

Redes sociales, códigos de conducta y ciudadanía digital responsable del trabajador: «cara B» del consentimiento y libertad de expresión crítica

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 1736/2017, de 8 de junio**

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

«Toda democracia viva encuentra su campo de actuación en las instituciones políticas. Pero, en su práctica diaria ¿cómo no iba a encontrar también su expresión, en el lugar de trabajo? Ciudadanos en la ciudad, los trabajadores deben serlo también en su empresa»

Auroux¹

«Las formas, los ritos y los lugares del debate democrático están cada vez más sometidos a las nuevas tecnologías del poder»

Salmon²

1. MARCO LEGAL: BUENA FE, GARANTÍA CONTRACTUAL DE IMPLICACIÓN INDIVIDUAL EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE EMPRESA (CÓDIGOS ÉTICOS)

Hemos visto que pretender reservar de forma plena la privacidad del trabajador frente al poder tecnológico empresarial no es realista. El Derecho aspira –no es poco– a garantizarle una «expectativa razonable de vida social privada» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–),

¹ Auroux, J. (1981). *Les droits des travailleurs: Rapport au Président de la République et au Premier ministre*. Paris: La Documentation française.

² Salmon, C. (2008). *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes*. Barcelona: Península.

sobre todo asegurando la transparencia en el acceso (información previa adecuada) del control (y sus usos legítimos). Pero no mayor dosis de realismo tendría pensar que en una sociedad habituada a comunicarse mediante diversos dispositivos electrónicos, así como por redes sociales, sería posible prohibir de forma absoluta «usos sociales razonables» por los trabajadores de aquellos, propios y de la empresa.

Desde esta perspectiva bidireccional, más transaccional (equilibrada) y democrática (se reparten los poderes de intervención propiciados por las tecnologías de la info-comunicación), si alguna vez fue creíble esa célebre afirmación constitucional de la empresa como un «mundo (no) separado y estanco del resto de la sociedad», porque el «feudalismo industrial» «repugna al Estado social y democrático de Derecho» (STC 88/1985, de 19 de julio), es –o debe ser– en nuestro tiempo. En una época en la que las redes sociales están omnipresentes, parece irrazonable creer que la empresa, «ambiente interno», puede quedar al margen de esa realidad social, ambiente externo. Y si algunos derechos civiles y políticos han de entrar, aun modulados, en la empresa, son, como ya ilustraran las leyes francesas de principios de los años 80 del siglo pasado (Leyes Auroux, 1982), las libertades de información y expresión. La doctrina constitucional garantiza, con su efecto útil, un derecho de crítica frente al empleador, sus representantes e incluso a sus compañeros (STC 56/2008, de 14 de abril).

Sin poder entrar ahora en honduras sobre tan relevante cuestión para conformar los nuevos escenarios de la ciudadanía civil y política de los trabajadores en las empresas, desde la perspectiva de un futuro de la sociedad y el trabajo digitalmente transformados, parece claro que la normalización de los usos masivos de las redes sociales abre un espacio público difuso, con unas dimensiones desconocidas hasta ahora en la historia de la humanidad. Pero presenta tanto nuevas oportunidades como amenazas para la vida democrática, también con incidencia en la parte –muy importante– de vida sociolaboral. En el plano de las oportunidades, si, como se analizó respecto de los derechos de privacidad de los trabajadores, la clara relación fijada por el artículo 8 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) con la defensa de una sociedad democrática los hace más ameritados de garantías de efecto útil (sentido de política-jurídica último de la renovada doctrina del TEDH, aun con sus incertidumbres y polémicas), la conexión más intensa del principio democrático con las libertades de información y expresión (art. 20 [Constitución española](#) –CE–) reclamaría de los tribunales una protección reforzada. Y ello en la convicción de estar ante el horizonte de una nueva ágora de ciudadanía digital, versión universalizada de la clásica, y selectiva, griega.

