

EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DERIVADO DEL USO DE LAS REDES SOCIALES¹

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela

Abstract

La pérdida de espacios de convivencia ha erigido a la red social en un ágora donde la comunicación bilateral ha dejado paso a la exposición unilateral de contenidos y opiniones. El exhibicionismo propiciado por la cultura de la aprobación cultivada en su seno ha dado pábulo a no pocos conflictos, a los cuales la empresa no ha permanecido ajena. La posibilidad de incurrir en un incumplimiento contractual consistente en el uso de la red social, o delatado por la misma, obliga a analizar el margen de libertad que el Derecho del Trabajo confiere a sus usuarios.

The loss of spaces for coexistence has turned the social network into an agora where bilateral communication has given way to unilateral exposure of content and opinions. The exhibitionism fostered by the culture of approval cultivated within it has given rise to many conflicts, to which the company has not remained oblivious. The possibility of incurring in a breach of contract through the use of the social network, or being reported by it, makes it necessary to analyse the margin of freedom that labour law confers on its users.

Title: The dismissal of the employee as a result of the use of social networks

Palabras clave: despido, redes sociales, ciberacoso, buena fe, libertad de expresión.

Key words: dismissal, social networks, cyber-harassment, good faith, freedom of speech.

IUSLabor 3/2022, ISSN 1699-2938, p. 31-56

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i03.02

¹ Este trabajo es fruto del proyecto de investigación de la Agencia Estatal de Investigación “Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global” - RETOS 220 (2020-PN181), Ref.PID2020-113151RB-I00, cuya IP es la Prof^a Lourdes Mella Méndez; y del proyecto autonómico de la Xunta de Galicia concedido en el marco del Programa de consolidación e estruturación de unidades de investigación competitivas nas universidades do Sistema Universitario de Galicia “Consolidación 2019, Grupo de Referencia Competitiva GI-1876 Empresa e Administración – EA (2019-PG032) Ref.ED431C 2019/15”, cuyo IP es el profesor César GARCÍA NOVOA.

Fecha envío: 17.06.2022 | Fecha aceptación: 31.08.2022 | Fecha publicación: 19.12.2022

Sumario

1. Introducción
2. El incumplimiento contractual del trabajador derivado del uso de las redes sociales
 - 2.1. El incumplimiento del trabajador consistente en el uso de las redes sociales
 - 2.1.1. Cuando el uso de las redes sociales es inherente al objeto del contrato
 - 2.1.2. Cuando el uso de las redes sociales está prohibido o regulado por la empresa
 - 2.2. El incumplimiento del trabajador delatado por el uso de las redes sociales
 - 2.2.1. Cuando el comportamiento recae sobre otros trabajadores o sobre terceros
 - 2.2.2. Cuando el comportamiento afecta a la empresa
3. Conclusión
4. Bibliografía

1. Introducción

“El hombre es lo menos posible él mismo cuando habla en persona. Déle usted un antifaz y dirá la verdad” (sic.)². Para WILDE, nada había más revelador del temperamento de un artista que su propia obra. Difícil es que una creación pueda incorporar algo que no exista ya en su creador, aun contra su empeño en ofrecerla como la representación aséptica de tiempos lejanos o de sucesos figurados. Escudado tras su personaje, el autor se nos muestra tal cual es, incluso a su pesar. Este privilegio, otrora reservado al artista, está hoy al alcance de cualquier usuario capaz de cincelar su perfil en una red social.

Concebida como entorno virtual de interacción personal, ha ocupado el vacío dejado por la paulatina desaparición de los lugares de convivencia tradicionales. En decir de ORTEGA Y GASSET, es el ágora, en tanto lugar “*de ayuntamiento civil*”³, el germen de toda urbe. Dentro de ella, el ser humano “*se afana por evadirse de la sociedad nativa dentro de la cual la sangre lo ha inscrito*”⁴, forjando una comunidad merced al interés que aglutinaba a sus integrantes. Hoy día cuesta ubicar lo que constituyó el corazón mismo de toda *polis* y contribuyó a trazar sus propias lindes. Si antaño la comunidad tenía una raigambre eminentemente geográfica, en la actualidad el elemento locativo ha perdido peso gracias a unos instrumentos que trascienden cualquier frontera.

Esta evolución, posibilitada por las nuevas tecnologías, ha sido propiciada por otros factores. En ella surtió una influencia decisiva el urbanismo, donde se asiste a la desaparición de aquellos barrios habitados por vecinos que pertenecían a una misma profesión y/o clase social, en pos de urbanizaciones periféricas donde “*se yuxtaponen núcleos de existencia individuales e incommunicables*”⁵. A este nuevo ideal de ciudad, concebido para dar cabida al aluvión de pobladores de pequeños municipios en vías de desaparición y cuyo núcleo queda, a menudo, consagrado a las actividades turísticas, se aúna la emergencia del comercio electrónico y la pérdida de las antiguas costumbres que congregaban a sus habitantes.

Como paliativo del aislamiento imperante en esta nueva sociedad surge la red social, suerte de ágora virtual donde el usuario ha de empeñarse en establecer unos vínculos que a sus ancestros les venían dados. Y en su empeño cuenta con la ayuda del creador de dicho ecosistema. A diferencia de la tradicional, el ágora virtual ya no es un hueco que cobra sentido por el uso que de él hacen quienes lo frecuentan, sino un fruto del ingenio

² WILDE, Oscar, “El crítico como artista”, *Oscar Wilde. Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1943, p. 842.

³ ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2008, p. 304.

⁴ *Ibid.*, p. 307.

⁵ CASTELLS OLIVÁN, Manuel, *Movimientos sociales urbanos*, Siglo Veintiuno, 3ª ed., Buenos Aires, 1977, p. 4.

humano cuyo diseño deja una inefable impronta en las relaciones humanas en ella entabladas.

La conformación de la red social transforma la forma de comunicarse y, con ello, el contenido del mensaje. De acceso aparentemente gratuito y sencillo, basta con que el interesado facilite una dirección de correo electrónico y una serie de datos cuya veracidad apenas se comprueba para que disponga de inmediato de una cuenta que lleva asociado un “perfil”. Da comienzo, con ello, la construcción de una identidad virtual, mediante una fase que podría calificarse de “identificativa”. En ella se acude a contenidos estrictamente descriptivos, como imágenes, nombres o apodos, datos relativos a la filiación, nacimiento, etc., a partir de los cuales se esboza la máscara tras la cual el individuo desea mostrarse a su comunidad virtual. Ésta deja paso a la etapa “interactiva”, a lo largo de la cual el usuario trará contacto con otros usuarios ocultos, a su vez, tras un perfil por ellos diseñado. Aunque el contacto pueda derivar de un conocimiento previo, la consolidación de la relación depende, en buena medida, del uso que de la red se haga.

A diferencia de otros medios tradicionales, como el teléfono o el correo, basados en el diálogo, la interacción en este entorno se caracteriza por la publicación unilateral de contenidos expuestos a la aprobación de la red de contactos. El tránsito de la comunicación a la publicación ha modificado también el contenido de lo transmitido y, con ello, a la selección de una comunidad que ha pasado a forjarse por afinidad, no por proximidad. La pluralidad de destinatarios impide concebir un mensaje individualizado. Por añadidura, la cultura de la aprobación, generada por la adhesión de la audiencia a lo publicado, alienta la continua difusión de contenidos, y contribuye a radicalizar las inclinaciones del titular, habida cuenta del asentimiento recibido por parte de un auditorio compuesto a su gusto. No en vano ya ha habido quien ha cuestionado el papel desempeñado por la complaciente comunidad virtual que uno crea como sustitutivo de la comunidad tradicional, caracterizada por la diversidad de pareceres. en la cual uno necesitaba desarrollar sus habilidades sociales para granjearse una amistad⁶.

