

EL TRABAJADOR TRANSPARENTE: RELACIONES LABORALES Y REDES SOCIALES

JOAQUÍN PÉREZ REY*

El profesor Pérez Rey presenta, en este artículo, al problema contemporáneo de la efectividad del derecho a la intimidad ante medios de hecho existentes que transparentan la vida personal y familiar de las personas. Esto reporta una serie de consecuencias indeseadas respecto de la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo: desde la exposición de trabajadores al ejercicio desviado del poder de dirección hasta la posible comisión de faltas a los deberes implícitos del contrato de trabajo encuentran nuevos espacios en a través de las redes sociales.**

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El acceso empresarial a las redes sociales personales del trabajador. **III.** Consecuencias de las redes sociales en los procesos de contratación y despido. *1. Las redes sociales en los procesos de colocación. 2. Redes sociales y relación laboral, especialmente el despido.* **IV.** La actividad sindical a través de las redes sociales. **V.** Las redes sociales en el proceso laboral. **VI.** Conclusiones.

255

I. Introducción

Para cualquiera que haya conocido los tiempos de la intimidad tradicional, aquellos en los que las personas pugnaban por mantener un ámbito propio y reservado frente a los demás, la comprobación de su declive¹ constituye casi una

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- UCLM

** Reseña efectuada por los editores de *Laborem 21*.

1 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 de 2016», *RDS*, núm. 78, 2017, p. 21. Dice este autor que en la actualidad la tendencia es justamente la opuesta al viejo

evidencia. En los pocos años que transcurren entre el despido de un trabajador que, según constata un acta notarial, trabaja en un taller durante su enfermedad² y el de otro que durante la IT publica en Facebook unas fotos vacacionales en las que aparece «tocando los genitales de una figura de un indio»³, muchas cosas han cambiado. Esta fulgurante alteración de los hábitos nos interpela acerca de los límites de nuestra voluntaria exposición pública y, en nuestro contexto, acerca de cómo adaptar a la era de las redes sociales⁴ la configuración legislativa de un contrato, el de trabajo, que apenas intuía que podía acabar lidiando con un trabajador transparente tanto en su quehacer profesional como, lo que es más sorprendente, en su vida privada. Es una nueva forma de comunitarismo en el que toda la persona del trabajador se encuentra sometida a la disciplina y al control de su vida por el interés de la empresa para la que trabaja, sin distinción ni separación entre espacio de trabajo y espacio de privacidad.

Naturalmente no es solo un problema laboral, sino que atraviesa todos los ámbitos de las relaciones sociales, enfrentándonos a peligros que a veces son difíciles de imaginar e incluso de comprender. Cuando se escriben estas líneas la más conocida de las redes sociales, Facebook, se haya sumida en un impactante escándalo derivado del uso ilegítimo de los datos de millones de ciudadanos por una consultora con el propósito de influir en el voto a las elecciones presidenciales de EE. UU. y en el *Brexit*⁵. Las coordenadas en las que se mueve este suceso, bien significativo por lo demás del mundo global en el que vivimos, permiten, aunque solo sea intuir, las enormes consecuencias que puedan llegar a derivarse del acceso a los datos sociales y cómo estos pueden ser determinantes en el discurrir de relaciones, como las laborales, que siempre han tenido dificultades para separar nítidamente el ámbito de lo privado del puramente profesional.

Las dificultades empiezan antes incluso de la formalización del contrato de trabajo. Los procesos de selección de personal tienen en las redes sociales un imprescindible punto de arranque en la actualidad, de modo que son muy altas las

right to be let alone y que en la sociedad de las redes lo que adquiere valor es la privacidad en sentido amplio, en cuanto control sobre los datos.

2 STS 23-7-1990 (rec. 145/90).

3 STSJ Andalucía (Sevilla) 29-10-2015 (rec. 2723/14).

4 La necesidad de cumplir con el espacio asignado a este trabajo nos lleva a dar por supuesto el concepto de redes sociales. El lector puede encontrar en la literatura jurídico-laboral una aproximación al mismo en el trabajo de 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», *IL*, núm. 7, 2016, p. 25-28.

5 «Escándalo de Cambridge Analytica: Facebook avisará a partir del lunes 9 de abril a los casi 137.000 usuarios afectados en España», *Infolibre.es*, 5-4-2018.

posibilidades de que se vean afectados por el uso de los datos «sociales», multiplicando las posibilidades de repercutir negativamente en los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y de no discriminación.

Dentro ya de los dominios de la relación laboral la actividad de los trabajadores en los espacios virtuales vuelve a cargarse de repercusiones que van desde constituir un mecanismo instrumental del control y vigilancia de su actividad hasta constituir el fundamento del despido. A ello únase la relevancia que las redes tienen para la imagen corporativa de la empresa y cómo, cada día con más frecuencia, su manejo integra la prestación laboral o se constituyen en instrumentos, alentados por la propia empresa, para mejorar la interacción entre los miembros de la plantilla⁶.

Por supuesto, la actividad sindical y representativa encuentra en las ágoras virtuales un espacio muy propicio de desenvolvimiento con capacidad para desbordar el ámbito empresarial y, lo que constituye una fuente muy habitual de problemas, afectar a la reputación e imagen empresariales.

Finalmente, las cuestiones que las redes sociales plantean al Derecho del Trabajo encuentran una especial complejidad en el ámbito del proceso y en especial en el terreno probatorio, una vez que no es sencillo acreditar la integridad de las informaciones que proveen y tampoco es infrecuente que estas se obtengan de forma irregular.

Se trata por tanto de un territorio, el de las redes sociales y sus implicaciones jurídico-laborales⁷, que pese a su irrupción reciente genera un conjunto amplio de

6 No se descuide que las empresas obtienen importantes beneficios del uso de las redes sociales por parte de sus empleados, una vez que facilitan la colaboración entre ellos, mejoran la eficiencia en las operaciones, impulsan la orientación y el aprendizaje, la creación de marca interna, el desarrollo organizativo y el de nuevos productos y servicios, vid. MELLO, J. A., «Social Media, Employee Privacy and Concerted Activity: Brave New World or Big Brother», *Labor Law*, núm. 63, 2012, p. 165-166, cit. por LOWENSTEIN, H. y SOLOMON, N., «Social Media Employment Policy and the NLRB: Uniform State Laws as a solution?», *Southern Law Journal*, Vol. 25, 2015, p. 141.