Ahora bien, como prácticamente todo en la vida, también tiene su «lado oscuro». Como advierte Stefano Rodotà, mayor poder tecnológico de control no necesariamente hace más visible la vida de relación, sino que la «oscurece» (porque desplaza la positividad de una gestión de buena fe a una esfera reservada del saber tecnológico de uno –empleador, Estado–, donde domina la razón de seguridad disciplinaria). Por lo mismo, más espacios comunicativos no suponen necesariamente mayor democracia, sino que pueden, al contrario, debilitarla. El desbordante impacto de las redes sociales también promueve lo más negativo del ser humano, reverdeciendo no el «ágora griega» sino la «plaza para el escarnio público» del medievo.

Consecuentemente, en un mundo en el que, como en la Edad Media, vuelve a no ser posible diferenciar con nitidez, por su licuación, las fronteras entre lo público y lo privado, entre lo social externo a la empresa y lo laboral interno a esta, las empresas tienen cada vez más interés en prevenirse (al igual que la política de inclusión de cláusulas de cesión de datos personales y seguridad de datos industriales) de ese riesgo para su reputación corporativa. Y ello no solo en lo atinente a su interés empresarial directo (evitar perjuicios económicos), sino también indirecto, por la imagen que de responsabilidad social empresarial hoy trata de cuidar igualmente, al margen de que lo sea más cosmética que éticamente. Piénsese, para ilustrarlo en la práctica, en el despido inmediato de la trabajadora que, de forma bárbara, expresó, a través de su perfil personal de Facebook, su opinión política en la forma de deseo de violación grupal contra una candidata a la presidencia catalana. Nada tiene que ver esta repugnante manifestación con su capacidad laboral, aun no se conocía la sentencia penal (acepta una pena de 4 meses de cárcel por un delito contra la integridad moral *ex art. 173 Código Penal* –CP– que se deja en suspenso por la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Barcelona a condición de que no delinca en 2 años y haga un curso sobre igualdad), expresando públicamente su «arrepentimiento». Pero no esperó la empresa, desconocida para el gran público, pues el mismo día se hizo nota por red, comunicando al mundo su firme compromiso contra la violencia machista, despidiendo al estilo americano del cese fulminante, como si fuese libre³.

El extremado exabrupto no implica, sin embargo, superar, por sí mismo, el debido test de disconformidad laboral: no se hace en horas de trabajo, no se difama a la empresa, ni a sus compañeros, ni siquiera a clientes de la empresa (*vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2017, rec. 3593/2016*) o que guarden relación con ella (*STSJ de Madrid, 827/2009, de 13 de noviembre*). En definitiva, esta conducta maledicente no alteraría el orden de convivencia laboral (*STS de 11 de octubre de 1990, rec. 6026/1988*) ni la buena fe contractual, pues no tiene impacto en la empresa, aun fuera de la jornada y lugar de trabajo (*STS 699/2017, de 21 de septiembre*), sino el orden de convivencia social. Entonces, ¿cómo asegurarse pasar esa alteración estrictamente de orden social por interés de la empresa suficiente para justificar un despido por transgresión de la buena fe?

Una de las vías más seguidas por las empresas es la aprobación de los «códigos de conducta». Estos, por lo general expresivos de un estándar de conducta ético-social superior al imperativo legal, e incluso contractual expreso, tratan de formalizar el compromiso de responsabilidad social de la empresa, a fin de ampliar la responsabilidad disciplinaria de sus directivos y empleados. El refuerzo jurídico de tal estándar de regulación ético-social de la conducta, con implicaciones disciplinarias, se vincula a la «adhesión individual». Esta fórmula conoce gran difusión en ciertos sectores, como en el mundo del deporte profesional (al igual que la técnica de control biológico:

³ *Vid.* Alcobendas Mauri, M. (2017). Despedida la trabajadora que pidió en las redes sociales que violaran a Arrimadas. <elpais.com> (6-9-2017). Recuperado de <https://elpais.com/ccaa/2017/09/05/catalunya/1504620710_378592.html> (consultado el 19 de enero de 2018).

pasaporte biológico). En este caso, las razones de control son claras: fomentar el juego limpio frente al dopaje, más allá de las leyes, normas federativas y contratos, aun con un precio alto para los derechos (intimidad, integridad moral) de estos profesionales⁴. Pero tiende hoy a extenderse, más en empresas para las que su reputación social es un valor económico.

