

## FACEBOOK COMO CAUSA DE DESPIDO O LAS DIFUSAS FRONTERAS ENTRE LO VIRTUAL Y LO LABORAL

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 2017, rec. núm. 6712/2016](#)

Joaquín Pérez Rey

*Profesor titular.*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

### 1. MARCO JURÍDICO

La sentencia que comentamos se desenvuelve en un marco jurídico muy tradicional aunque aplicado al uso de las redes sociales. Los preceptos clave son el [artículo 54.2 d\) del ET](#) acerca del alcance de la transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario y su proyección en aquellos comportamientos laborales que no están amparados por el derecho constitucional a la libertad de expresión del artículo 20 de la [CE](#), que también se analiza. Se detiene, asimismo, la decisión del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) catalán en el estudio de la teoría gradualista como condición para la apreciación del incumplimiento grave y culpable que origina el despido disciplinario en los términos del [artículo 54.1 del ET](#) y con los efectos que, para su calificación como procedente (arts. [55.4 ET](#) y [108.1 LRJS](#)), le reserva el artículo 109 de la [LRJS](#), esto es, la convalidación de la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Un marco legal que, sin embargo, lidia con un comportamiento muy distinto del que pudo en su día pensar el legislador.

Nadie se sorprenderá ya a estas alturas de cómo el uso de las redes sociales ha modificado de forma importante la trascendencia de nuestros actos. Si hasta hace unos años el espacio de lo privado estaba más o menos bien definido y en buena medida resulta inexpugnable e intrascendente, la realidad cotidiana del ahora nos muestra que ese reducto es cada día más complejo de mantener. No es solo que las interferencias en el ámbito de la privacidad sean frecuentes como consecuencia de lo sencillo que es procurarlas a través de las nuevas tecnologías, sino que, con mayor frecuencia aún, somos nosotros mismos los que convertimos nuestros actos íntimos y cotidianos en públicos mediante su inclusión en las redes sociales, que amplían notablemente el círculo de destinatarios, muchas veces sin que llegemos a ser conscientes de hasta dónde.

Este cambio de hábitos en la exhibición de la vida privada, como no podía ser de otra manera, tiene un impacto considerable en las relaciones laborales y en la dinámica del contrato de trabajo. Son, como se sabe, inacabables las interacciones que las nuevas tecnologías mantienen con el trabajo y las redes sociales no iban a ser menos. Desde los procesos de contratación hasta el despido, lo que los trabajadores «cuelgan» o han «colgado» en el mundo virtual puede llegar a convertirse en determinante para sus condiciones de trabajo e incluso para la adquisición y el mantenimiento de su empleo. El derecho al trabajo a prueba de las redes sociales.

Pruebas de selección de personal que hacen uso de los perfiles virtuales de los aspirantes para descartar o no su contratación o, como vamos a ver en este comentario, la utilización del material compartido por el trabajador en las redes para sancionarle. Meras muestras de un conjunto de problemas que a nadie se le escapa puede llegar a tener grandes dimensiones. Si nunca ha sido fácil determinar cuándo, a efectos del despido disciplinario, el incumplimiento es «contractual», esto es, cuándo se ciñe a la transgresión por parte del trabajador de sus obligaciones laborales y no constituye una respuesta extralimitada frente a comportamientos ajenos a la dinámica del contrato de trabajo, esta determinación es ahora mucho más compleja como consecuencia de las difusas fronteras entre vida privada y laboral que provocan los *social media*. Y no solo esto, sino que las posibilidades de que los trabajadores activos en las redes sociales incurran en faltas laborales se multiplican, una vez que conductas que antes pasaban desapercibidas ahora son susceptibles de adquirir dimensión pública, o incluso «viral», permitiendo el conocimiento y la reacción empresariales.