7 Que es desde hace algún tiempo objeto de tratamiento en nuestra doctrina, así, además de otros trabajos que citaremos a lo largo del texto, pueden mencionarse los estudios de CARDONA RUBERT, M. B., «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *RDS*, núm. 52, 2010, p. 67 y ss.; *Ibid.* «Redes sociales en el contrato de trabajo», en RALLO LOMBARTES, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, 2ªed., Cizur Menor, 2013, p. 163-176; CALVO GALLEGO, F. J., «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales»; *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 71, 2012; SELMA PENALVA, A., «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014; ANGULO GARZARO, A. y ANGULO GARZARO, N., «Límites a la

problemas que se suman a los que en general plantean las NTIC para el ordenamiento laboral en su conjunto y que ponen de manifiesto los límites de una legislación que apenas las considera, dejando las soluciones a los operadores jurídicos que no siempre cuentan con útiles necesarios para ofrecerlas.

II. El acceso empresarial a las redes sociales personales del trabajador

Es obvio que las derivadas laborales de los *posts*, las informaciones, las fotos, las expresiones, los videos y todo aquello, casi ilimitado, que los *social media* pueden acoger tienen un inevitable punto de partida: el acceso por parte del empresario a tales contenidos. Se trata de una premisa lógica que constituye el desencadenante de muchas decisiones empresariales que pueden afectar, ya lo hemos indicado, desde la colocación hasta el despido.

El problema es que el acceso empresarial a la actividad «social» del trabajador no constituye un inconveniente en muchas ocasiones. Es más, la particularidad de las redes consiste en que no se precisa por lo general invadir la computadora profesional del trabajador, lo que nos llevaría al discurso general sobre los límites que el poder de control empresarial encuentra en estos casos, sino que son accesibles a través de la libre navegación.

El acceso a los datos de un perfil en una red social depende en realidad de la propia configuración que de su privacidad haga el usuario, de modo que cabe desde un uso público o accesible sin restricciones hasta una configuración más restringida y recelosa con las posibilidades de acceso a la información disponible en la red, que además no es siempre posible en las redes con mayor proyección pública.

En cualquier caso, al usuario no le resultará fácil limitar a los receptores de sus publicaciones pues en última instancia quien se abre un perfil social lo hace para someterse a cierto grado de exposición que, en la mayoría de las ocasiones, acaba por no ser controlable y muchas veces este desbordamiento se produce de forma inconsciente.

Conviene profundizar en esta última idea que puede llegar a tener mucha relevancia en la dimensión laboral de la información procedente de los perfiles virtuales. Adviértase, en primer lugar, que la gestión de la difusión de aquello que

utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.

se incorpora a la red no es precisamente sencilla. La denominada configuración de la privacidad puede llegar a exceder las habilidades de los internautas menos experimentados que no siempre serán conscientes de los destinatarios de aquello que vierten o comparten en los *social media*. En segundo lugar, y en íntima relación, se debe mencionar que es prácticamente imposible tener un control sobre el destino y el acceso de los contenidos que se incorporan a las redes sociales. Más allá de los ajustes de privacidad lo cierto es que cuando algo se «sube» al internet social las posibilidades de que desborde su ámbito inicial o esperado son muy altas, bien porque sea compartido por «amigos» que tiene diferente configuración de privacidad, bien porque en el círculo de destinatarios iniciales de la publicación se encuentren perfiles falsos o no esperados por el titular de la cuenta o, incluso, porque mediante «pantallazos» u otros métodos similares lo expuesto restringidamente en una red social acabe difundiéndose en otras⁸.

Se trata de elementos importantes desde la perspectiva jurídico-laboral, pues, sobre todo cuando la actividad en Facebook o redes similares adquiere dimensión disciplinaria, es imprescindible atender a estas circunstancias para valorar la culpabilidad del trabajador. Sin que se pueda tampoco descartar, claro es, que esta expansión de un contenido reservado en inicio conculque la intimidad o el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, la doctrina judicial es renuente a admitir este tipo de violaciones, una vez que en la mayoría de las ocasiones son los propios destinatarios del mensaje inicial los que lo difunden posteriormente y permiten que llegue a ser conocido por el empresario.

Lo que no parece posible es impedir desde la perspectiva laboral el acceso empresarial a los perfiles sociales de los trabajadores cuando estos son públicos o incluso cuando han dado acceso voluntario al empleador. No cabe, sin embargo, y luego insistiremos sobre esta idea, hacer derivar siempre de un perfil público la intención del trabajador de comunicar o exponer algunas informaciones sin restricciones, pues en ocasiones no se será consciente de que está haciendo tal cosa. Además, y este es un vector que no podemos desarrollar por completo en estas líneas, no puede olvidarse aquí la incidencia de la normativa de protección de datos. El tratamiento empresarial de los datos de las redes no estaría amparado

8 Vid., por ejemplo, el supuesto de STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016) en donde los comentarios de una trabajadora en su muro de Facebook se fotografían y difunden entre la plantilla de la empresa a través de WhatsApp. También el caso en el que una de las participantes de un grupo de WhatsApp desvela a la empresa los contenidos: STSJ Andalucía (Sevilla) 22-11-2017 (rec. 3626/2016), que entiende que en estos casos no hay obligación jurídica de reserva, sino a lo sumo un deber ético.

por la «excepción doméstica» del art. 2 LOPD⁹ y requeriría el consentimiento del afectado incluso cuando sus publicaciones fueran en abierto¹⁰

La alternativa a estas cuentas abiertas es la configuración de perfiles restringidos que no permiten el acceso empresarial. Será muy difícil una configuración por completo cerrada, pues, incluso en las configuraciones más restrictivas, siempre hay determinados datos públicos (*nick*, foto de perfil, los «me gusta» ...), pero fuera de ellos el empresario no puede, sin desbordar ilegítimamente sus poderes, exigir al trabajador o al candidato al empleo el acceso a la información que consta en sus perfiles. El derecho a la intimidad de los trabajadores quedaría gravemente conculcado y se debe por tanto descartar cualquier operatividad a este proceder empresarial.

Sin embargo, este tipo de prácticas son conocidas, al menos fuera de nuestras fronteras. En EE. UU. se constató la práctica empresarial de exigir a los candidatos al empleo y a los trabajadores el acceso a sus perfiles en las redes sociales, bien incorporando a las empresas como «amigos», bien lisa y llanamente facilitando las claves de acceso o incluso exigiendo la apertura de las redes en presencia del empresario. Se trata de un proceder tan extendido, el de exigir las contraseñas de las redes sociales como condición de empleo, que ha llevado a que más de una veintena de estados norteamericanos, comenzando por Maryland en 2012, hayan adoptado actos legislativos dirigidos a prohibir este tipo de prácticas¹¹.

