

## Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales.

[BIB 2016\4160](#)

**Luis Enrique Nores Torres.**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**Publicación:** Revista de Información Laboral num.7/2016 parte Art. Doctrinal

Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.

### Resumen

«  
»

### Palabras clave

derecho del trabajo, proceso laboral, medios de prueba, redes sociales.  
labor law, procedural labor law, evidence, social networks.

## I. Introducción

1. El desarrollo de las nuevas tecnologías ha tenido una evidente repercusión en las vías de relación interpersonal. Así, a lo largo de los últimos años han aparecido una serie de plataformas y aplicaciones informáticas muy variadas que sirven de cauce de comunicación entre gran número de personas. En efecto, las llamadas «redes sociales» como facebook, google+, twitter, LinkedIn, Instagram, Pinterest, Vibook, twenti, tumblr, flickr, myspace, etc., cuentan hoy en día con un número de usuarios ciertamente elevado, de manera que puede afirmarse que se han incorporado a la vida cotidiana de la población mundial.

1.1. En este sentido, por citar un ejemplo, el número de usuarios de Facebook en el mundo rebasa los 1500 millones de personas, según fuentes de la propia compañía<sup>1</sup>. En el caso de nuestro país, el VI Estudio del *International Advertising Bureau*, publicado en enero de 2015, ponía de relieve los siguientes datos de interés<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Fuente:., consulta realizada en abril de 2016.

<sup>2</sup> Los datos están disponibles y pueden consultarse en: [http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2015/01/Estudio\\_Anuual\\_Reddes\\_Sociales\\_2015.pdf](http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2015/01/Estudio_Anuual_Reddes_Sociales_2015.pdf), consulta realizada en abril de 2016.

- De entrada, que en el segmento de personas entre 18 y 55 años, sobre un total de unos 17,6 millones de internautas, alrededor de un 82% eran usuarios de las redes sociales (14 millones).

- Asimismo, que el promedio de redes en las que una persona suele estar dada de alta es de tres, siendo la más extendida el Facebook (96%), seguida de youtube (66%), twitter (56%), google+ (54%), linkedin (35%), Instagram (26%) y spotify (24%).

- Por otra parte, que el promedio de uso es de 3,6 días a la semana (el uso del Facebook es diario;

el de Instagram, 4,8 días a la semana; en el caso del LinkedIn, 2,6 días a la semana); en horas de dedicación, la clasificación sigue estando encabezada por Facebook (4,3 horas semanales), seguida de Spotify (3,45), YouTube (3,34), Twitter (3,09) e Instagram (2,57).

- En fin, el informe indica también que la conexión se suele efectuar vía ordenador personal (96%), Smartphone (75%) o Tablet (28%), siendo los horarios de conexión correspondientes a la media tarde, la noche y la media mañana los empleados con mayor frecuencia.

1.2. Todo ello evidencia la clarísima expansión que ha tenido el fenómeno. Pues bien, esta expansión, además de facilitar la comunicación entre las personas y la divulgación del conocimiento<sup>3</sup>, ha determinado la aparición de diversos problemas con trascendencia jurídica que afectan a los diferentes sectores del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, p. 22.

<sup>4</sup> Esta variedad puede apreciarse en los diferentes estudios recogidos en la obra colectiva citada en la nota anterior, RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

a) Así, desde los problemas más genéricos y evidentes relacionados con la protección de datos, la propiedad intelectual o el derecho internacional privado, hasta otros más específicos y de carácter muy variado, como pueden ser los relativos a la validez del consentimiento que se preste por estas vías, la protección de los menores, las cuestiones publicitarias, la comisión de conductas delictivas y su control a través de la red. En este sentido, sirva de ejemplo de esta expansión la existencia de algún pronunciamiento penal en el que se condena a introducir o rectificar una opinión, publicando el contenido de una sentencia en una red social<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> La [STS/J Asturias de 28 de noviembre de 2014](#) rec. 2470/2014, alude a una sentencia penal cuyo fallo incluye la publicación del contenido de la resolución judicial en la página personal de Facebook.

b) En definitiva, la difusión de las redes sociales ha despertado el interés del derecho civil, del derecho mercantil, del derecho penal y, por supuesto, del derecho del trabajo, como tempranamente han puesto de relieve diversos autores<sup>6</sup>. Asimismo, al margen de la proliferación de los estudios teóricos sobre la materia, los repertorios jurisprudenciales al uso dan cuenta de un incipiente volumen de pronunciamientos, cada vez más abundante, en el que las redes sociales están presentes desde perspectivas muy diversas: en ocasiones, son referencias mínimas en la relación de hechos probados y aparecen porque su manejo integra el contenido de la prestación laboral; otras veces, porque se ha recurrido a ellas para llevar a cabo la selección del personal de la empresa; igualmente, no faltan casos en los que el manejo de las redes sociales suscita problemas vinculados a la acción colectiva de los representantes de los trabajadores; asimismo, hay un nutrido volumen de casos en los que la utilización de estas plataformas y aplicaciones se encuentra en la base de la adopción de medidas disciplinarias por parte de la empresa, singularmente, un despido; en fin, por lo demás, todos estos supuestos inducen a reflexionar sobre una cuestión común cual es la relativa al valor probatorio de estas fuentes, tanto desde la perspectiva de su admisibilidad, como desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.

<sup>6</sup> Al respecto, *vid.* CARDONA RUBERT, M.ª. B. (2010), «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, 52, pp. 67 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de internet», *RTSS-CEF*, 340, pp. 125 y ss.

2. El objetivo de este trabajo consiste, precisamente, en apuntar algunos de los problemas que suscita la utilización de las redes sociales en el terreno de las relaciones laborales y sus posibles soluciones.

2.1. Para ello, con carácter previo, me parece necesario aclarar una serie de cuestiones conceptuales y técnicas sobre lo que sean las redes sociales, su tipología y su utilización.

2.2. A partir de estas mínimas nociones se puede ya descender al análisis específico sobre los interrogantes que se han planteado en el ámbito laboral. Pues bien, en este terreno, la inexistencia de una normativa específica en la materia determina que el centro de atención se deba trasladar a la labor desarrollada por los órganos jurisdiccionales, así como a los análisis efectuados en el plano

doctrinal. Y los resultados obtenidos en estas sedes, en parte ya lo he avanzado, son susceptibles de ser ordenados del siguiente modo:

a) De entrada, hay un conjunto de aspectos que están relacionados con el inicio de la relación laboral, singularmente, con la selección de personal. Así, las redes sociales, por un lado, pueden ser empleadas como mecanismo para llevar a cabo el proceso selectivo del personal; por otro lado, al margen de lo anterior, permiten obtener una amplia información sobre los candidatos. Así pues, su eventual repercusión en términos de respeto a la intimidad, la privacidad o la no discriminación no ofrece dudas.

b) En segundo lugar, hay otro bloque de cuestiones que se plantean una vez constituida la relación laboral. Y es que, por lo pronto, las redes sociales pueden ser una herramienta de trabajo, algo que ya puede suscitar algunas cuestiones de carácter jurídico. Asimismo, puede suceder que las mismas se manejen en horas de trabajo para fines no laborales, tanto con dispositivos empresariales como con dispositivos propios. Y en cualquiera de estos supuestos, es decir, ya sea como herramienta de trabajo o no, con dispositivos propios o de titularidad empresarial, en horas de trabajo o fuera de la jornada, pueden brindar una serie de informaciones sobre la comisión de eventuales incumplimientos laborales, ampliándose las vías con que cuenta habitualmente la empresa para ejercer el control del cumplimiento de la prestación laboral.

c) Una tercera categoría de problemas que muestran los repertorios jurisprudenciales son los relacionados con la acción colectiva de los representantes de los trabajadores en la empresa, en concreto, el uso por parte de estos sujetos de las redes sociales. Y al respecto, dos cuestiones han centrado la atención judicial y el debate científico: por un lado, el acceso a las redes sociales como herramienta de acción sindical a proporcionar por la empresa; por otro, el uso y manejo de las mismas para que tales representantes desarrollen las funciones que les son propias.

d) Por último, como ya he avanzado, todas estas cuestiones plantean un punto en común que es el relativo a la utilización de las informaciones por estas vías obtenidas como prueba en el proceso laboral, tanto desde la perspectiva de su admisibilidad, como desde el punto de vista de su naturaleza jurídica. Esta cuestión, a mi juicio seguramente la más interesante, será objeto de análisis en último lugar.

3. En todas ellas, salvo en la cuarta, una conclusión que puede alcanzarse fácilmente, y que ya anticipo desde ahora, es la de que, en realidad, no nos encontramos ante un nuevo problema o ante un nuevo reto para el derecho del trabajo, sino que, más bien, se trata de una serie de problemas comunes o habituales de la disciplina solo que ahora se presentan con unos ropajes distintos o parcialmente distintos. En todo caso, vayamos por partes.

## II . Las redes sociales: concepto, tipología y funcionamiento

4. En efecto, en primer lugar, como decía, parece conveniente partir de una configuración general acerca de lo que sean las redes sociales, cuál es su tipología y el modo que tienen de funcionar.

4.1. En realidad, con la expresión redes sociales, me estoy refiriendo a las redes sociales *on line*, esto es, a las basadas en las tecnologías de la comunicación. Y es que redes sociales, entendidas como estructuras espontáneas o no que permiten la creación o desarrollo de vínculos entre individuos o colectivos, han existido desde siempre<sup>7</sup>. No obstante, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, en particular, la expansión de internet y la aparición de la web 2.0, han hecho proliferar unas redes un tanto específicas que funcionan en línea.

<sup>7</sup> ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, p., 22); TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, p. 128.

Estas redes específicas en línea han llamado la atención del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 que ha emitido un Dictamen sobre las mismas<sup>8</sup>. El dictamen define los «servicios de redes sociales» (SRS) como «*plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes*», destacando unas características comunes sobre las mismas: en primer lugar, que el usuario proporciona unos datos personales para

generar su perfil o descripción; en segundo lugar, que la SRS proporciona al usuario unas herramientas a efectos de que este coloque su propio contenido en línea (fotografías, crónicas, comentarios, videos, enlaces, etc.); en tercer lugar, que el funcionamiento de las redes se efectúa gracias a la utilización de unas herramientas que proporcionan una lista de contactos para cada usuario con quienes se puede interactuar.

<sup>8</sup> Dictamen 5/2009, sobre redes sociales en línea adoptado el 12 de junio de 2009 por el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29.

Igualmente, la Agencia Nacional de Protección de Datos también ha mostrado su interés sobre el fenómeno y elaboró en el año 2009 un estudio en el que se definen las redes en cuestión como *servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Se trata del *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line*, publicado en el año 2009 y que se encuentra disponible en: [https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio\\_inteco\\_aped\\_120209\\_redes\\_sociales.pdf](https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Estudios/estudio_inteco_aped_120209_redes_sociales.pdf).

Todo ello ha permitido proporcionar una noción algo más elaborada sobre lo que sean las redes sociales *on line*. Así, se ha indicado que se trata de « *aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión e interacción con otros usuarios* »<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, pp. 22-23.

Estas redes sociales han influido e influyen en el modo que tienen las personas de relacionarse y comunicarse entre sí, intercambiar información, opiniones o ideas. Así, a su través, los flujos comunicativos e informativos se producen de una manera muy inmediata y además de un modo que supera las barreras y las distancias geográficas<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> CARDONA RUBERT, M<sup>o</sup> B. (2010), *op. cit.*, p. 68; ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, pp. 21 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), pp. 128 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 88 y ss.

