

# EL TRABAJO HUMANO (Y SU DERECHO) ANTE EL IMPARABLE FENÓMENO DE LAS REDES SOCIALES DE INTERNET

[Facebook, Myspace, Youtube, Tuenti, Twitter... y prestación por cuenta ajena: implicaciones jurídico-laborales]

**RODRIGO TASCÓN LÓPEZ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

## **Extracto:**

Es un hecho evidente que, en los últimos tiempos, han proliferado en Internet un buen número de redes sociales virtuales (Facebook, Myspace, Tuenti, Twitter...) que permiten la interconexión de millones de usuarios, quienes, a través de sus perfiles, comparten una ingente cantidad de variadísimos datos e informaciones (propias y de terceros y, en ocasiones, muy sensibles), posibilitando evidentes opciones de ocio y esparcimiento, aun cuando también utilidades de índole comercial y profesional.

Tal situación ha provocado evidentes problemas jurídicos (utilización por menores, ataques a la privacidad...) que, como en tantas otras ocasiones, cobran singular relieve en el ámbito estrictamente laboral. El presente trabajo se dedica a analizar los problemas y apuntar las soluciones, tanto *de lege data* como *de lege ferenda*, que han aparecido en tan singular espacio.

En este sentido, se abordan los potenciales problemas de discriminación surgidos en los procesos de selección de trabajadores cuando el empresario haya obtenido informaciones sensibles de los perfiles de los candidatos en las redes sociales virtuales; los evidentes peligros de un uso abusivo de estos instrumentos por parte de los trabajadores cuando hayan sido incorporados al proceso productivo de la entidad; o, en fin, su utilización como instrumento de control empresarial, sometido a los límites del principio constitucional de proporcionalidad y al Derecho de Protección de Datos.

**Palabras clave:** redes sociales, protección de datos de los trabajadores y privacidad de los trabajadores.

# HUMAN LABOR (AND RIGHT) TO THE UNSTOPPABLE PHENOMENON OF ONLINE SOCIAL NETWORKS

[Facebook, Myspace, Youtube, Tuenti, Twitter... and their performance as an employee: labor law implications]

**RODRIGO TASCÓN LÓPEZ**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

## **Abstract:**

**I**T is an evident fact that, in the last times, social networks have proliferated in Internet (Facebook, Myspace, Tuenti, Twitter...) that allow the interconnection of million users, who, across his profiles, share an enormous quantity of information (own and of third parties), making possible evident options of leisure and scattering, but also commercial and professional activities.

This situation is the origine of juridical problems, among others, in the area of labor relations. The present work analyzes these problems and try to give solutions, as well as lege data as lege ferenda, in the labor context.

The main problems would be: discrimination in the processes of workers' selection when the employer has obtained sensitive information of the profiles of candidates in the social virtual networks; incorporation of social networks to the productive process of the enterprise; or, at the end, the utilization of social networks like instrument of managerial control, submitted to the limits of the constitutional beginning of proportionality and to the Data Protection law.

**Keywords:** social networks, data protection of workers and worker's privacy.

# Sumario

- I. Redes sociales de Internet: visión panorámica de una nueva realidad.
  1. Problemática social y jurídica de las redes sociales virtuales.
  2. Relevancia de las redes sociales surgidas en Internet sobre las relaciones laborales: índice de problemas.
- II. El papel potencial (y real) de las redes sociales en los procesos de selección de trabajadores.
- III. La utilización de las redes sociales en el desarrollo de la prestación laboral.
  1. La utilización de las redes sociales como herramienta tecnológica.
  2. El abuso de las redes sociales en tiempo de trabajo.
  3. La red social como instrumento de vigilancia y control empresarial.

## I. REDES SOCIALES DE INTERNET: VISIÓN PANORÁMICA DE UNA NUEVA REALIDAD

Es un hecho más que evidente que las (ya no tan) nuevas tecnologías de la información y la comunicación están marcando de forma indeleble el desenvolvimiento del ser humano en los albores del tercer milenio.<sup>1</sup> En particular y entre otros múltiples escenarios posibles para el análisis,<sup>2</sup> en el ámbito de las relaciones laborales cabe apreciar su incorporación «masiva y vertiginosa» a la empresa de todo tamaño y condición, lo cual, evidentemente, ha planteado –y lo seguirá haciendo– numerosas situaciones en las cuales renace, bajo nuevo ropaje pero con similar contenido dialéctico, aquel permanente conflicto habido entre quien presta servicios por cuenta ajena y quien los retribuye, organiza y dirige.<sup>3</sup>

Entre los múltiples (e imparables) avances que van surgiendo en el mundo tecnológico en el que se desenvuelve la denominada sociedad desarrollada, ha emergido con fuerza en los últimos años la utilización de redes sociales creadas en Internet, al calor de la conocida como web 2.0 (incluso, ya, web 3.0),<sup>4</sup> que permiten la interconexión de millones de personas de forma aparentemente sencilla, pero cuya utilización genera, como habrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes, numerosos problemas de índole jurídica y, en particular y por cuanto a este estudio ocupa, algunos concretos de corte eminentemente laboral.