9 Pues se trata de una excepción que solo alcanza a «tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares» (art. 4 RD 1720/2007).

10 La AEPD en su informe 0184/2013 ha mantenido que «no cabe el tratamiento de datos de terceros que no [...] hayan prestado [su consentimiento] aunque su perfil se encuentre abierto, ya que dicha circunstancia no implica el consentimiento de sus titulares para el tratamiento de los datos personales contenidos en el mismo». Por su parte el Reglamento (UE) 2016/679, de inminente aplicación, dispone que «para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento» (Considerando 43). Finalmente, en esta materia, la protección de datos en el ámbito de las redes sociales, es también de obligada consulta el Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptado el 12-6-2009 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29. En él se establecen algunas pautas acerca de cómo deberían llevarse a cabo los ajustes de privacidad por parte de los responsables de las redes que, entre otras finalidades, se dirigen a evitar que los usuarios no publiquen sin querer en ámbitos de fácil acceso por terceros, algo decisivo en el caso de los trabajadores.

11 Muchas de estas leyes se han basado en la ley primigenia de Maryland que prohíbe al empresario exigir al candidato o al trabajador su nombre de usuario, contraseña u otros mecanismos de acceso a sus redes sociales. Un elenco *online* de estas leyes estatales en: <http://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/state-laws-prohibiting-access-to-social-media-user-names-and-passwords.aspx> (última consulta 14-4-2018).

El 16 de noviembre de 2016 la *Uniform Law Commission* adoptó la *Employee and Student Online Privacy Protection Act*. Se trata de un instrumento de uniformización que pretende funcionar como modelo para los estados y que, dejando de lado su eficacia, puede resultar sugestivo como muestra de cómo abordar una regulación de este tipo. Y es interesante además porque más allá de que, como acabamos de exponer, nuestro ordenamiento no permita tales prácticas, no es seguro que tenga la fuerza suficiente para eliminarlas y sancionarlas adecuadamente o impedirles en todas sus variantes.

El instrumento parte de una constatación que prácticamente no merece la pena señalar y es que los trabajadores pueden ser coaccionados para facilitar los datos de acceso a sus redes sociales y que en muchas ocasiones van a encontrar dificultades para negarse a darlas.

A partir de ahí prohíbe al empresario exigir al trabajador el acceso a sus redes sociales (ya sea desvelando las claves, modificando los ajustes del perfil o consultando este en presencia empresarial) e incluso solicitar su inclusión entre los miembros de la red del trabajador (la «solicitud de amistad»), aunque no impide que sea el propio trabajador el haga este requerimiento al empresario. La protección se concentra en las cuentas personales, no en aquellas proporcionadas por la propia empresa y tampoco se extiende a aquellos contenidos que los trabajadores comparten públicamente. Se garantiza también que las empresas no hagan un uso incorrecto del *login* o contraseña de acceso a la red del trabajador cuando han accedido a él involuntariamente mediante el monitoreo de los sistemas informáticos exigido por labores de mantenimiento o *cyberseguridad*. Finalmente se establecen excepciones a la protección, que también recogen las leyes estatales. En estas siguiendo el modelo inicial de Maryland se configuran límites a protección dispensada cuando el empresario conoce que la cuenta personal del trabajador se ha usado para fines comerciales y se abre una investigación dirigida a verificar el cumplimiento de las normas financieras; también cuando el trabajador ha descargado sin autorización información de la empresa o financiera en sus cuentas personales.

En nuestro ordenamiento, donde carecemos de una prohibición explícita al respecto y que no sería ocioso incorporar, tales prácticas son claramente rechazables al suponer una intromisión ilegítima en la intimidad lo que no evita poner de manifiesto las dificultades para detectarlas y sobre todo para garantizar la indemnidad de los candidatos a un determinado trabajo o de los trabajadores en general.

Naturalmente esta misma ilicitud, acaso más evidente, se puede predicar de los accesos no autorizados a los datos de las redes sociales por parte de las empresas, valiéndose de aplicaciones que interactúan con las redes sociales y permiten extraer datos de ellas. El ya mencionado caso *Cambridge Analytica* constituye un ejemplo claro de esta posibilidad fraudulenta de acceso a la información de los perfiles virtuales. Pero no solo, cualquier acceso a los contenidos privados de las redes por parte del empleador valiéndose de maquinaciones o fraudes desde luego que no cabe y da lugar, entre otras consecuencias, a la falta de efectos de las informaciones obtenidas, algo en lo que insistiremos cuando dediquemos algunas líneas al proceso.

Señalados estos lineamientos acerca de las posibilidades y límites del empresario para acceder a los datos de los trabajadores incluidos en las redes personales es el momento de pasar a analizar brevemente qué consecuencias puede tener estos en el ámbito amplio de las relaciones laborales.

III. Consecuencias de las redes sociales en los procesos de contratación y despido

262

La popularización de los *social media* tiene muchas coordenadas laborales, algunas de ellas seguramente están todavía por llegar, pero ya hay territorios en los que aparecen con frecuencia. Vamos a detenernos en estas breves líneas en dos de ellos, acaso los más habituales: los procesos de selección del personal y el ejercicio del poder disciplinario empresarial derivado de la actividad del trabajador en las redes. Repárese una vez más que se trata de fenómenos que nuestro ordenamiento no aborda específicamente, limitándose a prestar los materiales generales que no siempre se acompañan bien con las realidades virtuales. Precisamente por ello, y mientras la legislación se decide a abordar estas nuevas realidades, la negociación colectiva se carga de protagonismo y también los códigos de conducta dirigidos a disciplinar con mayores dosis de seguridad jurídica la irrupción de las NTIC en el ámbito laboral.

1. Las redes sociales en los procesos de colocación

En los mecanismos de selección que determinan las decisiones de contratación de los trabajadores, las redes sociales, esto es, la información que de ellas se

extrae de los candidatos, tienen desde hace algún tiempo un gran protagonismo como reconocen los propios agentes que intervienen en estos procesos¹².