4.2. Las redes sociales *on line* son muy dispares y presentan muchas diferencias de contenido, desde las que tienen un carácter general, hasta aquellas otras que proporcionan unos contenidos más específicos o concretos<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, p. 24; TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, p. 129.

a) A través de las primeras, que podrían denominarse como redes sociales de comunicación «generalistas», los usuarios comparten sus fotografías, videos, reflexiones, aficiones y preferencias de todo tipo. Aquí, las más conocidas seguramente sean Facebook, Tuenti o Google +.

b) Una segunda categoría podría ser la correspondiente a las redes sociales de comunicación «especializadas» en atención a sus contenidos. Al igual que en la anterior se comparten una serie de informaciones vía comentarios, videos o fotografías, solo que hay un hilo argumental determinado (la fotografía, el arte, los viajes, la gastronomía, etc.). Y muy próximas a estas, se encuentran una serie de plataformas que, sin ser exactamente redes sociales *on line*, funcionan de un modo muy similar: twitter, como rey del microblogging, para estar informado (o desinformado) de la actualidad; pinterest o instagram, para imágenes o fotografías.

c) En fin, no faltan tampoco las redes sociales que podríamos denominar «profesionales» y cuyo objeto es facilitar que los individuos puedan encontrar empleo, o entrar en contacto con compañeros de profesión u oficio. Aquí, cabe citar a LinkedIn (normalmente, profesionales) o a Vibook (específicamente de actores).

4.3. Una vez creadas por un sujeto o por una entidad, y establecidas sus condiciones de uso, el funcionamiento de unas y otras presenta una serie de pautas, más o menos comunes<sup>13</sup>.

13 ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, pp. 25 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, p. 130.

a) En este sentido, hay un momento inicial de registro o alta en el que se solicitan un conjunto de datos, con diferente grado de detalle; un momento ulterior de utilización, más o menos intenso, que puede incluso ser nulo; un momento final, que coincidiría con la baja o cancelación de la cuenta.

- El alta o registro en la aplicación puede producirse por propia iniciativa o mediando la invitación de un tercero, consciente o no, pues, en ocasiones, la propia red sugiere «importar» los contactos de la cuenta de correo electrónico o del teléfono móvil para remitir invitaciones.

El alta o registro suele ir acompañada de la solicitud al usuario de una serie de datos personales, unos de carácter básico e imprescindible (normalmente, nombre y apellidos, un correo electrónico, edad y sexo) y otros adicionales de corte voluntario (lugar de residencia, estudios, trabajo, intereses, aficiones, contactos, etc.). Unos y otros pueden ser «visibles» o no. Asimismo, el usuario recibe o selecciona una clave de acceso, que podrá ir modificando.

Pues bien, nótese que al introducir todos estos datos no se requiere ningún tipo de documento acreditativo, ni certificación sobre la veracidad de lo que se introduce, pudiéndose, de hecho, crear un perfil absolutamente ficticio con enorme facilidad o sencillez.

- Una vez que el usuario se ha registrado en la aplicación, ya puede empezar a desarrollar su actividad, mediante la «actualización» de su estado, «colgando» o «subiendo» informaciones, comentarios, fotografías, enlaces, vídeos, etc. e interactuando con otros usuarios.

Las posibilidades de configurar el perfil o, mejor dicho, la «privacidad» del perfil, son muy variadas, pues, generalmente, se permite al usuario que escoja entre mantenerlo en abierto, de manera que cualquier usuario o, en su caso, internauta podría localizarle y/o interactuar con él, o cerrado, de modo que el propio usuario se encarga de determinar quiénes pueden tener acceso a su perfil y qué pueden hacer (sólo «ver» o también publicar).

Asimismo, caben distintas opciones intermedias en la configuración: por ejemplo, que sólo accedan a las informaciones algunos «contactos», todos los contactos, los contactos de los contactos, cualquier sujeto, etc.; igualmente, se puede limitar las personas que pueden «publicar» en la página propia informaciones, comentarios, fotos, enlaces, etc.

En fin, la utilización de estas redes puede ser más o menos intensa y resultar más o menos trascendente, pero, normalmente, va dejando un rastro sobre la identidad del sujeto actuante y su personalidad.

- Por último, el usuario puede darse de baja de la plataforma o de la red de que se trate y debería poder hacerlo de un modo sencillo; asimismo, debería poder lograr que los datos introducidos pudiesen ser borrados<sup>14</sup>.

14 ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, p. 27.

b) Este modo operativo tiene unas consecuencias relevantes en clave de normativa aplicable. Ya he indicado que no hay un tratamiento laboral específico sobre la materia. Ahora bien, sí que existen una serie de previsiones generales que extienden sus efectos en este terreno:

- De entrada, nos encontramos ante unos servicios de la sociedad de la información, por lo que determinadas previsiones de la [Ley 34/2002, de 11 de julio](#), sobre la sociedad de la información y del comercio electrónico deberán ser tomadas en consideración.

- Asimismo, la introducción de una serie de datos personales por parte del usuario implica que resulten aplicables también las previsiones de la [LO 15/1999, de 13 de diciembre](#), de protección de datos de carácter personal, así como las de su reglamento de desarrollo, el [RD 1720/2007, de 21 de diciembre](#). Estas previsiones se han visto recientemente afectadas por la aprobación del [Reglamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento 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 fin, la [Ley 25/2007, de 18 de octubre](#), sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, también contiene ciertas previsiones de indudable interés general.

### III . Las redes sociales y el derecho del trabajo

5. Las cuestiones anteriores han de servir para entender mejor la incidencia que tienen las redes sociales *on line* en el ámbito del derecho del trabajo. Al respecto, ya he anticipado anteriormente que cuatro van a ser los polos de atención: el recurso a las redes sociales en los procesos de selección de personal; la incidencia de las redes sociales durante el desarrollo de la relación laboral; el manejo de las redes sociales como instrumento para llevar a cabo la acción colectiva en la empresa; los aspectos y cuestiones procesales que se suscitan en la materia, singularmente, los vinculados a la prueba.

#### 1 . Las redes sociales en la selección y contratación de personal

6. De entrada, hay que destacar que las redes sociales están desempeñando un importante papel en los procesos de selección de personal llevados a cabo por la empresa de forma directa o a través de agencias especializadas.

6.1. En efecto, cada vez con mayor frecuencia, las empresas recurren a plataformas o redes sociales especializadas en materia de selección de personal y/o obtienen datos de los candidatos a través de estas vías.

6.2. En este sentido, el informe efectuado en 2015 por Infojobs sobre el « *Impacto de las redes sociales en los procesos de selección: visión de las empresas* » puso de manifiesto los siguientes datos<sup>15</sup>: por un lado, que más de un 60% de las empresas consulta las redes sociales en sus procesos de selección; asimismo, que un 23% efectúa sus contrataciones por dicha vía y un 62% mediante otros canales *on line*; en fin, igualmente, evidenció que en uno de cada tres procesos de selección se descartó al candidato por su actividad en las redes sociales, consultando principalmente Facebook o Twitter.

<sup>15</sup> Al respecto, *vid.* la nota de prensa de 6 de febrero de 2015 publicada por *InfoJobs*, en: <https://nosotros.infojobs.net/prensa/notas-prensa/el-60-las-empresas-consulta-las-redes-sociales-sus-procesos-selección>, consulta efectuada en marzo de 2016.

7. Y es que las redes sociales potencialmente pueden proporcionar una amplia variedad de datos relativos al candidato, no sólo en cuanto a sus aptitudes y habilidades profesionales, sino también de carácter más personal y afectantes a su vida privada.

En este sentido, el informe antes señalado indica que entre los «datos» vertidos en las redes sociales por los candidatos y que son valorados positiva o negativamente por las empresas en los procesos selectivos ocupan un papel importante los comentarios que tienen un contenido sexista o discriminatorio, así como los relacionados con sus anteriores y/o actuales jefes o con el sexo, el consumo de drogas o alcohol; en ocasiones, se valora el adecuado uso del lenguaje y la gramática; igualmente, se toma en consideración la actividad de voluntariado y caridad efectuada por el solicitante, así como sus inclinaciones políticas, la publicación de fotografías «inapropiadas», el número y tipo de contactos que tiene, etc.

Así las cosas, no es de extrañar que se haya indicado que los riesgos a sufrir un eventual trato discriminatorio son evidentes<sup>16</sup>. Pues bien, los principales interrogantes que se plantean en este terreno se relacionan con la admisibilidad del acceso a estos datos, así como las consecuencias que pueda tener una eventual vulneración de los derechos del afectado. Por otra parte, a la hora de responder a estas cuestiones, parece conveniente diferenciar entre la solución estrictamente laboral y la derivada de la normativa sobre protección de datos y sobre los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

<sup>16</sup> LLORENS ESPADA, J. (2014), «El uso del Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los

derechos de los candidatos», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, p. 6; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016) «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas», en *Actas XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, en prensa, p. 129.

### 1.1 . La perspectiva estrictamente laboral

8. Si nos situamos en el primer escenario, el punto de partida podría ser el de que la empresa no puede efectuar indagaciones sobre aspectos privados del trabajador o candidato, sino solamente de los aspectos estrictamente laborales: titulaciones, aptitudes y capacidades que sean necesarias para el desarrollo de la actividad laboral<sup>17</sup>. El necesario respeto a su intimidad y la prohibición de discriminación deberían servir como fundamento<sup>18</sup>. En esta línea, el [art. 4 LOPD](#) señala que los datos de carácter personal solo se pueden recoger para su tratamiento cuando sean « *adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido* ».

<sup>17</sup> GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 131.

<sup>18</sup> LLORENS ESPADA, J. (2014), *op. cit.*, p. 8.

8.1. Ahora bien, en este caso, si el propio candidato ha proporcionado voluntariamente sus datos más íntimos de modo público no se aprecian especiales problemas en el hecho de que la empresa pueda tener acceso a los mismos<sup>19</sup>; otra cosa sería su «tratamiento» algo que quedaría sujeto a los límites específicos de la normativa sobre protección de datos.

<sup>19</sup> LLORENS ESPADA, J. (2014), *op. cit.*, p. 11; SELMA PENALVA, A. (2014), «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39, p. 369; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 132.

8.2. Algo similar puede decirse respecto los datos proporcionados por terceros: la empresa parece que puede acceder a ellos sin vulnerar la intimidad del afectado, eso sí, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir tales terceros desde la perspectiva estrictamente de la normativa reguladora sobre la protección de datos o de la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

8.3. Por el contrario, lo que resultaría inaceptable serían las maniobras que forzasen al candidato a abrir su perfil en presencia empresarial, facilitándole el acceso a la información allí presente, a compartir las claves de acceso con el empresario o a aceptar a dicho sujeto como «amigo»<sup>20</sup>. Algunos países han incidido normativamente sobre estas cuestiones en aras de dispensar una mayor tutela al trabajador<sup>21</sup>; en nuestro ordenamiento, como indicaré más adelante ( *infra*, 9.2), seguramente se pueda alcanzar el mismo resultado a través de las previsiones generales<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> LLORENS ESPADA, J. (2014), *op. cit.*, pp. 12-13; BEL ANTAKI, J. (2014), «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales del trabajador», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 15 p. 15; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 138.

<sup>21</sup> LLORENS ESPADA, J. (2014), *op. cit.*, pp. 12-13; BEL ANTAKI, J. (2014), *op. cit.*, p. 15.

<sup>22</sup> GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 138.

9. A partir de ahí, haya habido un acceso a los datos de carácter admisible o, por el contrario, una intromisión inadmisibles, la empresa no podrá basar su decisión en motivos que entrañen una discriminación. El [art. 14 CE](#), por un lado, y de manera específica los [arts. 4 y 17 ET](#) dan apoyo a tal afirmación.

9.1. Pues bien, aun siendo esto cierto, existen algunas dificultades prácticas a la hora de dar efectividad a esta prohibición. Al respecto, se ha apuntado como posible vía de solución a las mismas el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales<sup>23</sup>, que, ciertamente, solventa algunas cuestiones, pero no todas:

23 TASCÓN LÓPEZ, R. (2014), *op. cit.*, p. 146.

a) De entrada, la demostración de la existencia de un móvil discriminatorio siempre es difícil, por mucho que, de conformidad con el [art. 181.2 LRJS](#) rijan las reglas sobre alteración de la carga de la prueba que conducen a que el sujeto que invoca aporte indicios de discriminación. Obviamente, se trataría de demostrar que la empresa, directamente o por medio de tercero, accedió al perfil y tuvo conocimiento de tales informaciones pues obraban en el mismo<sup>24</sup>. Ello podría llegar a funcionar como panorama indiciario. Al respecto, téngase en cuenta la utilidad que puede tener a tales efectos la obligación de conservar durante doce meses una serie de datos según dispone el [art. 5](#) de la [Ley 25/2007, de 18 de octubre](#), sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones<sup>25</sup>.