2. SUPUESTO DE HECHO: BREVE RELATO PARA LA NORMA DEL CASO

Un auxiliar de ayuda a domicilio es despedido por la publicación de comentarios difamatorios contra la empresa «en redes sociales y sitios webs». Entre los comentarios ofensivos situaría el descrédito para la empresa que supondría afirmar que «el servicio de ayuda a domicilio en Cádiz está en manos de inútiles integrales», los trabajadores y usuarios «merecen algo mejor», «no insensibles víboras mentirosas, presas del enchufismo...». El «amiguismo y el corporativismo [son] sus mejores aliados». La página web contiene un video titulado *La grave situación de los auxiliares a domicilio*, reiterando aquellas descalificaciones a la empresa y sus directivos, añadiendo que en la empresa «se contrata a novias de nuestro equipo de gestión, dando los servicios más beneficiosos a las amiguitas de las coordinadoras». El empleo del portal habría provocado una rápida difusión.

Para la empresa, la transgresión de la buena fe se manifestaría en el grave desvalor social de la conducta reprobada, por ser «tema de tanta sensibilidad social» (el cuidado de personas ancianas en sus domicilios particulares) y evidenciar un deliberado «propósito de generar alarma social», para lo que habría optado por un medio de «máxima difusión» –redes sociales–. En consecuencia, se habría puesto en grave riesgo la imagen y credibilidad de la empresa, haciendo peligrar la continuidad en la gestión del servicio público concedido así como «la adjudicación a la empresa de otros servicios de ayuda a domicilio por parte de entidades que se han hecho eco de tales manifestaciones». El trabajador tenía antecedentes de sanción disciplinaria por otros hechos. Aunque no constaba conflicto laboral coetáneo, sí se había producido un debate, con el cambio de equipo municipal, dirigido a la remunicipalización de los servicios. El trabajador suscribió el compromiso de conocimiento y aceptación del código de conducta de Sarquavitaie, a fin de cumplir «los más elevados estándares y principios de responsabilidad social empresarial» –reza en su web–.

Impugnado el despido, la sentencia de instancia estimó la demanda y lo declaró nulo, si bien, al estar en situación de excedencia, la condena a la readmisión se difirió al momento en que finalizara aquella –por lo tanto, tampoco había salarios de tramitación–. Contra la sentencia se presentará recurso de suplicación.

⁴ Un intento de equilibrio en la [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de julio de 2016, recurso 2746/2014, comentada](#) por la profesora Conde en el número 406 de esta revista.

3. DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONES JURÍDICAS PARA EL FALLO

La sala estima el recurso de la empresa. A su juicio, los comentarios críticos realizados por el trabajador habrían excedido los límites de la libertad de expresión, primando en el caso el derecho al honor de quienes integran la empresa, también amparados constitucionalmente. Dos serían básicamente las razones para fundamentar su juicio de conducta infractora del [artículo 54.2 d\) del Estatuto de los Trabajadores](#) –ET– (transgresión de la buena fe). En primer lugar, que la acción difamatoria, consistente en «graves insultos y descalificaciones hacia (...) directivos y compañeros de trabajo», se habría vertido «a través de su perfil de Facebook, provocando una rápida y extensa difusión de los mismos», de ahí la calificación de falta muy grave de deslealtad [arts. [54.2 d\) ET](#) en relación con el art. 11.3 j) [Acuerdo Marco Estatal de Limpieza de Edificios y Locales](#)]. La gravedad de la acción no estaría en el perjuicio real causado, sino en la violación del orden de valores ético-sociales que están en el fondo del deber de buena fe contractual –lealtad, honorabilidad, confianza–, condición no solo de cumplimiento probo (honrado) del contrato de trabajo sino límite de la libertad de expresión.