Vaya por delante que las redes sociales (manifestación concreta de la estructura con forma de red que tan bien describe la Teoría de Grafos)<sup>5</sup> han existido desde siempre, facilitando a lo largo de la Historia la constitución de vínculos entre personas o colectividades para los más diversos fines (ya fueran militares, comerciales, profesionales, culturales, lúdicos o de cualquier otra clase).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, Upper Sadde River: Prentice Hall, 2004, pág. 223.

<sup>2</sup> HERBERT, A.S.: «What computers mean for man and society», en AA.VV. (FORRESTER, T., ed.): *Microelectronics revolutions*, Oxford: Basic Blackwell Publisher, 1980, págs. 123 y ss.

<sup>3</sup> NAPIER, B.: «Computeritiation and employment rights», *Industrial Law Journal*, vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of technological change on work and wages», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 3 y ss. En la doctrina española, pioneros, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, págs. 19 y ss.; con anterioridad, PÉREZ PÉREZ, M.: «Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos», *RL*, núm. 20, 1980, pág. 123.

<sup>4</sup> ANTELO, J. y DE LEÓN, L.: «Redes sociales: tejiendo la web 2.0», *Revista de la Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 229, 2008, págs. 42 y ss. y SÁNCHEZ CARBALLIDO, J.R.: «Perspectivas de la información en Internet: ciberdemocracia, redes sociales y web semántica», *Revista de Estudios de Comunicación*, núm. 25, 2008, págs. 61 y ss.

<sup>5</sup> De acuerdo con la conocida descripción de la Teoría de Grafos, una red es un conjunto de nodos con conexiones entre ellos llamados arcos (unidireccionales) o aristas (bidireccionales). Existen en la realidad infinidad de sistemas de redes (las redes neuronales, los vasos sanguíneos, la cita de artículos científicos, las rutas aéreas, las alianzas políticas o militares...); entre tan amplio conjunto, cobran especial relevancia, en el contexto de las ciencias sociales y jurídicas, las conocidas como redes sociales, las cuales quedan integradas por un conjunto de personas o grupos con una estructura de relaciones o interacciones entre ellos. Con carácter general, REQUENA SANTOS, F.: «El concepto de red social», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 48, 1989, págs. 137 y ss.

<sup>6</sup> WASSERMAN, S. y FAUST, K.: *Social Networks Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, págs. 45 y ss. o SÁNCHEZ BALMASEDA, M.<sup>ª</sup> I.: *Análisis de redes sociales e Historia*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1996, págs. 17 y ss.

Ahora bien, como es obvio, la aparición de Internet ha incrementado exponencialmente las posibilidades de las redes sociales, facilitando tanto su constitución y difusión como, a la postre, la participación de un ingente volumen de personas,<sup>7</sup> hasta el punto de permitir afirmar que «estamos viviendo la emergencia de un nuevo paradigma sociológico».<sup>8</sup>

Las redes sociales basadas en las tecnologías (surgidas en los años noventa y consolidadas en la primera década del nuevo siglo)<sup>9</sup> han redimensionado las redes naturales y sociales que ya existían desde tiempos ancestrales en las comunidades, lo que ha permitido el traspaso de acciones y comportamientos a nuevos formatos electrónicos perdurables, capaces de generar conocimiento comparado de una manera barata, eficaz y multitudinaria.<sup>10</sup>

El éxito (al menos cuantitativo) es innegable. De hecho, las actuales redes virtuales cuentan con varios cientos de millones de usuarios en todo el mundo (en una tendencia ciertamente al alza) y, según recientes estudios, entre 8 y 13 millones de personas las utilizan a diario en España, lo cual representa en torno a un 25 por 100 de la población total de nuestro país.<sup>11</sup>

Más allá de valoraciones acerca de si se trata de una moda pasajera o (lo que es más probable) un nuevo y trascendental escenario (quizá todavía en fase apenas germinal) para las relaciones humanas en el siglo XXI,<sup>12</sup> lo cierto es que en la actualidad Internet aparece poblada de un buen puñado de redes sociales, algunas de ellas de corte generalista (como Facebook –la más numerosa en la actualidad–,<sup>13</sup> Tuenti, Myspace, Youtube o Twitter) y otras más específicas, dirigidas a satisfacer la necesidad relacional en ambientes concretos, pero todas (al menos las que sobreviven al filtro implacable del éxito) con un poder de convocatoria enorme.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> JOYANES AGUILAR, L.: «Las redes sociales: de la mensajería instantánea a los weblogs», *Sociedad y Utopía*, núm. 24, 2004, págs. 93 y ss.; IMAÑA SERRANO, T.: «Facebook; tejiendo la telaraña de las redes sociales», *Razón y Palabra*, núm. 2, 2008 o GARCÍA FERNÁNDEZ, F.: «Redes sociales en Internet», *Nuestro Tiempo*, núms. 649-650, 2008, págs. 15 y ss.