24 TASCÓN LÓPEZ, R. (2014), *op. cit.*, p. 146.

25 TASCÓN LÓPEZ, R. (2014), *op. cit.*, p. 146.

b) Una vez superado este escollo, persisten los problemas a la hora de concretar cuál es la tutela que se puede dispensar: ¿se puede forzar a la contratación del candidato discriminado? ¿Se puede imponer el pago de una indemnización?

- La posibilidad de forzar a la contratación del candidato siempre se ha mostrado compleja por aquello de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer. No obstante, no es menos cierto que en ocasiones los tribunales han equiparado estas situaciones (la no contratación o la no renovación de un contrato temporal) a un despido, lo que debería permitir el recurso a la ejecución *in natura* y a la adopción de las medidas contempladas en el [art. 284 LRJS](#)<sup>26</sup>

26 TASCÓN LÓPEZ, R. (2014), *op. cit.*, p. 147.

Con todo, no es un camino muy transitado, pues se trata de sustituir la «voluntad» o el «consentimiento» de un sujeto y nos topamos, como decía, con el manido argumento de la incoercibilidad de las obligaciones de hacer. Aun así, cabría sortearlo por la vía de los apremios pecuniarios previstos en el [art. 241 LRJS](#) o a la ejecución de la condena a la emisión de una declaración de voluntad recogida en el [art. 708 LEC](#)<sup>27</sup>, si bien se aventura complicado su traslado a la práctica<sup>28</sup>.

27 TASCÓN LÓPEZ, R. (2014), *op. cit.*, p. 146.

28 GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 132.

- En fin, por último, quedaría la tutela resarcitoria, esto es, la obtención de una indemnización de daños y perjuicios, con las dificultades de cuantificación que ello produce. Por cierto, al hilo de esta cuestión, no está de más recordar que la [STJUE de 17 de diciembre de 2015](#) asunto ARJONA CAMACHO, ha resuelto una interesante cuestión prejudicial elevada desde España en la que se planteaba si la [Directiva 2006/54](#) obliga a que los estados miembros prevean, junto a la indemnización por daños y perjuicios, una indemnización «disuasoria» por los daños punitivos. La respuesta ha sido negativa: la Directiva brinda a los estados miembros diversas vías para cumplir sus mandatos, incluido el pago de indemnizaciones o la imposición de sanciones a la empresa. En nuestro derecho, ya hay un sistema indemnizatorio que se ajusta a las previsiones de la Directiva; en cuanto a las medidas disuasorias (que pueden consistir en indemnizaciones a la víctima o en sanciones), entiendo que ese papel lo podrían cubrir las previsiones de la [LISOS](#) ([arts. 8.12](#) y [16.1.c](#)).

9.2. Precisamente esto último permite introducirnos en otro aspecto de la tutela antidiscriminatoria al que querría aludir. Y es que, ante las dificultades que entraña el recurso al proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, no es de extrañar que el ordenamiento haya abogado por un tipo de tutela preventiva<sup>29</sup>.

29 GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.*, p. 130.

En este sentido, es de destacar el avance que la reforma introducida por el [RDL 10/2010, de 16 de](#)



[junio](#) , supuso en la materia, pues incorporó al texto de la LISOS una infracción muy grave en materia de empleo con una evidente repercusión en este terreno. Así, el [art. 16.1.c\)](#) recoge como tal la conducta consistente en « *solicitar datos personales en los procesos de selección* ».

El tipo infractor tiene un elemento subjetivo relativamente amplio, ya que, al tratarse de una infracción en materia de empleo, la solicitud prohibida puede proceder tanto del empresario, como de la agencia de colocación; y ello con independencia de que la solicitud sea directa o indirecta. Ahora bien, objetivamente, la conducta prohibida se limita a «solicitar», lo que lleva a entender que la obtención de datos por otras vías (por ejemplo, recabar datos navegando por la red) no quedaría incluida en el tipo infractor<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.* , p. 130.

## 1.2 . La perspectiva de la protección de datos y el honor, la intimidad y la imagen

10. Al margen de los problemas que el acceso a los datos personales presentes en las redes sociales suscita desde la perspectiva estrictamente laboral, ya he apuntado que estas acciones pueden tener incidencia en otras esferas del ordenamiento.

11. En este sentido, por un lado, resulta obvio que los datos personales recabados en las redes sociales, con ocasión de los procesos de selección o una vez finalizado este, están sujetos a la normativa sobre protección de datos<sup>31</sup>, lo que tiene múltiples implicaciones.

<sup>31</sup> CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup>. B. (2010), *op. cit.* , p. 69; TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.* , p. 136; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>. (2015), *op. cit.* , p. 132; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), *op. cit.* , p. 96.

11.1. De entrada, están las relacionadas con el consentimiento que se puede requerir. Al respecto, los [arts. 6 y 7](#) de la [LOPD](#) obligan a diferenciar en función del tipo de datos de que se trate:

- Así, el tratamiento de datos personales (cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable) requiere del consentimiento inequívoco del afectado. Este consentimiento no se requiere cuando se refiere a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento.

- Por otra parte, el tratamiento de datos relacionados con la ideología, la religión o las creencias requieren de un consentimiento expreso, que además debe efectuarse por escrito.

- En fin, la obtención, tratamiento y cesión de datos sobre origen racial, salud o vida sexual solo podrá efectuarse cuando haya razones de interés general y así lo disponga una ley o lo consienta el afectado.

11.2. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la LOPD impone una serie de obligaciones a los responsables del tratamiento de los datos. Pues bien, podrían ostentar tal condición los siguientes sujetos:

a) Los «titulares» de las redes sociales, es decir, los proveedores del servicio son considerados responsables del tratamiento de los datos que a través de ellas se efectúen.

b) Igualmente, las agencias de colocación que los recabasen o las empresas que habiéndolos obtenido los almacenasen y/o cediesen a otras empresas tendrían también tal consideración

c) En fin, los usuarios que hagan un uso que exceda del doméstico podrán ser tratados también como responsables o encargados del tratamiento de datos<sup>32</sup>. Y es que, a pesar de que tales sujetos habitualmente ostentan la consideración de «interesados» o «afectados», en la medida en que sobrepasasen los límites de lo que se conoce como «excepción doméstica», podrían pasar a cambiar de consideración. Esta posibilidad ya se apreció por el TJUE en el asunto LINDQVIST, [STJUE de 6 de noviembre de 2003](#) Pues bien, de conformidad con la doctrina sentada en dicho pronunciamiento y con las recomendaciones de los organismos especializados en la materia, se ha indicado que la excepción podría ceder en los siguientes casos<sup>33</sup>.

32 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013), «Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 98 y ss.; ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, p. 33; VILASAU SOLANA, M. (2013), «Redes sociales y usuarios: cuestiones sobre su regulación», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 129 y ss.

33 ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, pp. 32-33.

- En primer lugar, cuando el usuario utiliza la red social como una plataforma de colaboración para una asociación o una empresa con fines comerciales, sociales o políticos.

- En segundo lugar, cuando el número de contactos resulta ser superior a los que racionalmente podría considerarse como real. Así sucede cuando se permite el acceso a un gran número de contactos o a toda la red social.

- Finalmente, el usuario podría ser considerado responsable en aquellos casos en los que el tratamiento de datos de terceros vulnera los derechos de estos, particularmente, en lo relativo a los datos «sensibles».

11.3. Todo ello tiene distintas consecuencias, entre ellas, me interesa destacar las eventuales responsabilidades en las que se puede incurrir. Y es que, en este sentido, los [arts. 43](#) y ss. LOPD regulan las infracciones y sanciones en la materia. Pues bien, al tipificar las conductas infractoras, el [art. 44](#) LOPD integra algunas que se relacionan precisamente con el tratamiento o cesión de datos al margen de lo previsto en la norma (falta de consentimiento, de información etc.).

Este régimen sancionador tiene una enorme trascendencia en los términos de prevenir una «expansión» no querida de datos a través de la red o gracias a la red a la que antes he aludido, pues las sanciones que pueden imponerse por infracciones muy graves van desde los 300.001 euros hasta llegar a los 600.000 euros.

Con todo, la LOPD sujeta a su régimen sancionador específico, exclusivamente, a los responsables de los ficheros y a los encargados de tratamiento. Así pues, los usuarios normalmente quedarán al margen de la eventual imposición de sanciones de este tipo, salvo en aquellos casos a los que ya se ha aludido en los que no resulte aplicable la llamada excepción doméstica. Ahora bien, ello no implica que la conducta de estos usuarios que han «alimentado» la red con datos de terceros sea inocua para el derecho.

12. En efecto, a pesar de que con carácter general no les resulten aplicables el régimen sancionados de la LOPD, ello no implica que carezcan de responsabilidades, pues su conducta puede llegar a ser considerada como una intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen de otra persona<sup>34</sup>.

34 ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), *op. cit.*, pp. 32-33.

12.1. En este sentido, téngase en cuenta que el [art. 7.3](#) de la [LO 1/1982, de 5 de mayo](#), sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considera como tal « *la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo* ». Por su parte, el [art. 7.5](#) alude a « *la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos* ». En fin, el [7.7](#) menciona « *la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación* ».

12.2. A partir de ahí, la tutela judicial frente a tales intromisiones se producirá en los términos del [art. 9](#) de la LO 1/1982, que integra, además del restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, la declaración de la intromisión, el cese en la misma y la reposición al estado anterior, medidas preventivas y la posible imposición de una indemnización por daños y perjuicios.

## 2 . Las redes sociales en el desarrollo de la relación laboral

13. Un segundo polo de atención viene delimitado por los problemas que se pueden suscitar una vez ya se ha constituido la relación laboral. En este sentido, el uso de las redes sociales puede integrar el propio contenido de la prestación laboral a desarrollar por un trabajador; por otra parte, la red social se configura como un instrumento que puede proporcionar al trabajador datos importantes sobre la empresa, pero sobre todo es fuente para ésta de datos relativos a aquél, incidiendo en el ejercicio de los poderes empresariales de control y, por ende, en el ejercicio del poder disciplinario.

13.1. En efecto, en primer lugar, las redes sociales pueden integrar el contenido de la prestación laboral. Al respecto, hay muchos pronunciamientos que así lo evidencian. En este sentido, cada vez son más frecuentes sentencias en cuya declaración de hechos probados, al tratar la categoría profesional del trabajador o sus funciones, aluden a la gestión de diversas redes sociales titularidad de la empresa<sup>35</sup>. Pues bien, esta integración de la actividad desarrollada vía redes sociales en el contenido de la prestación laboral pone sobre la pista de dos pequeños problemas que se pueden suscitar en la práctica.

<sup>35</sup> Así, entre otras, STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 9 de julio de 2014 rec. 804/2013; [STSJ Andalucía, Granada, de 16 de octubre de 2014](#) rec. 1778/2014; [STSJ Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 2014](#), rec. 2393/2014; STSJ Galicia de 7 de mayo de 2015, rec. 468/2015; [STSJ Galicia de 8 de junio de 2015](#) rec. 1369/2015.

a) Por un lado, no resulta infrecuente que las empresas introduzcan en su proceso productivo el desarrollo de ciertas tareas relacionadas con su promoción y marketing a través de las redes sociales<sup>36</sup>. Y ello por las múltiples ventajas que les puede reportar en términos de « *dar a conocer sus actividades y novedades* »<sup>37</sup>. En ese contexto, pudiera suceder que el trabajador encargado de la gestión de estas redes tras su introducción no se adaptase al cambio, lo que legitimaría la extinción de su contrato por la vía del [art. 52.b\) ET](#), en la medida en que se diese cumplimiento a los diferentes requisitos que fija el texto estatutario: carácter razonable de la modificación, ofrecimiento del curso formativo y transcurso del plazo de dos meses, pues no parece que esta modificación pueda ser tildada de irrazonable<sup>38</sup>. Así planteado, pudiera parecer que el problema es más teórico que real, dada la sencillez con la que se manejan estas aplicaciones; no obstante, nótese que el modo de comunicarse por las vías tradicionales es sustancialmente diverso al que en las redes se emplea.