En segundo lugar, «en el presente caso, además», la actuación supuso una vulneración del «Código de Conducta Sarquavitae» –organización a la que pertenece la empleadora– y que se justifica por «tratarse de una empresa proveedora de una amplia oferta de servicios para la Administración pública, especialmente dedicados a facilitar ayuda personalizada a domicilio para personas en situación de riesgo, vulnerabilidad o dependencia»-. Constando en autos que el trabajador no solo «conoció» sino que se comprometió (consintió) a cumplirlo lealmente en su desempeño, había contraído una obligación reforzada de actuar «responsablemente en orden a evitar un posible perjuicio en la reputación de la empresa».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO: JUICIO DE PROBABILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO CRITERIO JURISPRUDENCIAL

4.1. *Plus de desvalor de la red social por su mayor publicidad: la digitalización de la crítica como factor agravante de eventuales extralimitaciones*

La sentencia que comentamos tiene una notabilísima trascendencia, tanto doctrinal (su alcance va más allá del caso concreto y puede repercutir en casos futuros) como práctico (por la especificidad del caso resuelto y el fundamento último de la decisión). En el primer plano, de compartirse la línea judicial del derecho favorable a la tutela del interés de empresa a una reputación inmaculada de las empresas de servicios sociales ante las entidades públicas, que exhibe la sala de Sevilla, por otras salas, genera gran inquietud para la suerte del efecto útil del derecho fundamental a la crítica social de la gestión en este tipo de empresas, pendientes en su suerte de

mercado de las adjudicaciones públicas. En el segundo, deja varias sombras en torno a la corrección del método de ponderación empleado, porque prescinde de valorar de forma específica el carácter en sí mismo injurioso o difamatorio de las expresiones, así como de la distinción entre información –que exige veracidad– y libertad de expresión –que requiere solo que no sean vejatorias las opiniones–, para poner énfasis en el plano contractual relativo a la defensa por el trabajador del interés de empresa, máxime habiéndose comprometido a ello.

Consecuentemente, un primer motivo de interés de esta sentencia, cuyo argumentar, dicho sea con el debido respeto y plena admiración por la función desempeñada, adolece de notorias debilidades, es la relevancia especial que da para hacer el juicio de reproche laboral de la conducta difamatoria, real o pretendida, al tipo de medio (redes sociales) usado para la difusión de las opiniones críticas del trabajador. Al respecto, frente a la corriente judicial que pareciera no modular de forma significativa su razonar atendiendo a la naturaleza digital, y por lo tanto, su potencial y real capacidad de desbordamiento del espacio de impacto de la acción del trabajador crítica con la empresa (*vid. comentario* en el núm. 415 de esta revista de Pérez Rey respecto de la [STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. 6712/2016](#); o [SSTSJ de Asturias 1247/2017, de 23 de mayo](#), y [1975/2017, de 7 de septiembre](#)), la sentencia de nuestro diálogo sí pone énfasis en el medio. A él le atribuye una trascendencia notable para el juicio de gravedad, al difundir rápida y extensamente la crítica, abanderando una corriente judicial que reclama atención sobre tal virtud de las redes sociales digitalizadas para el juego ponderativo de las circunstancias. Ya sea para favorecer el fallo de procedencia (*vid. STSJ de Cataluña 3666/2017, de 8 de junio*, FJ 4.º, *in fine*; [STSJ de Aragón 350/2016, de 18 de mayo](#)) o reforzar el de nulidad (*vid. STSJ de Cataluña 1431/2016, de 3 de marzo*, que tiene en cuenta que la crítica se realizó en el perfil personal de Facebook del trabajador, «de acceso limitado»).

Nada que objetar a este criterio, pues responde a la doctrina constitucional que exige tener en cuenta para el juicio ponderativo entre el derecho a la libertad de crítica sociolaboral y el derecho al honor –de empresa, personas vinculadas a ella–, además del «carácter laboral del contenido» y el «perjuicio a los intereses de la empresa», «la difusión pública» alcanzada. Y no puede negarse la especial capacidad difusiva de las redes sociales hoy. El problema no es este.

4.2. *El plus de crítica de las empresas dependientes de lo público: ¿primar la cartera de futuros adjudicatarios o el debate sobre la remunicipalización de servicios?*