Naturalmente el acceso a esta información depende en buena medida de cómo los candidatos hayan configurado la privacidad de sus redes, pero no se descuide que, incluso cuando se ha optado por un perfil restrictivo o limitado y no público, es casi imposible evitar el acceso a cierta información que puede ser muy sensible en el marco de un proceso selectivo. Como se sabe, y tomamos Facebook como ejemplo dada su amplísima difusión, existe un determinado nivel de información procedente de la cuenta que tiene posibilidad de ser consultada por cualquier otro miembro de la red y sin necesidad de acceder al círculo de amigos. Normalmente así sucede con las fotos del perfil, de las portadas, la pertenencia a grupos públicos o, especialmente, los «me gusta» a organizaciones, medios de comunicación, música, libros, deportes, personajes públicos, etc. En verdad estos datos cuasi públicos permiten, también cuando la actividad del sujeto en las redes sociales no es muy intensa, extraer información bastante aproximada de las convicciones del candidato, sus intereses o inquietudes que pueden ser instrumentalizadas en las decisiones de colocación, dando lugar a decisiones discriminatorias muy difíciles, sin embargo, de desvelar. Así piénsese, por ejemplo, en la preterición de candidatos derivada de que sus perfiles reflejan interés por organizaciones sindicales o políticas o por determinadas creencias.

No se trata solo de que los empresarios de forma más o menos rudimentaria puedan usar los *likes* de Facebook para tomar decisiones sobre la contratación, sino que, como ya viene sucediendo en otros países, es frecuente el encargo a empresas especializadas de «social media dossiers» acerca de los candidatos a un empleo o de los trabajadores de la propia plantilla¹³. En nuestro sistema, como ha advertido la doctrina, la elaboración de perfiles sociales individualizados de los candidatos por los agentes de la intermediación (art. 32 TRLE) encontraría límites en la protección de datos que impedirían trasladar estas informaciones al empresario¹⁴, pues resulta obvio que las normas sobre protección de datos se

12 Un estudio del que partir en nuestra doctrina es el de LLORENS ESPADA, J., «El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos», *RDS*, núm. 68, 2014, p. 53 y ss. Aquí se manejan algunos datos estadísticos sobre el uso de las redes por los reclutadores (p. 55-56).

13 Este es el objeto principal de una compañía como *Social Intelligence* en cuya web puede el lector encontrar una aproximación, que no deja de ser inquietante, acerca de cómo funciona la elaboración de los «social media hiring report».

14 LLORENS ESPADA, J., «El uso de Facebook en los procesos...», *op. cit.*, p. 63.

extienden a aquellos que han sido recabados en las redes sociales con ocasión de procesos de selección¹⁵.

Ni qué decir tiene que la obtención de estas informaciones no puede dar lugar a decisiones de contratación discriminatorias, otra cosa son las dificultades para hacer valer esta protección. Así desde luego no se justificaría que las decisiones empresariales se basaran en las creencias políticas, religiosas o en la actividad sindical que dejan translucir las redes sociales del trabajador, entre otros motivos discriminatorios (para el resto acúdase al art. 4.2.c) ET). Desde luego que, en estos casos, más allá de su efectividad, concurre en favor del trabajador o candidato al empleo la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, con frecuencia los datos recopilados de las redes sociales afectan a conductas privadas de los trabajadores, muchas veces meramente recreativas ¿se extiende a ellas la tutela antidiscriminatoria a pesar de no ser «actividades protegidas» por usar la terminología anglosajona? Piénsese, para ilustrar lo que decimos con algunos ejemplos que se pueden extraer de la red, en decisiones de contratación relacionadas con conductas exhibidas en los muros de los candidatos, tales como el consumo de drogas o alcohol, las aficiones musicales, los hábitos de los fines de semana, las interrelaciones con el círculo de amigos sobre temas banales o de ocio, etc.

Finalmente, tráigase aquí lo ya advertido acerca de la imposibilidad de que en los procesos de selección se exija a los candidatos facilitar el acceso a sus redes sociales, lo que no constituye una práctica desconocida como ya vimos y que, en nuestro ordenamiento, daría lugar a la infracción muy grave prevista en el art. 16.1.c) TRLISOS consistente en «solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección»¹⁶.

Pero el impacto de las redes se produce también en el interior de las relaciones laborales donde los problemas que se generan son diversos, aunque con un marcado protagonismo del poder disciplinario empresarial como reacción a los «comportamientos sociales» de los trabajadores.

2. Redes sociales y relación laboral, especialmente el despido

Antes de avanzar se debe partir de una distinción crucial entre la distinta naturaleza que pueden tener las redes sociales de las que hace uso el trabajador.

15 NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 32.

16 Que tiene, no obstante, algunas limitaciones y no abarcaría, por ejemplo, la obtención de datos a través de la navegación por la red, vid. NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 31.

Es preciso determinar con antelación si estamos ante un uso de las redes sociales que se inscribe en la prestación de trabajo, dando lugar a un perfil laboral o profesional o se trata en cambio de perfiles privados sin que sea descartable, al revés es bastante habitual, un uso mixto de mayor o menor intensidad. Así, por ejemplo, redes muy enfocadas al ámbito profesional como *LinkedIn* que incorporan a perfiles privados en su mayor parte datos de contenido profesional o redes más generalistas como Facebook en las que perfiles privados y destinados a compartir fundamentalmente actividades personales ofrecen, sin embargo, información profesional como la empresa en la que trabaja el usuario o algunas actividades de este relacionadas con la relación laboral de la que es parte.

No nos ocuparemos aquí del uso puramente profesional de las redes sociales por entender que cuando su uso se inscribe dentro de la prestación debida por el trabajador cabe extender a estos supuestos consideraciones semejantes a las que se realizan acerca del uso de otros medios informáticos de la empresa¹⁷.

Menos transitado, aunque también profundamente problemático es dar respuesta a las derivadas laborales que pueden tener determinados usos de las redes sociales personales de los trabajadores. Volvemos aquí a toparnos con una muestra más, aunque bien significativa, de la eterna dificultad de deslindar con precisión el alcance de las fronteras que al poder empresarial incorpora el contrato de trabajo.

Con estas premisas presentes, la irrupción de las redes sociales ha traído al ámbito de las relaciones laborales problemas diversos que ya empiezan a asomar a los repertorios de doctrina judicial, aunque solo sea por el hecho de que las empresas encuentran en el almacén de las redes una fuente inagotable de documentos en los que fundamentar el ejercicio de sus poderes¹⁸. Claro que, en ocasiones, estas informaciones juegan en sentido contrario, por ejemplo, como mecanismos indiciarios para calificar la naturaleza laboral de la relación¹⁹ o para desvelar una cesión ilegal.