<sup>36</sup> TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, p. 136.

<sup>37</sup> TALENS VISCONTI, E. E. (2014), «La libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y nuevas tecnologías. Su alcance en las redes sociales», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, p. 1; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), *op. cit.*, p. 89.

<sup>38</sup> TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, pp. 149-150.

b) Por otro lado, la introducción de las redes sociales en el proceso productivo de la empresa podría provocar también otro tipo de extinciones, en este caso, por la vía del [art. 52.c\)](#) o del [art. 51 ET](#), en la medida en que el recurso a las mismas determinase el carácter innecesario de ciertos puestos de trabajos, algo que ya ha tenido que resolver la doctrina de suplicación<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> [STSJ Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 2014](#) rec. 2008/2104, que resuelve las extinciones producidas en una agencia de viajes pues tras la integración en el proceso productivo de las redes sociales determinaba que el número de empleados requerido para la atención al viajero fuese inferior.

13.2. Por otra parte, aunque las redes sociales titularidad de la empresa pueden proporcionar informaciones relevantes a los trabajadores sobre cuestiones que les atañen -por ejemplo, la existencia de vacantes a efectos de solicitar un reingreso<sup>40</sup> o los movimientos de plantilla entre entidades diversas indiciarios de la existencia de un grupo de empresas «fraudulento»<sup>41</sup> o de una transmisión de empresas<sup>42</sup>-, habitualmente la perspectiva de análisis es otra bien distinta. En efecto, la mayoría de los problemas se plantean por el uso que de las redes sociales efectúa el trabajador, con independencia de que sean de su titularidad o constituyan una herramienta de trabajo proporcionada por la empresa, lo que permite a la dirección detectar ciertos incumplimientos

laborales y, en su caso, proceder a imponerle la correspondiente sanción.

40 [STSJ Madrid de 29 de octubre de 2014](#) rec. 171/2014.

41 [STSJ Galicia de 29 de julio de 2015](#) rec. 1814/2015.

42 STSJ Cataluña de 25 de enero de 2016, rec. 5894/2015

a) En efecto, una batida por los repertorios jurisprudenciales al uso permite detectar la existencia de diversos pronunciamientos en los que el despido se basa en la comisión de alguna conducta que ha sido detectada por la empresa a raíz de la actividad desarrollada en las redes sociales por el trabajador. Así sucede, por ejemplo, con la realización de actividades que podrían implicar concurrencia o competencia desleal<sup>43</sup>; la publicación de comentarios u opiniones desconsiderados hacia la empresa<sup>44</sup>, el jefe o superior jerárquico<sup>45</sup>, el administrador de la empresa<sup>46</sup>, los compañeros<sup>47</sup> o la clientela<sup>48</sup>, ya sea en nombre propio o suplantando la personalidad de un superior<sup>49</sup>; el envío de una serie de mensajes constitutivos de acoso<sup>50</sup>; la realización de actividades incompatibles con la incapacidad temporal<sup>51</sup>; colgar fotos que comprometen la seguridad de la empresa<sup>52</sup>, que podrían vulnerar la intimidad de los usuarios del servicio<sup>53</sup> o de los compañeros<sup>54</sup> o que, sencillamente, evidencian la existencia de un incumplimiento de las obligaciones laborales<sup>55</sup>; la propia utilización de las redes durante el tiempo de trabajo<sup>56</sup> o, genéricamente, la transgresión de la buena fe contractual<sup>57</sup>.

43 [STSJ Madrid de 25 de noviembre de 2010](#) rec. 2865/2010; [STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2011](#) rec. 1170/2011; [STSJ Madrid de 25 de junio de 2012](#) rec. 1500/2012; [STSJ Aragón de 14 de mayo de 2012](#) rec. 219/2012; [SJS nº 4 La Coruña de 17 de julio de 2012](#) procdto. 46/2012; [STSJ Madrid de 8 de noviembre de 2012](#) rec. 4402/2012; [STSJ Comunidad Valenciana de 12 de febrero de 2013](#), rec. 3182/2012; [STSJ Galicia de 25 de abril de 2013](#) rec. 5998/2012; [STSJ Madrid de 15 de junio de 2015](#) rec.147/2015; [STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2015](#) rec. 307/2015;

44 [STSJ Madrid de 25 de mayo de 2011](#) rec. 5016/2010; [STSJ Murcia de 14 de mayo de 2012](#) rec. 99/2012; [STSJ Navarra de 21 de febrero de 2014](#) rec. 44/2014; [STSJ Madrid de 19 de mayo de 2014](#) rec. 2072/2013; [STSJ Galicia de 3 de julio de 2014](#) rec. 1614/2014; [STSJ Galicia de 8 de octubre de 2014](#) rec. 2941/2014; [STSJ Madrid de 10 de marzo de 2015](#) rec. 919/2014.

45 [STSJ Aragón de 9 de mayo de 2012](#) re. 162/2012; STSJ Cataluña de 6 de noviembre de 2015, rec. 6585/2015.

46 [STSJ Galicia de 23 de febrero de 2012](#) rec. 4927/2011.

47 [STSJ Cataluña de 10 de junio de 2011](#) rec. 631/2011; [STSJ Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 2014](#) rec. 509/2014.

48 [STSJ Madrid de 30 de marzo de 2012](#) rec. 798/2012.

49 [SJS Cartagena, de 6 de julio de 2011, st. 517/2011](#).

50 [STSJ Cataluña de 17 de julio de 2012](#) rec. 2811/2012; [STSJ Asturias de 29 de noviembre de 2013](#) rec. 1978/2013; [STSJ Andalucía, Sevilla, de 17 de julio de 2014](#) rec. 1702/2013.

51 [STSJ País Vasco de 26 de octubre de 2010](#) rec. 2096/2010; [STSJ Madrid de 23 de enero de 2012](#) rec. 3803/2011; [STSJ Madrid de 28 de mayo de 2012](#) rec. 966/2012; [STSJ Murcia de 16 de julio de 2012](#) rec. 481/2012; [STSJ Galicia de 16 de noviembre de 2012](#) rec. 4213/2012; [STSJ Asturias de 19 de abril de 2013](#) rec. 528/2013; [STSJ Asturias de 14 de junio de 2013](#) rec. 241/2013; [STSJ Andalucía, Sevilla, de 19 de septiembre de 2013](#) rec. 2586/2012; [STSJ Cataluña de 17 de junio de 2015](#) rec. 1467/2015; [STSJ Murcia de 16 de noviembre de 2015](#) rec. 383/2015; [STSJ Galicia de 17 de noviembre de 2015](#) rec. 3653/2015; [STSJ La Rioja de 11 de diciembre de 2015](#) rec. 344/2015.

52 [STSJ Andalucía, Granada, de 10 de noviembre de 2011](#) rec. 2333/2011.

53 [STSJ Galicia de 20 de febrero de 2012](#) rec. 4905/2011.

54 [STSJ Castilla-León, Valladolid, de 30 de abril de 2014](#) rec. 491/2014.

55 [STSJ Andalucía, Granada, de 16 de octubre de 2013](#) rec. 1493/2013, en la que las fotografías ponen de relieve que la trabajadora se había llevado mobiliario de la empresa para su uso personal, o, en relación con un coche de demostración, la [STSJ Castilla-León, Valladolid, de 28 de noviembre de 2013](#) rec. 1446/2013.

56 [STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2011](#) rec. 3505/2011; [STSJ Murcia de 14 de octubre de 2013](#) rec. 655/2013; [STSJ Andalucía, Granada, de 14 de noviembre de 2013](#) rec. 1632/2013; [STSJ Asturias de 15 de noviembre de 2013](#) rec. 1480/2013; STSJ Castilla-León, Valladolid, de 27 de diciembre de 2013, rec. 620/2013; [STSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de octubre de 2014](#)

rec. 2142/2013; [STSJ Cataluña de 15 de diciembre de 2014](#) rec. 4966/2014; [STSJ Madrid de 26 de enero de 2015](#) rec. 679/2014.

[57 STSJ Cataluña de 14 de febrero de 2012](#) rec. 7075/2011.

b) El uso de las redes sociales en gran parte de estos supuestos no implica de por sí un incumplimiento contractual, sino que la red social constituye la vía a través de la cual el incumplimiento se detecta; en otras palabras, la red social funciona, en realidad, como medio de prueba del incumplimiento de que se trate y, desde esa perspectiva, los diferentes problemas que su uso genera, singularmente su admisibilidad y la tensión con el respeto al derecho a la intimidad, o ya han sido tratados anteriormente (*supra*, 8 y ss.) o serán objeto de análisis más adelante (*infra*, 21). Ahora bien, en algunos casos, no es ya que la red social sirva como prueba del incumplimiento de que se trate, sino que el incumplimiento se lleva a cabo a través de la misma o consiste en su propio uso. Así sucede, por ejemplo, cuando las redes sociales se emplean en tiempo de trabajo o cuando permiten canalizar ofensas verbales contra jefes, compañeros o clientes, o críticas inapropiadas contra la empresa. Pues bien desde esta perspectiva, interesa destacar ciertas cuestiones.

- En primer lugar, por lo que respecta al uso de las redes sociales durante el tiempo de trabajo, sea con medios informáticos proporcionados por la empresa o por medio de dispositivos cuya titularidad corresponde al trabajador, el criterio decisivo, como en cualquier otro incumplimiento, debería ser la entidad de la falta. Y en este caso, el criterio medidor debe ser el número de conexiones efectuadas y la duración de las mismas. Así parecen interpretarlo los tribunales, cuyos pronunciamientos subrayan que si el tiempo de conexión es breve o de corta duración no debería reputarse como un incumplimiento contractual grave<sup>58</sup>, aunque alguna resolución afirma que ello es indiferente<sup>59</sup>; asimismo, otro dato relevante es que la conexión se efectúe durante tiempo de trabajo efectivo, porque si fuese durante tiempos muertos la relevancia sería inferior<sup>60</sup>; igualmente, se valora que durante el tiempo de conexión se haya efectuado algún tipo de actividad y no simplemente tener abierta la página correspondiente<sup>61</sup>. Por lo demás, en toda esta materia, la doctrina ha propugnado la conveniencia de que la empresa adopte algún tipo de protocolo interno, como sucede en el caso del empleo de los medios informáticos que son propiedad de la empresa, a poder ser de carácter flexible, en línea con lo sostenido en sede judicial respecto las llamadas telefónicas<sup>62</sup>.

[58 STSJ Castilla-León, Valladolid, de 27 de diciembre de 2013, rec. 620/2013.](#)

[59 STSJ Madrid de 26 de enero de 2015](#) rec. 679/2014, si bien, en realidad, el problema de fondo era el relativo a los medios informáticos empleados, pues eran titularidad de la empresa y existía una prohibición absoluta de uso para fines personales.

[60 STSJ Castilla-León, Valladolid, de 27 de diciembre de 2013, rec. 620/2013](#), en la que el despido se declara improcedente, pues aunque las entradas al perfil se efectuaron durante la jornada, ni se demuestra que fuese en «horas» de trabajo, ni la gravedad de las mismas, ya que no eran demasiadas.

[61 STSJ Cataluña de 15 de diciembre de 2014](#) rec. 4966/2014, en la que se declara la improcedencia de un despido pues no se acredita el tiempo de conexión, ya que tener abierto un chat de una red social durante cinco horas, no implica que este chateando de una manera continua. En la doctrina, CALVO GALLEGOS, F. J. (2012), «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 71, p. 15.

