

FORO DE ACTUALIDAD

ESPAÑA

LAS REDES SOCIALES EN LAS RELACIONES LABORALES

Las redes sociales en las relaciones laborales

Las relaciones laborales no han permanecido aisladas al cada vez más frecuente uso de las redes sociales como instrumento de comunicación e interacción entre las personas. Por ello, su impacto se ha materializado en todas las fases de la relación entre empresario y trabajador e, incluso, antes de que tal relación se inicie formalmente. Hasta la fecha no existe un reflejo normativo concreto de esta materia en el ámbito del Derecho laboral, pero cada vez son más frecuentes las sentencias que analizan medidas disciplinarias adoptadas con ocasión del uso inadecuado de las redes sociales por parte de los trabajadores.

Es precisamente la doctrina judicial dictada en estos casos lo que permite identificar los problemas que, a priori, parecen los más habituales en este tipo de procesos. En concreto, problemas tales como la autoría de las publicaciones, la vulneración del derecho a la intimidad y, por tanto, la licitud de la prueba, y la prescripción de las faltas se perfilan como los más relevantes. Al margen de esta problemática de naturaleza procesal, existirán otros problemas a nivel práctico, tales como la afectación a la productividad del trabajador y el control que al respecto podrá realizar el empresario.

PALABRAS CLAVE

Redes sociales, autoría, despido disciplinario, control empresarial, derecho a la intimidad.

Employment relationships and social networks

Employment relationships are being influenced by the ever more prevalent use of social networks as a means to communicate and interact. This can be seen in every phase of the relationship between the employer and the employee, sometimes even before it begins

For the time being labour law does not specifically regulate the use of social networks, but there are several judgments that analyse disciplinary measures that have been taken in response to employees' use of social networks.

This case law highlights the problems that, a priori, would appear to be the most frequent in this type of proceedings. These include limitation periods, identifying who actually commits a breach, whether the employee's right to privacy is infringed and, therefore, whether the evidence that an employer gathers is lawful. Aside from these procedural problems, other issues that arise are the effect the use of social networks has on employees' productivity and how an employer can monitor this.

KEY WORDS

Social networks, authorship, disciplinary dismissal, employer control, privacy right.

Fecha de recepción: 15-1-2015

Fecha de aceptación: 30-1-2015

INTRODUCCIÓN: LAS REDES SOCIALES Y SU PRESENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

Como no podría ser de otro modo, en el contexto en el que nuestra sociedad se halla inmersa, las redes sociales tienen una presencia cada vez mayor en las relaciones laborales. Su utilización está planteando nuevos retos para problemáticas históricas y nuevos dilemas que requerirán de regulación legislativa o, cuando menos, de desarrollo jurisprudencial.

Así, nos encontramos ante situaciones en las que las redes sociales tienen impacto en las relaciones laborales, tanto (i) en el inicio de un contrato de trabajo (*e-recruitment*, obtención de información de los candidatos, entre otras cuestiones) como (ii)

durante las relaciones laborales (impacto del uso de las redes sociales en las obligaciones de confidencialidad o redes sociales y tiempo de trabajo), así como (iii) en la extinción del contrato de trabajo (fundamentalmente, incumplimientos contractuales cometidos mediante el uso de redes sociales) que los tribunales analizan con ocasión de la reclamación contra el despido o sanción.

Los procesos judiciales afrontan nuevas dificultades vinculadas con la utilización de las redes sociales en el ámbito de los contratos de trabajo. En particular y entre otras: (i) los problemas de validez de las pruebas y la posible vulneración del derecho a la intimidad, (ii) la determinación de la autoría y (iii) la valoración del instituto de la prescripción de las faltas.

La colisión entre, por una parte, las facultades de control que el ordenamiento jurídico confiere al empresario, así como los deberes de lealtad y buena fe del trabajador en el desarrollo de la actividad profesional, *versus*, por otra parte, la libertad de expresión de los trabajadores carece de regulación normativa expresa y se solventa, en la mayoría de los casos, con las resoluciones judiciales que se han ido dictando en la materia.