17 Vid. entre los trabajos más recientes el de TASCÓN LÓPEZ, R., «Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores», RTSS, núm. 415, 2017, p. 53 y ss. Acerca del importantísimo cambio de tendencia que pueden suponer las decisiones del TEDH, vid. GALLARDO MOYA, R., «Un límite a los límites de la vida privada y de la correspondencia en los lugares de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 en el caso *Bărbulescu II c. Rumania*», *RDS*, núm. 79, 2017, p. 141 y ss.

18 No siempre con éxito: STSJ Cantabria 14-12-2015 (rec. 810/2015)

19 STSJ Madrid 29-9-2014 (rec. 483/2014) o para desmentirla: STSJ Madrid 5-2-2018 (rec. 1028/2017).

Los asuntos más frecuentes se relacionan con el ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario, siendo las redes sociales las que dejan constancia del incumplimiento laboral. Así empieza a ser común encontrar sanciones a los trabajadores por las opiniones u ofensas vertidas en las redes sociales hacia la empresa o los compañeros²⁰ o, también en el terreno disciplinario, la sanción como consecuencia de que el material compartido o «colgado» es incompatible con la situación de IT que ha determinado la suspensión del contrato de trabajo²¹ o incumple la prohibición empresarial de publicar imágenes de pacientes²² o instalaciones²³. En otras ocasiones lo que las publicaciones sociales permiten corroborar es la realización de actividades que suponen competencia desleal²⁴.

Desde luego no son los únicos problemas, los propios trabajadores, en una situación a la inversa, pueden ser objeto de escarnio mediante el uso empresarial de las redes sociales²⁵. O, menos interesante a nuestros efectos porque remite al discurso general del uso de las NTIC de la empresa para fines privados, cuando a las redes sociales se accede durante la jornada y con el ordenador de la empresa²⁶.

Surge también en este ámbito la especial valoración que el uso por los trabajadores de las redes sociales puede tener en las empresas ideológicas o de tendencia, de modo que aquellas declaraciones realizadas en los perfiles personales de quienes ocupan posiciones no neutrales en la empresa y que incumplen el ideario de la organización pueden dar lugar a sanciones²⁷.

Como se puede comprobar se trata de incumplimiento «clásicos» que adquieren tintes de modernidad exclusivamente porque quedan desvelados a través de las redes sociales, las mismas que consiguen hacer transparente al trabajador.

20 A modo de simple muestra: STSJ Extremadura 23-3-2017 (rec. 66/2017); STSJ Andalucía (Sevilla) 23-3-2017 (rec. 1309/2016); STSJ Canarias (Las Palmas) 27-7-2016, (rec. 385/2016); STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016); STSJ Galicia 8-10-2014 (rec. 2941/2014).

21 Sin ningún ánimo exhaustivo: STSJ Galicia 12-6-2017 (rec. 1554/2017); STSJ Madrid 5-5-2017 (rec. 722/2016); STSJ Cantabria 10-11-2015 (rec. 765/2015); STSJ Andalucía (Sevilla) 29-10-2015 (rec. 2723/2014); STSJ Asturias 19-4-2013 (rec. 528/2013).

22 STSJ Madrid 27-11-2017 (rec. 558/2017).

23 STSJ Cataluña, de 13-1-2017 (rec. 6414/2016).

24 Entre otras: STSJ Cataluña 20-10-2017 (rec. 4831/2017); STSJ Galicia 25-4-2013 (rec. 5998/2012).

25 Así un supuesto en los que son la dignidad del trabajador y su libertad sindical los derechos comprometidos como consecuencia del uso de Facebook por los responsables de la empresa (STSJ Andalucía (Málaga) 5-4-2017 (rec. 278/2017).

26 Vid., por ejemplo, STSJ Extremadura 17-12-2014 (rec. 543/2014).

27 Es el caso del despido disciplinario, declarado procedente, de un trabajador, responsable de redes sociales y comunicación de un partido político que cuestiona el proceso de primarias de su organización en sus cuentas personales de Facebook y Twitter (STSJ Cataluña 6-7-2017, rec. 2871/2017).

La respuesta judicial a estos problemas no siempre asume esta dimensión de modernidad. Como ya tuvimos oportunidad de indicar²⁸, el acercamiento judicial a las redes sociales suele ser por lo general poco problemático y con tendencia a limitarse a subsumir en el incumplimiento previsto en el art. 54 ET la conducta social del trabajador, muchas veces, incluso, considerándolo más grave que de ordinario por quedar reflejado por escrito y llevarse a cabo mediante publicidad. Sin embargo, es un terreno lleno de incertidumbres en el que no cabe operar de forma clásica.

Se debe empezar por considerar que en principio la actividad en las redes sociales, salvo cuando forme parte del propio cometido profesional, es una actividad personal ajena por completo a la relación laboral. El mayor o menor acceso a los *posts* o el sentido de estos, por muy desafortunado que pueda llegar a ser, no convierte la actividad en las redes en una cuestión laboral, incluso aunque en los perfiles virtuales conste que el trabajador presta sus servicios para una determinada empresa. Ni aun así la actividad social se transmuta en laboral a efectos de que pueda en su conjunto ser valorada por la empresa para comprobar, por ejemplo, si su imagen ha quedado comprometida. Este proceder difuminaría las fronteras entre la actividad privada y la laboral del trabajador, provocando una restricción inadmisibles de sus derechos constitucionales²⁹. No pueden, por tanto, generar reacción laboral alguna los contenidos de las redes sociales que formen parte de la actividad privada o recreativa de los trabajadores, cualquiera que sea su nivel de difusión y salvo que sea indicativos de un incumplimiento laboral como sucede, con cierta frecuencia, en los despidos provocados por la realización de actividades incompatibles con la IT.

28 PÉREZ REY, J., «Facebook como causa de despido», *RTSS*, núm. 415, 2017, p. 185, donde vertimos algunas de las consideraciones que ahora utilizamos.

29 No se trata de supuestos de laboratorio. Se encuentran en la información general noticias sobre despidos producidos fuera de empresas ideológicas y en los que el supuesto incumplimiento laboral consiste en proferir opiniones desconectadas de la relación de trabajo y emitidas desde redes personales que, no obstante, informan sobre la empresa para la que el titular del perfil presta sus servicios. Así, por ejemplo, el despido de una trabajadora de una empresa de tasación como consecuencia de los insultos que profirió a una dirigente política (https://www.infolibre.es/noticias/politica/2017/09/05/despiden_internauta_que_deseo_las_redes_sociales_que_violen_grupo_arriadas_69216_1012.html). Por muchos reproches que tal conducta merezca no parece que el laboral pueda ser uno de ellos dada la absoluta desconexión del comportamiento del trabajador con el ámbito del contrato de trabajo.