[62 CARDONA RUBERT, M.ª. B. \(2010\), op. cit. , p. 69; TASCÓN LÓPEZ, R. \(2011\), op. cit. , p. 153.](#)

- En segundo lugar, en cuanto a los supuestos en los que las redes sociales sirven de canal a través del cual se manifiesta la conducta sancionable, el medio empleado para la difusión repercute en el modo de valorar el incumplimiento de que se trate. Así sucede, singularmente, en el caso de las ofensas verbales o de las críticas desmedidas vertidas contra la empresa que pudieran considerarse como una transgresión de la buena fe contractual.

Aquí, por un lado, hay que recordar el criterio jurisprudencial tendente a rebajar la gravedad de este tipo de conductas cuando las mismas se efectúan verbalmente y no por escrito, pues las primeras suelen ser fruto del acaloramiento mientras las segundas pueden ir precedidas de una cierta reflexión<sup>63</sup>. Pues bien, algún autor ha entendido que en el caso de las redes sociales nos moveríamos siempre en este segundo escenario<sup>64</sup>; sin embargo yo no creo que ello sea necesariamente así. Y es que, precisamente, una de las características que se predicen de las redes sociales es la relativa a su inmediatez, por lo que los comentarios que se vierten en las mismas, o las

acciones que a su través se ejecutan, a menudo comparten las notas que justifican el tratamiento relajado que la jurisprudencia dispensa a las ofensas manifestadas de palabra<sup>65</sup>. Por ello, parece necesario matizar tales afirmaciones y proceder a valorar la manera en que se ha producido la acción, comprobando si ha sido un «comentario» inmediato o, por el contrario, viene precedido de ese período de reflexión. Ello se puede realizar de una manera sencilla a través de los datos que proporciona la propia plataforma, pues habitualmente queda constancia de cuando se efectuaron.

<sup>63</sup> El propio TEDDHH lo ha recogido. Así, la [STEDDHH de 12 de septiembre de 2011](#) asunto PALOMO SÁNCHEZ y otros contra España lo recoge.

<sup>64</sup> TALENS VISCONTI, E. E. (2014), *op. cit.*, pp. 7-8.

<sup>65</sup> DEL REY GUANTER, S. (2015), «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*.

Por otro lado, todavía en este terreno, algunas de las características que acompañan al perfil en el que han aparecido las ofensas o las críticas no aceptables deben servir para graduar la gravedad de la falta. Y es que, según los tribunales, no tiene la misma trascendencia una opinión vertida en un perfil de acceso libre o público que otra realizada en un perfil cerrado o de acceso restringido<sup>66</sup>; igualmente el número de «amigos» o «seguidores» que tenga el usuario, en la medida en que incide en la eventual extensión o repercusión del comentario, también suele ser objeto de valoración, por lo menos cuando se trata de críticas sobre la empresa<sup>67</sup>. Este último, por cierto, es un matiz interesante. Y es que, a mi juicio, las circunstancias que se acaban de indicar no deberían tener idéntica trascendencia en todos los supuestos, sino que parece conveniente distinguir según estemos ante ofensas verbales o ante críticas vertidas hacia la empresa. Así, en mi opinión, la relevancia de los mismos debería tener circunscrita su operatividad a los casos de críticas contra la empresa, pero no desplegarla en los supuestos de ofensas verbales contra personas físicas, pues los intereses protegidos en uno y otro caso son distintos.

<sup>66</sup> La doctrina de suplicación proporciona ejemplos en este sentido: [STSJ Andalucía, Málaga, de 22 de mayo de 2014](#) rec. 509/2014, califica el despido procedente, habiéndose vertido insultos y amenazas contra una compañera a través de facebook, estando el perfil en abierto; en la misma línea, la [STSJ Galicia de 8 de octubre de 2014](#) rec. 2941/2014, también declara la procedencia de un despido pues, al margen de su entidad, no se demostró que las críticas vertidas fuesen de acceso limitado a los «amigos».

<sup>67</sup> En este sentido, la STSJ Navarra de 21 de febrero de 2014, rec. 44/2014, declara la improcedencia de un despido porque a pesar de que la cuenta tenía acceso libre no se constata la repercusión de los comentarios, habida cuenta del (escaso) número de seguidores en twitter que tenía el autor; en la misma línea, la [STSJ Madrid de 10 de marzo de 2015](#) rec. 919/2014.

### 3. Las redes sociales desde la perspectiva de la acción colectiva

14. Las redes sociales también pueden suscitar algunos interrogantes desde la perspectiva colectiva, en concreto, en lo relativo a los instrumentos de acción puestos a disposición de los representantes de los trabajadores. Así, en este terreno, dos cuestiones fundamentales se han planteado: por un lado, si la empresa debe facilitar el uso de estas redes o los instrumentos para acceder a ellas a tales representantes; por otro, los límites que en la propia utilización de las redes se van a encontrar tales sujetos.

#### 3.1. Las redes sociales como instrumento para la acción colectiva: disposición.

15. Por lo que respecta a la primera cuestión el ordenamiento jurídico reconoce a los representantes de los trabajadores toda una serie de garantías y facilidades en el ejercicio de las tareas representativas que tienen encomendadas, bien sirviéndoles como una especie de escudo protector frente a «eventuales» represalias empresariales por su actuación (garantías), bien proporcionándoles un conjunto de instrumentos favorecedores de un adecuado y eficaz desarrollo de las funciones que les son propias (facilidades)<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Sobre el tema, TUDELA CAMBRONERO, G. (1991), *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Tecnos, Madrid.

15.1. El catálogo de facilidades es muy variado. Así, de conformidad con los [arts. 68](#) y [81 ET](#), y de los [arts. 8.2](#) y [10.3 LOLS](#), integra el derecho a expresar libremente la opinión en las materias propias de sus competencias, el derecho a publicar y distribuir información, el crédito horario, el derecho a un tablón de anuncios o el derecho a un local adecuado.

15.2. Pues bien, a partir de ahí, surge el interrogante relativo a si la empresa debe facilitar a estos sujetos el acceso a las redes sociales o a las vías que permitan acceder a ellas, esto es, la conexión a internet.

16. La respuesta es relativamente sencilla. En principio, al margen de las eventuales previsiones convencionales que pudieran reconocer este derecho, la legislación vigente no impone tal obligación. Así lo han señalado los tribunales para un supuesto análogo cual es el de permitir el uso del correo electrónico corporativo<sup>69</sup>. Ahora bien, esta postura hay que matizarla a la luz de la jurisprudencia constitucional<sup>70</sup>, así como de la propia interpretación posterior del TS<sup>71</sup>, respecto el uso del correo electrónico corporativo y la intranet de la empresa.

[69 STS de 26 de noviembre de 2001](#), rec. 1142/2001.

[70 STC 281/2005, de 7 de noviembre](#)

[71 SsTS de 23 de julio de 2008](#), rec. 97/2007 y de [22 de junio de 2011](#), rec. 153/2010.

16.1. En efecto, estos pronunciamientos permiten entender que la empresa no tiene la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores ni los instrumentos informáticos, ni la conexión a internet que haya contratado para el desarrollo de su actividad. Ahora bien, como apenas he indicado, esta postura se matiza en el sentido de que si tales instrumentos ya existen en la empresa y su utilización por los representantes de los trabajadores no perjudica la finalidad para la que se instalaron, se debe permitir a tales sujetos su utilización. Ello será así en la medida en no se perturbe la actividad normal de la empresa, no se perjudique el uso normal de tales instrumentos por parte de la empresa, ni se le ocasionen a ésta gravámenes adicionales.

16.2. La doctrina de suplicación ya se ha manifestado en esta dirección. En efecto, al hilo de un conflicto colectivo planteado por una central sindical en el que se reclamaba el derecho de acceso a internet sin límites o, en su defecto, a las redes sociales, así como a un correo propio, el TSJ Andalucía, Sevilla, ha invocado la jurisprudencia citada para resolver el asunto. Así, llega a la conclusión de que en el caso concreto la negativa empresarial estaba debidamente justificada por motivos de seguridad, ya que la empresa demandada manejaba ciertas informaciones comprometidas para la seguridad nacional que se situarían en una posición vulnerable de permitir el manejo de sus aparatos informáticos y la red con tales fines<sup>72</sup>.

[72 STSJ Andalucía, Sevilla, de 24 de septiembre de 2015](#) rec. 1387/2015.

### **3.2 . Las redes sociales como instrumento para la acción colectiva: utilización**

17. Con independencia de que la posibilidad de recurrir a las redes sociales sea facilitada por la empresa o no, el segundo tipo de problemas que cabe imaginar son los relacionados con su utilización para llevar a cabo la acción sindical. En este sentido, resulta evidente la trascendencia o utilidad que las redes pueden tener al tiempo de difundir información por parte de los representantes de los trabajadores. Pues bien, desde dicha perspectiva, el tipo de conflictos imaginables serán los clásicos de tensión entre la libertad de expresión e información y los intereses de terceros, sean tales terceros la empresa, otros trabajadores u otros representantes. Así las cosas, se trata de trasladar a este terreno la doctrina general en la materia, si bien cabe efectuar algunas puntualizaciones o matices, así como apuntar algunos problemas específicos.

17.1. Por lo que respecta a la doctrina general en la materia, hay un par de cuestiones que interesa recordar, una relacionada con los sujetos que ejercitan el derecho eventualmente vulnerado y otra relativa a los cánones hermenéuticos empleados para valorar el correcto ejercicio del mismo.

a) Desde la primera perspectiva, la doctrina constitucional es constante a la hora de afirmar que

cuando la libertad de expresión e información se desarrolla por sujetos sindicales, en realidad, nos situamos en el terreno de la libertad sindical. Así, el derecho eventualmente vulnerado será el del [art. 28 CE](#) y no los del [art. 20 CE](#), cuya invocación será meramente instrumental y quedará subsumida en el primero<sup>73</sup>. Ahora bien, ello es así, cuando estemos ante «representantes sindicales», no cuando se trate de miembros de la representación unitaria, salvo que el «factor sindical» (por ejemplo, el dato afiliativo) hubiese sido tomado en consideración, en cuyo caso la respuesta sería la de «subsunción»<sup>74</sup>. Con todo, ello no impide que la representación unitaria o, en su caso, los afiliados pudiesen acceder al amparo por la vía de la invocación directa del [art. 20 CE](#)<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Entre otras, [SsTC 273/1994 201/1999 213/1992 198/2004 108/2008](#)

<sup>74</sup> [SsTC 100/2014, de 23 de junio](#) o [203/2015, de 5 de octubre](#).

<sup>75</sup> BLASCO PELLICER, A. (2014), «Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones laborales», ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, pp. 55-56.

b) En cuanto a la segunda cuestión, la jurisprudencia parte de la idea del diferente objeto y límites que tienen las libertades de información y la de expresión: la primera versa sobre hechos y ha de girar sobre datos veraces; la segunda ampara las opiniones y los juicios de valor, pero no el uso del insulto ni la injuria. Asimismo, a la hora de valorar la eventual extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión, los tribunales suelen tomar en consideración la naturaleza del sujeto emisor (representante o no), el modo (escrito o verbal) y vía de difusión empleado (pública, privada, semipública), el tipo de expresiones proferidas, las circunstancias y contexto en las que se emiten (situación de conflicto preexistente o no), etc.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> DEL REY GUANTER, S. (2015), *op. cit.*, pp. 315 y ss.

17.2. Pues bien, la traslación de estas ideas al terreno de la acción sindical desarrollada por medio de las redes sociales no genera mayores problemas, si bien hay que efectuar algunos matices relacionados tanto con la autoría, la valoración de las conductas y sus consecuencias.

a) Por lo que respecta a la autoría, al margen de los problemas relacionados con la «autenticidad» del sujeto que aparezca como responsable a los que más adelante haré referencia (*infra*, 22), la cuestión a abordar ahora consiste en la imputación subjetiva de la conducta en los casos en que se emplea el perfil de un órgano o entidad, en otras palabras, cuando se emplea el propio perfil del comité, la sección sindical o sindicato. Pues bien, en estos casos, se ha propugnado la extensión de la doctrina sentada por los tribunales en materia de correo electrónico<sup>77</sup>: así, del mismo modo que a la persona que aparece como responsable de la cuenta se le responsabiliza de las comunicaciones efectuadas<sup>78</sup>, la que se encargase de la gestión de la red social asumiría idéntica responsabilidad; no obstante, nótese que ello no se aplica cuando la autoría no queda clara<sup>79</sup>. En última instancia, el titular de la cuenta podría asumir responsabilidades de diferente índole a las que luego me referiré.