<sup>8</sup> HERNRIQUE MARTINS, P.: «Redes sociales: un nuevo paradigma en el horizonte sociológico», *Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales*, núm. 35, 2009. Ya con anterioridad había sido puesto de manifiesto el poder de Internet para conformar la conducta humana y modelar las estructuras sociales: WALLACE, P.: *La psicología de Internet*, Barcelona: Paidós, 2001, págs. 31 y ss.

<sup>9</sup> Al respecto, BOYD, D.M. y ELLISON, N.B.: «Social networks sites: definition, history and scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication*, vol. 13, núm. 1, 2007, pág. 11.

<sup>10</sup> DORADO PEREA, C.: «El trabajo en red como fuente de aprendizaje: posibilidades y límites para la creación del conocimiento», *Educar*, núm. 37, 2006, págs. 11 y ss.

<sup>11</sup> Redacción: «Diez cosas que conviene saber sobre las redes sociales», *La Ley*, núm. 7.140, 2009, págs. 1 y ss. Un estudio estadístico interesante sobre el uso de las redes sociales de Internet ha sido elaborado conjuntamente por el INTECO y la AEPD: [http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios\\_e\\_Informes/Estudios\\_e\\_Informes\\_1/est\\_red\\_sociales\\_es](http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios_e_Informes/Estudios_e_Informes_1/est_red_sociales_es), págs. 35-36.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ, S.: «Redes sociales: fenómeno pasajero o reflejo del nuevo internauta», *Telos*, núm. 76, 2008, págs. 118 y ss.; PÉREZ LATRE, J. y MARRODÁN, P.: «Las nuevas redes sociales ¿moda o revolución?», *Nuestro Tiempo*, núm. 660, 2010, págs. 52 y ss.; ORIHUELA COLLIVA, J.L.: «Internet: la hora de las redes sociales», *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, núm. 119, 2008, págs. 57 y ss., o JIMÉNEZ SABIO, J.C.: «Las redes sociales y su futuro», *Técnica Industrial*, núm. 283, 2009, págs. 68 y ss.

<sup>13</sup> La red social Facebook inició su actividad en 2004, en su origen destinada a los estudiantes universitarios, poco a poco fue generalizándose hasta que se extendió a todos los internautas en el año 2006. GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», *Iowa Law Review*, vol. 94, 2009, págs. 101 y ss.

<sup>14</sup> Amplia información al respecto, para el dibujo de un panorama del mapa de redes sociales virtuales, LIEDTKA, J.M.; WEISS, L. y CROSS, R.: «Una guía práctica de las redes sociales», *Harvard Business Review*, vol. 83, núm. 3, 2005, págs. 96 y ss.

Aun cuando cada una tiene su propia dinámica de funcionamiento (imposible de ser detallada en un estudio como el presente), lo cierto es que es posible apreciar algunas características comunes que marcan el devenir de su funcionamiento. El servidor de la red social es creado por un sujeto o entidad que se ocupa de fijar unas determinadas condiciones de uso y, a partir de ahí, se permite a los ciudadanos que cumplimenten determinados trámites (que suelen incorporar la cesión y tratamiento de un importante volumen de datos personales que, aun cuando son prestados, en teoría, de forma voluntaria, no deja de suponer una divulgación no espontánea)<sup>15</sup> para convertirse en usuarios del sistema y disfrutar de las posibilidades de relación, conocimiento e intercambio que el mismo permite.

La red social así formada sirve como instrumento que habilita a los usuarios para crear su propio perfil, al cual incorporar un variado elenco de elementos (informaciones, datos, archivos, fotografías, videos...) que comparte con el resto de (cientos de miles de) miembros, bien con carácter general, bien restringiendo su conocimiento a aquellas personas que previamente hayan sido autorizadas.

Surgen así, por obra y gracia de ese mágico espacio virtual creado, nuevas amistades, crecientes afinidades, infinitas posibilidades de relación e intercambio, tanto de corte estrictamente personal (amistades, relaciones sentimentales...), como de índole comercial y profesional (marketing y publicidad personalizados, intercambio de prácticas y experiencias...), que son, sin duda, la causa última del constatado éxito de los instrumentos relacionales ahora objeto de análisis<sup>16</sup> y que contribuyen a la creación de un nuevo modelo social conocido como «sociedad-red».<sup>17</sup>

## 1. Problemática social y jurídica de las redes sociales virtuales

Ahora bien, el deslumbramiento ante tantas aplicaciones expansivas de la capacidad relacional humana no ha de vedar el análisis crítico que permite detener la atención sobre ciertos problemas de índole social y jurídica (en ocasiones gravísimos) que la propia aparición de las redes sociales virtuales está fomentando.