Lo criticable, a mi juicio, es que haya dejado por completo de lado los clásicos criterios de ponderación de los intereses en juego, o peor, que los haya invertido. En el primer plano, en el de los criterios omitidos, estaría el de no entrar ni siquiera mínimamente a detallar la valoración de las expresiones utilizadas para ver si realmente son difamatorias o injuriosas o tan solo «exageradas, desagradables y (...) poco afortunadas», reprochables socialmente, pero no en el plano de la máxima sanción disciplinaria, el despido (como ilustra, con criterio más ajustado a la doctrina constitucional clásica –y del TEDH–, la [STSJ Cataluña 1431/2016, de 3 de marzo](#)). Precisamente, la sentencia de nuestro diálogo trae a colación un precedente, la [STC 23/2010, de 27 de abril](#), que claramente diferencia entre el insulto y la crítica «desabrida y molesta» o desagradable, porque debe primar el valor del pluralismo propio de una sociedad democrática. Formular críticas sobre

el eventual modelo de gestión clientelar y enchufista (debe ser este uno de los adjetivos más utilizados en Andalucía) de un servicio, con ánimo de desacreditar un modelo de gestión privada de servicios sociales, en vez de su gestión pública, puede resultar desmesurado, máxime si no hay elementos de credibilidad, pero la libertad de expresión, a diferencia de la de información, no exige veracidad, solo falta de ánimo de humillar. Salvo la expresión «insensibles víboras mentirosas descorazonadas», que sí evidencia exceso y un claro ánimo de desprestigiar (no tengo tan claro que sea vejatorio en un contexto de crítica social sin personalizar, solo con referencias genéricas), las demás expresan una desabrida crítica. En todo caso, y al margen de la valoración que se tenga al respecto, lo criticable es que la sala de suplicación no hace ni un mínimo intento por evidenciar la desmesura, solo la presupone por su relevancia para el interés empresarial que pondría en riesgo.

Precisamente, aquí hallaremos un segundo motivo de desajuste jurídico, no solo por omisión, pues responde a una opción deliberada por uno de los intereses en pugna. En este sentido, omite la tensión ideológico-política, hoy central en el escenario político, e incluso legislativo, relativa a la remunicipalización de los servicios públicos privatizados. A mi juicio, en ausencia de conflictividad laboral actual en sentido estricto (criterio clásico –ej.: la [STSJ de Asturias 1247/2017, de 23 de mayo](#), que legitima la crítica en Facebook de un trabajador al comité de empresa vinculada a una conflictividad laboral asociada a tensiones sindicales–), no se debería haber soslayado por completo este interés público por reclamar mayor control de las Administraciones públicas concesionarias. Al contrario, la sentencia defiende el interés particular de la empresa frente al riesgo –sin que se haya acreditado daño (apertura de expediente)– de ver perjudicadas sus expectativas de nuevas adjudicaciones si la Administración «escucha» la voz digital crítica.

Contrasta tal inversión del método ponderativo de los intereses en juego. En el plano de la doctrina constitucional más ortodoxa porque uno responde a la defensa de un interés fundado en el derecho a la libertad de empresa (hoy, cierto, derecho fundamental *ex art. 16 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, no en relación con el art. 38 CE), mientras que otro obedecería a un derecho fundamental no solo privado, sino de valor colectivo esencial para una democracia viva (art. 20 CE). En el plano de la práctica porque no son infrecuentes las sentencias de suplicación que ponderan, justamente revocando fallos de instancia social que lo olvidan, el «deber de soportar mayor carga de crítica» a las empresas que dependen fundamentalmente de fondos públicos que a las privadas ([STSJ de Cataluña 1431/2016, de 3 de marzo](#)). Es verdad que, a menudo, se trata de formas de organización fundacional que dependen directamente de subvenciones, pero no por eso hay que descartar un interés análogo a exigir la mejor gestión en empresas privadas cuyo existir está muy ligado a las adjudicaciones de las Administraciones públicas, por no sostenerse tan solo con el pago de cuotas privadas (derechos a servicios sociales de atención a la dependencia).

4.3. La «cara B» del consentimiento informado: el plus de «ciudadanía digital responsable» del trabajador que consiente un código ético exigido por la empresa