En este contexto se mueve la sentencia que en estas líneas comentamos. En ella se juzga si los comentarios de una trabajadora en Facebook merecen o no el máximo de los reproches laborales y son por tanto susceptibles de ser castigados con el despido. No se trata de una sentencia aislada, pues este tipo de debate ya asoma con frecuencia a los repertorios jurisprudenciales en los que básicamente se observan dos tipos de pronunciamientos:

- La sanción a los trabajadores por las opiniones u ofensas vertidas en las redes sociales hacia la empresa o los compañeros (por ejemplo, SSTSJ de Extremadura de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 66/2017; de Andalucía/Sevilla de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 1309/2016; de Canarias/Las Palmas de 27 de julio de 2016, rec. núm. 385/2016; de Aragón de 18 de mayo de 2016, rec. núm. 300/2016, y de Galicia de 8 de octubre de 2014, rec. núm. 2941/2014). Sin que falten supuestos en los que son la dignidad del trabajador y su libertad sindical los derechos comprometidos como consecuencia del uso de Facebook por los responsables de la empresa (STSJ de Andalucía/Málaga de 5 de abril de 2017, rec. núm. 278/2017).
- O, también en el terreno disciplinario, la sanción como consecuencia de que el material compartido o «colgado» en la red es incompatible con la situación de incapacidad temporal en la que se encuentra el trabajador (sin ningún ánimo exhaustivo: SSTSJ de Galicia de 12 de junio de 2017, rec. núm. 1554/2017; de Madrid de 5 de mayo de 2017, rec. núm. 722/2016; de Cantabria de 10 de noviembre de 2015, rec. núm. 765/2015; de Andalucía/Sevilla de 29 de octubre de 2015, rec. núm. 2723/2014, y de Asturias de 19 de abril de 2013, rec. núm. 528/2013).

En la doctrina, que por las características de este comentario no podemos pormenorizar, también se asiste a un tratamiento incipiente de estas cuestiones muy vinculado de momento al comentario de la doctrina judicial.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Las circunstancias del caso responden a uno de esos supuestos habituales que acabamos de referir. En el marco de una conflictiva relación de la trabajadora con su empresa, una residencia de la tercera edad, aquella realiza una serie de comentarios en el muro que, con acceso público, mantiene en Facebook el sindicato al que pertenece. La intervención de la trabajadora en la conocida red social da a entender que dos de sus compañeras maltratan a los ancianos a su cargo y que su conducta es ocultada por la empresa debido a la relación familiar y sentimental que ambas mantienen con los responsables de la misma. La empresa, conocedora de estos comentarios y con fundamento en los mismos, decide despedir disciplinariamente a la trabajadora, reacción que la jurisdicción social, primero en instancia y después en suplicación, considera ajustada, calificando el despido como procedente con las consecuencias que de ello se derivan.

## 3. DOCTRINA JUDICIAL

El razonamiento de la sentencia que comentamos, después de recordar las posiciones generales del Tribunal Supremo acerca de la transgresión de la buena fe como causa de despido y los límites a la libertad de expresión en el contrato de trabajo, se fundamenta en las siguientes premisas:

1. Se trata de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por la trabajadora porque con su comentario en las redes sociales compromete la imagen y crédito de la empleadora al imputarle un ilícito que no existe.
2. La conducta de la trabajadora es culpable porque «obró a sabiendas de lo que se hacía, con claro potencial lesivo que no podía ignorarse».
3. La conducta no queda amparada por la libertad de expresión pues consistió en imputar a la empresa y a algunos trabajadores de la misma la comisión de un delito, lo que constituye una graven transgresión de la buena fe y una deslealtad.
4. Esta imputación se hizo además de forma pública porque «las críticas se publicaron en una cuenta de acceso no limitado a la que todo el mundo podía acudir».

En definitiva, la doctrina que es posible extraer de la sentencia es que la publicación de un comentario en el que se imputa a la empresa y a algunos de sus trabajadores la realización de un ilícito que no se acredita constituye una transgresión de la buena contractual y una deslealtad suficientemente grave para provocar el despido del trabajador, siendo también una conducta cul-

pable por haberse incorporado de forma abierta a las redes sociales, lo que hace presuponer la intencionalidad lesiva de tal proceder.

Como se puede comprobar, el razonamiento que late en la sentencia es, permítasenos la expresión, clásico, sin que se vea en exceso influido por el hecho de que la conducta laboral sancionable se haya producido en un medio ajeno al lugar de trabajo, como es una red social, Facebook en este caso.