Es evidente que la aparición de estos nuevos instrumentos de relación ha traído aparejada una serie de ventajas incuestionables, algunas evidentes (como el aumento de la conectividad entre personas,<sup>18</sup> la posibilidad de mejorar la comunicación entre colectivos, un acceso rápido y sencillo a volúmenes ingentes de información...) y otras menos visibles pero igualmente destacadas por los actores de las ciencias sociales (*vr. gr.*, estudios recientes permiten concluir que la utilización de estas redes sociales virtuales facilita la integración de las personas inmigrantes).<sup>19</sup>

<sup>15</sup> GONZÁLEZ FUSTER, G. y GUTWIRTH, S.: «Privacy 2.0», *RDTI*, núm. 32, 2008, págs. 353 y ss.

<sup>16</sup> BIDART, C.: «En busca del contenido de las redes sociales: los motivos de las relaciones», *Redes: Revista Hispana para el Análisis de las Redes Sociales*, núm. 16, 2009.

<sup>17</sup> CASTELLS, M.: *La Sociedad Red: una visión global*, Madrid: Alianza Editorial, 2006, págs. 15 y ss.; CASTILLO, A.: «De la sociedad en red a las redes sociales», *Telos*, núm. 74, 2008, págs. 6 y ss. o FREIRE, J.: «Redes sociales ¿modelos organizativos o servicios digitales?», *El profesional de la información*, núm. 6, 2008, págs. 585 y ss.

<sup>18</sup> No se olvide de que el afán socializador es uno de las mayores necesidades del ser humano, que, según cierta opinión, tan solo es inferior a la del alimento y la cobertura de las necesidades básicas para la subsistencia; GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», *op. cit.*, págs. 101 y ss.

<sup>19</sup> En efecto, estudios sociológico-estadísticos permiten demostrar que existe una relación entre mayor grado de participación social y mayor aceptación hacia la población extranjera, GUALDA CABALLERO, M.<sup>a</sup> E.: «Actitudes hacia la inmigración

Sin embargo, su uso generalizado ha ido también poniendo de manifiesto una larga lista de problemas aún no resueltos que merecen la atención detenida del estudioso de las Ciencias Sociales y Jurídicas: desde los hábitos adictivos juveniles (que incorporan a veces componentes tan importantes como la posible aparición de psicopatías derivadas de la construcción de identidades falsas<sup>20</sup> o la potencial entrada en contacto con entornos relacionados con la pedofilia)<sup>21</sup> hasta las cuestiones técnicas derivadas de la seguridad de los contenidos incorporados a las tantas veces mencionadas redes sociales.<sup>22</sup>

Centrando el análisis actual desde un punto de vista estrictamente jurídico, quizá los mayores riesgos se sitúen en la órbita de la intimidad y la privacidad de los usuarios de las redes sociales, así como de aquellos terceros que, aun sin su consentimiento, hayan visto cómo datos personales suyos han sido incorporados a la Red, siquiera de forma circunstancial, por otra persona.<sup>23</sup>

En este sentido, procede destacar que resulta ciertamente paradójico el estrato evolutivo que las redes sociales de Internet suponen en cuanto a los derechos que tratan de tutelar la esfera más intangible de las personas. Conviene recordar que el derecho a la intimidad clásico (resumido en la ya célebre expresión inglesa *right to be alone*) tiene su origen en un esfuerzo del individuo por proteger su esfera más reservada del conocimiento de los demás,<sup>24</sup> proclamado junto con el honor y la propia imagen, por cuanto al Derecho español hace, en el artículo 18.1 de la Constitución Española (CE).

En un segundo estadio evolutivo, cuando la aparición de las tecnologías informáticas habilitó el almacenamiento y cruce masivo de datos (lo cual permitía la elaboración de perfiles precisos a partir de datos aparentemente asépticos), se elaboró el concepto de autodeterminación informativa<sup>25</sup> (que en España adquirió la poco apropiada denominación de privacidad por mor de la Exposición de Motivos de la LORTAD)<sup>26</sup> para referirse al derecho del individuo a controlar el flujo de informaciones relativas

ción y capital social: la participación de los europeos en redes sociales y sus vínculos con una mayor aceptación de la población extranjera», *Redes: Revista Hispana para el análisis de Redes Sociales*, núm. 7, 2004 o EITO MATEO, A.: «Las redes sociales y el capital social como una herramienta importante para la integración de inmigrantes», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 21, 2005, págs. 185 y ss.

<sup>20</sup> DE LA VILLA MORAL JIMÉNEZ, M.: «Jóvenes, redes sociales de amistad e identidad psico-social», *Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación*, vol. 11, 2004, págs. 183 y ss.

<sup>21</sup> Muchos son los casos en los cuales un menor ha entrado en contacto con su potencial agresor sexual a través de las redes sociales de Internet; GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», cit., págs. 101 y ss.

<sup>22</sup> BARDERA, P.: «¿Son seguras las redes sociales?», *PC World Profesional*, núm. 254, 2008, págs. 86 y ss.

<sup>23</sup> ROIG, A.: «E-privacidad y redes sociales», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 9, 2009, págs. 42 y ss.; PANIZA FULLANA, A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *Datospersonales.org, Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 41, 2009, págs. 1 y ss., o GARCÍA HERNÁNDEZ, P.: «Redes demasiado sociales: ¿El fin de la privacidad en Internet?», *Archivamos*, núm. 71, 2009, págs. 17 y ss.