Por lo anterior, no es de extrañar que el comportamiento desplegado en la comunidad virtual colisione a menudo con las reglas que disciplinan la convivencia en las comunidades reales a las que el actor pertenece. De entre esas comunidades reales que están a merced de los riesgos generados por la convivencia en estas comunidades virtuales, destaca la laboral. La empresa, pero también los compañeros de trabajo e incluso la clientela, son potenciales víctimas del uso indebido que un trabajador pueda hacer de las redes sociales. Ello explica que el empleador, como interesado o garante de la protección debida a sus trabajadores y clientes, pueda regular, controlar y

⁶ BAUMAN, Zygmunt, “Las redes sociales son una trampa”, *El País*, 9.1.2016 (disponible en: https://elpais.com/cultura/2015/12/30/babelia/1451504427_675885.html; consulta 23.2.2021).

eventualmente sancionar comportamientos contrarios a derecho, incluso con el despido disciplinario.

2. El incumplimiento contractual del trabajador derivado del uso de las redes sociales

El afán de aprobación que vienen a colmar las redes sociales fomenta la producción de contenidos impactantes, so pena de que pasen desapercibidos para la audiencia del emisor. Dejando aparte los posibles conflictos que su publicación pudiera ocasionarle en su entorno, interesa abordar aquellos comportamientos que, amén de socialmente inadecuados, pudieran constituir un incumplimiento contractual.

Tal sucede, en primer lugar, cuando en la empresa media una prohibición o una regulación relativa al uso de las redes sociales cuya conculcación supone transgredir el deber de obediencia del trabajador. Pero también cuando la red social canaliza o evidencia otro tipo de incumplimiento contractual. Interesa, a tal efecto, abordar las consecuencias extintivas del uso de unas redes que pueden constituir instrumento de trabajo, pero también de comunicación y socialización. Conviene diferenciar, a tal efecto el incumplimiento del contrato consistente en el uso de las redes sociales, del vehiculado por ellas.

2.1. El incumplimiento del trabajador consistente en el uso de las redes sociales

2.1.1. Cuando el uso de las redes sociales es inherente al objeto del contrato

Décadas después de su aparición, el uso de las redes sociales ha dejado de considerarse disruptivo o reservado a círculos selectos para devenir cotidiano. Líneas atrás las denominábamos ágoras virtuales por sustituir aquellos espacios de interacción perdidos. Pero, como el ágora, su seno no sólo es apto, sino propicio para el desarrollo de la actividad comercial. Llegados a este punto, conviene recordar que la red social no se ha creado de forma altruista, sino como un modelo de negocio basado, entre otros extremos, en el tratamiento de datos de carácter personal a partir del cual diseñar una publicidad a medida del usuario.

De esta guisa, no es de extrañar que el recurso a las redes sociales como instrumento de captación y/o relación con la clientela constituya una práctica habitual de las empresas, hasta el punto de haber cavado nuevos nichos de empleo. De ella provienen profesiones especializadas en la creación y el manejo de perfiles sociales, conocidas con el término

anglosajón de *community manager* o “*dinamizador de comunidades*”⁷. Puesto que su actividad se halla estrechamente vinculada a la publicidad y a la mercadotecnia⁸, la definición más ilustrativa de este nuevo oficio puede encontrarse en el *community manager* del sector de empresas de publicidad⁹, a tenor del cual lo será el trabajador encargado de “*gestionar, dinamizar, construir y moderar comunidades en torno a una marca en los medios sociales*” (artículo 34). Su función estriba en el manejo de unos canales de comunicación cuya titularidad ha de ser ostentada, normalmente, la empresa. De ella se desprende la ajenidad, en tanto presupuesto de una relación que tendrá un carácter laboral que también se infiere de la subordinación a las instrucciones “*que prescriba la marca*”¹⁰ para configurar la comunidad en cuestión. El acatamiento de las instrucciones procedentes “de la marca” sugiere, asimismo, su inserción dentro del ámbito organizativo del empleador, susceptible de justificar el despido del trabajador que, en su labor de dinamización, se aparte de las órdenes recibidas, cuando su desobediencia constituya un comportamiento grave y culpable (artículo 54.2.b) ET).

El margen de autonomía que acostumbra a concederse a este trabajador justifica, no obstante, que el *community manager* del sector de empresas de publicidad¹¹ lo incluya en su Grupo II, entre las “jefaturas”, puestos cuyo desempeño exige una actuación “*independiente dentro de los objetivos y directrices concretos establecidos por la Dirección*” aun cuando se deban seguir las “*instrucciones y/o procedimientos ya establecidos*”. De dicha autonomía da también testimonio el *community manager* de la Fundación ADCOR¹², que valora la formación “como *community manager*” entre las funciones y competencias para ocupar el puesto de “adjunto a dirección”. Su reciente aparición disculpa, no obstante, que otros, como el *community manager* para la empresa Grupo Agaz Abogados y Consultores, S. L.¹³ o el *community manager* de la empresa García Almagro y Cortés Chamizo Abogados, S.L.P. (artículo 17)¹⁴, opten por ubicarlo en el grupo reservado a “oficios varios”¹⁵. Otros, de forma más específica, lo engloban

⁷ COBOS, Tania Lucía, “Y surge el Community Manager”, *Razón y palabra*, nº 75, 2011, p. 2.

⁸ CASTELLO-MARTÍNEZ, Araceli, “Una nueva figura profesional: el Community Manager”, *Pangea: revista de la Red Académica Iberoamericana de Comunicación*, vol. 1, nº 1, 2010, p. 79.

⁹ B.O.E. nº 35, de 10.2.2016.

¹⁰ Véase *Community manager* provincial del Comercio Metal de la provincia de Alicante (B.O.P. Alicante nº 20 de 30 de enero de 2020); *Community manager* de la empresa Prisma Imagen Empresarial, S. L. (B.O. Cantabria nº 216, de 8 de noviembre de 2012); *Community manager* de la empresa Mig Advertising España, S. A (B.O. Cantabria nº 8 de 11.1.2018) o *Community manager* provincial del Comercio Metal de la provincia de Alicante (cit.).

¹¹ *Ibid.*

¹² B.O.P.A Coruña nº 116, de 27.7.2020.

¹³ B.O.P. Granada nº 20, de 31.1.2017.

¹⁴ B.O.P. Sevilla nº 38, de 15.2.2020.

¹⁵ Lo define, a su vez, como “*la persona encargada de gestionar, dinamizar, construir y moderar comunidades en torno a la marca de la empresa en los medios sociales*”.

dentro del grupo destinado a tareas de las áreas de marketing, venta y comunicación¹⁶. Curiosamente, el *Community manager* del Grupo Acrismatic¹⁷ reclasifica al antiguo “oficial administrativo” como *community manager*, sin precisar sus funciones.

Sea como fuere, cuando el objeto del contrato de trabajo consista o conlleve la inevitable utilización de las redes sociales, el empresario será dueño de determinar el uso que de ellas ha de hacerse. Puesto que se trata de promocionar la imagen de la empresa, es habitual que la titularidad del perfil sea ostentada, bien por la empresa, bien por el cliente, cuando se trate de empresas pertenecientes al sector de la publicidad¹⁸. De ser así, basta con que el contenido funcional de la prestación de servicios definida en el *community manager*, concretada en el contrato de trabajo y especificada merced al poder del empresario no trasgreda lo acordado ni resulte contrario a la buena fe contractual. Este último comportamiento resulta especialmente dañino cuando quien lo desarrolla manipula el escaparate virtual de la empresa. No en vano, por “*sus exigencias de confidencialidad, formación, responsabilidad o mando*” el III *community manager* de Saint Gobain Isover Ibérica, S.L.¹⁹, reserva su provisión a la libre designación del empleador. Sus consecuencias permiten, por tanto, fundamentar su despido en la causa contemplada en el artículo 54.2.d) ET.