En las líneas siguientes se analizan algunos de los principales problemas jurídicos del uso de las redes sociales en el marco de las relaciones laborales: (i) el control por parte del empresario cuando el acceso del trabajador a las redes sociales se realiza con dispositivos privados y no propiedad de la empresa, (ii) la prescripción de las faltas cometidas utilizando las redes sociales y (iii) las particularidades del tratamiento de la prueba en los procesos judiciales.

MEDIOS ELECTRÓNICOS DE ACCESO A LAS REDES SOCIALES. FACULTADES DE CONTROL DEL EMPRESARIO

El empresario tiene atribuidas facultades de control de la prestación de servicios del trabajador. Es conocida la doctrina de nuestros tribunales en relación con las facultades del empresario para controlar los medios informáticos que éste pone a disposición del trabajador para la realización de sus funciones.

En la práctica, las redes sociales han venido a alterar en cierta manera la aplicación de dicho control, debido al uso de dispositivos personales de acceso a la red, que escapan al control empresarial directo. Esta situación consiste en el uso generalizado de *smartphones* mediante los cuales los trabajadores pueden hacer uso y permanecer conectados a las redes sociales durante todo el día, incluyendo la jornada laboral. Lo anterior puede afectar al rendimiento del trabajador durante su jornada de trabajo reduciendo su productividad. Igualmente, usos indebidos de las redes sociales podrían suponer un riesgo para la información confidencial de la empresa e incluso dañar su reputación.

¿Cómo puede el empresario controlar el acceso de los trabajadores a las redes sociales desde su terminal personal? Parece claro que, al tratarse de medios personales del trabajador, no serán de aplicación los sistemas de control que pueden establecerse en relación con el ordenador de la empresa que utiliza el trabajador, el cual se podrá monitorizar siempre

que se realice de un modo razonable y el trabajador conozca que la empresa goza de esa facultad de control.

Por el momento, y como la normativa no se ha ocupado de esta cuestión, la propia dinámica empresarial se ha encargado de adoptar distintas soluciones. De este modo, las empresas podrían establecer políticas internas en las que prohibiesen a sus trabajadores el uso de su teléfono móvil durante la jornada laboral o, en otros casos, fijar recomendaciones o pautas de uso de las redes sociales. [Más allá de estas cuestiones de índole práctico, están siendo los tribunales los que se están ocupando de analizar los problemas detectados en cada caso.]

En cuanto al uso de redes sociales durante la jornada de trabajo, los tribunales han señalado que no estarán justificadas las sanciones impuestas a los trabajadores, a pesar de haberse acreditado que accedieron a las redes sociales durante la jornada laboral, en tanto no pueda probarse también que el uso de las redes sociales no se realizó durante el tiempo de descanso que los trabajadores tienen durante su jornada. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 27 de diciembre de 2013.

A la vista de este pronunciamiento, se desprende ya una conclusión clara: la falta de capacidad de control del empresario del acceso a las redes sociales de los trabajadores podría favorecer situaciones de abuso por parte de éstos. Sin duda, el control de la dedicación del trabajador a las tareas asignadas durante la jornada laboral y, en particular, el control de los *smartphones* personales de los trabajadores será uno de los retos que la normativa y los tribunales afrontarán en un futuro próximo.

PROBLEMAS PROCESALES

Valoración de la prueba: derecho a la intimidad y determinación de la autoría

Los supuestos en los que el empresario decide sancionar por entender que el uso de las redes sociales realizado por el trabajador constituye un ilícito laboral afrontan, en la práctica del proceso judicial, dos problemas fundamentales. Por una parte, la *valoración de la prueba* y de la autoría y, por otra, la valoración del instituto de la *prescripción de las faltas*.

Un análisis de las sentencias dictadas en los últimos años por los Tribunales Superiores de Justicia pone de manifiesto que cada vez es más frecuente la utilización de la información publicada por los trabajadores en las redes sociales, como elemento esencial para justificar la adopción de medidas disciplinarias, en su mayoría, despidos.