Aunque en el razonar de la sentencia aparece al final y en forma de criterio a mayor abundamiento («además»), un análisis más profundo de la misma pone de manifiesto que, en última instancia, el criterio que más ha pesado en su decisión revocatoria de la instancia, con la inclinación

de la balanza ponderativa del lado de los derechos de la empresa (honor y defensa de su competitividad), es, paradójicamente, el del consentimiento informado. Por enésima vez, el principio de buena fe contractual y su función de instrumento integrador de obligaciones en el reglamento contractual, no previsto en él de forma expresa, sirven para ampliar las razones de deuda del trabajador, razones de crédito para el empleador —en contraprestación debería ocurrir lo mismo con las razones de crédito para él, razones de deuda para el empleador—. Con ello, y pese a la dudosa corrección de la función limitadora de derechos fundamentales de la buena fe contractual (aunque el Tribunal Constitucional, a través de una construcción en extremo privatista, la haya asumido), en detrimento del principio de proporcionalidad de los sacrificios entre derechos fundamentales urgidos por la colisión o conflicto, vuelve a servir (otra constante en los diálogos de nuestro comentario monográfico) para reforzar el papel del «consentimiento informado», no genérico (STC 39/2016, de 3 de marzo), sino específico, como límite del derecho fundamental a la libertad de expresión crítica sobre modelos de gestión empresarial y condiciones de trabajo y de vida. La exigencia de compromiso con el código de conducta del grupo en el que se inserta su empresa llevaría a crear una específica obligación de diligencia cualificada a fin de asumir la defensa útil del interés empresarial (deber de protección del interés productivo).

Los códigos de conducta consentidos, pues, revelarían la «cara B» del consentimiento, clave en la política de protección de datos, como hemos visto, por el poder de autogobierno que propiciaría para el trabajador. Si la «cara A» era —y es— la de garantía de transparencia y de participación que brinda, la «cara B» sería el plus de responsabilidad contractual que generaría. Al ser aceptados expresamente por el trabajador, se consideran como documentos vinculantes para el mismo *ex* buena fe en una doble vertiente. De un lado, se presume que el trabajador conoce bien cuáles son los comportamientos o acciones que la empresa no va a tolerar en razón a su código ético, a fin de proteger su actividad, imagen, etc. De otro, que, por lo tanto, podrá ser sancionado por no adecuarse a lo indicado en dicho código de conducta, aunque con ello se desborde el estricto ámbito contractual (el test de interés laboral), para aferrar el social. Esta sentencia pone de manifiesto la importancia de contar con un código de conducta (o código ético) donde se regulen tales comportamientos de responsabilidad social al ejercer la actividad, sea estrictamente laboral o incluso privada.

Incluso la polémica STS 699/2017, de 21 de septiembre, que recuerda cómo la buena fe desborda el ámbito de lo estrictamente contractual cuando hay una conexión laboral de la conducta (pese a que el voto particular advirtió de que eso suponía una merma indebida de su estatuto de ciudadanía civil), enfatizó que tal relevancia solo se justificaba por comportamientos especialmente infractores, por lo que si en juego está la valoración del perímetro de un derecho fundamental, no debería admitirse tanta generosidad de juicio. No deja de ser llamativo, amén de fascinante, este modo de razonar, para el caso y para la comprensión global de los nuevos escenarios de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el contexto de renovado estatuto constitucional —y comunitario— de ciudadanía civil en la empresa. Brevemente, por no poder ir más allá aquí, señalemos algunos.

Primero, frente a la opción seguida por la analizada SAN 87/2017, de 15 de junio (tercerro de los diálogos de este monográfico), sin duda con exceso de celo —como hemos criticado—, la de nuestro actual diálogo no hace ni amago de plantearse si tales compromisos son realmente

«consentidos», o «impuestos», a fin de poder acceder a este tipo de empresas. No quiero sugerir que no haya madurez suficiente aquí para su firma cierta –no me gustaría incurrir en incoherencia respecto de mi reflexión final en aquel diálogo y en mi análisis global de la práctica judicial en materia–, pues seguramente la hay. Más precisamente, lo que quiero expresar es que ni tan siquiera, pese a existir un derecho fundamental en juego, la sala considera digna de atención esta materia, orillando la pauta de la [STS de 21 de septiembre de 2015, recurso 259/2014](#), con lo que la preocupación –a veces rayana en el paternalismo– por la tutela del contratante débil para unos tribunales se elude –rayando en el exceso de liberalismo individualista– por otros.