Si, por el contrario, el perfil en cuestión ha sido creado por orden del empresario, pero a nombre del trabajador, será preciso indagar algún fundamento jurídico que legitime la utilización de una información que, perteneciendo a aquél, y haciéndolo identificable en la red, es acreedora de la consideración de dato de carácter personal, merecedor de especial protección. Con arreglo al artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE —en adelante, RGPD—, lo será cualquier información que pueda vincularse, directa o indirectamente, con una persona física, mediante métodos tan variopintos como “*un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*” (artículo 4). Lo anterior obliga a matizar lo sostenido en el párrafo precedente pues, cuando un trabajador emplee un perfil social directamente

¹⁶ Como el *Community manager* de la empresa Vozplus Telecomunicaciones, S. L. (BOP Málaga nº 11, de 17.1.2019).

¹⁷ B.O.E. nº 76, de 29.3.2019.

¹⁸ Véase, a tal efecto, el *Community manager* de la empresa Prisma Imagen Empresarial, S. L. *op. cit.*, el *Community manager* de la empresa Mig Advertising España, S. A (cit.) o el *Community manager* provincial del Comercio Metal de la provincia de Alicante (cit.).

¹⁹ B.O.E. nº 68, de 21.3.2022.

vinculado a la empresa, pero, en atención a su labor, deje un rastro en la red que permita su identificación de modo indirecto, también entrará en juego la normativa protectora de sus datos de carácter personal.

De darse este supuesto, el tratamiento de estos datos debe reposar sobre un fundamento jurídico que, en el marco de la relación laboral, acostumbra a residir en su necesidad para la ejecución del contrato (artículo 6.1.b) RGPD). La dificultad estriba en concluir hasta qué punto la cesión de datos de carácter personal resulta necesaria para el cumplimiento del contrato de trabajo, cuestión que debe ser resuelta atendiendo al contenido funcional de la prestación. Este contenido ha sido objeto de una interpretación diversa a medida que el empleo de las nuevas tecnologías ha devenido cotidiano. Así, desde una postura reticente a la captación de los datos de carácter personal cuando el objeto del contrato pudiera ser cumplido sin necesidad de ceder de información superflua por parte del trabajador²⁰, se ha evolucionado a otra más proclive a su tratamiento²¹, siempre y cuando el contenido funcional de la prestación requiera la cesión de algún dato, como pudiera ser la imagen²². Si pocas dudas ofrece la utilización de la información personal que pudiera obtenerse del rastro dejado por un trabajador que maneja la cuenta de su empleador o de un cliente, con base en esta interpretación pudiera llegar a sostenerse la necesidad de crear un perfil con los datos personales del trabajador cuando el propósito de su contratación consistiera precisamente en el reclutamiento de alguien que actuara, en nombre propio, como embajador de la empresa en ese entorno virtual. Por consiguiente, su negativa a facilitarla podría constituir un incumplimiento punible mediante el despido disciplinario.

Al margen quedan aquellos supuestos en los cuales el correcto cumplimiento de la prestación no dependa de la cesión de datos de carácter personal, en los cuales no cabría imponer al asalariado la utilización sus datos identificativos en una red social para promocionar la empresa con fundamento en su vínculo contractual. Esta interpretación es deducible del artículo 6.1.b) RGPD, pero también de la posición sostenida por el Tribunal Constitucional –en adelante, Tribunal Constitucional– en su añeja pero célebre sentencia STC 99/1994, de 11 de abril²³ que, conociendo del despido de un deshuesador de jamones por no haberse prestado a que grabaran de su labor, entendió que la ausencia de asignación de tarea alguna que implicara la exhibición de sus habilidades y su filmación excluía que el vínculo contractual originario pudiera considerarse “*por sí sólo y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada*”.

²⁰ SAN de 15.6.2007 (rec. n° 137/2017) y STS de 21.9.2015 (rec. n° 259/2014).

²¹ STS de 10.4.2019 (rec. n° 227/2017).

²² *Ibid.*

²³ Rec. n° 797/90.

Resta esclarecer si la existencia de otro fundamento jurídico, como pudiera ser el consentimiento prestado por el trabajador mediante la aceptación de una cláusula incorporada al contrato, pudiera justificar la orden empresarial de utilizar datos del trabajador en su calidad de dinamizador de contenidos de la empresa. Las circunstancias que presiden la celebración del contrato de trabajo han sembrado dudas acerca de su validez. La endémica falta de empleo padecida en numerosos sectores permite a la empresa diseñar su oferta en los términos que mejor se adecúen a su interés²⁴, sin que al trabajador le quepa opción distinta a la de aferrarse a ella sin discutir su contenido. Esta ausencia de negociación dota al de trabajo de las características propias de los contratos de adhesión. Concorre la predisposición, puesto que su texto será previamente elaborado por el empresario, sin que el trabajador sea llamado a contribuir a su contenido²⁵. También la imposición, dado que el trabajador carecerá del poder de modificar los pliegos, pues su disenso no dará paso sino a su sustitución por otro candidato²⁶. De su aptitud para reflejar un consentimiento válido se han mostrado recelosos ciertos pronunciamientos judiciales²⁷ que ha visto en la incorporación de ciertas “cláusulas/tipo” que el trabajador se limita a asumir en el momento de firmar el contrato su resignación en el “*momento de acceso a un bien escaso como es el empleo*”²⁸.

Pese a la desconfianza que suscita el consentimiento del trabajador como fundamento jurídico de una cesión de datos de carácter personal innecesaria para la ejecución del contrato de trabajo, procede reconocer la admisión expresa que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales –en adelante, LOPDGDD– hace de éste como título legitimador del tratamiento de algunos mercedores de la mayor protección. Aunque prohíbe el de aquéllos que permitan identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico de su titular; admite que se consienta el de los datos genéticos o biométricos, dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, o de cualesquiera datos relativos a la salud una persona física identificada o identificable. Tales datos podrían resultar comprometidos cuando la empresa exija del trabajador la utilización de una cuenta de carácter personal en su desempeño profesional en las redes sociales. Consciente de la repercusión derivada del conocimiento de esta información, el RGPD ofreció a los Estados la posibilidad de prohibir que su tratamiento se fundamentara

²⁴ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, *El precontrato de trabajo*, Reus, Madrid, 2010, p. 82.

²⁵ PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 25.

²⁶ Puesta ya de relieve por GALLART FOLCH, Alejandro, *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares, Granada, 2010, p. 28)

²⁷ STS 21.9.2015, *op. cit.*

²⁸ *Ibid.* En el mismo sentido, véase SAN de 15.6.2017, *op. cit.*

en el mero consentimiento del interesado (artículo 9.2.b)), opción de la cual no ha hecho uso el legislador español (artículo 9.1 LOPDGD).