En el mismo sentido las manifestaciones en redes que, con contenido laboral o no, formen parte de la libertad de expresión no pueden generar lógicamente consecuencia negativa alguna³⁰.

Tampoco puede ser irrelevante la configuración que el trabajador haya hecho de sus redes, de forma que si se trata de cuentas restringidas, el hecho de que las informaciones finalmente trasciendan no puede olvidar que lo hacen por cauces ajenos a la voluntad del trabajador. No es posible, a nuestro juicio, presumir la vocación pública de todo lo que se incorpora a los medios sociales y dar por hecho que los contenidos de trascendencia laboral son siempre públicos, aunque sobre ellos el trabajador hubiera operado con la diligencia a su alcance para limitar los destinatarios.

No siempre se opta por esta posición comedida en la doctrina judicial. Así, por ejemplo, no se otorga excesiva virtualidad al hecho de que la configuración de la red fuera privada (aunque incluyendo a algunas compañeras de trabajo) y el mensaje se extendiera por cauces ajenos a la voluntad del trabajador (pantallas difundidos por WhatsApp). Así la ya citada STSJ Aragón 18-5-2016 (rec. 300/2016)³¹ entiende que en estos supuestos no se produce por parte de la empresa una ilícita «interceptación de una comunicación por un tercero ajeno a los destinatarios, sino que los propios destinatarios de la comunicación la divulgaron a terceros, hasta que llegó a conocimiento de la supervisora de la actora. Y tampoco ha habido un conocimiento antijurídico de lo comunicado. La empresa no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la demandante porque no ha accedido a su cuenta privada de Facebook. El hecho de que inicialmente los destinatarios del mensaje fueran solo algunos amigos y conocidos de la demandante en modo alguno excluye que estos, como sucede habitualmente en las redes sociales, divulguen posteriormente esta información, que la empresa no conoce porque haya interceptado comunicaciones ajenas, ni porque haya accedido antijurídicamente a su contenido, sino porque la difusión de esta información por sus destinatarios llegó a la supervisora de la accionante. El envío de un mensaje impactante en una red social hace que frecuentemente los destinatarios a su vez lo divulguen. Cuando la demandante envió este mensaje en una red social a una pluralidad de destinatarios era previsible que estos a su vez lo divulgaran, como así hicieron, hasta que llegó a conocimiento de la empresa,

30 STSJ Andalucía (Sevilla) 14-12-2017 (rec. 3707/2016).

31 Vid. también esta indiferencia en STSJ Galicia 8-10-2014 (rec. 2941/2014), aunque en este caso parece que se produce una dificultad procesal para apreciar el carácter cerrado de la red en la que se profirieron descalificaciones contra la diócesis de Ourense.

que no ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la accionante».

Tampoco, sigue advirtiendo esta decisión, «ha habido una intromisión empresarial en un área reservada a la trabajadora desde el momento en que ésta se dirigió a varios compañeros del trabajo y a otras personas, utilizando una conocida red social, para insultar a otros trabajadores de la empresa y desearles una grave enfermedad. El derecho a la intimidad, que garantiza un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, no puede amparar la conducta de una trabajadora que insulta gravemente a otros trabajadores en una red social, a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen estos comentarios en estas redes. La tesis contraria supondría la impunidad de los comentarios gravemente ofensivos para terceras personas, lo que redundaría en un grave perjuicio de su imagen y honorabilidad».

Como se puede comprobar para la sentencia es irrelevante que la trabajadora haya sido ajena a difusión posterior del mensaje algo que debería integrarse en el juicio de culpabilidad del despido. Y sobre todo da por hecho, algo en nuestra opinión discutible, que la incorporación, aunque sea de forma privada, de un contenido a las redes sociales debe implícitamente considerarse público dada la multiplicidad de formas por las que puede acabar trascendiendo más allá del círculo de destinatarios inicial. Se trata, no se puede negar, de una conclusión bastante próxima a la realidad, pero no es más que una consecuencia práctica que en la mayoría de las ocasiones escapa a la voluntad del trabajador por lo que debería valorarse a la hora de calificar la actuación disciplinaria de la empresa. No es posible, a nuestro entender, considerar del todo irrelevantes las restricciones que acompañaron a la publicación inicial.

Además, como ya advertimos, no es tampoco infrecuente que la doctrina judicial agrave las consecuencias derivadas de la infracción que plasman las redes sociales por entender que se produce con publicidad³², especialmente cuando se trata de ofensas.

Nosotros creemos que este automatismo es rechazable y que este tipo de despidos derivados de opiniones o informaciones con trascendencia laboral incorporadas a las redes sociales deben prestar especial atención al juicio de culpabilidad. Si el trabajador tomó las medidas al alcance de un usuario medio para limitar los destinatarios de sus publicaciones, no es posible entender que la difusión poste-

32 Vgr. STSJ Andalucía (Sevilla) 8-6-2017 (rec. 2275/2016).

rior de sus mensajes, incluso sin violar los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones, pueda dar lugar a reproches una vez que se trata de opiniones vertidas en un ámbito privado y que no quisieron hacerse públicas.

El ejercicio de la potestad disciplinaria empresarial derivada de la actuación virtual de los trabajadores encuentra además algunos otros inconvenientes cuando lo incorporado a las redes puede considerarse una manifestación de la libertad sindical. Este es otro de los ámbitos que las redes sociales obligan a reconsiderar.

IV. La actividad sindical a través de las redes sociales

Como anticipamos, naturalmente también la libertad sindical encuentra en las redes sociales³³ un canal de expresión que, en muchas ocasiones, dota de especial eficacia la defensa de los derechos de los trabajadores al inscribirse en el ámbito, especialmente delicado en los tiempos actuales, de la reputación de la empresa.

Aunque parece claro, no es ocioso advertir que a la canalización de la actividad sindical por los espacios virtuales le acompaña del arsenal protector que la LOLS concibe, impidiendo, por tanto, que la actividad sindical en las redes pueda ser objeto de restricciones o limitaciones. En breve: la actividad sindical virtual es actividad sindical³⁴.