Segundo, resulta también curioso que mientras la doctrina judicial mayoritaria, así como la jurisprudencia, nacionales, ya analizadas en los tres primeros diálogos, tienden a favorecer un uso flexible y liberal del poder tecnológico que le da la innovación digital, para el trabajador, la sentencia que comentamos confirmaría una dirección de política judicial restrictiva del derecho de crítica digital sociolaboral. Esto es, el interés empresarial por la mayor eficiencia derivada del control tecnológico debe facilitarse (justo lo que la doctrina del TEDH reciente querría reequilibrar); en cambio, para el uso por el trabajador de las redes sociales, aun en su tiempo de no trabajo y propias, privadas, se reclamaría un «plus de responsabilidad ciudadana», un deber de actuar su derecho de «ciudadanía digital civil» de una forma especialmente precautoria, «en orden a evitar un posible perjuicio en la reputación de la empresa». Una vez más, la práctica judicial sitúa lo laboral en el ojo del huracán de un problema general. Se asumiría, así, ese enfoque de realismo de quienes preconizan una mayor «ciudadanía digital responsable»⁵ en vez de creer en derechos ilusoriamente garantistas: el «derecho al olvido digital» (manifestación contemporánea del enfoque tradicional de la privacidad como «derecho a ser dejado solo» o «en paz» –lo recuerda la [STSJ de Aragón 350/2016, de 18 de mayo](#)–), recogido en el transaccional [Reglamento \(UE\) 2016/679](#) (art. 17), o incluso el –esnobista– «derecho a la desconexión digital» del trabajo.

Desde nuestro enfoque transaccional y de «justo equilibrio», ese que tanto reclama, con razón, el TEDH, ningún reparo tendría a asumir ese planteamiento ciudadano también para el ejercicio de derechos fundamentales vinculados a la tecnología digital y de red social por la persona del trabajador, antes bien lo avalaría plenamente; siempre y cuando se exigiese, claro está, una misma responsabilidad real, e incluso un plus, por su mayor disposición y control, a quien ejerce el poder de dirección en general y el poder tecnológico en particular. Al respecto, sería desequilibrado pedir al trabajador que ejerza el plus de poder de participación en la crítica social que le proporciona el ágora digital, también afectando a su empresa y a todo su actuar, con ese plus de responsabilidad, mientras que no se hace lo propio con el ejercicio del poder sancionador empresarial, en particular el de despedir disciplinariamente, cuando ha de ser al revés, como advirtiera oportunamente la [STS de Asturias de 30 de marzo de 2017, recurso 2997/2016](#).

⁵ Vid. Grande Sanz, M. (2017). Ciudadanía digital responsable frente a derecho al olvido. <medialab.ugr.es> (s. f.). Recuperado de <<http://medialab.ugr.es/comunicaciones/ciudadania-digital-responsable-frente-al-derecho-al-olvido/>> (consultado el 19 de enero de 2018).

En definitiva, el consentimiento informado y «libre», específico incluso, deviene un arma de «doble filo» para los trabajadores, sirviendo los códigos de conducta, más si tienen ese consentimiento, para la preconstitución de pruebas que, sumadas a otras, facilitarían el despido disciplinario, aun mediando un derecho fundamental. La citada «constitucionalización» fuerte de la persona del trabajador, en virtud de tales derechos y su posición preferente, luego se devaluaría, o incluso se «des-constitucionalizaría», en manos del ancilar principio de la buena fe y los códigos de conducta «ética» y socialmente responsable individualmente aceptados. La recivilización de las relaciones individuales de trabajo tendría, así, un alto precio democrático, de modo que un uso inconsciente del poder de la tecnología también por el trabajador, lejos de hacerlo más fuerte, más ciudadano, lo haría aún más débil.

4.4. *Riesgos de dilución de lo social y lo laboral: ¿derecho a la crítica digital como arte del relato sociolaboral en las redes o nueva forma de manipulación-dominación?*

Y es que, una vez más parafraseando la reflexión del jurista italiano Rodotà, frente al excesivo valor dado a las nuevas tecnologías, es más importante repensar el papel de los derechos para la garantía de ese justo equilibrio (más) democrático entre los usos sociales y los empresariales de aquellas en el mundo de la vida y del trabajo. La socialización del Derecho y de la Economía supone una evolución, como advirtiera hace tiempo la [STC 18/1984](#), que hace difuso «lo público» y «lo privado», lo laboral y lo extralaboral, podríamos añadir, por lo que la satisfacción de los valores y fines constitucionales exigen acciones recíprocas entre el Estado, la sociedad y, cómo no, la empresa. Y ello para promover lo bueno que aportan (lado luminoso), pero también para prevenir frente a lo malo que conllevan (lado oscuro).

