

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA
DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y
DERECHO

.....

COMPORTAMIENTO EN REDES SOCIALES, PRIVACIDAD Y DESPIDO

Iratze Barbero Bengoa

DIRECTOR / ZUZENDARIA

José Luis Goñi Sein

Pamplona / Iruñea

[5 de enero de 2018 / 2018ko urtarrilak 5]

RESUMEN:

La proliferación de las redes sociales como herramienta de comunicación entre los individuos ha hecho surgir problemas antes inexistentes en el derecho laboral. El presente trabajo tiene como objeto recoger los criterios jurisprudenciales establecidos para hacer frente a estos nuevos conflictos. Partiendo de la descripción del concepto “red social”, se realiza un análisis tanto del uso privado de las redes sociales, como del uso en el ámbito laboral. Así mismo, se determinará el poder de control y sanción del empresario frente a incumplimientos derivados de dichos usos. Finalmente, se recogen algunas cuestiones relativas a la información contenida en las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral como su licitud, la calificación del despido cuando la prueba se declara ilícita, los problemas de fiabilidad que suscita y la aportación.

Palabras clave: Redes sociales, privacidad, control empresarial, incumplimientos contractuales, despido.

ABSTRACT:

The proliferation of social networks as a communication tool among individuals has caused situations and problems that did not exist before in labor law. The aim of this report is to collect the jurisprudential criteria established to deal with these new conflicts. Starting by defining the concept of "social network", it is analyzed the private use of social networks as well as its use in the workplace. Also, it will be determined the power of control and sanction of the employer in the face of breaches derived from these uses. Finally, the paper gathers some questions related to the information contained in the social networks as evidences in the labor process, as its legality, the qualification of the dismissal when the evidence is declared illegal and the reliability problems that it raises, among others.

Key words: Social networks, privacy, corporate control, contractual breaches, dismissal.

LABURPENA:

Gero eta ugariagoa da sare sozialen erabilera pertsonen arteko komunikazio tresna bezala, honek arazo eta egoera berriak sorrarazi ditu lan-zuzenbidean. Ikerlan honen helburua gatazka berri hauei aurre egiteko jurisprudentziak eman dituen irizpideak batzea da. Horretarako, lehenik eta behin, “sare soziala” kontzeptuaren deskribapena egingo da. Hortik oinarrituta aztertuko da sare sozialen erabilera pribatua eta baita, beraien erabilera lan esparruan. Era berean, enpresaburuak erabilera horien ondorioz sortu daitezkeen kontratu hausteen aurrean dituen kontrol eta zigor botereak zehaztuko dira. Azkenik, sare sozialetan bildutako informazioa lan auzietan froga bezala erabiltzearekin zerikusia duten zenbait gai azalduko dira, besteak beste: zilegitasuna, fidagarritasun zalantzak edo froga zilegitzat ematen ez denean kaleratzearen kalifikazioa.

Hitz gakoak: Sare sozialak, pribatutasuna, kaleratzea, enpresariaren kontrol boterea, kontratu haustea.

I.- Introducción	5
II.- Las redes sociales como sistemas de comunicación.....	6
III.- El acceso a las redes sociales del trabajador por parte del empresario y la privacidad del trabajador.....	9
1. Configuración de privacidad del perfil.....	9
2. Perfil de acceso público.....	10
3. Perfil de acceso restringido.....	12
IV.- El uso privado de las redes sociales fuera de la empresa.....	14
1. Comentarios o críticas a la empresa y compañeros y los límites de la libertad de expresión.....	15
2. Falsas bajas.....	19
3. Otros actos de transgresión de la buena fe contractual.....	22
V.- El uso de las redes sociales desde la empresa por el trabajador y el control por el empresario.....	23
1. Condiciones de uso de los medios informáticos.....	23
2. Límites del poder de control empresarial: Doctrina del Tribunal Constitucional.....	27
2.1. <i>Control sobre los medios electrónicos propiedad de la empresa.....</i>	<i>28</i>
2.2. <i>Control sobre los medios electrónicos propiedad del trabajador....</i>	<i>31</i>
3. STEDH (Gran Sala) de septiembre de 2017, asunto Barbulescu.....	32
3.1. <i>Antecedentes</i>	<i>32</i>
3.2. <i>Fallo de la sentencia.....</i>	<i>34</i>
VI.- Valor probatorio de la información obtenida en la red social.....	36
1. Obtención lícita de la prueba digital.....	37
2. Problemas de autenticidad y de fiabilidad.....	38
3. Aportación de pruebas digitales.....	39
4. Ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y calificación del despido.....	41
VII.- Conclusión.....	43
VIII.- Bibliografía.....	46
IX.- Jurisprudencia consultada.....	50
X.- Normativa.....	51

ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
Art./Arts.	Artículo/ Artículos.
BYOD	Bring Your Own Device.
CE	Constitución Española.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
IT	Incapacidad temporal.
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de enjuiciamiento civil.
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
Núm.:	Número.
PROV.	Provisional.
RAE	Real Academia Española.
REC.	Recurso.
TS	Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TIC	Tecnologías de la Información y Comunicación.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia:

I. INTRODUCCIÓN:

La expansión de las redes sociales en el día a día de los ciudadanos ha hecho surgir situaciones y problemas antes inexistentes en las distintas ramas del derecho, lo que ha requerido una regulación legislativa específica o, al menos, una configuración jurisprudencial. Inevitablemente, las relaciones laborales también se han visto afectadas por las tecnologías de la comunicación, lo cual se ha reflejado tanto en los momentos anteriores al inicio de la relación laboral como durante la misma.

Así, el uso de las redes sociales supone un reto para el mantenimiento de la marca y reputación empresarial (derivada de un mal uso de las redes sociales o de las comunicaciones electrónicas por parte de los trabajadores), para la productividad efectiva de los empleados e incluso para la seguridad de la red corporativa.

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de las nuevas situaciones y problemáticas surgidas en el derecho laboral como consecuencia de la aparición de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), más concretamente, por la aparición de las redes sociales. A falta de una regulación específica sobre el uso y control de las redes sociales del trabajador, se pretende recopilar los criterios jurisprudenciales que se aplican en los conflictos surgidos. Tal y como indica el título, todo el análisis se va a realizar desde una doble perspectiva, por un lado, se va a valorar la posible lesión del derecho fundamental a la intimidad o privacidad del trabajador (recogido en el art. 18 CE) que puede suscitar el control empresarial de las redes sociales y por otro lado, se va a analizar la posibilidad del empleador de ejecutar su potestad sancionadora por incumplimientos relacionados con el uso de las redes sociales.

A tal fin, se ha optado por comenzar realizando un análisis del concepto de red social, para poder delimitar el campo de investigación del presente trabajo porque, como veremos, dentro del concepto estricto de red social no se incluyen el correo electrónico, ni las aplicaciones de mensajería instantánea como Whatsapp. Partiendo de este concepto, el trabajo se ha articulado en tres bloques.

En primer lugar, se va a analizar el uso de las redes sociales por parte del trabajador en un contexto extralaboral. Las redes sociales pueden ser una importante fuente de

información para la empresa a la hora de detectar incumplimientos del trabajador, por ello se expondrán los criterios jurisprudenciales sobre la legitimidad del empleador para acceder a la actividad desarrollada por el trabajador en sus redes sociales. Además, se analizarán las conductas sancionables más frecuentes en la práctica y su tratamiento por parte de los tribunales de lo social.

En un segundo bloque, se va a tratar el uso de las redes sociales en el ámbito laboral, esto es, en el lugar de trabajo y durante el horario laboral. Se va a mostrar una panorámica de la evolución de la doctrina constitucional al respecto del uso que pueden hacer los trabajadores de las redes sociales en el ámbito laboral y al control que pueden llevar a cabo los empleadores del mismo. En relación con este último asunto, es imprescindible destacar una sentencia dictada recientemente por el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos, en la que se establecen los aspectos a valorar por los tribunales nacionales a la hora de solucionar este tipo de conflictos entre el derecho a la intimidad y el poder de control empresarial. Como veremos, esta resolución va a conllevar un necesario cambio de la doctrina constitucional española.

Finalmente, en el tercer y último bloque, se van a tratar los aspectos problemáticos que puede plantear la utilización de información contenida en las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral.

II. REDES SOCIALES COMO SISTEMAS DE COMUNICACIÓN:

El avance de las nuevas tecnologías ha repercutido de forma muy significativa en las vías de relación interpersonal. Así, en las últimas décadas se han incorporado a nuestra vida cotidiana una serie de plataformas y aplicaciones informáticas conocidas como “redes sociales”, cuya finalidad principal es facilitar la comunicación entre un elevado número de personas¹. Algunas de las redes sociales más conocidas como Facebook, Google+, Badoo, Twitter, LinkedIn, Instagram, Snapchat, Pinterest o Skype cuentan ya con millones de usuarios a lo largo de todo el mundo. En España, según el INE, el 66,8%

¹ 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”, en *Revista de Información Laboral*, num.7, 2016, pág. 22.

de los usuarios de Internet hace uso de redes sociales de carácter general² y la tendencia de este porcentaje es creciente.

De forma general se podría describir a las redes sociales como herramientas de comunicación; sin embargo esto no significa que todas las plataformas que puedan servir como medio de comunicación sean redes sociales. Por ello, es necesario realizar una descripción general de las mismas y de su tipología para poder delimitar el concepto.

Para empezar, la Real Academia Española define las redes sociales como plataformas digitales de comunicación global que ponen en contacto a un gran número de usuarios³. Por tanto, la expresión red social hace referencia únicamente a aquellos mecanismos de comunicación que se encuentren *online*, es decir, a aquellos que se basen en las TIC. Se trata de una aclaración necesaria, ya que las estructuras de comunicación entre individuos o colectivos han existido desde siempre⁴.

No obstante, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), en un informe elaborado en 2009, amplía un poco más el concepto, señalando que: “Las redes sociales online son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”⁵. En el mismo sentido se pronuncia el Grupo de Trabajo sobre la protección de datos del art. 29⁶ en su Dictamen 5/2009, donde se señala que las redes sociales son “plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”.

² Instituto Nacional de Estadística (2016), Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, consultado en www.ine.es

³ Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

⁴ ORTIZ LÓPEZ, P., “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, A. Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 22.

⁵ INTECO y AEPD. (2009). Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Fuente: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est_inteco_r edesso_022009.pdf

⁶ Organismo de la Unión Europea, con carácter consultivo e independiente, para la protección de datos y el derecho a la intimidad.

Por lo tanto, de estas definiciones se desprende que, además de ser un medio de comunicación entre individuos y de tratarse exclusivamente de herramientas online, las redes sociales tienen otras tres características comunes: en primer lugar, que los usuarios crean en ellas perfiles públicos en los que plasman sus datos personales; en segundo lugar, que las redes sociales proporcionan a sus usuarios herramientas para poder colocar el contenido que se desee en línea (fotos, videos, experiencias, comentarios, etc.); y en tercer lugar, que la comunicación entre los distintos usuarios de una red se da gracias a que se genera para cada uno de ellos una lista de contactos con los que puede relacionarse⁷. En consecuencia, no encajarían dentro de este concepto las aplicaciones de mensajería instantánea como Whatsapp, ni las cuentas de correo electrónico, debido a que no dan a sus usuarios la posibilidad de crear perfiles públicos en los que plasmar datos personales.

A pesar de estos puntos en común, dentro del término red social se engloban páginas *web* muy diferentes entre sí, por lo que una vez realizada la descripción general cabe hablar de las distintas tipologías existentes. ORTIZ LOPEZ P. distingue principalmente entre redes sociales generalistas, especializadas y profesionales⁸. Las primeras son aquellas que tienen un carácter general, es decir, sus usuarios pueden compartir contenidos de todo tipo y, por tanto, no van dirigidas a un perfil de persona en concreto. Este es el caso de Facebook o Twitter. Por el contrario, las redes sociales especializadas son aquellas en las que el contenido que se publica tiene una temática común. Un claro ejemplo de esta tipología es “Minube” en la que todas las fotos, comentarios, videos, etc, que los usuarios comparten, tienen relación con viajes realizados por los mismos. Finalmente, las denominadas profesionales son aquellas que tienen la finalidad de facilitar la búsqueda de trabajo a sus usuarios y/o poner en contacto a personas del mismo sector u oficio. El ejemplo paradigmático de este tipo de red se encuentra en LinkedIn.