Sin embargo, también aquí el alcance público de lo que se difunde a través de las redes sociales, a veces de titularidad sindical, hace que la protección del derecho de libertad sindical en ocasiones ceda ante lo que se consideran extralimitaciones³⁵.

Así, por ejemplo, sucede con el despido, calificado como procedente, de una trabajadora de una residencia de la tercera edad que realiza una serie de comentarios, de indudable gravedad, en el muro que, con acceso público, mantiene en Facebook el sindicato al que pertenece³⁶.

33 Vid. al respecto CARDONA RUBERT, M. B. y CORDERO GORDILLO, V., «Redes sociales y derechos colectivos», *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 6, núm. 11, 2015, p. 133-149.

34 Y decisiva nos atrevemos a añadir desde una consideración estratégica, vid., con relación a CCOO, PABLO, E., y LÓRIZ, M., *Las redes sociales y CCOO. Manual de uso y estilos*, Confederación Sindical de CCOO, disponible en www.ccoo.es/5e631f68b4357d24026872f11e6fb06c000001.pdf

35 No siempre desde luego: STSJ Andalucía (Málaga) 17-1-2018 (rec. 1939/2017).

36 Se trata del supuesto de la STSJ Catalunya 30-1-2017 (rec. 6712/2016), cuyo comentario nos detuvo en el ya citado PÉREZ REY, J., «Facebook como causa...», *op. cit.*

O el supuesto de la trabajadora, secretaria de un sindicato con presencia en el comité de empresa que, ante una situación de impagos y problemas económicos de la empleadora, vierte en Facebook tajantes opiniones contra la gerencia que se consideran no amparadas por la libertad de expresión, ni tampoco por la libertad sindical³⁷.

Más allá de los supuestos concretos, merece la pena recordar la protección incrementada que en estos casos debe dispensar la circunstancia de que la actividad llevada a cabo en las redes se haga en el marco de páginas de organizaciones sindicales o responda a finalidades sindicales. Ello implica que tales conductas pueden ligarse al ejercicio de la libertad sindical, cuya protección deberá ser tenida en cuenta y podrá justificar, sobre todo en circunstancias conflictivas, determinadas actitudes y comportamientos que no encontrarían justificación en otro contexto. Incorporar restricciones adicionales a la libertad sindical por el mero hecho de que esta tome como vehículo de sus acciones las redes sociales, no cabe en un precepto finalista como el art. 28.1 CE. Sin duda, nuestra forma de concebir lo que es actividad sindical permite asumir con naturalidad un escenario en el que las taquillas, los pasillos, la cafetería o el restaurante han sido desplazados por las redes como espacio de discusión de los problemas laborales de los trabajadores. Las muestras de esta tendencia irreversible son tantas que nos eximen de relacionarlas, pero, por su actualidad y significación, retenga el lector el reciente conflicto laboral que se ha producido en la sucursal española de Amazon en el que, con diversas técnicas (hashtag, perfiles específicos, streaming...), las redes han alcanzado un protagonismo decisivo.

También aquí puede tener cierto interés acudir a los desarrollos que se vienen produciendo en otros países. Una vez más la experiencia de los EE. UU. ofrece algunas muestras interesantes de los efectos laborales de las redes sociales, esta vez con ocasión de la protección actividades sociales relacionadas con las relaciones de trabajo³⁸.

La *National Labor Relations Board* (NLRB) ha interpretado que determinada actividad de los trabajadores en las redes sociales queda protegida bajo la Sección 7 de la *National Labor Relations Act* (NLRA)³⁹. En esta dirección la NLRB ha

37 STSJ Murcia, 26-4-2017, rec. 1240/2016.

38 LOWENSTEIN, H. y SOLOMON, N., «Social Media Employment Policy and the NLRB: Uniform State Laws as a solution?», *Southern Law Journal*, Vol. 25, 2015, p. 139-159.

39 Que recuerdese establece los derechos de los trabajadores a la «*self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection [...]*».

intervenido con el objetivo de garantizar los derechos de los trabajadores, tanto sindicalizados como no, a intervenir en las redes sociales y participar a través de ellas en *concerted activities* relativas a los términos y condiciones de empleo.

Las decisiones de la NLRB a este respecto pueden dividirse en dos categorías⁴⁰, de un lado aquellas relacionadas con el ejercicio del poder disciplinario por parte de las empresas como consecuencia de los comentarios realizados por los trabajadores en las redes relativos a sus condiciones de trabajo, y, de otro, aquellas que valoran las políticas empresariales sobre el uso de las redes sociales, dirigidas a limitar las posibilidades de los trabajadores de discutir *online* sobre su empleo. En este segundo caso no es necesario que se hayan llevado a cabo actuaciones disciplinarias basadas en los códigos de conducta, sino que es posible discutir las propias políticas empresariales en la medida en que puedan desincentivar el derecho de los trabajadores a realizar actividades protegidas.

La NLRB, que se ha enfrentado en diversas ocasiones al uso laboral de los *social media*, parte de la premisa de que la NLRA protege los derechos de los trabajadores a actuar conjuntamente, a través o no del sindicato, para abordar las condiciones de trabajo. Protección que se extiende a ciertas conversaciones relacionadas con el trabajo realizadas en las redes sociales, como por ejemplo Facebook y Twitter y que no necesariamente alcanza a los comentarios de un empleado en las redes sociales si se trata de meras quejas no realizadas en el marco de una acción colectiva. Además, por último, LA NLRB ha entendido que las políticas de los empleadores sobre el uso de las redes sociales no deberían ser tan amplias como para prohibir los tipos de actividades protegidas por la legislación laboral federal, como la discusión de los salarios o las condiciones de trabajo entre los empleados.

Naturalmente esto dista de constituir un debate acabado, pero permite trasladar las «actividades protegidas» de las taquillas a las redes sociales, configurando estas como un espacio natural de la acción colectiva. Ningún obstáculo ofrece nuestro ordenamiento para este tránsito, siempre que la mutación de escenario no de lugar a obtusas interpretaciones restrictivas que miran de soslayo a la imagen corporativa de las empresas.

La estación final en este recorrido por algunas de las derivadas laborales de las redes sociales nos lleva quizá al ámbito más delicado y relevante, el del proceso.

40 STIEGLER, C. J., «Developments in Employment Law and Social Media», *The Business Lawyer*, Tomo 71, núm. 1, 2015/2016, p. 321-332.