Como se ha expuesto, los despidos disciplinarios basados en la información o la actividad de los trabajadores en las redes sociales, determinan que los tribunales deban hacer frente a problemáticas nuevas o a adaptar teorías ya existentes a una nueva realidad que tiene visos de convertirse en cada vez más frecuente.

Uno de los retos a los que se enfrentarán los tribunales del orden social será el de analizar la validez de la información obtenida por el empresario de las redes sociales, como prueba hábil para justificar el despido de un trabajador.

En primer lugar, podría cuestionarse si en la obtención de esta información los empresarios han vulnerado derechos fundamentales de los trabajadores —como el de la intimidad personal— y, en consecuencia, si esa prueba es ilícita e inhábil para justificar un despido.

En este punto es necesario matizar que existe una jurisprudencia consolidada sobre los requisitos que deben cumplirse para que la prueba obtenida por el empresario, mediante el control de los medios informáticos propiedad de la empresa, sea lícita. Sin embargo, cuando se trata de analizar la información publicada en las redes sociales, tal doctrina judicial no es aplicable, ya que, como se ha expuesto, las publicaciones de los trabajadores se realizan en la mayoría de los casos utilizando medios personales (*smartphones* u ordenadores personales) y fuera de la jornada laboral.

Aunque con toda certeza el análisis de la licitud o no de este tipo de pruebas será objeto de desarrollo jurisprudencial en el futuro, las sentencias dictadas hasta la fecha en las que los trabajadores despedidos alegaron la vulneración de su derecho a la intimidad, permiten extraer una conclusión inicial: no hay vulneración del derecho a la intimidad si el trabajador ha publicado la información en una red pública sin acceso restringido. Así se han pronunciado, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 30 de abril de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de junio de 2013 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 2012.

En estos casos, los tribunales han señalado que en la medida en que la información utilizada por el trabajador se colgó en un perfil público de una red social, no existía una expectativa de privacidad. En otras palabras, como el propio trabajador decidió que cualquiera, sin necesidad de utilizar una clave de acceso, tuviera acceso a esa información, no puede entenderse vulnerado su derecho a la intimidad si la empresa utiliza esa información para adoptar una medida disciplinaria.

Otro de los problemas que, a priori, parece que pueden conllevar los despidos basados en este tipo de conductas es el de la autoría de las publicaciones en las redes sociales. Parece sencillo negar, ya no solo la titularidad de un perfil de Facebook o una cuenta de Twitter, sino que, aun no cuestionándose la titularidad de la cuenta, puede cuestionarse la autoría de un determinado comentario o publicación. Así, ¿qué ocurriría si alguien diera la contraseña de su cuenta a otra persona y esta realizase el comentario que motiva la acción disciplinaria?, ¿y si la cuenta fuera pirateada y los comentarios no los hubiera realizado su titular? Por no hablar de la facilidad con la que, en la mayoría de redes sociales, se pueden crear perfiles falsos con múltiples datos que denoten una apariencia de autenticidad.

A pesar de lo anterior, la realidad es que hasta la fecha no son muchas las sentencias en las que el trabajador sancionado ha cuestionado la autoría de las publicaciones vertidas en las redes sociales. Quizás porque en muchos casos era innegable que el trabajador en cuestión había participado en los hechos objeto del despido (por ejemplo, despidos de trabajadores que estando en situación de incapacidad temporal publican fotos en las que aparecen realizando actividades incompatibles con su recuperación, o aquellos que cuelgan en las redes sociales fotos de ellos mismos en el lugar de trabajo y durante la jornada laboral).

A nuestro juicio, en muchos casos resultará relativamente sencillo sembrar en el tribunal la duda razonable acerca de si el trabajador sancionado o despedido era el titular de la cuenta o el autor de la publicación. Por ello, y para evitar que esa duda sobre la autoría pueda desembocar en una declaración de improcedencia del despido, las empresas se verán obligadas a practicar una amplia actividad probatoria, que irá desde la preparación y el aseguramiento previo de las pruebas en el momento del despido hasta la práctica de la prueba en el acto de

juicio o a su finalización mediante el recurso a las diligencias finales.