⁷ 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”, cit., pág. 24.

⁸ORTIZ LÓPEZ, P., “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, A. Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, pág.36.

III. EL ACCESO A LAS REDES SOCIALES DEL TRABAJADOR POR PARTE DEL EMPRESARIO Y LA PRIVACIDAD DEL TRABAJADOR:

1. Configuración de privacidad del perfil

Durante la relación laboral las redes sociales del trabajador son una gran fuente de información para los empleadores, debido a que pueden revelar ciertos incumplimientos laborales y, en su caso, permiten proceder a imponer la correspondiente sanción. Esto ha llevado a muchas empresas a monitorizar y controlar el uso que sus trabajadores hacen de las ellas, lo que podría suponer una vulneración del derecho a la intimidad.

Ante esta situación, la duda que se nos plantea es si el empresario puede o no acceder a la actividad desarrollada por los empleados en las redes sociales y para resolver esta cuestión es necesario entender su funcionamiento. En primer lugar, para poder hacer uso de una red social el usuario debe darse de alta o lo que es lo mismo, debe crear un perfil personal en la misma. Para ello tan sólo tiene que cumplimentar un formulario en el que se le solicitan una serie de datos básicos como su nombre y apellidos, dirección, edad, correo electrónico, etc. En algunos casos, además, se le da la posibilidad de aportar voluntariamente otro tipo de datos bastante más personales, como el estado civil, estudios, lugar de trabajo, creencias religiosas, etc⁹. Una vez completado el formulario y registrado, el usuario ya puede comenzar a desarrollar su actividad como tal, adjuntando fotografías, videos, comentarios o lo que estime oportuno. Dicha actividad puede ser pública o no, y es que el usuario puede escoger entre distintas configuraciones de privacidad para su perfil.

Por un lado, existe la opción de mantener el perfil abierto. Esta configuración permite que cualquier otro usuario pueda visualizar su actividad e incluso interactuar con él. En este caso, dependiendo de la red social de que se trate van a poder acceder a los perfiles abiertos sólo el resto de usuarios o también cualquier internauta. Por ejemplo, en

⁹ ÁLVAREZ HERNANDO, J. “Internet, redes sociales y protección de datos” en ÁLVAREZ HERNANDO, J. Y CAZURRO BARAHONA, V., *Practicum protección de datos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Documento en línea disponible en: Aranzadi.

Facebook o Twitter cualquier internauta puede acceder a los perfiles abiertos sin necesidad de ser usuario, por el contrario en otras redes como LinkedIn, no se puede ver ningún contenido de sus usuarios sin un perfil en dicha web. Por otro lado, existe también la posibilidad de escoger para la cuenta una configuración cerrada, de modo que el usuario determina quién puede acceder a su perfil y qué puede hacer, es decir, si sólo puede ver su actividad o también interactuar con él y publicar contenidos en su perfil¹⁰. Esto hace que surjan infinidad de configuraciones intermedias distintas, por ejemplo, el usuario podría elegir que sólo pudieran visualizar su actividad y/o interactuar con él algunos de sus contactos, todos sus contactos o también los contactos de sus contactos.

Cabe destacar que a pesar de que la privacidad puede ser modificada en cualquier momento y tantas veces como el usuario quiera, la opción de seguridad predeterminada, esto es, la configuración que se establece por defecto al crear el perfil, suele ser la menos protectora para la privacidad¹¹.

2. Perfil de acceso público

El derecho a la intimidad reconocido en el art. 10.1 CE supone “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás” y de acuerdo con reiterada doctrina es un derecho aplicable también al ámbito de las relaciones laborales¹². No obstante, tal y como ha manifestado el TC en infinidad de ocasiones “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho”¹³.

En el caso de las relaciones laborales puede ceder ante el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva,

¹⁰ 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”, cit., pág. 12

¹¹ LORENTE LOPEZ, M.C “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2015, pág.220

¹² Por todas, STC núm.98/2000, de 10/04/2000.

¹³ Por todas, STC núm. 57/1994, de 28/02/1994 y STC núm. 143/1994, de 9/05/1994.

reconocido expresamente en el artículo 20 ET. Este poder atribuye al empresario, entre otras, la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales. Siempre, claro está, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador¹⁴.

En este contexto, las sentencias que han tratado específicamente la privacidad del trabajador o su derecho a la intimidad en el ámbito de las redes sociales han señalado que el acceso a ellas por parte del empresario será lícito siempre que se de en un contexto de espacio abierto¹⁵. Es decir, no se entiende vulnerado el derecho a la intimidad del trabajador si éste ha publicado la información, los comentarios o las fotografías en un perfil cuyo acceso no está restringido. En estos casos, según RÍOS GARCÍA y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, “en la medida en que la información utilizada por el trabajador se colgó en un perfil público de una red social, no existía una expectativa de privacidad. En otras palabras, como el propio trabajador decidió que cualquiera, sin necesidad de utilizar una clave de acceso, tuviera acceso a esa información, no puede entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esa información para adoptar una medida disciplinaria”¹⁶.

Por el contrario, en el caso de que el empresario hubiera hecho uso de claves o contraseñas para poder obtener la información del perfil, por estar limitado el acceso al público, se consideraría una intromisión ilícita¹⁷.

En este sentido se han manifestado diversos tribunales como el TSJ de Cantabria, en su sentencia núm. 418/ 2016 (REC. 765/2015) de 10 de noviembre de 2015, el cual manifiesta que no se entiende vulnerada la intimidad del trabajador por la “proyección pública a través del Facebook” que éste había hecho de las fotografías que sirvieron de fundamento para su despido disciplinario. De modo similar el TSJ de las Islas Canarias

¹⁴ Arts. 4.2.c) y 20.3 ET.

¹⁵BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, Bosch, Barcelona. 2016, pág.150.

¹⁶ RÍOS GARCÍA, I. y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. “Las redes sociales en las relaciones laborales”, cit., pág. 85.

¹⁷ STSJ de Asturias, (PROV 2013/245751) rec. 241/2013, de 14/06/2013, en la que se señala que “no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías 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”

en su sentencia de 22 de enero de 2016 (PROV. 2016/43168) señaló que el hecho de que el titular del perfil no restrinja el derecho de acceso, supone la imposibilidad de apreciar una vulneración del derecho a la intimidad, ya que, hay una “autorización” por parte del titular del derecho para que cualquier persona, incluido su empleador, pueda tener acceso a la información que expone en ese perfil.

La misma interpretación se ha de hacer cuando no es el propio trabajador el que hace la publicación que revela el incumplimiento, sino que resulta etiquetado o mencionado en alguna publicación por alguno de sus amigos o contactos de la red social. Es decir, si por ejemplo, el trabajador a pesar de tener el perfil cerrado fuera etiquetado sin saberlo en una fotografía por un amigo que tuviera el perfil más o menos abierto, tampoco se trataría de una comunicación cerrada digna de protección¹⁸. Debido a que el empresario o cualquier persona podría tener acceso a ese contenido por tratarse de un perfil público. Esto significa que otra persona puede decidir por ti qué hacer público y además, compartirlo¹⁹, por lo que no sólo hay que ser precavido con lo que uno publica sino también con lo que publican tus contactos.

3. Perfil de acceso privado

Los perfiles de acceso privado pueden suscitar una problemática, aún no abordada por la jurisprudencia española, que puede resultar un tanto controvertida y es que la aparente privacidad de un perfil cerrado puede ser violada por terceros. Se puede dar el caso de que el empleador, haya tenido conocimiento de la información publicada por un trabajador en un perfil cerrado a través de una tercera persona. Ésta se encontraría dentro de los contactos del trabajador y por tanto, tendría acceso libre a dicho contenido. Por consiguiente, en principio, no podría considerarse una intromisión ilegítima puesto que el empleador no habría hecho uso de contraseñas ni claves pero, tampoco se trataría de un espacio abierto.

¹⁸ BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág.134.

¹⁹ SOUTILLO GONZALEZ, J., “Redes sociales, privacidad y ley de protección de datos” en *Crítica*, núm.985, 2013, pág. 43

Según MILLÓN BELTRAN, el contenido de un perfil cerrado se podría clasificar como información semiprivada o semipública. Dentro de esta categoría estaría toda aquella información que el emisor decide mostrar solamente a ciertas personas de su elección y no a todo el público en general. Como consecuencia de esa selección de destinatarios, éstos no tendrían ninguna facultad de disposición sobre la información, esto es, no tendrían derecho a hacerla pública o a difundirla en una esfera que no fuera la que el emisor hubiera escogido²⁰. De ahí que, si alguno de los contactos con posibilidad de visualizar la actividad del trabajador la difundiera a su empleador, nos encontraríamos con un supuesto de vulneración del derecho a la intimidad.

Como ya se adelantaba, los tribunales españoles no se han pronunciado todavía sobre esta cuestión y tampoco existen muchos precedentes en otros países. Cabe mencionar un reciente caso británico, *Crisp vs Apple Retail* en el que un trabajador fue despedido por unos comentarios realizados en su cuenta cerrada de Facebook sobre la empresa en la que trabajaba ²¹. La empresa, tuvo conocimiento de dichos comentarios gracias a que un “amigo” del trabajador, que sí tenía acceso libre a su cuenta, los copió y se los comunicó. El Tribunal consideró que los comentarios excedían los límites de la libertad de expresión y que no existía vulneración alguna del derecho a la privacidad del trabajador puesto que, la información había sido obtenida por un contacto que tenía libre acceso al perfil de Facebook. Entendiendo así que el reclamante no tenía una expectativa razonable de privacidad sobre la información. Al mismo tiempo señaló que, aún en el caso de que se entendiera comprometido el derecho a la intimidad, el Tribunal habría considerado que el uso de la información por el empleador estaba justificado y proporcionado para proteger sus propios intereses y derechos.

Por mi parte, considero que la postura más razonable y acertada es la de MILLÓN BELTRAN, debido a que el trabajador-usuario al establecer una configuración de privacidad cerrada, restringe el acceso a su perfil en la red social de manera consciente y

²⁰ MILLÓN BELTRÁN, N. “Retos para la privacidad en la era digital” en *Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, núm. 5, 2015, pág. 38

²¹ CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2012, núm.71, 2012, pág. 148

deliberada. Por lo tanto, sin lugar a dudas, tiene una expectativa razonable de privacidad y de que la información que publica no salga del entorno que él mismo ha seleccionado.

IV. EL USO PRIVADO DE LAS REDES SOCIALES FUERA DE LA EMPRESA Y LA POTESTAD SANCIONADORA DEL EMPRESARIO:

Una vez visto cuando el empleador puede acceder a las redes sociales del trabajador, hay que determinar qué usos privados de esas redes pueden ser constitutivos de sanción. La calificación por parte de los tribunales de las conductas relativas al uso privado de las redes sociales viene determinada, sin lugar a dudas, por la enorme casuística, tanto en lo que se refiere al uso privado como a las circunstancias en las que se produce²². Sin embargo, en cualquiera de las circunstancias, para que el uso pueda ser considerado causa de despido debe revestir una especial gravedad, constituyendo un cumplimiento grave y culpable de las obligaciones asumidas por el trabajador en virtud de la relación laboral²³.

En efecto, tanto el TS como la doctrina de suplicación mayoritaria se ha aproximado a la valoración de los incumplimientos a partir de la conocida como “teoría gradualista”. De conformidad con dicha doctrina, para apreciar la proporcionalidad de la sanción de despido, el incumplimiento ha de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que exige un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor²⁴.