Del lado oscuro, la digitalización facilita que comportamientos de acoso moral nuevos en la vida social (como el ciberacoso, el acoso cibernético; delito de *stalking* ex art. 172 CP; [STS, Sala de lo Penal, 554/2017, de 12 de julio](#): acoso por hipervigilancia a través de redes o presencialmente) también tengan proyección en las relaciones de trabajo, por las facilidades que ofrecen las redes sociales. En Australia, conductas tales como el envío masivo de correos electrónicos con contenidos ofensivos (en el caso sexual o incluso sexistas) o excluir a un trabajador de un grupo de WhatsApp creado en el ámbito laboral, en un contexto de conflictividad, se considera acoso cibernético laboral (*vid.* [Resolución de 23 de septiembre de 2015, de la Comisión para el Trabajo Justo de Australia](#)). En España, y al margen de los crecientes casos de efectos negativos –que lleva hasta la pérdida de empleo– por conductas irreflexivas por los trabajadores a través de la mensajería instantánea (*vid.* [STSJ de Madrid de 8 de junio de 2017, rec. 273/2017, comentada](#) por Ricou en el número 418 de esta revista), ya hay sentencias que apuntan en esa dirección.

En la [STSJ de Cataluña 6585/2015, de 6 de noviembre](#), un trabajador publica un comentario en Facebook en el que profiere insultos hacia otra trabajadora, con desprecio hacia su condición de mujer; el despido es declarado procedente, al margen de cuál sea la valoración penal, pese a haberse realizado en una cuenta de Facebook personal y fuera del horario laboral. En esta misma línea de rechazo al «ciberacoso laboral», se situaría la [STSJ de Castilla-La Mancha 443/2016, de](#)

8 de abril: un trabajador publica comentarios sexistas hacia otras trabajadoras. Un fondo de acoso comunicacional digital hay en la [STSJ del País Vasco 1646/2017, de 18 de julio](#), que valida la sanción de suspensión de empleo y sueldo infligida a un trabajador por hostigar, por teléfono de empresa y por WhatsApp personal, a una compañera con la que mantuvo una relación sentimental. Vida privada (relación sentimental previa), vida profesional (brigada –«ni oficial ni caballero»– y soldado) y tecnología digital (más primaria: mensajes SMS) volverían a formar un coctel explosivo en el caso de la [STS, Sala de lo Militar, de 15 de abril de 2011, recurso 100/2010](#), que condena por delito de abuso de autoridad militar *ex artículo 106 del Código Penal Militar*, en su modalidad de trato degradante, por acoso telefónico a su expareja, con la que mantenía relación profesional militar de superior.

Lamentablemente, la lista de relatos puede seguir. La brillante imagen de un mundo laboral más abierto y participado, y por supuesto eficiente, con «trabajadores-ciudadanos», así como «ciudadanos-trabajadores», capaces de comunicarse con nuevas formas narrativas y acciones de movilización, adaptadas a un mundo cada vez más líquido y reticular, debe hacer también las cuentas con otra más oscura, en la que, como se ha escrito, pero con carácter más general para la vida social y política, la variedad e intensidad de bombardeos comunicativos no puede ocultar la «falacia de un trabajador-ciudadano» convencido –por terceros y por él mismo– de que el saber-poder tecnológico le va a permitir un mayor control de su entorno. Ni del externo –social, laboral– ni del interno –personal–. Al contrario, el recurso desbordado de las tecnologías de la información y la comunicación crearían las condiciones para que, como puso de relieve el autor de *Storytelling* –arte de contar historias para la manipulación social– (una de las citas que abren el diálogo que ahora se cierra), emerjan nuevas y más potentes formas de manipulación y dominación de los individuos, aún más sutiles, desplazando el «arte de la comunicación» por el de la «manipulación a la credulidad» y el «debate de las ideas» por el de las «emociones». El problema para el trabajador es que le puede costar caro: el despido.