En contra del tenor literal de una norma que no ha sido redactada en atención a las circunstancias que condicionan la emisión del consentimiento en una relación jurídica desequilibrada, como la que vincula a empresario y trabajador, procede retomar la posición adoptada por los tribunales y abogar por la nulidad de aquellas cláusulas que comporten una cesión de datos injustificada, a la luz del cumplimiento del objeto del contrato. Esta posición encuentra respaldo, asimismo, en el Dictamen 8/2001 del Grupo de Trabajo del artículo 29 de la anterior Directiva 95/46/CE, sobre el tratamiento de datos personales en el seno de una relación de trabajo²⁹, donde se desaconsejaba que el título legitimador del tratamiento de datos en el seno de una relación laboral fuera el consentimiento, al que únicamente cabría acudir cuando el trabajador pudiera emitirlo con libertad y revocarlo sin exponerse a consecuencia adversa alguna. Posteriormente, su Dictamen 2/2017, relativo al tratamiento de datos en el trabajo³⁰ no pudo sino reconocer que el consentimiento del asalariado estaba condicionado por la dependencia característica de una relación aquejada, desde sus orígenes, por un notable desequilibrio entre los contratantes. Por consiguiente, *“salvo en situaciones excepcionales, los empresarios tendrán que basarse en otro fundamento jurídico distinto del consentimiento, como la necesidad de tratar los datos para su interés legítimo”*. Con base en esta interpretación, ha de rechazarse la imposición de cláusulas que obliguen al trabajador a utilizar sus cuentas privadas en redes sociales, por más que su cometido en la empresa consista en el manejo de las redes sociales, cuando exista la alternativa de crear una de tipo profesional que no comprometa más datos de carácter personal que los estrictamente necesarios para cumplir con su cometido. La negativa a ponerlos a disposición del empleador no podrá, en consecuencia, fundamentar su despido disciplinario por desobediencia (artículo 54.2.b) ET).

2.1.2. Cuando el uso de las redes sociales está prohibido o regulado por la empresa

Cuando el objeto del contrato no comporte el manejo de las redes sociales, el empresario carece, en principio, de poder para dictar instrucciones relativas a su utilización. Dependerá, en tal caso, del criterio del propio asalariado hacerse o no usuario de ellas y entablar, a través de las mismas, unas relaciones más o menos constructivas. Esta libertad alcanza, no obstante, hasta donde no impida el correcto cumplimiento del contrato. Superado ese límite, el uso que el trabajador haga de sus redes sociales adquiere

²⁹ Article 29 working party, “Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context” 2001 (disponible en: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf; consulta 16.12.2020), p. 3.

³⁰ *Ibid.*

relevancia para un empresario que podría tener interés en regularlo. El margen que el ordenamiento jurídico le confiere varía en función de la titularidad del medio a través del cual se acceda a la red y del momento escogido para hacerlo.

Si el medio es de titularidad empresarial (por ejemplo, un ordenador, una tableta o un teléfono móvil facilitado por la empresa), ha de estar a lo dispuesto en el artículo 87.3 LOPDGDD, que faculta al empresario a admitir o no la utilización privada de los instrumentos de trabajo, previniéndolo de que su tolerancia conllevará la necesidad de especificar las condiciones de acceso. A tal fin, deberá establecer los “*criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente*”. Lo anterior sugiere supeditar el alcance de la prohibición a los usos sociales vigentes, de suerte que un acceso puntual a las redes sociales desde los instrumentos de trabajo sólo podría vetarse de forma absoluta cuando aquéllos pudieran aconsejarlo.

Cuando de los usos sociales se deduzca cierta tolerancia del un aprovechamiento privado de los instrumentos de trabajo, el control llevado a cabo por la empresa ha de respetar las garantías que previamente se hubieran establecido, tales como “*la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados*”. Con ello se pretende promover una regulación del uso de los instrumentos de trabajo capaz de disuadir al trabajador de la comisión de una conducta prohibida, excluyendo cualquier otra que brinde cobertura a un control sorpresivo. El propósito preventivo de esta regulación se refuerza gracias al deber de información que incumbe al empleador, en virtud del cual debe advertir a sus trabajadores acerca de los criterios de uso que resulten de aplicación y de los cuales se deducirá el alcance de su legítima expectativa de privacidad. Ésta se disipa de haberse prohibido cualquier aprovechamiento privado de los dispositivos digitales facilitados por la empresa. Por consiguiente, un uso prohibido detectado por el empresario podrá justificar su despido disciplinario por desobediencia de llegar a revestir la gravedad y culpabilidad requerida por el 54.2.b) ET, siempre y cuando mediare una previa prohibición.

Excede del ámbito regulador que confiere al empresario el artículo 87 LOPDGDD el acceso del trabajador a las redes sociales mediante sus propios dispositivos. También de las facultades que le atribuye el nuevo artículo 20 bis ET que, al reconocer el derecho “*a la intimidad en relación con el entorno digital*” lo constriñe al referido al “*uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador*”. Sin embargo, ello no significa que no se pueda prohibir su utilización en tiempo y lugar de trabajo cuando ello pudiera impedir el cumplimiento de las obligaciones concretas de su puesto con la diligencia debida (artículo 5.a) ET). Habida cuenta de la procrastinación a la que induce

su abuso, es de todo punto razonable admitir que se prohíba su consulta durante la jornada de trabajo, interdicción contenida en numerosos convenios colectivos³¹. La tolerancia manifestada antaño con otras conductas similares, como la realización de llamadas telefónicas durante la jornada laboral³², obliga a ser prudentes y, en atención al principio gradualista, evitar aplicar la sanción más severa sólo cuando del incumplimiento del trabajador no se traduzca en una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado (artículo 54.2.e) ET)³³.

A falta de un derecho que franquee el acceso al dispositivo de titularidad privada, procede invocar el artículo 20 ET, inalterado tras la entrada en vigor de la LOPDGDD, a tenor del cual “*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*”. Puesto que aquélla se resiente con la vulneración de otros derechos fundamentales, como el relativo a la intimidad³⁴, procede deslindar en qué medida el empresario puede acceder a los contenidos transmitidos. A tal efecto, los tribunales han hecho depender su disponibilidad de las restricciones de privacidad instauradas por la empresa³⁵. Por consiguiente, cuando el trabajador no hubiera hecho uso en sus publicaciones de las restricciones de privacidad puestas a su disposición por la red social, nada impide a la empresa consultar los contenidos exhibidos con carácter público y sancionar su conducta, de constatar que los mismos han sido editados en tiempo y lugar de trabajo.

Esta interpretación ha merecido la censura de la doctrina, que puso en duda la culpabilidad de la conducta cometida por un trabajador apenas consciente de hacer uso de un espacio “*(semi) público*”³⁶. La obscuridad de que a menudo adolecen las condiciones de privacidad las redes sociales, unida a la falta de conocimientos

³¹ Artículo 43 del I *Community manager* de la empresa Malupa Restauración, S.L. (B.O. de Tarragona nº 2020, de 14.9.2020); artículo 43 del I *Community manager* de la empresa Restaurantes Rápidos de Salou, SL (B.O. de Tarragona nº 2021 de 7.1.2021); artículo 34 del *Community manager* de la empresa Electrimega, S.L. (B.O. Canarias, nº 232, de 30.11.2015) y artículo 77 del II *Community manager* de la Asociación para la Gestión de la Integración Social (B.O.E. nº 163, de 9.7.2019), entre otros.

³² Siempre que se haga un uso moderado. Véase, a tal efecto: STS de 26.9.2007 (rec. nº 966/2006). y STSJ Cantabria de 18.1.2007 (rec. nº 1149/2006).

³³ ATS de 4.12.2014 (rec. nº 1216/2014) y STSJ País Vasco de 2.12.2015 (rec. nº 2374/2014).

³⁴ GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, p. 115.

³⁵ STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 6.7.2017 (rec. nº 12/2017).

³⁶ PÉREZ REY, Joaquín, “Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. nº 6712/2016”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 415, 2017, p. 187.

especializados por un trabajador, a menudo lego en la materia, robustece la conveniencia de establecer reglas relativas a su consulta en tiempo y lugar de trabajo.

El establecimiento una política empresarial clara acerca del uso de las redes sociales, acompañada del despliegue de medidas formativas destinadas a inculcar una cultura que conjure el riesgo de incurrir en un incumplimiento contractual mediante su utilización constituyen, pues, instrumentos indispensables para prevenir en lugar de sancionar su mal uso.