Aportación al acto de juicio y naturaleza de la prueba

Otro de los problemas procesales que se nos antoja más habituales en este tipo de casos será el de la elección del soporte idóneo para la aportación al acto de juicio de las pruebas obtenidas en las redes sociales, a fin de justificar la adopción de una medida disciplinaria.

Dicha elección será relevante no solo desde un punto de vista práctico (con especial atención a que las pruebas disponibles en el momento del despido pueden no estarlo a la fecha de juicio), sino también a efectos del planteamiento de recursos contra la sentencia que, en su caso, se dicte.

En un principio, encontrándonos ante publicaciones realizadas en redes sociales, una de las opciones posibles para probar estos hechos en el proceso laboral sería acceder a la red social en cuestión en el propio acto de juicio a fin de mostrar al juez la publicación que motiva el despido (por ejemplo, mediante la reproducción de un vídeo colgado en una red social).

Sin embargo, como apuntábamos, no parece que este vaya a ser el medio probatorio de mayor uso, debido a que los juicios suelen señalarse varios meses después de la fecha de despido y los autores de tales publicaciones acostumbran a eliminarlas inmediatamente después de que hayan sido descubiertos por la empresa.

A la vista de lo anterior, y como ya se ha expuesto con ocasión del análisis de los problemas de la autoría, los despidos basados en este tipo de conductas requerirán a las empresas de un trabajo de preparación y aseguramiento previo de la prueba en la fecha del despido y, en muchas ocasiones, antes de la comunicación de este al trabajador en cuestión.

De este modo, un posible medio probatorio será la aportación impresa de los pantallazos de las páginas donde consten los comentarios, vídeos o fotografías colgadas en las redes sociales. Igualmente, en muchas ocasiones será necesaria la práctica de pruebas periciales para acreditar la titularidad de la cuenta desde la que se realizó la publicación o de la IP del PC utilizado, así como el recurrir al uso de actas notariales para dar fe del contenido publicado en una determinada fecha en una red social.

Por otra parte, la elección del medio probatorio tendrá otro efecto procesal relevante, como es el de determinar su naturaleza y, en consecuencia, su validez a efectos de revisar y/o modificar los hechos declarados probados por la sentencia de instancia. En este punto conviene recordar que el artículo 193. b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solo permite la revisión de los hechos que el juez considere probados en la instancia cuando tal revisión se fundamente en la prueba documental o pericial practicada en el acto de juicio.

En relación con ello, el Tribunal Supremo ha señalado en unificación de doctrina (sentencias de 26 de noviembre de 2012 y 16 de junio de 2011) que la prueba por instrumentos de reproducción de la palabra, la imagen o el sonido no tienen naturaleza documental (incluso en aquellos casos en los que se haya aportado la transcripción documental de la grabación) y, en consecuencia, no pueden utilizarse para revisar los hechos probados de una sentencia. El alto Tribunal considera que ello se desprende de la naturaleza y tratamiento autónomo que la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma de aplicación supletoria en el procedimiento laboral, otorga a este tipo de prueba diferenciándola de la prueba documental.

A la vista de lo anterior y, en tanto no se produzca un cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (la sentencia de 16 de junio de 2011 contiene un voto particular que podría hacer cambiar la interpretación del Tribunal en el futuro), será recomendable tratar de encontrar alternativas, no tanto para sustituir ese tipo de pruebas, sino para, como mínimo, aportar otras adicionales.

Se abrirá entonces otra discusión acerca de si las fotografías o comentarios publicados en las redes sociales y cuyas impresiones se aporten al acto de juicio, tendrán o no la consideración de prueba documental hábil para revisar los hechos declarados probados de una sentencia.

En relación con lo anterior, los Tribunales Superiores de Justicia han negado en numerosas ocasiones el valor de prueba documental de las fotografías: entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de mayo de 2012 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de noviembre de 2013.