<sup>24</sup> Resulta unánime fijar el origen de la concepción actual del derecho a la intimidad en la doctrina y en la jurisprudencia americana de finales del siglo XIX. En concreto, es célebre el trabajo en el cual se argumentaba frente a los abusos de la prensa, WARREN, S. y BRANDEIS, L.: «The right to privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890. Existe traducción española de este «clásico de la literatura jurídica», a cargo de BALSEGA, P.; WARREN, S. y BRANDEIS, L.: *El derecho a la intimidad*, Madrid: Civitas, 1995.

<sup>25</sup> Concepto que proviene, en síntesis, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, con su *leading case* más significativo en la Sentencia de 15 de diciembre de 1983. Un análisis detenido en MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: *El derecho de autodeterminación informativa*, Madrid: Tecnos, 1993, págs. 97 y ss.

<sup>26</sup> En tanto en cuanto el término inglés «*privacy*» no es solo un término técnico-jurídico... su sentido nace del contexto cultural en el que ha surgido y no admite una traslación literal con la noción latina de intimidad. Esa transpolación de términos no

a su persona y evitar así que terceros pudieran manejar informaciones de forma maliciosa o torticera; derecho este que, por cierto, fue elevado a la categoría de fundamental por el Tribunal Constitucional, a partir de una interpretación ciertamente voluntarista e integradora del artículo 18.4 de la CE.<sup>27</sup>

De esta manera, se distinguió con precisión que el derecho a la intimidad, clásico y liberal, quedaba referido a una dimensión negativa (*status negativae*) y se agota con la repulsa de aquellas intrusionas en la esfera más privada que toda persona quiere preservar –y tiene derecho a hacerlo– del conocimiento ajeno;<sup>28</sup> la privacidad, por el contrario, abarcaría un ámbito más amplio, una dimensión positiva (*status positivae*) en forma de facultad del sujeto para controlar el flujo de informaciones relativas a la propia persona –sean estas parte o no del ámbito íntimo en sentido estricto–, las cuales, si conocidas por otro/s, pudieran afectarle de variadas formas (incluidas las más deleznable discriminaciones) al ser tratadas de forma sistemática, mermando así su capacidad de actuación.<sup>29</sup>

Frente a esta larvada evolución, el fenómeno de las redes sociales en Internet viene a suponer una especie de renuncia más o menos tácita a la intimidad y la privacidad personales. El individuo parece que, consciente o inconscientemente, ha quitado importancia a la necesidad secular de defender su ámbito más reservado y se ha lanzado a comunicar un enorme volumen de informaciones referentes a su personalidad para colgarlas en sus perfiles de la red social de la que forma parte, sin preocuparse, aparentemente, por el hecho de que tales datos personales van a poder ser observados (y valorados y analizados) por un número potencial de destinatarios incontrolable.

No tendrán acceso a ellos tan solo sus (presuntos) amigos agregados a favoritos, sino, potencialmente (y aun cuando en ciertas redes sociales existe la posibilidad de limitar el acceso a los sujetos autorizados), cualquier usuario o incluso cualquier persona, cuyas intenciones, a priori, se desconocen.

Es evidente el riesgo al que se enfrentan las personas de perder el control sobre la forma en que otros pueden emplear la información incorporada a la Red a través de los perfiles de las redes sociales. De un lado, resulta imposible asegurar que no se va a producir la copia o cesión de datos

solo es un préstamo lingüístico inocuo, sino también un cambio de coordenadas», FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid: APD, 1997, pág. 173. Criticando también el uso de este barbarismo, entre muchos, FAIRÉN GUILLÉN, V.: «El *habeas data* y su protección actual sugerida en la Ley española de Informática», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1996, pág. 529; LÓPEZ MUÑOZ GOÑI, M.: «La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal», *Revista de Informática y Derecho*, núm. 6-7, 1994, pág. 99; ORTI VALLEJO, A.: *Derecho a la intimidad e informática; tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales*, Granada: Comares, 1994, pág. 44; o LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, Madrid: CEC, Cuadernos y Debates, núm. 43, 1993, pág. 34.

<sup>27</sup> STCo 254/1993, de 20 de julio; y, con mayor rotundidad, una vez ya promulgada la actual LOPD, SSTCo 290 y 292/2000, de 30 de noviembre.

<sup>28</sup> Ratificando esta perspectiva, resultan ya célebres aquellas palabras del Tribunal Constitucional conforme a las cuales «el derecho a la intimidad... implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», SSTCo 209/1988, de 27 de octubre; 197/1991, de 11 de abril; 143/1944, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre, o, por recientes, 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio.