Es de advertir, no obstante, que el derecho del empresario a regular el acceso a las redes sociales en tiempo y lugar de trabajo, o el realizado a través de los dispositivos por él proporcionados, no conlleva el de disciplinar el uso que de ellas se haga, de haberse tolerado. A no ser que su manejo integre el objeto de la prestación debida por el asalariado, éste goza, en principio, de plena libertad para desplegar a través de ellas el comportamiento que estime pertinente, dado que constituyen un canal a través del cual discurre su vida privada. Sin embargo, lo afirmado debe exceptuarse cuando su conducta afecte a la empresa o a las personas sobre las cuales aquélla ostente algún deber o responsabilidad, como pueden ser sus empleados o sus clientes, aspecto que será abordado a renglón seguido.

2.2. *El incumplimiento del trabajador delatado por el uso de las redes sociales*

2.2.1. Cuando el comportamiento recae sobre otros trabajadores o sobre terceros

De no formar parte del objeto de la prestación debida, ni frustrar su cumplimiento, el uso de las redes sociales por parte del trabajador pertenece a su esfera privada³⁷ sin que los contenidos en ellas publicados revistan relevancia laboral alguna. Sin embargo, el uso de las redes sociales no sólo constituye un incumplimiento laboral en sí mismo, “*sino también por las actividades realizadas a través de ellas*”³⁸ cuando afecten a otros trabajadores o repercutan en la propia empresa.

En cuanto concierne al primer supuesto, el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales -en adelante, LPRL- atribuye a la empresa el deber de proteger a sus trabajadores frente a los riesgos laborales que sobre

³⁷ PÉREZ REY, Joaquín, “Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral”, *op. cit.*, p. 185.

³⁸ MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “El uso de las redes sociales por el trabajador como incumplimiento laboral y su responsabilidad disciplinaria y contractual”, en AA.VV. *Direito Internacional do Trabalho. Aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção do trabalhador*, LTr, São Paulo, 2018, p. 126.

ellos se ciernan, hasta el punto de presumirse el origen profesional de toda lesión sufrida por el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo (artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante, LGSS). Dicha lesión puede ser de índole física o psíquica, incluyéndose dentro del ampliado concepto de accidente de trabajo todas aquellas dolencias fruto de una deficiente organización del trabajo o de un entorno laboral adverso³⁹. Dejando a un lado las primeras, interesa hacer hincapié en las segundas, a menudo ocasionadas por comportamientos violentos perpetrados a través de las redes sociales.

Que la comisión de tales conductas constituye un riesgo digno de ser atajado ha quedado en evidencia tras la aprobación del Convenio nº 190 (2019) de la OIT, sobre la violencia y el acoso. Su texto se ocupa de la violencia psíquica o moral y, dentro de ésta, da cabida tanto a aquélla consistente en un acto puntual, como a la ejercida de forma continuada o recurrente sobre un trabajador con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de sumirlo en un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. En consecuencia, cualquier ofensa transmitida mediante las redes sociales, de revestir la culpabilidad y la gravedad suficientes, podría ser castigada con el despido disciplinario, de recaer sobre el empresario, sobre las personas que trabajan en la empresa o sobre los familiares que convivan con ellos, sin que sea preciso dirigirla a sus destinatarios expresamente, bastando con su mera difusión⁴⁰.

La redacción del artículo 54.2.c) ET concuerda con lo preceptuado por el Convenio nº 190 (2019) de la OIT, sobre la violencia y el acoso, cuyo ámbito de aplicación comprende “*un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida*”, incluyendo, así, tanto la violencia puntual como aquélla eventualmente constitutiva de acoso.

Ésta acontece cuando un brote de violencia adquiere vocación de continuidad, revelando una estrategia urdida a fin de menoscabar la autoestima del trabajador y provocar su exilio del entorno laboral. Se habla, en este caso, de acoso moral o psicológico, concepto todavía carente de recepción legal en el Derecho español, que ofrece como único fundamento jurídico para su persecución el deber de protección *ex* artículo 14 LPRL, en tanto no haya entrado en vigor el citado Convenio nº 190 (2019) de la OIT. Mientras tanto, será preciso acudir a la doctrina jurisprudencial que lo conceptúa como una “*conducta abusiva o violencia psicológica*” a la que “*se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos,*

³⁹ STS Castilla-La Mancha de 15.11.2013 (rec. nº 767/2013).

⁴⁰ STSJ Cataluña de 6.11.2015 (rec. nº 4006/2015).

palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que (ponen) en peligro o (degradan) sus condiciones de trabajo, cuya finalidad estriba en el “aislamiento del interesado”” produciéndole “ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido”⁴¹. Se puntualiza que, aun tratándose de una suerte de “estrés laboral”, se caracteriza “por tener su origen –más que en el trabajo– en las relaciones interpersonales que se producen en el seno de la Empresa” (sic.)⁴².

El descuido del legislador, no remediado tras la tipificación por parte del Derecho de la Unión Europea del acoso discriminatorio⁴³ permite asistir a un curioso fenómeno, consistente en la regulación de la especie con anterioridad a la del género, proscribiéndolo en tanto práctica discriminatoria⁴⁴. Su transposición al ordenamiento jurídico español, llevada a cabo, primero, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, seguida de la la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, consagró la tendencia a tipificar el acoso dirigido contra víctimas frecuentes de un trato discriminatorio. Continúa en la misma senda la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que tipifica el acoso discriminatorio por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Puesto que la vulnerabilidad de los sujetos merecedores de esta especial consideración por parte del legislador no ha hecho sino agravarse a través de los medios virtuales, quizá sea el momento de aprovechar la necesaria reforma de la regulación relativa al acoso en el

⁴¹ Véase STSJ Galicia de 12.9.2002 (rec. nº 3806/2002).

⁴² *Ibid.*

⁴³ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

⁴⁴ SERRANO ARGÜESO, Noemí, “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, nº 7, 2011, p. 88 y siguientes.

trabajo para tipificar el perpetrado a través de instrumentos digitales y diseñar una tutela preventiva *ad hoc*.

Lejos de constituir un elemento neutro en la ejecución de las conductas constitutivas de acoso, el ecosistema virtual, en general, y las redes sociales, en particular influyen en el comportamiento del agresor y acentúan la vulnerabilidad de la víctima. El anonimato que parecen garantizar puede incrementar la osadía del agresor, así como la búsqueda de la mayor repercusión posible que se acostumbra a procurar con su uso. Ensanchan, además, el ámbito de exposición una víctima que se halla a su merced fuera del tiempo y del lugar de trabajo, gracias a la “*licuefacción de los códigos espacio temporales*”⁴⁵ obrada por las nuevas tecnologías. Y, por último, multiplican el impacto de una agresión puntual que, por obra y gracia del medio a través del cual es perpetrada, puede irrogar efectos continuos, multiplicándose su impacto a medida que el contenido es conocido y compartido por otros usuarios.

Descuellan así nuevos rasgos que obligan a formular una definición específica del acoso perpetrado a través de las nuevas tecnologías. No obstante, al igual que sucede con el acoso moral en el trabajo, todavía se carece de norma alguna que ofrezca una definición del perpetrado a través de instrumentos digitales. Las Directrices multisectoriales para abordar la violencia de terceros y el acoso relacionado con el trabajo, pactadas por los agentes sociales de la UE pertenecientes tanto al sector público como al privado (EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce and CoESS)⁴⁶ traen a colación el *cyberbullying* como una nueva forma de violencia y acoso en el trabajo. También en el Informe “(I) *la violencia y el acoso en el lugar de trabajo en Europa: alcance, repercusiones y políticas*”⁴⁷, publicado por EUROFOUND, se califica de “*problema emergente*”⁴⁸. Dejando de lado el término *cyberbullying*, comúnmente empleado para aludir al acoso perpetrado mediante las nuevas tecnologías entre menores de edad, se propone acudir al término “*ciberacoso*”⁴⁹ para

⁴⁵ ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail n° 2016-1088”, *Trabajo y derecho*, n° 30, 2017 (versión digital).