A continuación, se expondrán los principales incumplimientos derivados del uso extralaboral de las redes sociales que están siendo objeto de litigio en nuestro país; los comentarios sobre la empresa, compañeros o clientes y las falsas bajas.

²²BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág.144.

²³ Art.54 ET: “1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador”.

²⁴ STS de 30/05/1992 (RJ 1992/3626).

1. Comentarios o críticas a la empresa y compañeros y los límites de la libertad de expresión;

La celebración de un contrato de trabajo en ningún caso puede implicar la privación de derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos en la Constitución,²⁵ no obstante supone la generación de una serie de derechos y obligaciones recíprocos que condicionan, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión²⁶. La buena fe está llamada a mediatizar el comportamiento de las partes en el seno de una relación laboral, así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, en las que señala que el derecho a la libertad de expresión (como el resto de derechos) debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe²⁷.

Siendo esto así, no tendría ningún sentido intentar desligar los comentarios proferidos en Internet de una posible sanción laboral²⁸, a pesar de que se hayan realizado en uso privativo de las redes sociales, fuera del horario y lugar de trabajo. La STSJ de Castilla y León, núm. 1854/2010, de 21 de abril de 2010 consideró que, “siendo cierto que el foro en que se vierten las afirmaciones es ajeno a la organización empresarial, al tratarse de un foro público, donde conocidamente pueden acceder todas las personas vinculadas a la empresa que lo deseen o cualquier tercero...las afirmaciones vertidas en el mismo no son ajenas al ámbito del contrato de trabajo, como ocurre, por ejemplo cuando el trabajador publica en medios de comunicación opiniones, informaciones o cualquier otro tipo de contenidos relativos a su empresa, puesto que tales acciones no pueden desvincularse de su relación laboral con la misma y afectan al núcleo de las relaciones entre empresa y trabajador, que han de estar presididas por la buena fe de ambas partes”.

El problema surge a la hora de delimitar cuando los comentarios vertidos por el trabajador se exceden de la libertad de expresión y vulneran el honor de la empresa. Según TALENS VISCONTI, los aspectos estimados por la doctrina judicial para apreciar la procedencia o no del despido son principalmente: a) las propias expresiones y el tono

²⁵ TALENS VISCONTI, E.E., “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.38, 2015, pág. 182

²⁶ ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, pág. 49

²⁷ Por todas, STC núm. 88/1985 de 19/07/1985 y STC núm. 120/1983 de 15/12/1983.

²⁸ TALENS VISCONTI, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en Internet” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.35, 2014, pág. 7

empleados, así como su contexto; b) la forma en la que los comentarios o expresiones se han proferido (por escrito o verbalmente); c) la presencia de otras personas más allá del destinatario de las críticas; d) y su difusión pública²⁹.

Para empezar, los tribunales valoran el tono y el contexto de las expresiones y/o comentarios proferidos por el trabajador. El derecho a la libertad de expresión ampara la formulación de opiniones, ideas o creencias personales y su campo de acción jurídicamente protegido viene delimitado por la ausencia de expresiones ofensivas o vejatorias que resulten innecesarias para la expresión del mensaje³⁰. En otras palabras, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando pueda molestar o disgustar, pero en ningún caso ampara un pretendido derecho al insulto ni expresiones injuriosas o amenazantes. No es necesario que los comentarios sean referidos propiamente a la empresa para ser considerados susceptibles de sanción de despido, sino que pueden ir dirigidos también a sus superiores jerárquicos, administradores de la empresa, clientes e incluso compañeros de trabajo y sus familiares. En la práctica nos encontramos con sentencias en las que no cabe ninguna duda de que el trabajador ha sobrepasado la esfera de la libertad de expresión y en consecuencia, ha vulnerado el derecho al honor de la empresa. Este es el caso de la STSJ de Justicia de Castilla y León, núm. 1854/2010, de 21 de abril de 2010. En ella se analiza el caso de un trabajador que escribe una serie de expresiones en un foro que inducen a la violencia contra uno de sus superiores, tales como “sólo con hacer todo bien lo matamos” o “yo en particular le ponía las pilas y le quitaba las ganas de jugar con el pan de 1000 obreros”, entre otras. El Tribunal manifiesta al respecto que “no estamos propiamente ante una expresión de ideas u opiniones, legítimas o no, ni ante la transmisión de información, veraz o no, sino ante un llamamiento a la intimidación de un directivo de la empresa” y “con ello se han excedido notablemente los límites legítimos de la expresión del conflicto y se incurre en una conducta vulneradora de la buena fe contractual que es susceptible de ser sancionada con el despido”.

²⁹ TALENS VISCONTI, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en Internet” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, cit., pág. 3

³⁰ APARICIO ALDANA, R.K. “Nuevas tecnologías y derecho a la libertad de expresión e información de los trabajadores en la empresa” en *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm.50, 2017, pág. 192

Otro claro ejemplo es el de la STSJ de Galicia, núm. 2738/ 2014, de 8 de octubre de 2014, en la que se califica también como procedente el despido de un trabajador de la Casa Sacerdotal de la Diócesis de Ourense. Este trabajador colgó en su perfil de Facebook diversos comentarios como “*viven de las mujeres y otros se van de prostitutas q yo los he visto*”, “*es inmoral e ilegal eso hace la iglesia católica romana*” o “*entre sus jerarcas hay pedófilos*”, que fueron calificados por el Tribunal como “francamente injuriosos y profundamente ofensivos”.

Sin embargo, la mayoría de los litigios que se plantean no son tan claros, debido a que los tribunales admiten como lícitas expresiones que, a pesar de ser poco adecuadas, muestren el disgusto y/o malestar laboral del trabajador, fruto de un contexto laboral conflictivo. Por ejemplo, en el caso de la STSJ de Cataluña, núm. 1431/2016, de 3 marzo de 2016, un trabajador (cantante) del Coro del Gran Teatro del Liceo de Barcelona mientras se encontraba en situación de excedencia voluntaria, publicó en su perfil de Facebook ciertos comentarios en los que mostraba su desacuerdo con las actuaciones y el funcionamiento del Liceo. Para ser más exactos criticó la negativa de la empresa a su deseo de reincorporarse al trabajo, las altas retribuciones de los directivos, la supresión de becas, los despidos realizados, la falta de transparencia, etc. El trabajador utilizó expresiones como “corruptos”, “comportamientos mafiosos” o “supeditación a sindicatos y miembros del comité de una baja moral indescriptible”. Así, el Tribunal entendió que el conjunto de las manifestaciones y críticas, eran “exageradas, desagradables y poco afortunadas, y sin duda reprochables moralmente”, pero que, a pesar de ello, quedarían amparadas por la libertad de expresión debido al contexto y situación de empleado, en el que no se aprecia ánimo de injuriar sino de denunciar su situación y desahogarse.

Además, la jurisprudencia ha considerado que tampoco “constituyen causa de despido los comentarios jocosos del trabajador respecto a los clientes de la empresa o la difusión de ciertas anécdotas del trabajo con finalidad lúdica”³¹ aunque pudieran parecer poco adecuados.

Por otro lado, en cuanto a la forma, las expresiones o comentarios realizados a través de las redes sociales no se entienden equivalentes a las conversaciones que un

³¹ STSJ de Madrid, núm. 798/2012, de 30/03/2012.

trabajador pudiera tener en el lugar de trabajo³². Ciertos autores como TALENS VISCONTI³³ y CALVO GALLEGO³⁴ han sostenido que la gravedad de las críticas vertidas mediante las redes sociales es mayor. Por un lado, debido a la posibilidad de copiarlas o difundirlas en otros foros y, por otro lado, debido a que consideran que se trata de un acto reflexivo y no, espontáneo o fruto de un acaloramiento. Este ha sido también el criterio seguido por la jurisprudencia, recogido por el TEDH en el caso Palomo Sánchez y Otros contra España³⁵. Sin embargo, otros autores como NORES TORRES, sostienen que es precisamente la inmediatez y la espontaneidad lo que caracteriza a las redes sociales y por tanto, no deberían de considerarse de mayor gravedad³⁶.

Otro aspecto que se tiene en cuenta a la hora de calificar la gravedad de las críticas es su difusión pública, es decir, las características del perfil en el que han sido publicadas. Según los tribunales no tienen la misma consideración las vertidas en perfiles abiertos que aquellas que hubieran sido vertidas en perfiles cerrados. A su vez, en los perfiles públicos, el número de contactos que tenga el trabajador es también un dato importante para valorar la difusión pública. Como muestra de ello nos encontramos con la STSJ Navarra, núm.44/2014, de 21 de febrero de 2014, en la que el despido se declara improcedente, en gran medida, debido al reducido número de seguidores del autor en Twitter. El Tribunal señala que “no parece que los comentarios del trabajador hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos del gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes”, por ello, concluye diciendo que a pesar de tratarse de unas críticas injustificables no llegan a ser de tal gravedad extrema para merecer el despido.

Finalmente, se debe señalar que -a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de control del uso de las redes sociales en horario de trabajo- la jurisprudencia no exige a la empresa establecer y comunicar a los empleados políticas que regulen las expresiones en las redes sociales para poder usar las mismas como medio de prueba válido en el que

³² CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, cit., pág. 148

³³ TALENS VISCONTI, E.E, “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales”, cit., pág.179

³⁴ CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, cit., pág. 148

³⁵ STEDH, núm. 2011/68, de 12/09/2011.

³⁶ 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”, cit., pág. 14

fundamentar el despido. Sin embargo, es recomendable incluir en la normativa interna de la empresa que, sin ánimo de limitar la libertad de expresión de los empleados, se deberá respetar el buen nombre y reputación de la empresa, de sus compañeros y de los clientes en las opiniones y manifestaciones publicadas en redes sociales³⁷.

2. Falsas bajas;

Otro de los problemas que se han suscitado por el uso privado y poco precavido de las redes sociales por parte del trabajador consiste en subir a la red fotografías o comentarios durante una baja por incapacidad temporal, revelando así estar mintiendo acerca de las dolencias³⁸ o bien prolongando indebidamente la situación de IT. En estos casos, la red social es la vía por la cual el empleador detecta el incumplimiento, esto es, el uso de la red social no implica en sí mismo un incumplimiento contractual sino que las publicaciones se emplean como medio de prueba del incumplimiento laboral³⁹. Se trata del supuesto más común de abuso por parte del trabajador detectado por medio de las redes sociales, y en la mayoría de las ocasiones la respuesta judicial se ha posicionado a favor de la actuación empresarial⁴⁰.

La declaración de IT de un trabajador supone el cese de la prestación de servicios por parte del mismo y de la obligación de remunerar por parte de la empresa, manteniéndose vigente no obstante, el resto de contrato de trabajo⁴¹. De la misma forma que, tal y como se señalaba en el apartado anterior, en el marco de una relación laboral el ejercicio de los derechos fundamentales se ve condicionado por la buena fe, la doctrina unánimemente ha admitido que este principio también incumbe a aquellos actos propios de la vida del empleado que guardan relación con el ejercicio de su actividad laboral, tales como no realizar actos que puedan retardar o impedir la rehabilitación profesional del

³⁷ GRANDE, C. GORDILLO, C., “El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.855, 2013 pág. 13.

³⁸ TALENS VISCONTI, E.E, “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales”, cit., pág.181

³⁹ 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”, cit., pág. 13

⁴⁰ VALERO MOLDES, F., “La actividad en las redes sociales como causa de despido”, 2013. Fuente: <http://elderecho.com>

⁴¹ JOVER RAMÍREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág 149.

trabajador enfermo, la no concurrencia con deslealtad hacia el empresario, el secreto profesional, etc⁴².