<sup>29</sup> Entre muchos, PÉREZ LUÑO, A.E.: «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica», en LOSANO, M.G.; PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid: CEC, 1989, págs. 158 y ss. En los pronunciamientos de los tribunales, por todas, SSTCo 11/1998, de 13 de enero y, con mayor claridad, 202/1999, de 8 de noviembre.

personales;<sup>30</sup> de hecho, en algunos casos la propia red social advierte que va a proceder a indexar tales datos en determinados buscadores o cederlos con usos de prospección comercial a entidades comerciales para que puedan hacer llegar a sus usuarios ofertas personalizadas.<sup>31</sup>

Asimismo, tales datos «encontrados» en la red social y debidamente tratados (piénsese que no es ya solo de la propia información en sí, sino el contexto en el cual la misma se genera, lo que aporta matices adicionales que han sido denominados «metadatos»)<sup>32</sup> van a poder ser utilizados por terceros para «usos secundarios» que escapan a todo control por parte de sus titulares.<sup>33</sup>

Bien es cierto que, en principio, los datos volcados a Internet no pueden ser considerados «fuente accesible al público» [en el sentido que utilizan los arts. 3 y 30 Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y 43 Reglamento (RLOPD)] y que, en consecuencia, cualquier recogida o utilización debería sujetarse a las normas generales que exigen el consentimiento de los afectados;<sup>34</sup> mas la realidad fuerza a reconocer que controlar el cumplimiento de tan sutil obligación resulta poco menos que imposible.

Tal es el caso, por ejemplo, del uso de estos perfiles por parte de los departamentos de recursos humanos de las empresas para conocer a los candidatos a puestos de trabajo a cubrir (como habrá ocasión de analizar con mayor detalle en su momento específico) o la utilización de datos por los proveedores de servicios para emitir mensajes de marketing o *spam* a los usuarios.<sup>35</sup>

El problema se agrava al comprobar cuáles son, en la práctica, los contenidos que los usuarios incorporan a sus perfiles en las redes sociales: datos variadísimos, de todo tipo, algunos de ellos sensibles y relativos a aspectos muy privados de la vida de las personas, que tan solo se revelarían en el mundo físico (*offline*) a unos cuantos sujetos de máxima confianza, son vertidos sin reparos para el común conocimiento y recreo de los millones de usuarios de la red *online*.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> En ocasiones, las propias normas de uso de la red social prohíben a los usuarios o a terceros que copien datos personales contenidos en la Red. Así, por ejemplo, en las condiciones de uso de Myspace puede leerse: «Queda prohibido el uso ilegal y/o no autorizado de los Servicios MySpace, incluida la recopilación de nombres de usuario, números de identificación de usuario y/o direcciones de correo electrónico de los Miembros a través de medios electrónicos o de otro tipo, con el fin de enviarles correo electrónico no deseado, realizar *framing* (enmarcado de páginas) o vínculos al Sitio web MySpace sin autorización, o emplear sitios o *software* promocionales de terceros para promocionar perfiles a cambio de dinero».

<sup>31</sup> Así, las cláusulas de uso de Facebook advierten a los usuarios de que pueden utilizar datos adicionales a los aportados por los usuarios para completar sus perfiles: «almacenamos cierta información de tu navegador usando *cookies*... Podemos utilizar información sobre ti que recopilemos de otras fuentes incluyendo, entre otras, periódicos y fuentes de Internet como blogs, servicios de mensajería instantánea, la plataforma de desarrolladores de Facebook y otros usuarios de Facebook, para complementar tu perfil».

<sup>32</sup> SENSO, J.A. y DE LA ROSA, A.: «El concepto de metadato. Algo más que descripción de recursos electrónicos», *CIB*, vol. 32, núm. 2, pág. 95.

<sup>33</sup> NISSENBAUM, H.: «Privacy as Contextual Integrity», *Washington Law Review*, vol. 79, núm. 1, 2004, págs. 119 y ss. o PANIZA FULLANA, A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *op. cit.*, págs. 1 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido el Informe 398/2008 de la AEPD afirma que el artículo 3 de la LOPD «efectúa una enumeración taxativa respecto a lo que cabe considerar fuentes accesibles al público, lo que impide que consideremos a las páginas web como tales. Por ello, para tratar la información contenida en dichas páginas, debería obtenerse el consentimiento de los afectados»; en la doctrina, PANIZA FULLANA, A.: «Tratamientos con fines publicitarios y de prospección comercial», en AA.VV.: *Protección de datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 248 y ss.

<sup>35</sup> Redacción: «Privacidad y redes sociales: cuidado con los datos personales que subimos a los perfiles», *La Ley*, núm. 7.077, 2008, pág. 1.

<sup>36</sup> WOOLGAR, S.: «Cinco reglas de la virtualidad», en AA.VV.: *Sociedad virtual: tecnología, ciberbole y realidad*, Barcelona: Ediuoc, 2005, págs. 19 y ss.

Aspectos tan variados, y delicados, como los datos relativos a actividades lúdicas (viajes de recreo y vacación, fiestas...), hábitos de vida (prácticas sexuales, consumo de alcohol o drogas...), relaciones sentimentales, actividades culturales, ideas políticas o sindicales, son colocadas en la Red sin el menor de los reparos y, en muchos casos, sin mayor preocupación por quién puede tener acceso a dichas informaciones.