⁴⁶ Disponible en: <https://www.eurocommerce.eu/media/71626/Spanish.pdf>; consulta 20.7.2019.

⁴⁷ Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2015/working-conditions/violence-and-harassment-in-european-workplaces-extent-impacts-and-policies-executive-summary>, consulta 25.7.2019.

⁴⁸ Véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, “Caracterización jurídica del ciberacoso moral laboral”, en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (directora) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (coordinadora) *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 361 y siguientes.

⁴⁹ Véase DE VICENTE PACHÉS, Fernando, “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Revista de información laboral*, n° 2, 2017, p. 99-120 y DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 35; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, “Caracterización jurídica del ciberacoso”, *op. cit.*, p. 361-381; y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Ciberacoso:*

designar al acoso laboral realizado a través del entorno digital, en general, siendo el perpetrado a través de las redes sociales una de sus manifestaciones.

Por el momento, sólo el Convenio nº 190 (2019) de la OIT ha revisado el ámbito geográfico/temporal susceptible de albergar tales conductas. Consciente de la aparición de un ecosistema digital susceptible de cobijar conductas de indudable repercusión laboral, pero ejecutadas allende el marco geográfico-temporal en el cual se encuadra el débito laboral, acoge diversas formas de violencia habidas en el trabajo. Su ámbito de aplicación comprende así el acoso perpetrado “en el mundo del trabajo”, tanto si ocurre “*durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*” (artículo 3), haciendo mención expresa al llevado a cabo “*en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación*” (artículo 3.d)).

Una interpretación acorde con esta disposición convencional justificaría el despido disciplinario del trabajador que vierte ofensas en las redes sociales contra el empresario, sus compañeros o los familiares que convivan con ellos (artículo 54.2.c) ET) mediante perfiles personales, incluso fuera del tiempo y lugar de trabajo. Dicha interpretación, adoptada ya por la doctrina jurisprudencial para sancionar las ofensas vertidas en redes sociales⁵⁰, sería extensible también para los supuestos de acoso perpetrado a través de las mismas, si bien, en ambos casos, los comentarios deben revestir la suficiente gravedad⁵¹ y valorarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean cada supuesto como, por ejemplo, el estado psicológico del emisor⁵². La doctrina jurisprudencial también ha tomado en consideración el carácter escrito de los comentarios transmitidos en redes sociales como un factor agravante de la conducta, habida cuenta de la “mayor reflexión” que entraña su manifestación y la “*comprensión de su alcance y significado*”⁵³ por parte del agresor. En ocasiones, también la continuidad en sus publicaciones⁵⁴, en tanto denota la gravedad de su alcance.

A la difuminación de los códigos espacio-temporales que otrora delimitaron los actos violentos punibles por el empresario, interesa añadir otro rasgo distintivo del ciberacoso, cual es la permanencia de unos contenidos susceptibles, a su vez, de dar pábulo a una difusión viral. Con base en aquél no han faltado autores que hayan deducido la existencia

la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 54, entre otros.

⁵⁰ STSJ Cataluña de 30.9.2015 (rec. nº 3001/2015).

⁵¹ STSJ Málaga de 15.11.2013 (rec. nº 1331/2012).

⁵² STSJ Extremadura de 23.3.2017 (rec. nº 66/2017).

⁵³ STSJ Cataluña de 30.9.2015 *op. cit.*

⁵⁴ STSJ Madrid de 19.7.2019 (rec. nº 223/2019).

de acoso de un comportamiento aislado que, gracias a la renuencia de su autor a retirarlo, irrogase a la víctima daños constantes, generando un impacto creciente a medida que se comparte con otros usuarios⁵⁵.

Interesa aquí traer a colación el oportuno razonamiento contenido en la STSJ Madrid de 30 de junio de 2020⁵⁶, donde se destaca el riesgo de que cualquier contenido difundido mediante las redes sociales pueda “*ser modificado o descontextualizado, independizarse de la voluntad del autor y circular con mayor o menor extensión, de forma incluso imprevista por (aquél)*”. La singularidad del medio hace que no exista “*texto o imagen (...) que no corra el riesgo de terminar de una manera u otra transformada, reinterpretada y hecha pública*”, permitiendo “*amplificar hasta extremos impensables hasta hace pocos años los efectos de la creatividad, la libertad de expresión y del acceso a la información, pero también de la maldad y la estupidez humanas*”⁵⁷.

La creación de un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo gracias al impacto creciente que las redes sociales infunden a actos violentos aislados, y la expansión del ámbito de vulnerabilidad de la víctima ante agresiones de origen profesional dota el ciberacoso de rasgos propios, al tiempo que sugiere el fortalecimiento del poder disciplinario del empresario. Si tanto el despido motivado por las ofensas vertidas en redes sociales como el derivado del ciberacoso proceden siempre y cuando la conducta sancionable pueda considerarse un incumplimiento “contractual”, podrán invocarse ambas causas para sancionar cualquier acto violento que recaiga sobre sujetos acreedores de protección por parte del empresario.

Es por ello que, en aras de la seguridad jurídica, interesa favorecer la persecución de estas conductas mediante su tipificación en el protocolo destinado a prevenirlas⁵⁸, adquiriendo especial relevancia la previsión de medidas preventivas orientadas a la formación y sensibilización a fin conjurar comportamientos constitutivos de violencia y acoso, fomentando así el buen uso del entorno digital.

⁵⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, “Caracterización jurídica del ciberacoso”, *op. cit.*, p. 374 y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mikel, *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 174.

⁵⁶ Rec. nº 1399/2019.

⁵⁷ STSJ Madrid de 30.6.2020 (rec. nº 1399/2019), aunque a dicho grupo cerrado tengan acceso 1.715 personas.

⁵⁸ Así lo hace, por ejemplo, el Protocolo de prevención y actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género de la Universidad de Santiago de Compostela (aprobado por el Consejo de Gobierno en la sesión ordinaria de 29 de julio de 2016 y modificado en la de 27 de octubre de 2016), cuando alude al “*envío de mensajes con contenido sexual ofensivo por cualquier medio de comunicación a distancia o a través de redes sociales*”.

Más discutible se antoja la adopción de protocolos destinados a disciplinar el uso de las redes sociales privadas por parte del trabajador. La razón estriba en la ausencia de fundamento jurídico alguno susceptible de legitimar la regulación del uso de un perfil privado, cuando la conducta no atente contra la salud del trabajador. Cuando este riesgo desaparece, el mero interés empresarial de regular un uso de las redes sociales acorde a una determinada política de empresa excede del objeto del contrato y puede comportar una abdicación injustificada de las libertades del trabajador.

Permanecen, por tanto, ajenas al poder disciplinario del empresario aquellas agresiones de etiología privada, sin perjuicio de su persecución desde otras ramas del ordenamiento jurídico. Y también cualesquiera actos cuyo destinatario no sea miembro de la plantilla de la empresa o familiar de aquél, salvedad hecha de aquellas conductas susceptibles de conculcar la buena fe contractual, de las cuales se ocupa el siguiente epígrafe.

2.2.2. Cuando el comportamiento afecta a la empresa

Todo trabajador se compromete a cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo “*de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia*”. Se obliga, en consecuencia, a “*a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico*”⁵⁹, que se concreta en la omisión de conductas desleales o lesivas, tanto dentro, como fuera del tiempo y del lugar de recepción del débito laboral. Así, por ejemplo, transgrede la buena fe quien compite deslealmente con su empleador (artículo 21 ET) contactando con su clientela a través de las citadas redes⁶⁰. También quien se halla en situación de incapacidad temporal sin base real para ello y difunde los quehaceres a los que dedica el tiempo de recuperación⁶¹.