En consecuencia, la jurisprudencia señala que durante el periodo suspensivo el trabajador no puede llevar a cabo determinadas actividades⁴³, y está obligado a llevar a cabo otras que no son sino materialización del deber de buena fe que preside la relación laboral. De esta forma, no cualquier conducta realizada en situación de IT supone una transgresión de la buena fe contractual, sino que, conforme a reiterada jurisprudencia del TS, solamente constituyen justa causa de despido las actividades que evidencien que el trabajador ha prolongado ficticiamente su situación, que desprendan la existencia de aptitud para el trabajo o que contravengan las indicaciones médicas de manera que se impida o dilate el tiempo de curación⁴⁴. Por el contrario, sí podrá realizar aquellas actividades que no perjudiquen el proceso curativo y que sean compatibles con su situación.

En la práctica nos encontramos principalmente con dos conductas transgresoras detectadas a través de las redes sociales, pero debe advertirse de que en muchas ocasiones la frontera entre ambas es difusa⁴⁵.

Por un lado, estarían aquellos supuestos en los que el trabajador es “cazado” realizando alguna actividad profesional remunerada, ya sea por cuenta propia o ajena e independientemente de la intensidad con la que desarrolle el ese trabajo⁴⁶. Estos casos, constituyen una defraudación a los intereses del empresario, de la seguridad social (al

⁴² TRILLO GARCIA, A.R. “Despido disciplinario procedente por transgresión de buena fe y solicitud de alta y ulterior prolongación de incapacidad temporal” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 43, 2010, pág. 3

⁴³ Cuando nos referimos a “actividades” debemos entender incluidas no sólo las referidas al tiempo de ocio sino también aquellas que guarden relación con el hacer profesional del sujeto.

⁴⁴ Por todas, STS de 18/12/1990 (RJ 1990/9805).

⁴⁵ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal”, en SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir.), PÉREZ CAMPOS, A.I. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (Coord.), *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Cinca, Madrid, 2011. pág. 56.

⁴⁶ STS de diciembre de 1990, el Tribunal Supremo mantuvo, que: "una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la Sentencia de 28 de mayo de 1983 , declara que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido".

lucrarse de fondos públicos) y de sus compañeros⁴⁷. No sirve de disculpa el hecho de no haber contrariado prescripciones facultativas o el hecho de que no se perjudique la curación.

Por otro lado, se encontraría la realización de actividades lúdicas o en el tiempo de ocio del trabajador que perjudiquen la curación o supongan un incumplimiento de prescripciones médicas, lo que a su vez evidencia la falsedad de sus dolencias. En cualquiera de los casos es necesario un análisis pormenorizado e individual para poder determinar si la actividad es constitutiva de despido o no.

Como ejemplo de la primera de las conductas descritas se podría citar la STSJ de Madrid, núm.524/2012, de 28 de mayo de 2012 en la que se declaró procedente el despido de una trabajadora que, mientras se encontraba de baja médica por ansiedad, confeccionaba y comercializaba diademas y tocados por encargo, anunciando sus productos por redes sociales bajo la denominación "Los Tocados de Chun". A pesar de tratarse de una actividad profesional de muy poca entidad, que no reportaba grandes ingresos a la trabajadora y que se realizaba de manera informal, la Sala sostuvo que “no se ha producido aplicación indebida del artículo 54.2.d) ET, ya que la conducta de la trabajadora supone una trasgresión de la buena fe contractual”. A su vez, señaló que “la inexistencia de perjuicios o la escasa importancia de éstos derivados de la conducta del trabajador, no es una circunstancia a ponderar, al no ser requisito indispensable para apreciar la comisión de tal falta (STS de 16 de octubre de 1986). La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida”.

Por otro lado, como ejemplo del segundo supuesto descrito se encuentra la STSJ Asturias, núm. 241/2013, de 14 de julio de 2013, en la que se valoró el caso de una trabajadora que, mientras se encontraba de baja por dolores cervicales, colgó en su perfil de Facebook unas fotos disfrutando de un fin de semana en un parque de atracciones, así como fotos en salas de baile a altas horas de la noche. El Tribunal consideró que dichas actividades reflejadas en su red social evidenciaban una “clara e indiscutible” aptitud para

⁴⁷ GIL ALBURQUERQUE, R. “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada” en GIL Y GIL, J.L. Y DEL VALLE VILLAR, J.M., (Coords.). *El Despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009, pág.171

el trabajo y, por tanto, la existencia de transgresión de la buena fe contractual. Es más, señaló que esa misma conducta no constituiría causa de despido disciplinario si fuera realizada por un trabajador de baja por depresión, ya que normalmente el tratamiento prescrito o recomendado en esos casos suele incluir la realización de actividades lúdicas o de distracción de cualquier tipo. Lo que muestra la enorme casuística que pueden suscitar estos supuestos y el análisis individualizado de cada caso que ha de hacerse.

3. Otros actos de transgresión de la buena fe contractual.

Finalmente, se van a citar una serie de incumplimientos derivados de un uso privado de las redes sociales fuera del ámbito la empresa, menos frecuentes, lo que por ende implica que los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto sean todavía muy escasos.

En primer lugar, hay que mencionar aquellos supuestos en los que los trabajadores incurren en actos de competencia desleal hacia el empresario⁴⁸. El Tribunal Supremo ha definido la competencia desleal como aquella “actividad del trabajador encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial”⁴⁹. En este caso, se pueden dar dos circunstancias; por un lado, que el hecho que da lugar a la competencia desleal se realice a través de las redes sociales o, por otro lado, que las redes sociales simplemente sean el mecanismo a través del cual se detecta. Hay que advertir que la definición de competencia desleal puede englobar una serie de actos muy diversos entre sí, por lo que cada vez se producirán más pronunciamientos jurídicos al respecto de la concurrencia desleal en redes sociales. A día de hoy, entre los litigios suscitados por este tipo de actos, cabe mencionar, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid de 28 mayo de 2012, o la STSJ Galicia de 25 de abril de 2013; en ambas, se declara procedente el despido de un trabajador por publicar el anuncio de un negocio competidor con el de la empresa para la que trabaja en su red social. También han llegado a los tribunales supuestos en los que el trabajador, sin

⁴⁸ Art. 5.d) ET, “los trabajadores tienen como deberes básicos: No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley”

⁴⁹ STS de 8/6/1987 (RJ 1987/4318).

autorización del empleador, crea y gestiona perfiles en redes sociales usando la imagen o marca de la empresa, como sucede en la STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2011 y en la STSJ de Murcia de 16 de julio de 2012⁵⁰.

En segundo lugar, se han dado ciertos pronunciamientos en relación a la revelación de información empresarial sensible a través de redes sociales por parte del trabajador, lo que produce la quiebra de la confianza exigida entre las partes de una relación laboral. Dentro de este grupo podemos encontrar también supuestos muy diversos. Por ejemplo, en la sentencia del TSJ Andalucía, núm. 2629/2011 (REC. 2333/2011), de 10 de noviembre de 2011, se declaró procedente el despido de una trabajadora que colgó en su perfil de Facebook una serie de fotografías realizadas en el centro de trabajo, con el uniforme y su tarjeta identificativa. En las fotos la trabajadora posaba de una forma poco adecuada al lado de la caja fuerte, con un fajo de billetes y botellas de bebida en la mano. El Tribunal consideró que las fotos, además de dañar la imagen, infringían sin lugar a dudas las medidas preventivas contra atracos de la empresa al mostrar la caja fuerte y la modalidad de la misma. También cabría incluir en este grupo las revelaciones de información de la empresa sin consentimiento; por ejemplo, en la sentencia del TSJ Madrid, núm. 806/2012, de 12 de diciembre de 2012, un trabajador es despedido por facilitar información de carácter confidencial de forma no autorizada a otros trabajadores de la empresa, información relativa a los próximos despidos, contenidos de reuniones confidenciales, información relativa a descuadres de stock, etc. Aunque finalmente el despido se declara improcedente.

V.- EL USO DE LAS REDES SOCIALES DESDE LA EMPRESA POR EL TRABAJADOR Y EL CONTROL POR EL EMPRESARIO:

1. Condiciones de uso de los medios informáticos;

El uso de las redes sociales proporciona indudables ventajas a las empresas (innovación y desarrollo, gestión de procesos de selección, publicidad, etc.). Sin embargo, el acceso indebido y abusivo a dichas redes durante la jornada laboral por parte del

⁵⁰BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág. 146-147.

empleado puede tener consecuencias negativas para la empresa; por un lado, puede suponer un peligro para su seguridad informática; y, por otro, puede afectar a la productividad y rendimiento del trabajador⁵¹.

En este punto, se va a tratar de esclarecer el uso que puede hacer el trabajador de las redes sociales en su centro de trabajo, bien sea con medios informáticos proporcionados por la propia empresa o mediante dispositivos que pertenezcan al trabajador. Para ello se va a analizar la postura de los tribunales acerca del uso privado de las herramientas informáticas.

En un primer momento, la respuesta mayoritaria de los tribunales españoles fue la simple equiparación de las TIC a los medios de producción existentes en la empresa. En consecuencia, la utilización de las TIC para fines privados no sería admisible y estaría prohibido *ab origine* para el trabajador, salvo que existiera permiso del empleador. Sin embargo, debido a la rápida expansión de las TIC y de internet como una forma básica y cotidiana de comunicación, así como la ausencia de perjuicio económico para la empresa de su uso, hizo que los tribunales fueran alejándose de esa postura. Así la STS de 28 de junio de 2006 (RJ 2006/ 8452) señaló que a falta de prohibición específica por parte de la empresa de un uso privado de las TIC cabía deducir la autorización a un uso inocuo.

Por tanto, el derecho a un uso social e inocuo de los medios informáticos por parte del trabajador puede ser eliminado o casi eliminado por una regulación del uso de los mismos por parte del empresario. Sin embargo, mientras esa orden no exista y sea comunicada fehacientemente al trabajador, no existe incumplimiento alguno por su mero uso inocuo. En consecuencia, el contenido de estos códigos de conducta divulgados por el empresario, así como sus límites, sus exigencias y las posibilidades abiertas o no al trabajador en el uso privado de tales medios se convierten en el elemento clave para determinar la legalidad del uso de las TIC y como se verá más adelante del posible control por parte del empresario⁵².

⁵¹ GRANDE, C. GORDILLO, C., “El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, cit., pág. 11.

⁵² CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, cit., págs. 127- 134.

Esta posibilidad de establecer prohibiciones absolutas al uso privado de los medios informáticos fue admitida en primer lugar por el TS, y después confirmada por el Tribunal Constitucional, pero ha sido criticada a su vez por parte de la doctrina judicial. Este sector crítico defiende que en la sociedad en la que vivimos no es razonable impedir el uso social o inocuo de las herramientas del conocimiento y de la información⁵³. En este mismo sentido se ha manifestado el Grupo de Trabajo del art. 29, en su documento de trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo, aprobado el 29 de mayo de 2002⁵⁴. Rechaza tajantemente las prohibiciones absolutas señalando que “una prohibición absoluta de la utilización de Internet con fines privados por los trabajadores podría considerarse inaplicable y un tanto irrealista, ya que no se tendría en cuenta el apoyo que Internet puede brindar a los trabajadores en su vida diaria”.

Ahora bien, ¿cuándo el uso de las redes sociales durante el tiempo de trabajo, sea con medios informáticos proporcionados por la empresa o por medio de dispositivos cuya titularidad corresponde al trabajador, excede el uso inocuo y puede ser considerado un incumplimiento? En aquellos centros de trabajo donde exista un código de conducta en el que se especifique el uso que el trabajador puede hacer de las redes sociales habrá que atender a lo dispuesto en el mismo. Por el contrario, si no existe ningún código de conducta, el criterio decisivo como en cualquier otro incumplimiento será la entidad del hecho⁵⁵ y es que, para que el uso sea constitutivo de despido disciplinario debe ser irrazonable y desproporcionado⁵⁶.