Una situación tan desconcertante se agrava (aun más) al considerar varios datos adicionales: de un lado, un importante volumen de los usuarios de las redes sociales virtuales son menores adolescentes, con el mayor riesgo que esto supone desde diversos puntos de vista,<sup>37</sup> además de contrariar de forma evidente las exigencias al respecto incorporadas en el artículo 13 del RLOPD.<sup>38</sup>

De otro lado, hay que tener en cuenta que, si bien los usuarios, en principio, incorporan tales datos voluntariamente (aun cuando quepa la duda de si lo hacen conscientes de todas las implicaciones que ello supone), lo cierto es que circunstancialmente se pueden añadir informaciones de terceros (identificados mediante las conocidas como etiquetas) que en modo alguno han consentido tal incorporación y que quedan así expuestos a intromisiones en su intimidad ni queridas ni conocidas.<sup>39</sup>

En fin, hay que valorar cómo, en los últimos años, el desarrollo de las redes sociales virtuales ha ido parejo al del perfeccionamiento, hasta límites insospechados, de la capacidad de los buscadores automatizados de información. Estos nuevos métodos de búsqueda, conocidos como webs semánticas,<sup>40</sup> plantean posibilidades inéditas en la Red, pues permiten localizar no solo aquellos contenidos en los que figuran textualmente las palabras introducidas como criterio de búsqueda, sino también otros cuya temática esté relacionada con aquellas, lo cual amplía de forma significativa el elenco y la profundidad de los resultados y hace, al tiempo, que las informaciones incorporadas a las redes sociales puedan emerger fácilmente cuando alguien esté interesado en encontrar datos sobre una determinada persona o entidad, eliminando así, casi completamente, la poca privacidad que pudiera quedar.<sup>41</sup>

La conclusión de un contexto semejante es tan fácil como dramática de obtener. Ya desde los comienzos de la utilización de recursos informáticos se había advertido de la facilidad con la que los datos (entonces mucho más difíciles de obtener) podían ser almacenados, retenidos y cruzados para elaborar, a partir de informaciones aisladas y asépticas (utilizadas cual teselas de un mosaico), perfiles sorprendentemente precisos de las personas (convertidos así en verdaderos «ciudadanos de cristal»)<sup>42</sup>

<sup>37</sup> En España, la AEPD ha mantenido diversos encuentros con los representantes de diversas redes sociales como Facebook o Tuenti para tratar de conseguir que esas redes sociales no admitan como usuarios a menores de 14 años, pudiendo exigir, si hay sospechas razonables, fotocopia del DNI. Ver, al respecto, las notas informativas contenidas en la página web de la AEPD: [https://www.agpd.es/portalweb/revista\\_prensa/revista\\_prensa/2009/notasprende/index-ides-idphp.php](https://www.agpd.es/portalweb/revista_prensa/revista_prensa/2009/notasprende/index-ides-idphp.php).

<sup>38</sup> RAMASASTRY, A.: «Why the delete on-line predators Act won't delete predatory behaviour», *FINDLAW Review*, núm. 6, 2006.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ FUSTER, G. y GUTWIRTH, S.: «Privacy 2.0», *op. cit.*, pág. 353.

<sup>40</sup> MIKA, P.: *Social networks and the semantic web*, New Cork: Springer, 2007, págs. 24 y ss. o SÁNCHEZ CARBALLIDO, J.R.: «Perspectivas de la información en Internet: ciberdemocracia, redes sociales y web semántica», *op. cit.*, pág. 64.

<sup>41</sup> BAEZA YATES, R.: «Tendencias en minería de datos de la web», *El Profesional de la Información*, vol. 18, 2009, págs. 5 y ss.

<sup>42</sup> MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, pág. 108. En parecidos términos, PÉREZ LUÑO, E.: «La defensa del ciudadano y la protección de datos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 14, 1986, pág. 51 o LÓPEZ GARRIDO, D.: «La sociedad informatizada y la crisis del Estado del Bienestar», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1985, pág. 27.

que, una vez contruidos podían ser utilizados para los más variados fines, no siempre, por supuesto, legítimos.<sup>43</sup>

Si eso era así, la posibilidad de utilizar (bien por la propia red social o sus empresas colaboradoras; bien por otras entidades ajenas pero que acceden a la red –acaso a través de la creación de un perfil-tapadera– y se aprovechan del inmenso volumen de informaciones que aquella contiene) el conjunto de datos (ahora mucho mayor) vertidos a la red social virtual (de forma en principio voluntaria) hace que los peligros para la privacidad se estén incrementando de forma exponencial.<sup>44</sup>

En efecto, tal conclusión se puede alcanzar teniendo en cuenta, como se ha dicho, la mayor cantidad de datos (y más reservados, en tanto se trata de informaciones que solo el propio interesado o sus allegados podrían conocer) que aparecen en las redes sociales; el incremento en la capacidad de los buscadores y la posibilidad para valorar conjuntamente los datos diseminados en distintas redes sociales, y, en fin, el riesgo de «descontextualización de la información»,<sup>45</sup> que ha sido colgada en una red social con un fin seguramente lúdico y puede acabar por convertirse en un testigo mudo que determine la adopción de importantes decisiones que afecten al sujeto, como, entre otras, la concesión de un crédito bancario, el establecimiento de una relación comercial o, por buscar un ejemplo que sea de relevancia a efectos del presente discurso, la obtención de (o la promoción en) un puesto de trabajo (así como su eventual conservación o pérdida a través de un despido).<sup>46</sup>