Ambos supuestos han sido delatados por las publicaciones mostradas en las redes sociales y sancionados con el despido disciplinario. Antes de que las redes sociales hicieran su aparición, muchas de las citadas conductas permanecían impunes debido a la imposibilidad de la empresa de conocer su comisión. No obstante, el rastro que hoy día dejan sus autores en las redes sociales permite detectarlas, así como recabar la prueba necesaria para sancionarlas, razón por la cual los tribunales han conocido una eclosión de despidos derivados de conductas perpetradas en un espacio ajeno al trabajo, pero dotadas de repercusión laboral.

⁵⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social. Colección estudios, Madrid, 2001, p. 31.

⁶⁰ STSJ Madrid de 15.6.2012 (rec. nº 475/2012).

⁶¹ STSJ Asturias de 14.6.2013 (rec. nº 241/2013) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 29.10.2015 (rec. nº 2723/2014).

Más controvertido resulta apreciar dicha repercusión cuando la conducta consiste en atentar contra la reputación de la empresa vertiendo comentarios denigrantes en las redes sociales o la desprestigia con su proceder en las mismas. Ambos comportamientos han sido disciplinados como una transgresión de la buena fe contractual que, de ser grave y culpable, podrá dar pie a su despido (artículo 54.2.d) ET). Pero no ha de olvidarse que, además de ser grave y culpable, el acto en cuestión ha de presentar una vinculación contractual que justifique el ejercicio de un poder emanado del contrato de trabajo. Y, si bien es cierto que la doctrina ha admitido que las facultades del empresario fueran desplegadas no sólo cuando las redes sociales tuvieran un “uso laboral”, sino siempre que mediara una “vinculación de dicho uso con el desarrollo de la actividad laboral”⁶², los tribunales han apreciado dicha vinculación con excesiva facilidad.

Su concreción en cada caso⁶³ franquea la entrada a una suerte de “contenido ético” que se traduce en derechos a favor del empresario⁶⁴, entre los cuales se encuentra el de sancionar conductas potencialmente atentatorias contra el prestigio de la empresa. Es de advertir que la confianza infundida por el asentimiento de una comunidad creada a medida del trabajador hace de su perfil una cámara de eco, donde vierte todo tipo de opiniones. Esta sobreexposición sugiere analizar con cautela las causas justificativas de despido, a fin de velar por la salvaguardia de sus derechos.

No falta quien sostenga que el buen nombre del empleador justifica un enjuiciamiento más severo de la conducta del trabajador en las redes sociales cuando uno de los principales activos a proteger sea su clientela, como acontece en cualesquiera empresas vinculadas al comercio⁶⁵. Frente a esta postura, procede recordar que la lealtad no ha de convertir al trabajador en un heraldo de la política empresarial en todas las facetas de su vida. Desde luego que lo es si su cometido consiste en la construcción de una imagen empresarial a través de las redes sociales. Pero no ha de serlo cuando sus funciones no gocen de una proyección exterior, ni por su propia naturaleza, ni por su posición jerárquica en la empresa, siempre y cuando no incurra en conductas abiertamente contrarias a la buena fe, como la suplantación de la identidad de un compañero o superior jerárquico mediante la creación de un perfil falso y ofensivo en una red social⁶⁶ o la difusión de datos sin un título que la legitime⁶⁷.

⁶² MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “El uso de las redes sociales por el trabajador como incumplimiento laboral y su responsabilidad disciplinaria y contractual”, *op. cit.*, p. 126.

⁶³ GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato*, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato*, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁶ SJS nº 1 de Cartagena de 6.7.2011 (rec. nº 259/2011).

⁶⁷ STSJ Castilla y León de 30.4.2014 (rec. nº 491/2014).

La propia actividad de la empresa tampoco resulta indiferente, cuando las circunstancias impongan un especial respeto y dignidad personal en su ejecución⁶⁸, cuando se pretenda salvaguardar de la exposición pública un entorno de trabajo poblado por personas especialmente vulnerables⁶⁹ o cuando se difunda la imagen de superiores jerárquicos o de compañeros sin su consentimiento, máxime cuando éstos se encuentren desarrollando su vida personal⁷⁰.

La eventual procedencia del despido guardará también relación con aspectos vinculados a la repercusión del mensaje publicado, que no será idéntica de haberse difundido a través de un perfil o grupo público que el publicado en uno privado, por más que pertenezca a trabajadores de la empresa⁷¹. Y, en caso de perfiles privados, también se tendrá en cuenta el número de contactos o “amigos” que tengan acceso a sus contenidos a fin de ponderar la repercusión de lo expuesto en ellos⁷², dado que *“el envío de un mensaje impactante en una red social hace que frecuentemente los destinatarios a su vez lo divulguen”*⁷³. Es por ello que el emisor debe prever la posibilidad de que llegue a ser conocido por la empresa, que no vulnerará sus derechos fundamentales de utilizarlo en su contra. En todo caso, parece influir decisivamente que el perfil presente una vinculación directa con la empresa⁷⁴.

No obstante, aun cuando exista una alusión expresa a la empresa o a algunos de sus miembros, procede recordar la libertad que el artículo 20 CE reconoce a quien se atreva a criticar la conducta de otros, aun cuando lo haga de forma desabrida o molesta⁷⁵, siempre y cuando dicha libertad se ejercite conforme a las exigencias de la buena fe⁷⁶. Así, en aras del pluralismo y del espíritu de apertura, en una sociedad democrática⁷⁷ se han de tolerar *“aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público”*, siempre y cuando no puedan considerarse injurias o calumnias⁷⁸. Pese a ello, no han faltado pronunciamientos proclives a considerar las críticas vertidas contra el empleador como transgresiones a la buena fe contractual, sin reparar en su aptitud para contribuir a la

⁶⁸ STSJ Aragón de 26.6.2019 (rec. n° 350/2018).

⁶⁹ STSJ Madrid de 27.11.2018 (rec. n° 558/2017).

⁷⁰ STSJ Galicia de 29.5.2019 (rec. n° 682/2019).

⁷¹ STSJ Madrid de 30.6.2020 (rec. n° 1399/2019), aunque a dicho grupo cerrado tengan acceso 1.715 personas.

⁷² SJS n° 1 de Zaragoza de 21.2.2018 (rec. n° 396/2017).

⁷³ STSJ Aragón de 18.5.2016 (rec. n° 300/2016).

⁷⁴ SJS n° 2 de Palma de Mallorca de 28.2.2018 (rec. n° 531/2017).

⁷⁵ STC 23/2010, de 27 de abril (rec. n° 4239/2006).

⁷⁶ STSJ Cataluña de 30.1.2017 (rec. n° 6712/2016).

⁷⁷ STC 107/1988, de 8 de junio (rec. n° 57/87).

⁷⁸ STSJ Galicia de 8.10.2014 (rec. n° 2941/2014).

fiscalización del proceder algunas empresas, especialmente cuando han sido contratadas por las Administraciones para prestar un servicio público⁷⁹ o se nutren de fondos públicos⁸⁰.

Con mayor ahínco cabe sostener una interpretación extensiva del derecho a la libertad de expresión cuando instrumentaliza el legítimo ejercicio del derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE)⁸¹. En ese sentido, se ha otorgado amparo a la reiterada reproducción en el perfil de una red social de comentarios sobre la empresa y sus directivos⁸², tratándose de manifestaciones que, si bien pudieran considerarse “desabridas e hirientes”, no podrían reputarse “*gravemente ofensivas ni vejatorias, innecesarias, gratuitas o desconectadas del conflicto laboral subyacente*”⁸³. En este caso, la libertad de expresión del trabajador saldría reforzada al vehiculizar el derecho fundamental a la libertad sindical, siendo la finalidad de los comentarios el principal baluarte de su procedencia. Así se infiere de los términos de un fallo que ampara una respuesta que no buscaba sino “*lograr el respeto de las condiciones laborales que se consideraban infringidas, pese a que los responsables de la empresa pudieran considerar que el mensaje*”, impreso en camisetas y difundido a través de las redes sociales, “*fuera ofensivo, molesto o hiriente*”⁸⁴.