Igualmente, en lo que respecta a la concreta valoración de las fotografías publicadas en redes sociales, también algún Tribunal ha negado la naturaleza de prueba documental a los comentarios o fotos publicados en Facebook. En concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de

noviembre de 2012 señala que «*ni fotos ni correos en Facebook tienen valor revisor*».

Sin embargo, no es descartable que en el futuro se produzca un giro jurisprudencial en esta materia, ya que algunas sentencias recientes consideran a las fotografías, aunque sea indirectamente, como prueba documental. En esta línea, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de mayo de 2014 y 26 de septiembre de 2014 se refieren a las fotografías como parte de la prueba documental aportada en el juicio cuando señalan: «*valorando también las fotografías aportadas a los autos y el resto de la documental aportada de las que extrae los hechos declarados probados*» y «*en el presente caso, la recurrente ni siquiera ha alegado qué precepto relativo a la valoración de la prueba se ha infringido por el juzgador de instancia al valorar la prueba documental (las fotografías) y la testifical practicada en el acto de juicio*», respectivamente.

En esta línea, y aunque continúa vigente la doctrina judicial del Tribunal Supremo, parece razonable que acabe otorgándose a las fotografías o impresiones de los comentarios publicados en las redes sociales el carácter de prueba documental y su validez revisoria en sede de recurso. Lo anterior sería además coherente no solo con la propia redacción de las sentencias citadas, sino también con la literalidad de los artículos 333 y 334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se refieren a las fotografías como si de documentos se trataran.

Prescripción y faltas continuadas

En relación con la prescripción de las faltas consistentes en publicaciones en redes sociales, los tribunales no se han mostrado unánimes en cuanto a su interpretación. Una corriente doctrinal considera que, tratándose de información pública, disponible en la red desde el momento en que se crea, la prescripción comienza a computar desde el momento en el que se publica y el empresario la conoció o la pudo conocer. Por el contrario, otros tribunales han considerado que, en la medida en que la información permanece publicada en Internet desde su creación, ello constituye un ilícito continuado, lo cual determina que mientras se encuentre accesible no pueda apreciarse la existencia de prescripción.

En relación con lo anterior, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 23 de febrero de 2012 consideró que la permanencia de un vídeo en la red (en el cual se vertían ofensas contra miembros de la empresa para la cual trabajaba el autor del vídeo) supone un supuesto de falta continuada y, por lo tanto, no se inicia el cómputo de la prescripción mientras el vídeo permanezca colgado. En concreto, la sentencia afirma que «*estamos ante una falta continuada puesto que mientras el vídeo estuvo siendo exhibido en el blog se estuvo cometiendo la infracción que se le imputa al autor*».

En sentido contrario, respecto a unos comentarios vertidos en Facebook en los que se realizaban críticas a los clientes del establecimiento donde el trabajador prestaba servicios, y aunque los comentarios permanecieron colgados de modo continuado en la red, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia de 30 de marzo de 2012, consideró que no se trataba de una falta continuada, sino que el ilícito laboral se cometió en el momento de la publicación del comentario, tratándose, en consecuencia, de un hecho esporádico.

En nuestra opinión, parece cuando menos discutible que la mera permanencia de un comentario o de un archivo en la red pueda suponer una falta continuada en el sentido de evitar el inicio del cómputo de la prescripción, que exige, según la jurisprudencia, la existencia de un comportamiento prolongado realizado a través de una pluralidad de hechos consecutivos y dotados de unidad de propósito. Es cierto que toda publicación en la red llevará aparejada implícitamente su permanencia, pero parece difícil derivar de este hecho que exista una pluralidad de hechos ilícitos o una voluntad del autor de realizar un incumplimiento continuado.

En cualquier caso y a la vista de la jurisprudencia contradictoria detectada, la prescripción será, sin duda, otro de los problemas a los que se enfrenten los Tribunales en estos casos y sobre el que previsiblemente se establecerán unos criterios unificados para su tratamiento.

INÉS RÍOS GARCÍA Y M.^ª ÁNGELA ÁLVAREZ VÁZQUEZ *

* Abogadas del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).