<sup>77</sup> TALENS VISCONTI, E. E. (2014), *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>78</sup> STSJ Madrid de 21 de junio de 2005, rec. 962/2005.

<sup>79</sup> STSJ Cataluña de 4 de marzo de 2009, rec. 8573/2008.

b) En segundo lugar, por lo que respecta a la valoración de las conductas, cabe reiterar lo señalado anteriormente respecto a las ofensas verbales y las críticas contra la empresa u otros sindicatos o representantes (*supra*, 13.2.b). Así, entiendo que en el caso de las ofensas la mayor o menor difusión derivada de la configuración del perfil y del número de contactos no es relevante, mientras que en el caso de los eventuales daños a la imagen de la empresa o entidad sí; por otra parte, el hecho de que consten «por escrito» no debe impedir que, según las circunstancias, pueda tomarse en consideración la «atenuante» del contexto de conflicto acalorado, si se atiende a la inmediatez que tienen las redes sociales.

c) En fin, en cuanto a las consecuencias, obviamente las actuaciones realizadas por quienes tengan vínculo laboral con la empresa pueden determinar la adopción de medidas disciplinarias, no



así cuando se trate de sujetos ajenos a la misma (por ejemplo, el propio sindicato). Ahora bien, en uno y otro caso, ello no impide la posibilidad de ejercitar otro tipo de acciones de tutela por los sujetos dañados, que pueden ser la empresa, algún trabajador, otros representantes, sean unitarios o sindicales, u otras centrales sindicales.

Entre tales acciones se encontrarían la posibilidad de instar el proceso de tutela de los derechos fundamentales, solicitando el cese en la conducta y/o la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, así como, en determinadas circunstancias, las responsabilidades derivadas de la [Ley 34/2002, de 11 de julio](#), sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> TALENS VISCONTI, E. E. (2014), *op. cit.*, p. 9.

La competencia para resolver estas cuestiones resulta un tanto compleja. Así, por un lado, la posibilidad de acudir al orden social de la jurisdicción podría encontrar su anclaje en la letra f) del [art. 2 LRJS](#), por lo menos para las acciones interpuestas por un trabajador contra los representantes de los trabajadores o en el caso de los conflictos generados entre diferentes sindicatos. Así se deduce de la literalidad del precepto. Otro título competencial que justificaría la competencia del orden social es el del art. 2.m) LRJS, si bien presenta el escollo de que ha de tratarse de responsabilidades derivadas de la infracción de normas de la rama social del derecho, lo que dificultaría que pudiesen ser atendidas las demandas fundadas en la transgresión de la Ley 34/2002. Con todo, no es insalvable: una cosa es la normativa transgredida -la reguladora de la actuación de los representantes de los trabajadores y sindicatos- y otra el título del que se deriva la responsabilidad -en su caso, la ley 34/2002-.

#### **4 . Las redes sociales como medio de prueba en el proceso social.**

18. En fin, un último núcleo de interés que, como ya he advertido, planea sobre todos las cuestiones anteriormente avanzadas es el relativo a la utilización de las redes sociales como prueba en el proceso laboral, algo que plantea una serie de cuestiones interrelacionadas.

18.1. Así, en primer lugar, parece conveniente analizar la propia admisibilidad de este tipo de pruebas, sobre todo desde la perspectiva de su eventual obtención con violación de derechos fundamentales.

18.2. Un segundo punto crítico se relaciona con el modo de garantizar la realidad y veracidad de lo publicado, tanto desde la perspectiva subjetiva (autoría) como objetiva (contenido).

18.3. Finalmente, también resulta relevante detenerse en la determinación de la naturaleza jurídica de este peculiar medio probatorio, ya que ello tiene importantes repercusiones prácticas.

##### **4.1 . La admisibilidad de este tipo de pruebas**

19. La primera de las cuestiones que suscita este peculiar tipo de pruebas consiste, según he indicado, en determinar su propia admisibilidad; en definitiva, se trata de responder a la cuestión de si resulta admisible o no su aportación a juicio.

19.1. En mi opinión, no cabe duda de que estamos ante unos medios probatorios cuya proposición y práctica en el proceso social debe ser aceptada. En este sentido, entiendo que la normativa procesal proporciona fundamento suficiente para sostener esta opinión<sup>81</sup>. En efecto, de entrada, se podría argumentar sobre la base del art. 90 LRJS, donde se establece que las partes « *podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos* »; en otras palabras, el precepto reconoce en términos muy amplios los medios de prueba utilizables en el proceso laboral. Asimismo, a idéntica conclusión se llegaría recurriendo al [art. 299 LEC](#), de modo particular a su apartado tercero, cuando admite la posibilidad de utilizar « *cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores* » a través de los cuales « *podiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes* » y no se olvide que la LEC es de aplicación supletoria

en el proceso laboral según dispone la DF 4.<sup>a</sup> LRJS.

**81 NORES TORRES**, L. E. (2014), «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, 3, p. 315; en la misma línea, TALENS VISCONTI, E. E. (2014), *op. cit.*, p. 9.

19.2. Por otra parte, de hecho, existe un nutrido número de pronunciamientos judiciales en los que se evidencia su utilización para demostrar diferentes cuestiones, sin que, en ningún caso, se haya negado su admisibilidad. En efecto, una pequeña búsqueda en las bases de datos al uso permite detectar una pluralidad de sentencias en las que se aprecia que las partes han recurrido a este particular mecanismo probatorio, junto con otros, para tratar de probar alegaciones muy variadas, desde la existencia<sup>82</sup> o inexistencia<sup>83</sup> de una relación laboral, la categoría profesional del trabajador<sup>84</sup> o su carrera profesional<sup>85</sup>, hasta diferentes comportamientos del trabajador que pueden justificar la adopción de un despido disciplinario<sup>86</sup>, la reclamación de una indemnización por vulnerar un pacto de no competencia postcontractual<sup>87</sup> o una minoración en los salarios de tramitación derivada del desarrollo de alguna actividad tras el despido<sup>88</sup>. Asimismo, no faltan ejemplos en los que el trabajador recurre a la actividad «empresarial» en la redes sociales con distintos objetivos<sup>89</sup>, según expuse anteriormente ( *supra*, 13.2). Y en ningún caso los órganos jurisdiccionales han puesto reparos a su admisibilidad.

**82 STSJ Galicia de 12 de noviembre de 2012** rec. 3743/2012; **STSJ de Asturias de 23 de mayo de 2014** rec. 928/2014; **STSJ Madrid de 29 de septiembre de 2014** rec. 483/2014.

**83 STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2014** rec. 5922/2013; **SJS nº 1 Pamplona de 26 de marzo de 2014, procdto. 642/2013** **STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2014** rec. 5922/2013.

**84 STSJ Madrid de 30 de enero de 2015** rec. 811/2014 o **STSJ Navarra de 2 de octubre de 2015** rec. 429/2015.

**85 STSJ Asturias de 26 de julio de 2013** rec. 369/2013; **STSJ Cataluña de 27 de abril de 2015**, rec. 2796/2015.

**86** Al respecto, *vid.* los pronunciamientos citados en las notas 9 y ss., pues brindan múltiples ejemplos de ello.

**87 STSJ Madrid de 29 de julio de 2015** rec. 1814/2015.

**88 STSJ Galicia de 29 de septiembre de 2011** rec. 2176/2011.

**89** Así, por ejemplo, como, por ejemplo, para evidenciar la existencia de vacantes a efectos de solicitar un reintegro ( **STSJ Madrid de 29 de octubre de 2014** rec. 171/2014) o los movimientos de plantilla entre entidades diversas indiciarios de la existencia de un grupo de empresas «fraudulento» ( **STSJ Galicia de 29 de julio de 2015** rec. 1814/2015) o de una transmisión de empresas ( **STSJ Cataluña de 25 de enero de 2016** rec. 5894/2015).

19.3. Por lo demás, tan es así, que la negativa judicial a su aportación, si bien autónomamente considerada no es susceptible de ser recurrida, salvo en el supuesto excepcional regulado en el art. 90.2 LRJS, puede justificar la interposición de un ulterior recurso contra la sentencia que en su día se dicte basado, precisamente, en el rechazo de este medio probatorio. A partir de ahí, si el recurso prosperase, ello conduciría a que se declarase la nulidad de la sentencia, como ya ha tenido ocasión de señalar la doctrina de suplicación, bien que referido al whatsapp, pero con solución totalmente extrapolable a las redes sociales<sup>90</sup>.

**90 STSJ País Vasco de 23 de septiembre de 2014** rec. 1667/2014.

20. En todo caso, de conformidad con el **art. 384** LEC, para que este medio de prueba pueda ser admitido y empleado, será necesario aportarlo a través de un soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. Esto se puede cumplir por distintas vías<sup>91</sup>. En efecto, de entrada, cabe pensar, por ejemplo, en llevar al juicio un ordenador y abrir la página en cuestión en sala<sup>92</sup>; igualmente, sería posible efectuar un «pantallazo» y aportar el mismo como si de un documento se tratara<sup>93</sup>, eso sí con las cautelas oportunas<sup>94</sup>; en fin, en otras ocasiones, se aporta el acta notarial previamente levantada<sup>95</sup>, lo que tendrá otras repercusiones a las que luego aludiré y que sorteará el problema de que el comentario, fotografía, vídeo, etc., pueda desaparecer porque su autor proceda a suprimirlo, superando así el riesgo denunciado por la doctrina de la «inherente volatibilidad» de estos medios de prueba<sup>96</sup>.

91 NORES TORRES, L.E. (2014), *op. cit.*, p. 316.

92 [STSJ Galicia de 23 de febrero de 2012](#) rec. 4927/2011, relativo a un video colgado en internet.

93 Así, en el caso resuelto por la [STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2011](#) rec. 1170/2011, sobre el director de publicación que continúa en nombre propio con una comunidad virtual que había creado la empresa.

94 Sobre la cuestión, *vid.* BUENO DE MATA, F. (2016), «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y últimas reformas procesales en materia tecnológica»,

95 [STSJ Madrid de 23 de enero de 2012](#) rec. 3803/2011, sobre auxiliar administrativo en IT por depresión que realiza actividades presuntamente incompatibles con la baja, o en la [STSJ Madrid de 25 de mayo de 2011](#) rec. 5016/2010, sobre trabajadora que menciona a su empresa en su perfil de facebook existiendo un protocolo empresarial que proscribía aludir a la firma en cualquier red.

96 SELMA PENALVA, A. (2014), *op. cit.*, p. 391.

21. Asimismo, como en cualquier otra prueba, será necesario que en su obtención no se hayan empleado procedimientos que entrañen directa o indirectamente la violación de derechos fundamentales o libertades públicas, algo que en la actualidad, si se alega por la contraparte, cuenta con un tratamiento específico en el [art. 90.2](#) LRJS, importado de la LEC, sin las adaptaciones deseables, como ha criticado la doctrina<sup>97</sup>. En efecto, se trata de la posibilidad de que se suscite esta cuestión por cualquiera de las partes, o de oficio por el tribunal, en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se ponga de manifiesto durante la práctica una vez ya admitida. A partir de ahí, se oye a las partes, se practican las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este extremo, recurriendo a las diligencias finales solo cuando sea imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. La resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore a la misma, se puede recurrir sólo por medio del recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las partes y resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.

97 Al respecto, *vid.* ESTEVE SEGARRA, A. (2012), «El proceso ordinario», en BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (Dir.), *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 257.

21.1. Pues bien, en las sentencias analizadas, normalmente no se ha cuestionado la licitud de la prueba desde esta perspectiva, o, si se ha hecho, generalmente no se llega a responder, bien porque no se aportan indicios de la vulneración invocada<sup>98</sup>, bien por el cauce procesal empleado<sup>99</sup> o bien porque no se alegó en el momento procesal adecuado<sup>100</sup>.