El primero de los criterios medidores de la entidad debe ser el número de conexiones efectuadas así como la duración de las mismas. Si el tiempo de conexión es breve, los tribunales han señalado que no debería ser considerado un incumplimiento contractual grave. Sin embargo, es por todos conocido, y así lo recogen diversas sentencias, que el hecho de tener abierto el perfil, no quiere decir que se esté

⁵³ LOPEZ ANIORTE, M. C. “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español” en *Policía y Seguridad Pública*, núm. 4, 2014, pág. 43

⁵⁴ Se trata de un documento de trabajo que completa el dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral y contribuye a la aplicación uniforme de las medidas nacionales adoptadas en el marco de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de datos.

⁵⁵ 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”, cit., pág. 13.

⁵⁶ Por todas, STSJ Andalucía, núm. 2726/2014, de 23/10/2014.

continuamente chateando o interactuando⁵⁷. Por lo que, otra de las cuestiones que se valora es que durante el tiempo de conexión se haya efectuado algún tipo de actividad y no simplemente tener abierta la red social en cuestión. Finalmente, no es indiferente que el acceso se efectúe en tiempo de trabajo efectivo o en tiempos de descanso o en los que el trabajo es menos intenso, en estos últimos casos la gravedad del hecho sería inferior.

Al mismo tiempo, los tribunales también valoran las advertencias que el empleador haya podido hacer al trabajador. Es decir, aun cuando la empresa no tenga ninguna política de conducta y las conexiones no sean de gran entidad, si un superior advierte al trabajador para que cese en su conducta y éste no atiende a dichos avisos, se podría considerar un quebranto de la buena fe contractual y un abuso de confianza. Así sucede en la sentencia del TSJ Cataluña de 3 de febrero 2011 (caso Unifor)⁵⁸, donde se declara la procedencia del despido de un trabajador que visitaba redes sociales puesto que, a pesar de que la empresa no tenía políticas internas de uso de las TIC, cuando el trabajador intentaba acceder a las redes, aparecía un cortafuegos que indicaba que dicho acceso estaba prohibido.

Además de todo lo expuesto, es evidente que resulta inadmisibles en cualquier caso e independientemente de su duración o número de conexiones, el uso de estas tecnologías para actividades que pudieran ser consideradas por sí mismas como violación de la buena fe contractual⁵⁹. Ejemplos de esto último serían la entrada a redes sociales de la empresa sin autorización, el uso de redes sociales propias para realizar actividades de competencia desleal o para dar publicidad de la información confidencial de la empresa.

⁵⁷ STSJ Cataluña, núm. 8252/2014, de 15/12/2014, la empresa alegó como causa de despido que el trabajador accedió mediante el ordenador del centro de trabajo a su perfil de Facebook desde las 11:29 hasta las 16:34, esto es, casi cinco horas. El Tribunal señaló que no podía entenderse como una falta grave, a pesar de la prolongada duración de la conexión, debido a que no constaba que estuviera efectivamente conectado a la red social o que desatendió sus labores.

⁵⁸BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág. 132

⁵⁹ CALVO GALLEGU, F.C., “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, cit., págs.132.

2. Límites del poder de control empresarial: Doctrina Tribunal Constitucional

Manifestaciones del poder directivo empresarial son las medidas de vigilancia y control, que el empleador puede adoptar con el fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del trabajador, siempre con el debido respeto a su dignidad humana⁶⁰. Las medidas contempladas por el ET son únicamente, el registro sobre la persona o efectos del trabajador y la comprobación de la enfermedad o accidente sufridos por éste. Respecto al registro de la persona del trabajador, sus taquillas y sus efectos particulares, el ET señala que se podrán realizar tales registros siempre que se cuente con ciertas garantías. Por un lado, deberán ser necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa. Por otro lado, se requiere que se realicen dentro del centro de trabajo y a su vez, durante la jornada laboral y en presencia de un representante legal de los trabajadores. Finalmente, se establece que, en todo caso, se deberán respetar la dignidad e intimidad del trabajador⁶¹.

No obstante, en las últimas décadas, los medios de control y vigilancia de la prestación laboral se han ampliado de manera exponencial debido al uso de las TIC, los mecanismos de reproducción de imagen y sonido, los controles a distancia (por ejemplo, mediante el uso del GPS) o la contratación de servicios profesionales (detectives). Estos nuevos mecanismos plantean dudas de constitucionalidad por la posible vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos⁶².

⁶⁰ Art. 20.3 ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”

⁶¹ Art. 18 ET: “Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible”

⁶² LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español” cit., pág. 36.

2.1. Control sobre los medios electrónicos propiedad de la empresa:

La fiscalización por cualquier medio del uso realizado por los trabajadores de las herramientas informáticas (principalmente, ordenador e Internet) puestas a su disposición para el desarrollo de la relación laboral, da lugar al conflicto entre el poder de dirección y vigilancia del empresario y los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores, reconocidos en los arts. 18.3 y 18.1 CE respectivamente. Tampoco existe para estos casos una regulación específica al respecto, lo que ha llevado a los órganos jurisdiccionales a asumir la tarea de establecer los criterios interpretativos que permitan dar solución a este conflicto.

Realizando nuevamente un análisis cronológico de la doctrina de suplicación española, se puede observar que, en un principio, los Tribunales de lo Social admitían la posibilidad de un cierto control empresarial en relación con el uso del ordenador y de Internet por parte del trabajador. La postura mayoritaria, reflejada en la mayoría de las primeras sentencias sobre esta materia, permitía este tipo de controles, sobre todo cuando se realizaban sin actuar físicamente sobre el terminal, por ejemplo, a través de los archivos del servidor. Sin embargo, esta primera corriente doctrinal y jurisprudencial tan general, fue matizada por dos vías distintas⁶³.

La primera de ellas defendía la aplicación analógica de los requisitos establecidos por el art. 18 ET para la inspección de las taquillas, atribuyendo así al ordenador la cualidad de efecto personal del trabajador. Argumentaban que, ante la falta de regulación sobre la licitud del registro del ordenador del trabajador, era necesario buscar ciertos criterios para salvaguardar la dignidad del trabajador y qué mejor manera de hacerlo que acudiendo a una figura conocida que contempla una situación parecida. La segunda corriente, defendía la necesidad de conciliar el poder de control empresarial con la dignidad y la intimidad del trabajador, sometiendo los controles a los criterios generales comúnmente admitidos y sentados por el TC, relativos a las medidas de vigilancia y control de los trabajadores

⁶³ CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, cit., págs. 135-142

por parte del empleador que pudieran afectar a derechos fundamentales. Estos criterios exigibles son; el criterio de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y justificación⁶⁴.

Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007⁶⁵ la que establece por primera vez unas pautas unificadas en materia de registros informáticos, sin seguir concretamente ninguna de las corrientes que venían aplicando los tribunales de justicia. La sentencia establece que los elementos regulados por el art.18 ET forman parte de la esfera privada del trabajador, por ende, su registro implica necesariamente una intromisión en la intimidad del mismo y de ahí que se exijan ciertas garantías. No obstante, considera que el ordenador y el correo electrónico son meros instrumentos de trabajo cuyo objeto no es contener elementos personales del trabajador. En consecuencia, si el empresario hubiera establecido políticas uso de los medios electrónicos y hubiera informado al trabajador de que su contenido puede ser conocido por terceros, no cabría hablar de expectativa de privacidad por parte del trabajador y tales registros se incluirían dentro del poder ordinario del empresario, sin que fuera preceptivo la aplicación del art. 18 ET.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido doctrina a través de dos importantes sentencias; la STC núm. 241/2012, de 17 de diciembre y la STC núm. 170/2013, de 7 de octubre. Ambas han sido dictadas en recursos de amparo en los que el trabajador demandante alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal. A continuación, se exponen los razonamientos que han servido de base al Tribunal para resolver estos dos únicos asuntos que se le han planteado acerca de la intervención de las comunicaciones electrónicas en la relación laboral.

El TC reconoce que, en el ámbito de las relaciones laborales, no sólo los correos electrónicos enviados desde el centro de trabajo están protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, sino que también quedan protegidas las comunicaciones electrónicas registradas en los ordenadores propiedad de la empresa. A su vez, considera indispensable para la buena marcha de la organización el poder de

⁶⁴ STC, núm. 98/2000, de 10/4/2000, en TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.25, 2011, pág. 107

⁶⁵ Confirmada plenamente por la STS de 8 de marzo de 2011 y la STS DE 8 de octubre de 2011.

control del empresario⁶⁶. En consecuencia, se produce una colisión de intereses, entre el poder de dirección y control empresarial y los derechos fundamentales del trabajador, lo que puede suponer una modulación de los derechos fundamentales en la relación laboral, siempre, claro está, únicamente en la medida necesaria para el correcto funcionamiento de la actividad productiva.

En cuanto a la regulación de uso de los medios informáticos, el Tribunal considera admisible la regulación del uso de los medios informáticos cuya titularidad es de la empresa por cualquier medio (códigos de conducta, convenio colectivo, órdenes o advertencias...). Además, reconoce a la empresa la libertad para bien permitir el uso privado de los mismos o bien limitarlo e incluso prohibirlo, permitiendo únicamente su utilización para fines profesionales. Es más, admite la facultad empresarial de vigilancia y control sobre el cumplimiento de esas obligaciones establecidas en las regulaciones de cada empresa, si bien indicando que el grado de rigidez con el que posteriormente los tribunales valorarán las medidas adoptadas será variable en función del grado de permisividad o rigidez de las propias reglamentaciones internas.

Siguiendo el mismo criterio que el TS, considera como únicos requisitos para apreciar la licitud del registro del ordenador propiedad de la empresa la existencia de unas reglas sobre el uso de los medios informáticos y el conocimiento previo de tales reglas por los trabajadores. No obstante, la conclusión determinante y la que marca la diferencia con lo establecido por la STS de 26 de septiembre de 2007 es que el TC considera suficiente una prohibición establecida en una cláusula convencional de un convenio colectivo para considerar legítima la fiscalización, por lo que se desvirtúa casi por completo el inicial esquema garantista del TS⁶⁷ al no exigirse una reglamentación interna expresa al respecto.

Así sucede en la STS 170/2013 en la que se analiza el caso de una empresa en la que no existe prohibición alguna de uso privado pero, que procede a vigilar el contenido de los correos electrónicos enviados por un trabajador registrados en el ordenador. El TC

⁶⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y GARCÍA RUBIO, M.A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 196, 2017, pág.7

⁶⁷ GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016” en *Revista Derecho Social*, núm. 78, 2017, pág. 27.

avala dicho control, por la existencia en el convenio colectivo de un precepto que considera falta leve cualquier uso extralaboral de los medios informáticos de la empresa, lo que impediría albergar cualquier expectativa de confidencialidad por parte del trabajador.

Esta doctrina del TC se ha hecho extensible, a propósito de la STC 241/2012, a los programas de mensajería instantánea instalados por el trabajador en los ordenadores, lo que permite al empleador interceptar las conversaciones electrónicas de los trabajadores⁶⁸.

2.2. Control sobre los medios electrónicos propiedad del trabajador.

Hoy en día la principal vía de acceso a Internet es el *smartphone*, dado que permite la conexión en cualquier momento y lugar. Su repercusión e integración en la vida diaria es tal, que hasta las empresas han animado a sus trabajadores a acceder a las redes y sistemas informáticos corporativos a través de sus móviles o instrumentos similares, lo que se ha denominado como BYOD (*bring your own device*). El concepto BYOD abarca dos situaciones, bien que el trabajador con sus propios medios desarrolle parte de la prestación laboral o bien, que la empresa ponga a disposición de trabajador *smartphones* que pueda usar para realizar la prestación laboral y también de manera privada.

La aportación por parte del empleado de sus propios medios de producción rompe la visión clásica de éstos, tradicionalmente entendidos como herramientas propiedad del empresario. Surge una cuestión fundamental y es determinar si el empresario tiene la posibilidad revisar y controlar el *smartphone* si este se usa para fines privados y profesionales.

