios técnicos que indaguen la realidad de lo alegado por el trabajador.

Sobre esta cuestión es pertinente citar la Sentencia del TSJ de Canarias, de 22/01/16 (Rec. 1167/2015), que trata precisamente sobre una cuestión del índole de la aquí abordada. Ante una baja médica de la que se sospecha que es simulada, se plantea la Sentencia si se incluye en las facultades de control del art. 20 ET la de investigar la información de Facebook. Respondiendo afirmativamente, indica lo siguiente:

“...en aquella situación en que la trabajadora se encuentra de baja médica, esto es, fuera del ámbito de control directo del empresario, es legítimo y necesario el seguimiento de su estado y actividad a través de un medio idóneo como es el acceso a una red social, publicitada por la propia trabajadora, y el juicio de constitucionalidad señalado se cumple.”

Un caso análogo es contemplado en la Sentencia del TSJ de Galicia fecha 21/11/16 (Rec. 2533/2016). En este caso, un trabajador de baja por lesión en rodilla se va de caza en numerosas ocasiones y presume de ello, a través de distintas publicaciones y fotografías en Facebook, al tiempo que lo hacen también otros amigos. Ante tales hechos, la conclusión judicial no podría ser otra: *“...el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo.”* Considerándose lícito y adecuado haber utilizado las pruebas para ello que ofrecía Facebook²⁰.

Son tremendamente significativos estos pronunciamientos en tanto que, de manera explícita, legitiman que se puedan hacer búsquedas directas y explícitas en las redes sociales para informarse sobre conductas privadas de los trabajadores.

El significado de esta tendencia de la doctrina judicial, de consolidarse –y no hay motivos para pensar que no vaya a ser así– es muy a tener en cuenta. Realmente, es coherente con lo que la propia jurisprudencia venía reconociendo en cuanto a la investigación de la vida privada hecha, por ejemplo, con detectives o investi-

²⁰ Más recientemente, en esta misma línea, cabe citar la Sentencia del TSJ de Murcia 13 de febrero de 2019 (Rec. 1427/2018) donde también se concluyó la procedencia de un despido por haber trabajado haciendo la competencia al empleador, que se debía considerar como de concurrencia desleal y además en vulneración de pacto expreso de no concurrencia. Lo relevante es que el trabajador se publicitaba en Facebook para realizar esos trabajos prohibidos. No se apreció lesión de la intimidad en esa averiguación.

gadores profesionales. Siguiendo esa lógica, ciertamente, del mismo modo que un detective puede vigilar espacios públicos para averiguar posibles irregularidades de un trabajador, podría indagar con el mismo fin, de modo complementario, el “espacio público” que constituye una red social como Facebook. Siempre, claro está, que no se sobrepasen los límites impuestos por la necesidad de no entrar en ese espacio de modo engañoso o fraudulento.

Pero, más allá de eso, hay que recordar que esa investigación personal directa, aún siendo factible, no deja de ser una intromisión en la esfera personal del trabajador, lo que no puede hacerse de una manera indiscriminada.

Recordemos que el propio TEDH nos enseña –puede verse al respecto su Sentencia de 3 de abril de 2007 (Copland vs. Reino Unido) aunque no está referida a un uso de redes sociales, sino a las comunicaciones habidas desde medios de la empresa, un centro académico– que “*la recogida y almacenamiento de información personal relativa a las llamadas telefónicas, correo electrónico y navegación por internet de la demandante, sin su conocimiento, constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia, en el sentido del art. 8 del Convenio*. Añadía –prestemos a ello singular atención– que “el mero hecho de que la institución en cuestión²¹ obtuviese estos datos legítimamente, en forma de facturas telefónicas, no es impedimento para constatar una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 8. Asimismo, el almacenamiento de datos personales relativos a la vida privada de una persona se halla también en el ámbito de aplicación del artículo 8.1.” Cabe citar otras muchas en tal sentido, como la conocida Sentencia “Rotaru” de 4 de mayo de 2007²² que, como otras tantas, recuerdan que la empresa no es un ámbito ajeno al ejercicio y respeto de los derechos fundamentales.