98 [SJS Cartagena de 6 de julio de 2011, st. 517/2011](#).

99 [STSJ Madrid de 25 de junio de 2012](#) rec. 1500/2012.

100 [STSJ Galicia de 23 de febrero de 2012](#) rec. 4927/2011.

La razón de la falta de «litigiosidad» en este terreno seguramente se deba a que se parte de la sensación u opinión «general» de que, al tratarse de redes «públicas» o, mejor dicho, redes de acceso público, no entraría en juego la protección de la intimidad, ya que el propio afectado ha dado a conocer la noticia de forma voluntaria<sup>101</sup>. A mi juicio, en todo caso, la respuesta debería ser matizada, pues habrá que ver cuáles son las condiciones de uso de la red social que tiene el titular de la cuenta o, en otras palabras, cómo ha configurado la misma, si es de acceso público, de acceso limitado, de acceso restringido, etc., y cómo ha accedido la empresa a ella, por medios lícitos o no<sup>102</sup>. En este sentido parece moverse la doctrina de suplicación más reciente en la que se detecta una clara tendencia a negar la existencia de vulneración de la intimidad cuando estamos ante perfiles abiertos o públicos<sup>103</sup>.

101 NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.*, p. 317; en sentido distinto, TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), *op. cit.*, p. 160.

102 NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.*, p. 317; BEL ANTAKI, J. (2014), *op. cit.*, p. 11; SELMA PENALVA, A. (2014), *op.*

cit. , pp. 367 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), *op. cit.* , p. 91; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.* , p. 132; en sentido diverso, TALENS VISCONTI, E. E. (2014), *op. cit.* , p. 9.

103 [STSJ Galicia de 25 de abril de 2013](#) rec. 5998/2012; [STSJ Asturias de 14 de junio de 2013](#) rec. 241/2013; [STSJ Castilla-León, Valladolid, 30 de abril de 2014](#) rec. 491/2014; [STSJ Cataluña de 17 de junio de 2015](#) rec. 1467/2015; [STSJ Cantabria de 10 de noviembre de 2015](#) rec. 765/2015; [STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de enero de 2016](#) rec. 1167/2015.

En efecto, como ha señalado alguna sentencia<sup>104</sup>: « No se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron lícitamente pues al estar colgadas en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público ». Igualmente, en esta línea se ha indicado que « el mero acceso a páginas web, en páginas de otras personas que participan también en las actividades del actor, no vulnera derecho alguno, además de ser una de las características de esta red social, salvo que específicamente su titular reserve el derecho de acceso... Si puede accederse al muro de mensajes es porque no se ha encontrado limitado el acceso, como sabe cualquier usuario del programa, salvo claro está, que se trate de un acto de piratería o intrusismo que no se acredita en este caso »<sup>105</sup>. O, en términos similares, « Si el acceso a la página de la trabajadora en esta red, "Facebook", es libre, y el espacio en esta página donde el tercero "colgó" las fotos, dice la sentencia en los hechos probados, no requiere uso de claves ni tiene restricción alguna, siendo estas circunstancias necesariamente conocidas por la demandante como usuaria de "Facebook", no existe la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar denunciada, pues hay una autorización de la titular del derecho para que cualquiera, incluida su empleadora pueda tomar conocimiento de la parte de su intimidad que expone, por la publicidad que supone el medio »<sup>106</sup>.

104 [STSJ Asturias de 14 de junio de 2013](#) rec. 241/2013.

105 [STSJ Cantabria de 10 de noviembre de 2015](#) rec. 765/2015.

106 [STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de enero de 2016](#) rec. 1167/2015.

21.2. En fin, en el supuesto de que la alegación prosperase, habrá que plantearse cuáles deben ser las consecuencias que han de derivarse de la obtención ilícita de las pruebas, esto es, qué sucede cuando éstas han sido logradas con vulneración de derechos fundamentales, singularmente en el caso de las decisiones extintivas empresariales.

Pues bien, al respecto, parece estar muy asentada la idea de que la decisión extintiva empresarial, en tales circunstancias, debe reputarse nula. Así ha sucedido, sobre todo, en el terreno de las pruebas videográficas o informáticas obtenidas de modo «irregular», en concreto, vulnerando la intimidad de los trabajadores por no tener conocimiento de su existencia o no ser conscientes de su posible utilización por la empresa con fines sancionadores<sup>107</sup>, una idea que sería extrapolable a este ámbito.

107 Al respecto, [STS de 13 de mayo de 2014](#), RCU 1685/2013, con cita de la jurisprudencia constitucional. Por cierto, en relación con la instalación de videocámaras, *vid.* el giro que ha supuesto la [STC 29/2016, de 3 de marzo](#)

Sin embargo, no parece que ello sea del todo correcto. En efecto, a mi juicio, una cosa es la ilicitud de la prueba y otra la nulidad del despido<sup>108</sup>. En este sentido, si la prueba se ha obtenido ilícitamente ello debería determinar la inadmisibilidad de la misma, pero esa ilicitud no se debería trasladar necesariamente a la calificación del despido convirtiéndolo en nulo, sino que éste debería ser valorado prescindiendo de la prueba en cuestión y declarado procedente, improcedente o nulo a la luz de las restantes pruebas<sup>109</sup>. Y es que, de lo contrario, el «incidente» previsto en el art. 90.2 LRJS carecería de sentido. Por lo demás, hay algún pronunciamiento dictado en suplicación que ya se mueve en este sentido, al hilo del despido de un trabajador al que se le había colocado en el vehículo un dispositivo de localización sin tener él conocimiento de ello: la prueba se inadmite por vulnerar derechos fundamentales, pero el despido se declara improcedente<sup>110</sup>.

108 NORES TORRES, L. E. (2015), «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en

el proceso laboral», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo* .

**109** GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016), *op. cit.* , p. 385.

**110** STSJ Madrid de 21 de marzo de 2014, rec. 1952/2014; [STSJ Cataluña de 28 de mayo de 2015](#) rec. 1033/2015. Asimismo, se aprecia esta posibilidad en el Voto Particular formulado por el magistrado Xiol Ríos en la [STC 39/2016, de 3 de marzo](#)

## 4.2 . La autenticidad y veracidad de lo publicado

22. Un segundo grupo de problemas que puede plantear este tipo de pruebas es el relativo a la veracidad de su contenido y ello desde una doble perspectiva<sup>111</sup>: por un lado, en lo relativo a la autoría; por otro lado, en lo relacionado con el propio contenido de lo publicado.

**111** NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.* , pp. 317 y ss.; SELMA PENALVA, A. (2014), *op. cit.* , pp. 371 y ss.

22.1. Por lo que respecta a la cuestión de la autoría, de entrada, hay que señalar la existencia de una suerte de presunción de conformidad con la cual, lo que aparece publicado en un perfil como acción de un usuario debe ser obra de ese usuario<sup>112</sup>. Ahora bien, los perfiles que se crean, en realidad, no ofrecen una seguridad absoluta de que quien aparece como «titular» de la página o perfil realmente lo sea. En efecto, de hecho, resulta verdaderamente sencillo suplantar la personalidad de cualquiera a estos efectos, como he destacado al inicio (*supra* , 4.3).

**112** [STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2015](#) rec. 746/2015.

a) Así, en alguna de las sentencias manejadas en este trabajo, precisamente, la conducta reprochable que se enjuiciaba era la de un trabajador que había suplantado a su jefe, creando un perfil «falso» en facebook con el nombre de éste a través del cual vertía una serie de comentarios negativos sobre la empresa y los empleados de la misma<sup>113</sup>, lo que evidencia esa facilidad de con la que se puede suplantar a otra persona a la que aludía en el párrafo anterior.

**113** [SJS Cartagena de 6 de julio de 2011, st. 517/2011](#) .

b) En todo caso, cuando ello suceda, obviamente, se podrá atacar la prueba negando la autoría, en este caso, la titularidad de la cuenta. Pues bien, en este punto, resulta admisible tanto una intervención preventiva por el proponente, como una reactiva por las otras partes.

- En efecto, el [art. 384.2 LEC](#) , en relación con el 382.2 LEC, al regular la prueba de archivo y reproducción de datos, reconoce al proponente la posibilidad de aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes; y en términos similares, reconoce idéntica posibilidad a las otras partes cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

- Los medios imaginables para demostrar esta cuestión pueden ser muy variados, singularmente, una prueba pericial a través de un experto informático<sup>114</sup>, aunque no es el único medio<sup>115</sup>. Así, por ejemplo, al hilo del despido de un trabajador motivado por el hecho de colgar un vídeo en internet cuyo contenido era ofensivo para el titular de la empresa, suscitada esta cuestión, el juzgador llega a la conclusión de que el trabajador era el autor del mismo por la IP desde la que se había cargado, por el contenido de los comentarios, que eran de difícil conocimiento por alguien ajeno a la empresa, y del hecho de que al día siguiente de llamarle la atención el trabajador retirara el vídeo<sup>116</sup>.

**114** STSJ Cataluña 6 de noviembre de 2015, rec. 6585/2015.

**115** Al respecto, *vid.* RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2015), «Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)»,

**116** [STSJ Galicia 23 de febrero de 2012](#) rec. 4927/2011.

22.2. Por otra parte, en relación con el contenido de lo publicado, las «noticias» que aparecen en las redes no tienen por qué ser necesariamente ciertas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que pueden haber sido introducidas por otra persona, tanto en el «muro» de un tercero, como en el del afectado, pero incurriendo, maliciosamente o no, en falsedades; o que se hayan introducido por el propio afectado, pero faltando conscientemente a la realidad, por distintas motivaciones; asimismo,

resultan ser fácilmente «manipulables»<sup>117</sup>. Pues bien, en tales casos, en el fondo, el problema es el mismo al que aludía anteriormente y que, por lo demás, puede plantear cualquier tipo de prueba, pudiéndose atacar en el propio acto del juicio o a través de las diligencias finales.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2015), *op. cit.*, pp. 2 y ss. de la versión digital impresa.

23. Al igual que sucedía con el límite anterior, en las pocas resoluciones judiciales que he encontrado sobre la materia, este tipo de problemas no se suscita más que de manera marginal<sup>118</sup>.

<sup>118</sup> Así, por ejemplo, en la [SJS Cartagena de 6 de julio de 2011](#) st. 517/2011, el afectado admite la creación del perfil suplantando al jefe, pero no la autoría de los comentarios; en la [STSJ Galicia de 23 de febrero de 2012](#) rec. 4927/2011, sobre el vídeo que se cuelga en internet, el trabajador niega ser el autor del mismo; o en la [STSJ Madrid de 23 de enero de 2012](#) rec. 3803/2011, sobre trabajador de baja por depresión que aparece en facebook en momentos lúdicos, el afectado niega que en las fotos estuviera bajo los efectos del alcohol; o en la [STSJ Asturias de 14 de junio de 2013](#) rec. 241/2013, sobre trabajadora en situación de IT que viaja a Madrid para divertirse en un parque de atracciones, según se aprecia en las fotografías publicadas en el facebook, cuyas coordenadas espacio-temporales no constan, sino que se deducen de los comentarios efectuados por otros usuarios.

23.1. Pues bien, me interesa destacar que algunas resoluciones el tribunal subraya que no cabe desmontar el esfuerzo probatorio realizado por la empresa a través de la llamada «obstrucción negativa», esto es, limitándose simplemente a negar lo que refleja la prueba de la otra parte<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> Al margen de los pronunciamientos mencionados anteriormente, *vid.* [STSJ Madrid de 21 de diciembre de 2015](#) rec. 746/2015; [STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de enero de 2016](#) rec. 1167/2015.