En principio, según BEL ANTAKI, J. “la aportación del trabajador de los medios de trabajo no excluye *per se* la facultad de control de la empresa sobre el uso laboral del mismo, aunque, lógicamente, determinará enormemente su alcance real y límites. El control no podrá ir orientado a determinar cuál es su uso, sino que únicamente encontrará

⁶⁸ GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016” cit., pág. 28.

justificación en cuanto se fundamente en asegurar que se cumple con la cantidad o calidad de la prestación laboral comprometida”⁶⁹.

Además, señala que el control podrá ser mayor cuando la empresa asume alguna contraprestación por el uso del *smartphone* que el trabajador ha aportado, como por ejemplo asumir el coste de la tarifa plana de datos. En tal caso, la empresa incluso tendría la posibilidad de establecer ciertas restricciones al uso que puede hacer el trabajador de su propia herramienta y en consecuencia, estará facultada para controlar su efectivo cumplimiento. Es decir, en caso de que la empresa asuma algún tipo de coste directo de mantenimiento y/o comunicación, su control no sólo podrá ir orientado a asegurar que se cumple con la prestación laboral comprometida, sino que podrá controlar que la utilización se ajusta a la política de uso establecida.

3. STEDH (Gran Sala) de septiembre de 2017, asunto Barbulescu;

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de septiembre de 2017 es, en este momento, la doctrina laboral de referencia sobre el control por parte del empresario de las herramientas informáticas puestas a disposición de sus empleados.

3.1. Antecedentes

Este asunto toma su nombre del Sr. Bogdan Mihai Barbulescu, responsable de ventas desde el año 2004 de una empresa privada rumana. Durante la relación laboral, y a instancias de la empresa, creó una cuenta de mensajería instantánea (Yahoo messenger) para atender a las solicitudes de los clientes.

La empresa disponía de un código de conducta que prohibía el uso de las herramientas de trabajo para fines personales y además, había remitido una comunicación interna en la que se informaba a los trabajadores de que su actividad en dichas herramientas podría ser objeto de monitorización. Así, en el año 2007 la empresa

⁶⁹BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág. 137

informó al trabajador de que había llevado a cabo una monitorización de la cuenta de Yahoo, cuyos resultados evidenciaban que había hecho un uso privado de la misma por lo que, se procedió a despedir al trabajador⁷⁰.

El Sr. Barbulescu negó los hechos e impugnó judicialmente el despido disciplinario al considerar que se había violado su derecho a la protección de la correspondencia⁷¹. Sin embargo, el Tribunal de Rumania declaró procedente el despido, basándose en que la empresa había informado previamente de la prohibición de uso de las herramientas propiedad de la empresa para fines privados por lo que, no cabía apreciar vulneración de derecho alguno.

El demandante impugnó la resolución ante el Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH) alegando que los tribunales nacionales de Rumanía no habían realizado de manera adecuada el juicio de proporcionalidad entre los intereses y el conflicto. La Sección Cuarta del TEDH concluyó, en la sentencia del 12 de enero de 2016, que no existía abuso por parte del empleador y tampoco vulneración del derecho a la intimidad ni del derecho a la protección de la correspondencia. Para alcanzar esa conclusión el Tribunal valoró, en primer lugar, la existencia de una política interna sobre el uso de medios electrónicos. Por otro lado, se tuvo en cuenta que el trabajador había negado los hechos por lo que, el empresario accedió a las comunicaciones creyendo que sólo obtendría información de su actividad profesional y no intervendría en su vida privada. Finalmente, se señaló que es razonable que el empleador quiera verificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los trabajadores en horario laboral y además, el Tribunal consideró que en este caso el control fue limitado y proporcionado, dado que se limitó sólo a la cuenta de mensajería y no a otros documentos⁷².

La citada sentencia cuenta con un interesante voto particular del magistrado Pinto de Albuquerque, quien ya anticipaba que el caso era una excelente oportunidad para que

⁷⁰ GARCIA, L., “El caso Barbulescu y el control de las comunicaciones electrónicas de los empleados” en *Garrigues Newsletter Laboral*, 2017, págs. 14-15. Fuente:

http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-laboral-septiembre-2017

⁷¹ Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

⁷² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y GARCÍA RUBIO, M.A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, cit., pág.7

“el TEDH estableciera jurisprudencia en el área de la protección de la privacidad las comunicaciones a través de internet de los trabajadores”.

3.2. Fallo de la sentencia

No contento con el fallo de la sentencia del año 2016, el Sr. Barbulescu volvió a recurrir y esta vez sí, la Gran Sala del TEDH en su reciente sentencia de fecha 5 de septiembre de 2017 le ha dado la razón, anulando de esta forma la resolución anterior.

La importancia de esta sentencia radica en que establece los criterios que han de tener en cuenta los tribunales nacionales para garantizar la protección de los trabajadores ante posibles abusos del poder de control empresarial. Esto es, fija los factores que deberán ser valorados para realizar la ponderación de los intereses en conflicto (empresarial y laboral) y determinar, en cada caso, si el control empresarial ha sido lícito o no. Concretamente, establece los siguientes criterios a tener en cuenta⁷³:

- i. La existencia de una notificación previa al trabajador sobre la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada. No se refiere a la existencia de una prohibición de uso personal de las herramientas profesionales, sino a la existencia de una comunicación expresa de la posibilidad de realizar controles.
- ii. El alcance de la monitorización o el control. Esto es, si la monitorización se limita a ciertos contenidos o a todos, la duración de la misma y el número de personas que conocen del resultado de la monitorización.
- iii. La existencia de una razón legítima que justifique la monitorización.
- iv. La necesidad de la monitorización, esto es, si existía la posibilidad de establecer medios de control menos intrusivos con los que se podría obtener el mismo resultado.
- v. El uso que el empleador hace de los resultados de la monitorización y las consecuencias de la misma para el empleado, en concreto si el resultado se utiliza para alcanzar el objetivo que justificaba la misma.

⁷³ GARCIA, L., “El caso Barbulescu y el control de las comunicaciones electrónicas de los empleados” en *Garrigues Newsletter Laboral*, 2017, págs. 14-15. Fuente: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-laboral-septiembre-2017

- vi. Si el trabajador contaba con mecanismos de protección suficientes, que garantizan que el empleador no pueda acceder al contenido de las comunicaciones en cuestión sin una previa notificación al empleado.

Como se puede observar, la doctrina Barbulescu no ofrece soluciones cerradas ni seguridad jurídica plena, sino que se debe analizar el contexto de cada caso en concreto.

Atendiendo a los criterios expuestos y al contrario que en la sentencia previa, la Gran Sala ha considerado que en el asunto Barbulescu no se llevó a cabo un adecuado juicio de proporcionalidad por parte de los tribunales rumanos debido a que, habían omitido comprobar ciertas cuestiones. En primer lugar, se señala que no habían determinado si el empleador había informado previamente a los trabajadores sobre la posibilidad de supervisar las herramientas electrónicas ni tampoco si había sido informado de la naturaleza o el alcance de la vigilancia. En segundo lugar, tampoco consta que se hubiera comprobado la existencia de razones legítimas para justificar las medidas de control adoptadas. Por último, tampoco habían determinado si el empleador podía haber hecho uso de otras medidas menos invasivas respecto de la vida privada del trabajador para el mismo fin.

Esta resolución de la Gran Sala es, según Carlos Hugo Preciado Magistrado del TSJ de Cataluña, una importantísima sentencia que va a marcar época y devuelve la dignidad en el trabajo. A su vez señala que, obligará a revisar la doctrina constitucional sentada en las sentencias 241/2012 y 170/2013, ya que se opone frontalmente con la doctrina Barbulescu⁷⁴.

En primer lugar, para legitimar el control empresarial de los medios electrónicos, el TC no ha considerado que sea necesaria ninguna exigencia más que la mera prohibición por convenio colectivo o por reglamento interno. No tiene en cuenta si con carácter previo la empresa había ofrecido información precisa sobre posibles los controles o mecanismos de fiscalización, lo que constituye una cuestión fundamental para determinar la existencia

⁷⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Recuperando la dignidad en el trabajo” en *Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2017. Fuente: <http://jpdsocial.blogspot.com.es/2017/09/comentario-de-urgencia-la-stedh-de-05.html>

de expectativa razonable de privacidad. En consecuencia, no podrá seguir amparándose ningún control del ordenador únicamente en la existen en tales fundamentos, sin otro añadido.

En segundo lugar, tampoco podrá seguir sosteniéndose que, la valoración de las medidas de vigilancia y control adoptadas por la empresa, es variable en función del grado de rigidez de las disposiciones de uso de los medios informáticos y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin.

VI- VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA EN LA RED SOCIAL:

Como se ha venido viendo a lo largo de este trabajo, cada vez es más frecuente la utilización de la información contenida en redes sociales de los trabajadores para fundamentar la adopción de medidas disciplinarias, en su mayoría, despidos. Por esta razón, un último núcleo de interés relacionado con todas las cuestiones anteriormente avanzadas es el relativo a la utilización de las redes sociales como prueba en el proceso laboral.

No cabe duda de que se trata de medios probatorios cuya proposición y práctica en el proceso social debe ser admitida; así se desprende del art. 90.1 LRJS⁷⁵ y del art. 299.3 LEC⁷⁶. Es más, existe un gran número de resoluciones judiciales en los que se han hecho valer estos medios probatorios, para tratar de probar alegaciones muy variadas, sin que se haya negado su admisibilidad.

⁷⁵ Art. 90.1 LRJS “Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos”

⁷⁶ Art. 299.3 LEC “También se admitirá, cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el Tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.”

1. Obtención lícita de la prueba digital

Como en cualquier otra prueba, para que la información obtenida en la red social sea admisible, será necesario que en su obtención no se hayan empleado procedimientos que entrañen directa o indirectamente la violación de derechos fundamentales o libertades públicas⁷⁷.

Cuando se trata de despidos por incumplimientos derivados de un uso extralaboral de las redes social, como es el caso de las críticas vertidas en las redes, las fotografías que evidencian la falsedad de la situación de baja o la revelación información sensible a través de las redes, la prueba será inhábil e ilícita para justificar el despido, cuando se vulnere el derecho a la intimidad del trabajador. Tal y como se apuntaba en apartados anteriores, no existe vulneración de tal derecho si el trabajador publica la información en una red social pública sin acceso restringido. Es decir, en aquellos casos en los que el empleador haya podido acceder a la información publicada por el trabajador sin necesidad de usar claves o contraseñas, porque el acceso a la misma era libre, la prueba será admisible.

En cuanto, a los despidos basados en el uso de las redes sociales en el ámbito laboral y durante la jornada de trabajo, la obtención de la prueba será lícita cuando se haya efectuado sin vulnerar el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del trabajador. Para calificar el control empresarial como lícito o no, los tribunales deberán valorar los seis criterios establecidos por el TEDH en el asunto Barbulescu, esto es, la existencia de una comunicación previa al trabajador sobre la posibilidad de monitorizar o vigilar su actividad, el alcance del control, la existencia de una razón que justifique la monitorización, la necesidad, el uso que el empleador hace de la información obtenida y si el trabajador contaba con los mecanismos de protección suficientes ante el poder de control del empresario.

Si alguna de las partes o el propio tribunal aprecia o alega la vulneración de derechos fundamentales, será de aplicación el procedimiento específico detallado en el art.90.2 LRJS, importado de la LEC⁷⁸.

⁷⁷ Art. 90.2 LRJS y art. 11.1 LOPJ.

⁷⁸ 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”, cit., pág. 19

2. Problemas de autenticidad y de fiabilidad;

Otro de los problemas que se pueden plantear al fundamentar el despido en este tipo de pruebas es relativo a su autenticidad y fiabilidad, esto es, pueden surgir problemas a la hora de determinar la autoría y la veracidad de las publicaciones.