Pues bien, como ha reconocido con reiteración nuestro Tribunal Constitucional –en particular desde las Sentencias 57/1994 y 143/1994– en línea precisamente con la doctrina del TEDH es que la intromisión en la esfera privada del trabajador, en tanto vulneración de la intimidad debe hacerse con “proporcionalidad”²³.

La misma, como es sabido, requiere que la limitación del derecho constitucional que sea vea limitado ha de hacerse de manera “proporcional” lo cual implica un juicio de “idoneidad”, “necesidad” y proporcionalidad en sentido estricto. En

²¹ Se trataba en concreto de un “College” de Gales. En este caso, se trataba de un monitoreo de llamadas telefónicas de una empleada del centro educativo. No del contenido de las llamadas, sino de los números marcados y de su coste, deducidos de las facturas, las cuales se hallaban legítimamente en poder del College. No habiendo sido avisada la trabajadora de tal monitorización, tenía una natural expectativa de privacidad.

²² Vd. al respecto las acertadas consideraciones de Calvo Gallego, op. cit., pág 11.

²³ Vd. M. González Beilfus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra (Aranzadi-Thomson), 2015, 2ª e. pág. 79. C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2005, pág. 39 y ss., así como J. Barnés Vázquez, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar” en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, (1998), 23 y ss.

definitiva, la actividad que afecte al derecho fundamental en cuestión debe ser idónea para el fin perseguido, debe ser necesaria –de modo que no haya otras vías menos lesivas para lograr el fin pretendido, que la de limitación del derecho– y, por fin, debe ser “proporcional”. Esto es, debe haber un cierto equilibrio, proporcionalidad, entre el sacrificio exigido y el beneficio derivado de tal limitación.

Habría que añadir a estas reglas las derivadas de los arts. 4.2.e) art. 20.3, en cuanto al respeto a la dignidad del trabajador²⁴.

Además, concretamente en la materia que ahora nos ocupa, hay que considerar la vigencia del art. 18.1 CE, en cuanto que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y, muy particularmente, al art. 18.4, que invoca la limitación legal de “...el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar”. Además, habría que considerar las exigencias de la Ley Orgánica de Protección de Datos²⁵.

En definitiva, siendo cierto que la intimidad no es un derecho absoluto, es factible que deba cohonestarse con las necesidades de control y organización inherentes a la marcha de la propia empresa control que, con la debida “proporcionalidad” puede significar investigar, siempre que sea necesario y proporcionado, la presencia del trabajador afectado en redes sociales.

En efecto, el hecho de que la información publicada en las redes sociales se haya hecho pública no empece a que sea una parte de la vida privada para el trabajador, sin relevancia profesional, sin que afecte a la empresa. Por ello mismo, una intromisión “organizada” y estructurada desde la misma, debe estar limitada, por las razones ya expuestas.

Pensemos, por ejemplo, que una persona publica una información sobre sí mismo, no desea un uso desmedido de la misma, esto es, un uso en ámbito y con finalidad distinta para la que se publicó. Por ejemplo, si alguien comparte en Facebook una información sobre el nacimiento reciente de un hijo, desea compartir un hecho que le causa felicidad y satisfacción. Sin embargo ¿puede tal información utilizarse para realizar un perfil profesional de la persona que incluya la consideración de un dato personal potencialmente discriminatorio relacionado con la situación de paternidad o maternidad o del status familiar del trabajador actual o potencial trabajador?

Es probablemente inevitable que casos de este tipo se den en la práctica. Pero la pregunta que en realidad nos debemos formular es si una persona puede sentirse libre de publicar hechos de su vida en las redes sociales con la tranquilidad de que, salvo que revelen en sí mismos hechos ilícitos (p.ej., subir información ilícitamente

²⁴ Vid., al respecto, una Sentencia muy citada del TSJ de La Rioja de 23.5.2011 (Rec. 217/2011), y el comentario al respecto de Calvo Gallego, ob.cit.