#### 4. TRASCENDENCIA HACIA EL FUTURO Y VALORACIÓN CRÍTICA

Entrando en el ámbito de la especulación y la valoración de la decisión judicial, la pregunta que nos hacemos es si este tipo de construcción tan aparentemente poco problemática, que se limita a subsumir en el incumplimiento previsto en el [artículo 54 del ET](#) la conducta del trabajador en las redes sociales, es suficiente para lidiar con estos despidos disciplinarios de nuevo cuño. Naturalmente que el razonamiento del que hace gala una sentencia depende también en buena medida de las posiciones que hayan mantenido las partes y, por tanto, su construcción está muy condicionada por los puntos objeto de debate, pero esto no es óbice para que en esta sede podamos especular acerca de algunos problemas del despido por la conducta «social-virtual» de los trabajadores.

Se debe empezar por considerar que en principio la actividad en las redes sociales, salvo cuando forme parte del propio cometido profesional, es una actividad personal ajena por completo a la relación laboral. El mayor o menor acceso a los *posts* o el sentido de los mismos, por muy desafortunado que pueda llegar a ser, no convierte la actividad en las redes en una cuestión laboral, incluso aunque en los perfiles virtuales conste que el trabajador presta sus servicios para una determinada empresa. Ni aun así la actividad social se transmuta en laboral a efectos de que pueda en su conjunto ser valorada por la empresa para comprobar, por ejemplo, si su imagen ha quedado comprometida. Este proceder difuminaría las fronteras entre la actividad privada y la laboral del trabajador, provocando una restricción inadmisibles de sus derechos constitucionales (no se trata de supuestos desconocidos, precisamente cuando redactamos estas líneas [la prensa informa](#)<sup>1</sup> del despido de una trabajadora de una empresa de tasación como consecuencia de los insultos y amenazas que profirió a través de la red a una dirigente política).

En la sentencia que comentamos parece que el test de laboralidad se supera. Aunque las manifestaciones de la trabajadora se producen fuera del lugar y el tiempo de trabajo, se relacionan directamente con el personal de la empresa y los cometidos profesionales asignados. Se desenvuelve, por tanto, en la esfera del contrato de trabajo y afecta a su contenido. Se trata de una conclusión a la que la doctrina judicial llega con cierta facilidad al usar ese enorme cajón de sastre que es la

<sup>1</sup> Vid. «Despiden a la internauta que deseó en las redes sociales que "violen en grupo" a Arrimadas», en <[www.info-libre.es](http://www.info-libre.es)> (Política, 5 de septiembre de 2017).

buena fe y que, a veces, provoca cierta inercia interpretativa y evita una reflexión más detenida acerca de cómo, en nuestro caso, lo que los trabajadores hacen o dicen en las redes sociales se convierte en incumplimiento laboral. Una vez más esta causa, la transgresión de la buena fe, funciona como ampliación ilimitada de los motivos que justifican la extinción disciplinaria y evita el recurso a otros argumentos causales que podrían ser más problemáticos en el ámbito de lo virtual.

Ahora bien, en el caso que comentamos, ¿además de un incumplimiento laboral estamos en presencia de una conducta grave y culpable? Es aquí, seguramente, donde más problemas surgen a la hora de extender la dinámica del despido a la actividad virtual del trabajador con trascendencia laboral.

En el caso particular, la gravedad de la conducta no debería ofrecer excesivas dudas. Dada la especial naturaleza de la actividad desempeñada por la empresa, sugerir que se están infligiendo malos tratos a los internos y que estos no se evitan por la dirección constituye claramente una conducta que, en la medida en que no responde a la verdad, constituye un incumplimiento de indudable gravedad que, además, es susceptible de provocar daños importantes a la empresa. Paradójicamente, este tipo de acusación no admite muchas alternativas: si responde a la verdad su denuncia constituiría una obligación legal para el trabajador que no podría dar lugar al despido y si es falsa, y aparcando las consecuencias penales, integra objetivamente una infracción laboral susceptible del máximo reproche.