V. Las redes sociales en el proceso laboral

Se parte de la base de que entre las amplias posibilidades probatorias que permite el art. 90.1 LRJS se incorporan los contenidos de las redes sociales cuando, claro está, no se ha accedido a ellos ilegítimamente. Y no hay acceso discutible cuando se trata de publicaciones sin restricciones de acceso o públicas o cuando llegan al empresario porque el trabajador requirió a este para que integrara su círculo de «amigos». Así, por ejemplo, es válido el acceso a fotografías que se incorporan a Facebook sin «reserva de intimidad», reserva que no se produce cuando «no sólo por el lugar en el que se hicieron las fotos, con un gran protagonismo del actor y amigos, casi consustancial a su juventud, como por la eventualidad de su proyección pública a través del facebook de aquellos, se debe presumir admitida, además, cuando tampoco existió reparo en tomar tales fotos en lugares públicos»⁴¹

Ahora bien en caso de acceso ilegítimo a las publicaciones de Facebook, estas no podrán tenerse en cuenta como sucede, por ejemplo, cuando a ellas se llega tras un registro del ordenador de la trabajadora que no obedece a «la realización de labores de reparación del sistema informático ni en el control y eliminación del virus, sino que se entra del ordenador para examinar archivos cuyo control no puede considerarse que fuera necesario para realizar la reparación interesada (fotografías personales, descargas de internet, rastros de navegación y dispositivos ajenos a la empresa). De esta forma, no cabe entender que estemos ante un hallazgo casual, pues, se ha ido más allá de lo que la entrada regular para la reparación justificaba. Por ello, la medida adoptada por la empresa sin previa advertencia sobre el uso y el control del ordenador, supone una lesión a la intimidad de la trabajadora despedida, pues el hallazgo de los archivos personales (fotografías, descargas de internet, rastros de navegación y dispositivos ajenos a la empresa), no puede reputarse como prueba lícita por lo que [...] no se pueden tener en cuenta, a efectos disciplinarios, los mensajes emitidos por la actora en la red social Facebook a través del ordenador de su puesto de trabajo»⁴².

Incluso cabría advertir, a nuestro juicio, que aun cuando el registro del ordenador estuviera justificado, no parece posible valerse de él para entrar en los perfiles personales del trabajador (usando las contraseñas que han quedado almacenadas en la computadora o mediante otros medios). Los perfiles, cuando son privados, deben considerarse impenetrables para el empresario y, por tanto, ilícitas las pruebas obtenidas rompiendo esa privacidad.

41 STSJ Cantabria 10-11-2015 (rec. 765/2015).

42 STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 6-7-2017 (rec. 12/2017).

Sin embargo, como bien observa la doctrina, cuando se hace uso de contenido procedente de las redes sociales en el proceso el problema no es solo si su obtención ha sido lícita, sino también si esos contenidos son reflejo exacto de la realidad que se pretende acreditar⁴³. Y esta es seguramente la mayor dificultad que encuentran los contenidos que se insertan en los espacios virtuales, pues «no existe ninguna garantía de su fiabilidad, pudiendo desde reflejar meras ficciones o inventivas del usuario, hasta incluir información real, pero no reciente, que produzca el efecto de distorsionar negativamente la imagen del trabajador frente a su empresa, generando confusión»⁴⁴. Ni siquiera, la autoría de las publicaciones resulta pacífica, pues puede tratarse perfiles falsos o colonizados por personas no autorizadas.

Sin embargo, también aquí la doctrina judicial que va poco a poco surgiendo no se muestra tampoco en exceso problemática y suele dar por hecho tanto la autoría como la veracidad de los contenidos, aunque muchas veces junto con los datos sociales hay otras evidencias más tradicionales y en otros casos las partes perjudicadas por la información virtual no la ponen en entredicho, lo que podría explicar esta deriva.

Esta falta de fiabilidad no se supera tampoco con la práctica habitual de aportar actas notariales que dan cuenta de la presencia en un momento concreto de determinada información en la red. Con ello se garantiza que la desaparición posterior de esos contenidos por decisión del titular del perfil no impedirá su incorporación al proceso, pero naturalmente la intervención del fedatario público no garantiza ni la autoría ni la veracidad de los contenidos de los «muros»⁴⁵.

VI. Conclusiones

La popularización de las redes sociales ha dado lugar en el ámbito de las relaciones de trabajo a una suerte de trabajador transparente cuya intimidad es fácilmente eludible tanto por medios lícitos como por otros que no lo son, pero que no resultan sencillos de detectar. En cualquier caso, el trabajador no puede verse forzado a permitir al empresario el acceso a sus redes personales.

43 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada...», *op. cit.*, p. 367-368.

44 SELMA PENALVA, A., «La información reflejada...», *op. cit.*, p. 371.

45 NORES TORRES, L. E., «Algunos puntos críticos...», *op. cit.*, p. 48.

La exposición en los *social media* permite a las empresas usar los perfiles de los trabajadores para todo tipo de prácticas, desde la contratación al despido, no obstante es preciso, a falta de legislación específica, no caer en automatismos excesivos. Las redes imponen pautas de conducta a las que debe adaptarse la interpretación jurídica. Tampoco se puede perder de vista, en la valoración de los actos con trascendencia laboral exhibidos en las redes, las dificultades de configuración de los perfiles y el hecho de que en número importante de ocasiones el trabajador no es consciente del círculo de receptores de sus publicaciones y, por tanto, el juicio de culpabilidad debe tener presente estos factores. Tampoco se puede prescindir de los condicionantes que al tratamiento de las informaciones procedentes de las redes imponen las normas sobre protección de datos.

La propia actividad sindical está llamada a tener cada vez más protagonismo en las redes sociales y es necesario que ello no implique una limitación de las facultades que derivan del art. 28.1 CE sobre la base de consideraciones relacionadas con la imagen de las empresas. De hecho, en algunos modelos comparados se observan mecanismos especiales, aunque incipientes, de protección de las acciones colectivas de los trabajadores que se manifiestan a través de las redes sociales.

Por último, no son menores los problemas que las redes sociales suscitan en el marco del proceso y especialmente en materia probatoria. Se parte de la posibilidad de recurrir a los contenidos sociales siempre que a ellos no se haya llegado de forma ilícita. A partir de ahí las dificultades se concentran en determinar si lo que surge de los perfiles puede ser una prueba fiable y aquí las dificultades son inmensas y van desde la determinación de la autoría hasta la veracidad de los contenidos que son, por otro lado, volátiles.