²⁵ Vid. J.M. Goerlich Peset “Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: Inquietudes y paradojas”, en ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, 2016, págs. 141-142.

obtenida o con un fin de desacreditar a la propia empresa) o incumplimientos laborales directos sin que sea factible un uso “perverso” de los mismos en el ámbito de su relación laboral o de sus futuras ofertas de trabajo.

4. CONCLUSIONES

4.1. Las redes sociales resultan un fenómeno de comunicación con gran presencia en el mundo de la empresa, utilizadas por prácticamente todos los trabajadores. Son muy distintas entre sí. Todos los portales y grandes aplicaciones informáticas tienden a crear comunidades donde surgen interacciones. Estas redes tienen, potencialmente, implicaciones en la vida de la empresa.

4.2. En particular, Facebook, se considera en cierto modo una “plaza pública” de intercambio de noticias y opiniones. Las opiniones vertidas en él, e incluso las características personales, el “perfil” de los usuarios, pueden considerarse públicas. Por lo tanto, quedan sometidas a las limitaciones de la libertad de expresión que habitualmente se exigen a un trabajador en relación a la empresa en la que está empleado: básicamente, las derivadas de la buena fe y de las especiales restricciones que, al efecto, se derivan del contrato de trabajo.

4.3. La doctrina judicial se ha referido ya en ciertas ocasiones a la cuestión y ha avalado el uso por parte de las empresas de información contenida en perfiles y comentarios hechos en Facebook. Incluso ha considerado causa de despido comentarios que, siendo totalmente privados y sin contener ningún tipo de alusión explícita a la empresa sin embargo podía entenderse en demérito de su prestigio por un mero mecanismo de asociación del trabajador que emitía una opinión censurable y la empresa.

4.4. El empresario puede usar legítimamente los contenidos publicados en las redes sociales cuando haya tenido conocimiento de ellos por cualquier medio. Sólo le estaría vedado un acceso fraudulento a la información a través de simulaciones de identidades o mecanismos análogos.

4.5. Las publicaciones hechas por los trabajadores con material ilícitamente obtenido dentro de la empresa (p.ej., grabaciones) pueden ser igualmente sancionable; máxime si con ella se atenta a la dignidad de otros trabajadores.

4.6. En el ámbito comparado, especialmente dentro del mundo anglosajón, resulta clara la consideración de “pública” de las opiniones expresadas a través de las redes sociales.

4.7. Existió un caso muy llamativo, en Bélgica, donde la Corte de Lieja convalidó la legalidad de un despido por haber dado “like” a un post de un cómico con carácter antisemita. Aunque se trataba de una ONG, cuyo prestigio merecía un cuidado especial, y el trabajador estaba advertido, se trata de un nuevo paso, dado que ni siquiera era manifestar directamente una opinión, sino sólo dar “like” a una publicación de otra persona.

4.8. El empresario puede conocer las manifestaciones de las redes sociales y los datos de perfil de los empleados sin olvidar que está penetrando en la esfera personal de los trabajadores. Es lícito que lo haga si usa medios asimismo lícitos. Sin embargo, no puede olvidar que esta intromisión debe ser “proporcional” en el sentido de la jurisprudencia constitucional: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4.9. Se considera proporcional el uso de las redes para controlar el absentismo, o el cumplimiento del deber de no concurrencia o exclusividad.

4.10. El almacenamiento masivo de datos extraídos de las interacciones de las redes sociales por parte de los trabajadores debe considerarse fuera del art. 8 CEDH y el art. 18.4 CE, además de la vulneración de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de datos.

4.11. Es necesario en todos los casos estar seguro de la autoría de las publicaciones, siendo polémico cuando se consideran prescritas.