Las redes sociales no ofrecen una seguridad absoluta de que la persona que aparece como titular del perfil realmente lo sea. Sólo hay que completar un pequeño cuestionario para crear un perfil en cualquier red social, sin necesidad de probar la verdadera identidad del usuario. Es por eso que, resulta verdaderamente sencillo suplantar la identidad de alguien creando un perfil a su nombre. Además, aún no cuestionándose la titularidad, se podría cuestionar la autoría de un determinado comentario o publicación, ya que una tercera persona podría conocer la contraseña del perfil o la podría obtener de manera ilícita, lo que le permitiría realizar publicaciones sin consentimiento. Aunque en ciertos casos, será innegable la autenticidad de lo publicado y la autoría de los hechos que han servido de base al despido como, por ejemplo, cuando durante la situación de incapacidad temporal se publican fotos donde se puede ver al trabajador realizando actividades incompatibles con su recuperación⁷⁹.

Por lo que respecta a la autoría, de entrada, hay que señalar que existe una presunción de conformidad con la cual, lo que aparece publicado en un perfil como acción de un usuario debe ser obra de ese usuario⁸⁰. No obstante, en caso de que se ponga en duda la autoría y veracidad de las publicaciones, la jurisprudencia ha establecido que es obligación de la empresa acreditar y probar dichas cuestiones, es decir, que el trabajador al que se le imputan los hechos es quien realmente los ha realizado. Asimismo, los tribunales han indicado que no cabe la “obstrucción negativa”, esto es, desmontar el esfuerzo probatorio de la empresa limitándose simplemente a negar lo que sus pruebas reflejan⁸¹. La empresa puede valerse de medios muy variados para demostrar la

⁷⁹ RÍOS GARCÍA, I. y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. “Las redes sociales en las relaciones laborales”, cit., pág. 85.

⁸⁰ 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”, cit., pág. 22

⁸¹ STSJ Galicia de 23/02/2012 (REC. 4927/2011) en TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” cit., pág. 109

autenticidad; una prueba pericial a través de un experto informático, el análisis del IP del ordenador desde el cual se hace la publicación y etc.

También se pueden plantear problemas de este tipo en relación a los despidos por el uso indebido de los medios informáticos de la empresa. Teniendo conocimientos de informática, es posible manipular un ordenador desde otro, por lo que puede que los resultados y los hechos obtenidos de una monitorización no correspondan al trabajador que habitualmente usa dicho ordenador. En estos casos, es también la empresa quien debe acreditar la autoría de los hechos que se le imputan al trabajador. Para facilitar esta labor los pronunciamientos judiciales han establecido dos presunciones. En primer lugar, si la empresa prueba que el trabajador estaba ante el ordenador en el momento en que tiene lugar el uso indebido, se presume que dicho trabajador es el autor. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. En segundo lugar, en el caso de que existan contraseñas para el uso de los medios informáticos que sean conocidas sólo por un trabajador, se presume que el trabajador conocedor de la contraseña es quien ha realizado los hechos. Este criterio debe ser relativizado en ciertos casos; cuando el empresario y los compañeros del imputado son expertos informáticos, cuando la contraseña es conocida por más de un trabajador o es pública y cuando el ordenador es de uso indistinto por parte de varios trabajadores⁸².

A pesar de lo sencillo que puede parecer sembrar la duda en un tribunal de la autoría y veracidad de las publicaciones y/o hechos, lo cierto es que no han sido muchas las sentencias en las que el trabajador despedido ha cuestionado este hecho⁸³.

3. Aportación de pruebas digitales;

Para que la información obtenida de redes sociales sea admitida y empleada como medio de prueba, es necesario aportarlo al acto de juicio a través de un soporte adecuado

⁸² TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” cit., pág. 109

⁸³ BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ, J., *Aspectos legales de las redes sociales*, cit., pág. 142

y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos⁸⁴.

Una de las posibilidades para aportar pruebas digitales en el proceso laboral puede consistir en llevar al juicio un ordenador u otro dispositivo, que permita abrir la red social en la propia sala para mostrar a juez las publicaciones realizadas por el trabajador que han servido de base al despido. Sin embargo, no es este el medio probatorio más recomendable, debido a la volatilidad de estos medios de prueba⁸⁵. Los juicios suelen señalarse varios meses después de la fecha de despido y los autores de tales publicaciones acostumbran a eliminarlas inmediatamente después de que hayan sido descubiertos por la empresa.

Lo más habitual, para evitar el problema de que las publicaciones puedan desaparecer, es realizar un “pantallazo” de las páginas en las que consten los comentarios, videos o fotos colgadas en redes sociales y aportar el mismo de forma impresa como si de un documento se tratara. El “pantallazo” se puede aportar en documento privado, documento público o mediante un informe pericial técnico⁸⁶.

La aportación de la prueba electrónica a través de un documento privado consiste simplemente en realizar una impresión directa de la publicación en cuestión sin la intervención de un fedatario público. Esta forma de presentar la prueba no aporta garantías sobre su autenticidad y, en consecuencia, su valor probatorio es menor lo que obligará al Juez a valorar esa prueba en conjunto con el resto del ramo probatorio presentado por las partes⁸⁷. Además, los documentos privados son susceptibles de

⁸⁴ Art. 384.3 LEC.

⁸⁵ RÍOS GARCÍA, I. y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. “Las redes sociales en las relaciones laborales”, cit., pág. 86.

⁸⁶ ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?” en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, págs. 92-95

⁸⁷ Ejemplo de ello es la STS, de 19/5/15 (RJ 2014/2387). Según ROJAS ROSCO “En esta importante sentencia se enjuició la validez y autenticidad de unos pantallazos extraídos de la red social Tuenti en un caso de acoso sexual. El Alto Tribunal concluyó que si bien la valoración de la prueba en estos casos de mensajería instantánea “debe ser abordada con todas las cautelas” por la posibilidad real de manipulación, en este caso se debía valorar otras 94 pruebas circunstanciales como el hecho de que la propia víctima hubiera puesto a disposición del Juez de Instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de se pudiera solicitar un informe pericial, que hubiera obtenido los pantallazos también en presencia de la guardia civil, o la circunstancia de que el otro interlocutor de los mensajes hubiera acudido como testigo al juicio.” ROJAS

impugnación. En la práctica, lo habitual es que la parte que no ha propuesto dicha prueba manifieste la falta de reconocimiento de la misma ya que, de lo contrario los tribunales tienden a presumir su autenticidad salvo prueba en contrario. Es más, si la otra parte reconoce expresamente el documento, éste adquiere valor de plena prueba en el proceso, tanto en lo que se refiere al contenido como en la fecha e identidades que en él constasen.

Se puede optar también por incorporar el documento privado a un documento público, mediante un acta notarial en la que un Notario otorgue fe pública sobre el acceso al perfil de la red social en cuestión y constate la existencia de las publicaciones que han servido de base al despido. Si bien hay que resaltar que el acta notarial lo único que puede justificar es la existencia de una publicación en un determinado momento, pero desde luego no constata ni su autoría ni veracidad⁸⁸. La principal diferencia respecto de los documentos privados es que, en principio, los documentos públicos no son susceptibles de impugnación salvo que se tenga la seguridad de que se trata de una falsificación.

Finalmente, el soporte de prueba que aporta mayores garantías de autenticidad y de no manipulación, es el informe pericial técnico. Consiste en practicar una prueba pericial informática sobre el contenido de la red social o sobre cualquier contenido almacenado digitalmente como por ejemplo, los resultados de una monitorización del ordenador. Ya se adelantaba en el apartado anterior que, además de la constatación de la existencia de las publicaciones, puede servir como medio de prueba sobre su autoría y autenticidad. El informe recoge los resultados de esa investigación pericial que será lo que se aportará como prueba en juicio. Habitualmente, se solicita al perito que se persone el día del juicio para ratificar el informe, evitando de esta forma posibles impugnaciones.

4. Ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y calificación del despido;

Finalmente, un último problema que se debe abordar en relación a la información obtenida en redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral, es relativo a la calificación que se debe dar al despido en el caso de que la prueba se declare ilícita de

ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?” en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*, cit., pág. 93

⁸⁸ 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”, cit., pág. 22

acuerdo con el art. 90 LRSJ, es decir, cuando en la obtención de dicha información se hayan violado directa o indirectamente derechos fundamentales del trabajador.

Ante este supuesto existen dos corrientes doctrinales distintas. Por una parte, ciertos autores sostienen que al declararse la ineficacia de la prueba aportada por la empresa, ésta no puede acreditar los hechos que han dado lugar al despido. De esta forma, consideran que el tribunal debería resolver que el despido es improcedente por no estar acreditados dichos hechos. Por otra parte, existen autores favorables a que el despido se declare necesariamente nulo. Argumentan que al haber obtenido las pruebas violentando derechos fundamentales del trabajador, es preciso reparar la lesión sufrida mediante la eliminación de todos los efectos del despido disciplinario, es decir, declarando nulidad del despido⁸⁹

Ninguna solución es válida con carácter general, sino que depende de cada supuesto en concreto. La nulidad del despido disciplinario no es una consecuencia inexorablemente anudada a la ilicitud de la prueba⁹⁰. Tal y como señala NORES TORRES, “una cosa es la ilicitud de la prueba y otra la nulidad del despido. Si la prueba se ha obtenido ilícitamente ello debería determinar la inadmisibilidad de la misma, pero esa ilicitud no se debería trasladar necesariamente a la calificación del despido convirtiéndolo en nulo, sino que éste debería ser valorado prescindiendo de la prueba en cuestión y declarado procedente, improcedente o nulo a la luz de las restantes pruebas”⁹¹

Sin embargo, no se puede disociar de forma absoluta la calificación de la prueba de la calificación que debe otorgarse al despido, debido a que, como establece COLAS NEILA, E. “en tanto que la prueba se instrumenta a la consecución de un fin específico, cual es la acreditación de una causa justa para despedir, la vulneración de derechos y libertades fundamentales en la obtención de la misma, que implica su ilicitud, debe viciar de nulidad, igualmente, el instituto jurídico al que se vincula”⁹².

⁸⁹ TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” cit., pág. 107-108.

⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006. Documento en línea disponible en: Aranzadi.

⁹¹ 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”, cit., pág. 20

⁹² COLÁS NEILA, E., “Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 195, 2002, pág. 3195.

En otras palabras, la ilicitud de la prueba digital conllevará la nulidad del despido, solamente cuando, analizando en cada caso concreto el conjunto de pruebas y datos aportados por la empresa, se aprecie o se pueda concluir que si la prueba ilícita no hubiera existido, el empresario no hubiera despedido al trabajador. No obstante, si se hubieran aportado otros datos fácticos o pruebas distintas a las declaradas ilícitas, se valorarán por sí solas, para calificar como procedente o no el despido⁹³.

VII. CONCLUSIÓN:

La proliferación en el uso de las redes sociales ha supuesto innumerables ventajas en cuanto a métodos de socialización y difusión, y juegan en este sentido, un papel importantísimo en las realidades sociales de hoy en día. Ahora bien, también ha hecho surgir diversos conflictos entre el poder de control del empresario y los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los empleados.

Tras el análisis y desarrollo del presente trabajo la principal conclusión que se debe destacar es la necesidad de que el legislador español actualice la normativa laboral para adaptarla a las nuevas necesidades surgidas por la aparición, no sólo de las redes sociales, sino de las TIC en general. Pese a que en estos últimos años la jurisprudencia ha intentado suplir esa labor legislativa, existe un gran vacío legal que supone una gran inseguridad jurídica para los ciudadanos y en concreto, para los trabajadores. Se echa en falta una legislación clara que establezca una regulación del uso de estas nuevas tecnologías y sobre todo, que armonice el derecho del empresario a controlar al trabajador con el derecho a la intimidad.