23.2. En fin, por lo demás, este tipo de problemas, tal vez, podría explicar el hecho de que en algunos casos la empresa recurra a levantar acta notarial<sup>120</sup>, si bien ésta lo único que puede justificar es que en un momento determinado aparecía una fotografía, un comentario o lo que fuera, pero desde luego no su autoría real ni la veracidad<sup>121</sup>. Y es que la fe pública sólo se refiere a lo percibido por el fedatario, pero no a la veracidad de las declaraciones realizadas por las partes<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> [STSJ Madrid de 25 de mayo de 2011](#) rec. 5016/2010.

<sup>121</sup> NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.*, p. 319.

<sup>122</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (2005), *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, p. 87.

#### 4.3 . La naturaleza jurídica de este tipo de pruebas

24. En fin, una última cuestión que parece oportuno plantearse es la relativa al valor probatorio de este tipo de pruebas o, mejor dicho, su naturaleza, sobre todo, pero no sólo, por la repercusión que ello tiene a efectos de plantear un eventual recurso.

24.1. Una primera respuesta podría ser la de importar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la prueba videográfica y aplicar a las redes sociales unas conclusiones similares.

a) En este sentido, debe recordarse que la jurisprudencia unificada<sup>123</sup> se ha decantado por negar a la prueba videográfica el carácter de prueba documental, configurándola como una prueba autónoma, lo que lleva a negar la posibilidad de sustentar un recurso de suplicación o casación por la vía de la revisión de hechos probados cuando estemos ante este tipo de prueba.

<sup>123</sup> [SsTS de 16 de junio de 2011](#), rec. 3983/2010 y de [26 de noviembre de 2012](#), rec. 786/2012.

- La solución del TS descansa sobre dos hilos argumentales fundamentales: por un lado, la regulación y tratamiento separado que dispensa a este tipo de pruebas y las documentales la [LEC](#); por otro, en la no aplicabilidad del [art. 26 Código Penal](#), empleado en el proceso penal, donde expresamente se reconoce que se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, si bien... a los efectos de dicho código.

- Este último razonamiento, a mi juicio, puede provocar una cierta incoherencia en el sistema. Y es que, si este tipo de grabaciones tiene carácter de documento en el terreno penal, cuando se alegue

su falsedad, en virtud de lo establecido en los arts. 4 y 86 LRJS, ello podría provocar la suspensión del proceso laboral, con lo cual se produciría la paradoja de que un mismo instrumento tendría naturaleza documental a unos determinados efectos -en concreto, para operar como presupuesto de la suspensión por prejudicialidad penal- y no a otros -interposición de recurso-.

- Asimismo, téngase en cuenta que la primera de las sentencias mencionadas cuenta con un voto particular discrepante en el que al hilo de la prueba de reproducción del sonido, en la medida en que hay que aportar transcripción, señala que si se propone como documental, aportando el soporte y la transcripción escrita del mismo, se admite por el juez sin debate alguno sobre su naturaleza en el acto del juicio ni impugnación de contrario, y se procede a la audición en el juicio, el medio de prueba que inicialmente podría ser autónomo se convierte en documental.

b) Por otra parte, ya en el terreno específico de las pruebas a través de redes sociales, algunos pronunciamientos dictados en suplicación parecen moverse también en la línea marcada por el TS para la prueba videográfica. En este sentido, algunas sentencias parecen presuponer que no se trata de una prueba documental<sup>124</sup> o directamente se lo niegan<sup>125</sup>; alguna otra de forma críptica afirma que « *ni fotos ni facebook tienen valor revisor* »<sup>126</sup>, o que « *seguramente a efectos procesales no tienen naturaleza de documentos* »<sup>127</sup>, o que no tienen « *la consideración de documentos fehacientes en el sentido exigido por la jurisprudencia* »<sup>128</sup> o que « *no integran elemento de sustento hábil y eficaz para la revisión* »<sup>129</sup>; algo que, también se predica de linkedin, cuando se afirma « *los perfiles de la página de linkedin no pueden adicionarse al carecer de valor probatorio* »<sup>130</sup>; asimismo, no faltan ejemplos de resoluciones que contienen posiciones más «dubitativas», pues tras afirmar que « *no estamos ante documentos en sentido propio* », añaden « *y aunque se les dotara de tal naturaleza, no se deduce de los mismos de modo directo lo que se pretende incluir en sentencia* »<sup>131</sup>.

<sup>124</sup> [SsTSJ Madrid de 25 de junio de 2012](#) rec. 1500/2012 y de [7 de febrero de 2014](#) rec. 1394/2013.

<sup>125</sup> [STSJ Andalucía, Málaga, de 6 de noviembre de 2014](#) rec. 2241/2013.

<sup>126</sup> [STSJ Galicia de 12 de noviembre de 2012](#) rec. 3743/2012.

<sup>127</sup> [STSJ Cataluña de 13 de diciembre de 2013](#) rec. 4657/2013.

<sup>128</sup> [STSJ Cantabria de 14 de diciembre de 2015](#) rec. 810/2015.

<sup>129</sup> [STSJ Galicia de 19 de octubre de 2015](#) rec. 4495/2014.

<sup>130</sup> [STSJ Galicia de 29 de julio de 2015](#) rec. 1814/2015.

<sup>131</sup> [STSJ País Vasco de 12 de noviembre de 2013](#) rec. 1883/2013.

24.2. Ahora bien, a mi juicio la respuesta no debe ser ni tan automática, ni tan general, sino que parece conveniente matizar algunas cosas<sup>132</sup>. Si nos situamos en el terreno del Facebook, lo que allí se publica son videos, fotos o comentarios. Pues bien, por lo que respecta a las fotografías y los comentarios, en concreto, entiendo que la respuesta podría ser diversa a la indicada, admitiendo, en ciertos casos, su valor documental<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.*, p. 319.

<sup>133</sup> NORES TORRES, L. E. (2014), *op. cit.*, p. 319; SELMA PENALVA, A. (2014), *op. cit.*, p. 371; BEL ANTAKI, J. (2014), *op. cit.*, pp. 13-14; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2015), *op. cit.*, p. 139.

a) Las fotografías, claramente, deberían ser consideradas como documentos<sup>134</sup>, y no sólo por la noción amplia que de los mismos proporciona el [art. 324](#) LEC, sino también porque así se deduce del [art. 333](#) LEC, cuando al regular la « *extracción de copias de documentos que no sean escritos* », menciona « *dibujos, fotografías... y otros documentos que no incorporen textos escritos* », así como del [art. 334](#) LEC que, al regular el « *valor probatorio de las copias reprográficas y cotejo* », señala que lo establecido en dicho precepto se aplica a « *dibujos, fotografías... y documentos semejantes* »; es decir, en ambos preceptos subyace tal consideración.

<sup>134</sup> En este sentido, en relación con fotografías publicadas en facebook, [STSJ Asturias de 14 de junio de 2013](#) rec. 241/2013.

Asimismo, la misma solución respecto la consideración de las fotografías en general aparece en la [STSJ Andalucía, Málaga, de 10 de abril de 2008](#) rec. 334/2008 y en la [STSJ Cataluña de 29 de septiembre de 2009](#) rec. 1782/2008; igualmente, esta concepción está implícita en la [STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 22 de enero de 2016](#) rec. 1167/2015. En sentido diverso, sin tratarse tampoco de fotografías publicadas en redes sociales, la [STSJ Cataluña de 1 de julio de 2011](#) rec. 2454/2011 niega que las mismas puedan ser consideradas como documentos; igualmente pero ahora ya sí respecto fotografías en redes sociales, niega valor documental la [SsTSJ Cataluña de 18 de marzo de 2015](#) rec. 470/2015 y de [10 de diciembre de 2015](#) rec. 5586/2015..

b) Por su parte, los comentarios presentan una mayor complejidad.

Así, en algunos casos, podrían ser considerados documentos teniendo en cuenta la noción amplia del [art. 324](#) LEC a la que antes aludía, como subyace en algún pronunciamiento desde el momento en que admiten la revisión de hechos probados y la solicitud los invoca<sup>135</sup>. Asimismo, parece que también se podrían reconducir a los medios que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes que regula el [art. 384](#) LEC. Pues bien, si la opción fuese esta segunda, no creo que se viese afectada por la solución dada por la jurisprudencia unificada a las pruebas videográficas. Y para ello, el [art. 384.3](#) LEC en su inciso final, cuando afirma que el tribunal valorará estos instrumentos... conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza, podría servir de apoyo legal, ya que la expresión « *según su naturaleza* » abre diferentes posibilidades interpretativas<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> [SsTSJ Aragón de 6](#) y de [8 de mayo de 2013](#) rec. 200/2013 y 205/2013; [STSJ Cataluña de 3 de octubre de 2013](#) rec. 2924/2013; [STSJ Madrid de 30 de enero de 2015](#) rec. rec. 811/2015; [STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 2015](#) rec. 4375/2015.

<sup>136</sup> ALFONSO MELLADO, C. L. (2012), «La prueba de detectives en el proceso laboral», en CERVELLÓ DONDERIS, V.; ANTÓN BARBERÁ, F. (Dirs.), *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 819.

Ahora bien, no es menos cierto que en algunas ocasiones estos comentarios participan más de una naturaleza «confesional» o «testifical» documentadas o impropias, en función de quien los haya vertido, alguna de las partes o un tercero, con las consecuencias que acompañan a tales tipos de prueba. Así, desde esa perspectiva, obviamente no podrán servir para fundar un eventual recurso de suplicación o casación; igualmente, deberían arbitrarse las medidas oportunas para no privar de la contradicción a la otra parte. Algún pronunciamiento se inscribe en esta línea<sup>137</sup>.

<sup>137</sup> [STSJ Madrid de 7 de febrero de 2014](#) rec. 1394/2013.

#### IV . Bibliografía citada

ALFONSO MELLADO, C. L. (2012), «La prueba de detectives en el proceso laboral», en CERVELLÓ DONDERIS, V.; ANTÓN BARBERÁ, F. (Dirs.), *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 803-826.

BEL ANTAKI, J. (2014), «Redes sociales y su incidencia jurídico-laboral en los derechos fundamentales del trabajador», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 15 pp.

BLASCO PELLICER, A. (2014), «Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones laborales», ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid.

BUENO DE MATA, F. (2016), «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y últimas reformas procesales en materia tecnológica», , 8728 , ref. D-124

CALVO GALLEGU, F. J. (2012), «TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 71 , 19 pp.



CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B. (2010), «La utilización de las redes sociales en el ámbito de la empresa», *Revista de Derecho Social*, 52, 67-77.

DEL REY GUANTER, S. (2015), «Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales», en BORRAJO DCRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*.

ESTEVE SEGARRA, A. (2012), «El proceso ordinario», en BLASCO PELLICER, A.; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (Dir.), *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 213-287.

GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> (2016) «Protección de la privacidad de los trabajadores en el nuevo entorno tecnológico: inquietudes y paradojas», *Actas XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 123-150.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. (2005), *Los medios de prueba en el proceso laboral*, Thomson/Civitas, Cizur Menor.

LLORENS ESPADA, J. (2014), «El uso del Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 15 pp.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2013), «Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 85-118.

**NORES TORRES**, L. E. (2014), «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral», *Actualidad Laboral*, 3, 314-320.

**NORES TORRES**, L. E. (2015), «Algunas cuestiones sobre la utilización de las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral», en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del Trabajo*.

ORTIZ LÓPEZ, P. (2013), «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 21-37.

RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. -Eds.- (2013), *Derecho y redes sociales*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2015), «Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 300/2015, de 19 de mayo)», , 8569, D-256.

SELMA PENALVA, A. (2014), «La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 39, 355-394.

TALENS VISCONTI, E. E. (2014), «La libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y nuevas tecnologías. Su alcance en las redes sociales», comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Cinca, Madrid, 14 pp.

TASCÓN LÓPEZ, R. (2011), «El trabajo humano (y su derecho) ante el imparable fenómeno de las redes sociales de internet», *RTSS-CEF*, 340, 125-164.

TUDELA CAMBRONERO, G. (1991), *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Tecnos, Madrid.

VILASAU SOLANA, M. (2013), «Redes sociales y usuarios: cuestiones sobre su regulación», en RALLO LOMBARTE, A.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Eds.), *Derecho y redes sociales*, 2.ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 119-157.