Sin embargo, como es suficientemente conocido, el debate en torno al despido aparece siempre condicionado por la aplicación de la teoría gradualista, a la que la sentencia hace mención en repetidas ocasiones y que implica atender a las circunstancias concretas del caso para valorar la medida extintiva. El terreno de la culpabilidad del trabajador es el campo donde esta apreciación de las circunstancias es más evidente y precisamente la naturaleza culpable de los comportamientos laborales en redes sociales constituye la zona de apreciación más delicada.

Comenzando por el más evidente de los problemas, el relativo a la autoría de la conducta infractora, no es posible desconocer los delicados problemas que en este terreno se concitan cuando se analizan las redes sociales. Saber si es el trabajador el verdadero autor del comentario o actividad es ya en sí mismo complejo en un territorio donde la tecnología actúa como mediadora y en el que la suplantación es frecuente y no demasiado difícil si no se adoptan ciertas medidas de seguridad que no son corrientes en los usuarios medios.

Pero no es el único problema, a él se suman otros bastantes delicados y que asoman a la sentencia que comentamos en estas breves líneas.

El primero tiene que ver con el contexto en el que se producen los comentarios en las redes sociales. Como del relato de hechos de la sentencia se deduce fácilmente, los comentarios de la trabajadora tienen lugar en el marco de una conflictiva relación (sanciones previas en curso de debate judicial, conflictividad sindical, incapacidad temporal de la trabajadora derivada de ansiedad, etc.) que debe servir para evaluar la conducta infractora limitando el alcance de algu-

nas conductas que seguramente se explican como consecuencia de ese ambiente enrarecido (por ejemplo, la ya mencionada STSJ de Extremadura de 23 de marzo de 2017, rec. núm. 66/2017).

El segundo problema, quizá el más delicado y complejo, tiene que ver con el hecho de que los comentarios de la trabajadora se insertaran en un muro de Facebook abierto al conjunto de usuarios de la red social. De esta circunstancia que juega decisivamente en favor de la procedencia del despido es preciso, sin embargo, adoptar algunas precauciones ¿Era consciente la trabajadora de estar insertando los comentarios en un espacio (semi)público? La pregunta es pertinente porque es una condición esencial para apreciar la culpabilidad y no puede desconocerse que los ajustes de privacidad de las redes sociales, como Facebook, no son precisamente un dechado de claridad, resultando inaccesibles a un buen número de internautas. Este es un elemento importante sobre todo cuando la actividad que se somete a valoración se produce fuera del propio muro (en el caso concreto, la trabajadora hace comentarios en la página de Facebook del sindicato al que pertenecía) y sin por tanto tener control sobre su difusión. Piénsese que incluso podría ocurrir que un comentario inicialmente reservado sea difundido a un círculo más amplio por quien ha tenido acceso a él por ser «amigo», complicando aún más la apreciación del incumplimiento laboral. O, en similar sentido, que el conocimiento empresarial de los contenidos que los trabajadores despliegan en la red se haya producido conculcando sus derechos (apropiación o averiguación de sus claves de acceso, uso de los accesos directos o de las contraseñas guardadas en el ordenador profesional, creación de perfil falso para acceder al círculo de amigos del empleado, etc.).

Finalmente y, aunque en el caso particular no sea del todo relevante, dada la naturaleza de los hechos señalados por la trabajadora en la red, no puede perderse de vista el plus de protección que en estos casos debe dispensar la circunstancia de que la actividad llevada a cabo en las redes se haga en el marco de páginas de organizaciones sindicales. Ello implica que tales conductas pueden ligarse al ejercicio de la libertad sindical, cuya protección deberá ser tenida en cuenta y podrá justificar, sobre todo en circunstancias conflictivas, determinadas actitudes y comportamientos.

En verdad, como la lectura de la sentencia demuestra, la doctrina judicial no suele cambiar excesivamente su forma de razonamiento cuando el despido se produce a partir de la actividad virtual de los trabajadores, sin embargo, no por ello el mundo real y el virtual confluyen. La aplicación del despido disciplinario en estos casos debe hacerse cargo de los delicados problemas, sobre todo de culpabilidad y prueba, que se producen, so pena de que un excesivo apego a la «tradición» acabe causando indefensión a los trabajadores, haciendo de las redes sociales un terreno minado para la integridad laboral de los internautas.