Lo cierto es que las nuevas tecnologías avanzan de manera exponencial por lo que, una de las razones por la que el legislador no ha establecido normas al respecto es porque quedarían obsoletas en un periodo de tiempo relativamente corto. Sin embargo, esto no puede servir de justificación para prolongar la falta de normativa.

⁹³ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, cit., Documento en línea disponible en: Aranzadi.

Algunos autores como SAN MARTÍN MAZZUCCONI consideran que la solución al problema del constante avance de las tecnologías puede ser otorgar a las mismas partes implicadas en el conflicto la labor de fijar los límites. Esto es, “otorgar el papel fundamental en estos temas a la negociación colectiva en su calidad de instrumento normativo especialmente dinámico y capaz de adaptarse y evolucionar a la vez que las nuevas tecnologías”⁹⁴. Sin embargo, en mi opinión, no se puede dejar en manos de la negociación colectiva la regulación de los derechos fundamentales como es el derecho a la intimidad. Aunque el convenio colectivo tuviera que respetar el contenido esencial de tal derecho, considero que debe ser una ley la que regule su ejercicio.

A pesar de lo expuesto no debemos desdeñar el trabajo realizado por los tribunales españoles.

A modo de síntesis y en cuanto al uso extralaboral de las redes sociales, se debe concienciar a los trabajadores-usuarios de las redes sociales sobre la gran difusión y repercusión que pueden llegar a tener las publicaciones (comentarios o fotografías) que comparten en sus perfiles. Debido a que el empleador está legitimado para acceder y obtener información del perfil personal de sus trabajadores en redes sociales, siempre que la configuración de privacidad de éste se lo permita, es decir, cuando su acceso no esté restringido. Mediante este control, el empresario puede detectar ciertos incumplimientos laborales o usos ilícitos de las redes sociales, lo que en última instancia puede desencadenar en sanciones laborales. Este tipo de litigios son cada vez son más frecuentes y más variados. Se trata de asuntos muy casuísticos por lo que no se puede generalizar acerca de qué hechos pueden ser constitutivos de despido y cuáles no, sino que ha de hacerse un análisis individualizado de cada caso.

Por otro lado, también se ha analizado el uso de las redes sociales en el ámbito laboral. La gran mayoría de las empresas han incluido en sus procesos productivos medios o herramientas informáticas (como, ordenadores e Internet), el uso que los empleados pueden hacer de esos medios puestos a su disposición depende de la reglamentación interna de cada empresa. Tanto el TS como el TC reconocen al empleador la facultad de

⁹⁴ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Navegar por Internet en horas de trabajo ¿Quién? ¿Yo?” en *Aranzadi Social*, núm.70, 2010, en TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” cit., pág. 105.

limitar e incluso prohibir el uso privado de dichos medios por parte de los trabajadores. Lo que a mi parecer y al parecer de parte de la doctrina resulta poco razonable, atendiendo al grado de integración de las redes sociales y las nuevas tecnologías en la sociedad en la que vivimos y el apoyo que pueden brindar al trabajador.

En el caso de que no exista reglamentación interna al respecto, los empleados podrían realizar un uso inocuo o social de los medios informáticos. A este respecto los tribunales han establecido ciertos criterios para valorar cuando el uso puede considerarse ilícito, esto es, constitutivo de despido. Serán valorados el número de conexiones efectuadas, así como su duración, si durante el tiempo de conexión se ha realizado algún tipo de actividad en la red social, cuándo se han producido las conexiones (durante descansos o periodos de trabajo efectivo) y las posibles advertencias del empleador.

En cuanto al control del uso que puede realizar el empresario, sin duda hay que destacar la sentencia del TEDH en el asunto Barbulescu, la cual establece los criterios a valorar para determinar la licitud o ilicitud de las medidas de control adoptadas. La doctrina del TEDH resulta mucho más garantista para el empleado que la doctrina sostenida hasta el momento por el Tribunal Constitucional español, en consecuencia va a conllevar un cambio necesario de la doctrina constitucional española.

Un último núcleo de interés en relación con las redes sociales y las relaciones laborales es el tratamiento procesal de la prueba digital esto es, de la información obtenida de en redes sociales que ha servido como fundamento del despido. Como cualquier otra prueba, la prueba digital debe haberse obtenido sin vulnerar, directa o indirectamente, ningún derecho fundamental del trabajador para que sea considerada lícita. Hay que tener en cuenta que se trata de un medio probatorio muy volátil y fácilmente manipulable, por lo que la mejor forma de aportarla en juicio es mediante un informe pericial técnico en el que se acredite tanto la existencia de los hechos que han servido de base al despido como la autoría y veracidad de los mismos. De esta forma, la prueba obtendría pleno valor probatorio y la empresa podría evitar posibles recursos de la parte contraria. No obstante, en el caso de declararse la prueba ilícita por haber vulnerado derechos fundamentales del trabajador en su obtención, el despido se calificaría como nulo sólo en el caso de que se pudiera concluir que de no haber existido la prueba declarada ilícita no se hubiera producido el despido.

En consecuencia, a tenor de lo expuesto, hasta que no se produzca una labor legislativa, habrá que estar atentos a la evolución de los conflictos entre el poder de control del empresario y los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los empleados, así como de la jurisprudencia social al respecto, ya que presumiblemente van a seguir en continuo desarrollo y transformación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ HERNANDO, J. “Internet, redes sociales y protección de datos” en ÁLVAREZ HERNANDO, J. Y CAZURRO BARAHONA, V., *Practicum protección de datos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Documento en línea disponible en: Aranzadi.

APARICIO ALDANA, R.K “Nuevas tecnologías y derecho a la libertad de expresión e información de los trabajadores en la empresa” en *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 50, 2017.

BEL ANTAKI, J., “Las redes sociales en el entorno laboral” en AGUSTINOY GUILAYN, A. y MONCLÚS RUIZ. J., *Aspectos legales de las redes sociales*, Bosch, Barcelona. 2016.

CALVO GALLEGO, F.C, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.71, 2012.

COLÁS NEILA, E., “Nuevas tecnologías, obtención de pruebas y derechos fundamentales” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 195, 2002.

GARCIA, L., “El caso Barbulescu y el control de las comunicaciones electrónicas de los empleados” en *Garrigues Newsletter Laboral*, 2017, págs. 14-15. Fuente: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-laboral-septiembre-2017

GIL ALBURQUERQUE, R. “La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada” en GIL

Y GIL, J.L. Y DEL VALLE VILLAR, J.M., (Coords.). *El Despido disciplinario: homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009.

GOÑI SEIN, J.L., “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016” en *Revista Derecho Social*, núm. 78, 2017.

GRANDE, C. GORDILLO, C., “El uso de las redes sociales en la jurisprudencia social” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num.855, 2013.

INTECO y AEPD. (2009). Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Fuente: https://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/publicaciones/common/Estudios/est_inteco_redesso_022009.pdf

Instituto Nacional de Estadística (2016), Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares, consultado en www.ine.es

JOVER RAMIREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LOPEZ ANIORTE, M. C. “Límites constitucionales al ejercicio del poder directivo empresarial mediante el uso de las TIC y otros medios de vigilancia y seguridad privada en el ordenamiento jurídico español” en *Policía y Seguridad Pública*, núm.4, 2014.

LORENTE LOPEZ, M.C “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.2, 2015.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prueba ilícita en el proceso laboral” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, 2006. Documento en línea disponible en: Aranzadi.

MILLÓN BELTRÁN, N. “Retos para la privacidad en la era digital” en *Revista digital de sociología del sistema tecnocientífico*, núm. 5, 2015.

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”, en *Revista de Información Laboral*, num.7, 2016

ORTIZ LÓPEZ, P., “Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal”, en RALLO LOMBARTE, A. Y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y GARCÍA RUBIO, M.A., “El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.196, 2017.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H., “Recuperando la dignidad en el trabajo” en *Blog de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2017. Fuente: <http://jpdsocial.blogspot.com.es/2017/09/comentario-de-urgencia-la-stedh-de-05.html>

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

RÍOS GARCÍA, I. y ÁLVAREZ VÁZQUEZ, A. “Las redes sociales en las relaciones laborales” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015.

ROJAS RIVERO, G. P. *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991.

ROJAS ROSCO, R., “La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos?” en OLIVA LEÓN, R. Y VALERO BARCELÓ, S. (Coords.), *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal”, en SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir.), PÉREZ CAMPOS, A.I. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. (Coord.), *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Cinca, Madrid, 2011.

SOUTILLO GONZALEZ, J., “Redes sociales, privacidad y ley de protección de datos” en *Crítica*, núm. 985, 2013.

TALENS VISCONTI, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en Internet” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.35, 2014.

TALENS VISCONTI, E.E., “La libertad de expresión de los sindicatos en las redes sociales” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.38, 2015.

TODOLÍ SIGNES, A., “El registro informático como base para el despido. Cuestiones fundamentales.” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm.25, 2011.

TRILLO GARCIA, A.R. “Despido disciplinario procedente por transgresión de buena fe y solicitud de alta y ulterior prolongación de incapacidad temporal” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 43, 2010.

VALERO MOLDES, F., “La actividad en las redes sociales como causa de despido”, 2013. Fuente: <http://elderecho.com>

IX. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STEDH (Gran Sala), núm. 2017/61, de 5/09/2017, asunto Barbulescu v. Rumanía
- STEDH, núm. 2011/68, de 12/09/2011
- STEDH (Sección Cuarta), núm. 2016/1, de 12/01/ 2016, asunto Barbulescu v. Rumanía

- STC núm. 98/2000, de 10/04/00
- STC núm. 57/1994, de 28/02/94
- STC núm. 143/1994, de 9/05/94
- STC núm. 88/1985 de 19/07/1985
- STC núm. 120/1983, de 15/12/1983
- STC, núm. 98/2000, de 10/4/2000
- STC núm. 241/2012, de 17/12/2012
- STC núm. 170/2013, de 07/10/2013.

- STS de 30/05/92 (RJ 1992/3626)
- STS de 18/12/90 (RJ 1990/9805)
- STS de 8/6/1987 (RJ 1987/4318)
- STS de 19/5/15 (RJ 2014/2387)
- STS de 28/06/2006 (RJ 2006/ 8452)
- STS de 26/09/2007 (RJ 2007/7514)
- STS de 8/03/2011 (RJ 2011/932)
- STS de 6/10/2011 (RJ 2011/7699)

- STSJ de Asturias, núm. 241/2013, de 14/06/2013
- STSJ de Madrid, núm. 798/2012, de 30/03/2012
- STSJ de Andalucía, núm. 2726/2014, de 23/10/2014
- STSJ de Cataluña, núm. 8252/2014, de 15/12/2014
- STSJ de Galicia, de 23/02/2012 (REC. 4927/2011)
- STSJ de Cantabria, núm. 418/ 2016, de 10/11/2015 (REC. 765/2015)
- STSJ de Castilla y León, núm. 1854/2010, de 10/04/2010
- STSJ de las Islas Canarias, de 22/01/2016, (PROV. 2016/43168)

- STSJ de Galicia, núm. 2738/ 2014, de 8/10/2014
- STSJ de Cataluña, núm. 1431/2016, de 3/03/2016
- STSJ de Navarra, núm. 44/2014, de 21/02/2014
- STSJ de Murcia, núm. 582/2012, de 16/07/2012, (REC. 481/2012)
- STSJ de Madrid, núm.524/2012, de 28/05/2012
- STSJ de Andalucía, núm. 2629/2011, de 10/11/2011, (REC. 2333/2011)
- STSJ de Madrid, núm. 806/2012, de 12/12/2012
- TSJ de Cataluña, de 3/02/2011, (PROV 2011/161884)
- STSJ de Galicia, núm. 2235/2013, de 25/04/201
- STSJ de Cataluña, núm. 3788/2011, de 30/05/2011

X. NORMATIVA

Constitución española

Estatuto de los trabajadores

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social