Bien es cierto que los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la libertad de expresión, han de ser ejercidos conforme a los postulados de la buena fe⁸⁵. De este argumento se ha servido quien defiende el agotamiento de “*otras vías hábiles, internas u oficiales*”⁸⁶ de reclamación, a fin de evitar daños innecesarios a la empresa. Esta interpretación se vería reforzada tras la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. No obstante, las limitaciones intrínsecas a su ámbito de aplicación, unidas al hecho de que la denuncia a través de las redes sociales pueda resultar tanto más efectiva, impide considerar que su vigencia deba menoscabar el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión del trabajador.

⁷⁹ STSJ Andalucía (Sevilla) de 8.6.2017 (rec. nº 2275/2016) amparándose, una vez más, en la existencia de un código de conducta, y aunque no se haya acreditado la irrogación de daño alguno a la empresa.

⁸⁰ Sucede en el caso enjuiciado por la STSJ Cataluña de 3.3.2016 (rec. nº 191/2016).

⁸¹ Aludiendo a la “libertad de expresión sindical”, véase STSJ Galicia de 19.12.2020 (rec. nº 4183/2019).

⁸² STC 126/2018, de 26 de noviembre (rec. nº 223/2018).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.* En el mismo sentido, véase STSJ Cantabria de 11.2.2020 (rec. nº 997/2019) y STSJ Cataluña de 3.3.2016 (rec. nº 191/2016).

⁸⁵ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 90.

⁸⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 91.

Tampoco podrá escudarse la empresa en protocolos redactados con el propósito de blindar su imagen cuando trasciendan manifiestamente su función de especificar el alcance de la buena fe a observar por sus trabajadores. En concreto, se ha rechazado que una política de empresa relativa a la participación de sus trabajadores en las redes sociales pueda primar sobre los derechos fundamentales de aquéllos. En consecuencia, no podrá exigir de ellos una “conducta intachable” cuando se les pueda relacionar con la empresa so pretexto de la buena fe contractual, hasta el punto de punir la redacción de un simple texto irónico acerca de la compañía⁸⁷.

En suma, una construcción del espacio de libertad del trabajador cimentada sobre criterios propios del Derecho de obligaciones y contratos⁸⁸ se arriesga a restringir en extremo el ejercicio de un derecho fundamental cuando no existan “razones de necesidad estricta” que lo justifique, no bastando “con la sola afirmación del interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento”⁸⁹.

3. Conclusión

La irrupción de las redes sociales ha influido en el modo de prestar servicios, bien de forma estructural, bien de manera incidental. Muestra del primer supuesto es la nueva profesión consistente en el manejo de las redes sociales como parte fundamental de la política de publicidad y comunicación con el cliente de la empresa. Ejemplos del segundo son todos aquellos supuestos en los cuales un trabajador cuya prestación no requiera la utilización de las redes sociales haga un uso de ellas susceptible de generar consecuencias a la empresa.

Interesa advertir acerca de los riesgos que la delimitación funcional propia del primer supuesto puede entrañar para la protección de los datos personales del trabajador. La creación de perfiles *ad hoc* para el desempeño de dichas funciones, cuya titularidad ostentará una empresa legitimada para regular su uso, deviene imprescindible, limitándose al máximo la exposición de información personal del trabajador. Asimismo, conviene recordar la necesidad de conjurar su posible incursión en un uso indebido de las redes sociales cuando su prestación no comporte su utilización. Regular y formar acerca de su uso compete a la empresa, a fin de evitar, en la medida de lo posible, el recurso al despido disciplinario del trabajador.

⁸⁷ STSJ Madrid de 30.6.2020 (rec. nº 1399/2019), aunque a dicho grupo cerrado tengan acceso 1.715 personas.

⁸⁸ CARDONA RUBERT, María Belén, “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en A.A.V.V., *Derecho y redes sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 173.

⁸⁹ STC 6/1995, de 10 de enero (rec. nº 3208/93).

La clara delimitación del objeto del contrato deviene también necesaria para esclarecer el ámbito de libertad del que goza el trabajador que haga uso de las redes sociales con fines ajenos al trabajo. Y ello ha de hacerse cuestionando una interpretación extensiva del deber de buena fe que convierta al trabajador en un emisario perpetuo de la imagen de la empresa. Constituyendo este espacio uno de los foros en los cuales tiene lugar el desarrollo de la personalidad del individuo, se aboga por una contención del poder disciplinario del empresario. Se postula, por tanto, un repliegue de las facultades empresariales, que han de circunscribirse a la regulación, control y sanción de aquellos comportamientos que puedan comportar un incumplimiento estrictamente contractual. Que para alcanzar este fin se haya debido invocar la eficacia horizontal de derechos fundamentales del trabajador, tales como la libertad de expresión, evidencia la *vis* expansiva que ha adquirido el ejercicio de las facultades contractuales en un terreno necesitado de una regulación cuya articulación compete a la negociación colectiva.

4. Bibliografía

ALEMÁN PÁEZ, Francisco, “El derecho a la desconexión digital (I). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail nº 2016-1088”, *Trabajo y derecho*, nº 30, 2017, p. 12-33 (versión digital).

BAUMAN, Zygmunt, “Las redes sociales son una trampa”, *El País*, 9.1.2016 (disponible en: https://elpais.com/cultura/2015/12/30/babelia/1451504427_675885.html; consulta 23.2.2021).

CASTELLO-MARTÍNEZ, Araceli, “Una nueva figura profesional: el Community Manager”, *Pangea: revista de la Red Académica Iberoamericana de Comunicación*, vol. 1, nº 1, 2010, p. 74-97.

CASTELLS OLIVÁN, Manuel, *Movimientos sociales urbanos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 1977.

CARDONA RUBERT, María Belén, “Redes sociales en el contrato de trabajo”, en A.A.V.V., *Derecho y redes sociales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

COBOS, Tania Lucía, “Y surge el Community Manager”, *Razón y palabra*, nº 75, 2011.

DE VICENTE PACHÉS, Francisco, “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Revista de información laboral*, nº 2, 2017, p. 99-120.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *Ciberacoso en el Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.

GALLART FOLCH, Alejandro, *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Comares, Granada, 2010.

GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidación, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto de la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune, “Caracterización jurídica del ciberacoso moral laboral”, en MELLA MÉNDEZ, Lourdes (directora) y VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia (coordinadora) *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, *El precontrato de trabajo*, Reus, Madrid, 2010.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “El uso de las redes sociales por el trabajador como incumplimiento laboral y su responsabilidad disciplinaria y contractual”, en AA.VV. *Direito Internacional do Trabalho. Aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção do trabalhador*, LTr, São Paulo, 2018.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

GARCÍA VIÑA, Jordi, *La buena fe en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social. Colección estudios, Madrid, 2001.

ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2008.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PÉREZ REY, Joaquín, “Facebook como causa de despido o las difusas fronteras entre lo virtual y lo laboral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. núm. 6712/2016”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 415, 2017, p. 182-187.

SERRANO ARGÜESO, Noemí, “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón de sexo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, nº 7, 2011, p. 87-101.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, Mikel, *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*, Bomarzo, Albacete, 2014.

WILDE, Oscar, *El crítico como artista, Oscar Wilde. Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1943.