La panorámica brevemente descrita en las páginas anteriores ha llevado a distintas entidades de ámbito nacional e internacional a mostrar su preocupación y recelo ante las prácticas desarrolladas en torno a las redes sociales virtuales, así como a elaborar distintas declaraciones e instrumentos que tienen por objetivo lograr unas pautas que mejoren la protección de la privacidad de sus usuarios.

En este sentido, a nivel internacional destacan, entre otros, el documento *Security Issues and Recommendations for On-line Social Networks*, elaborado por la *European Network and Information Security Agency*, de octubre de 2007;<sup>47</sup> la resolución relativa a la protección de la privacidad en los servicios de redes sociales, aprobada en la 30.ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos, en octubre de 2008,<sup>48</sup> y, a nivel de la Unión Europea, la Opinión 5/2009 sobre redes sociales *online*, elaborada por el Grupo de Trabajo del artículo 29, en junio de 2009.<sup>49</sup>

A nivel nacional, además de ciertas iniciativas elaboradas por algunas agencias autonómicas de protección de datos, conviene destacar el informe conjunto del INTECO y la AEPD sobre usuarios

<sup>43</sup> CASTELLS ARTECHE: «La limitación informática», en AA.VV. (MARTÍN RETORTILLO, S., coord.): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid: Civitas, 1991, pág. 924.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ FUSTER, G. y GUTWIRTH, S.: «Privacy 2.0», *op. cit.*, pág. 353.

<sup>45</sup> NISSENBAUM, H.: «Privacy as Contextual Integrity», *Washington Law Review*, vol. 79, núm. 1, 2004, págs. 119 y ss. o DUMORTIER, F.: «Facebook and risks of de-contextualitation of information», *IDP*, núm. 9, 2010, pág. 4.

<sup>46</sup> PANIZA FULLANA, A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *op. cit.*, págs. 1 y ss.

<sup>47</sup> <http://www.enisa.europa.eu/act/res/other-areas/social-networks/security-issues-and-recommendations-for-online-social-networks>

<sup>48</sup> [http://www.privacyconference2008.org/adopted\\_resolutions/STRASBOURG2008/resolution\\_social\\_networks\\_en.pdf](http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_social_networks_en.pdf)

<sup>49</sup> [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp163_es.pdf)

de redes sociales, que contiene un interesante aparato descriptivo, así como una serie de recomendaciones para tratar de mejorar la privacidad de los usuarios de dichos servicios *online*.<sup>50</sup>

La lectura de tales documentos permite extraer una serie de conclusiones (más o menos) comunes, dirigidas a la salvaguarda de la privacidad en la utilización de redes sociales virtuales, así como a tratar de armonizar el funcionamiento y manejo de dichos instrumentos por los sujetos responsables. Las conclusiones de tal esfuerzo podrían quedar sistematizadas en las siguientes:

1. La normativa general sobre protección de datos vigente resulta de aplicación a todas aquellas operaciones llevadas a cabo en las redes sociales de Internet. Tal medida, aun cuando por sí sola pueda no resultar suficiente (pues habrá ocasiones en las que no se producirá un tratamiento de datos, sino su mera consulta o visualización, lo cual puede ya de por sí comprometer la privacidad del individuo),<sup>51</sup> lo cierto es que, a día de hoy, constituye la pauta normativa más segura (y, de hecho, se está convirtiendo en el estándar internacional al uso) para tratar de evitar posibles abusos en un contexto en el que, como casi siempre, el Derecho transita un paso por detrás de la realidad social.

En este sentido, cabe destacar que se ha considerado aplicable la normativa europea (y, por ende, nacional) de protección de datos, y ello aun cuando la red social pueda tener su domicilio social fuera de la Unión Europea (normalmente en Estados Unidos), a todos aquellos servidores que operen en alguno de los países de la Unión Europea, en tanto en cuanto, de acuerdo con los artículos 3 y 4 de la Directiva 95/46/CE (arts. 2 y 5 LOPD), utilizan «recursos o medios en el territorio de los estados miembros», ya que proporcionan los servicios básicos para el tratamiento de datos de los usuarios, emplean dispositivos (normalmente las conocidas como *cookies*) que se instalan en sus ordenadores a partir de los cuales se recogen sus datos personales y establecen las condiciones de uso.<sup>52</sup>

En consecuencia, los titulares de las redes sociales son considerados responsables del tratamiento de los datos que a través de ellas se efectúen y, por tanto (y entre otras obligaciones), tienen que remitir información suficiente sobre su identidad y finalidades (art. 5 LOPD), así como permitir a los sujetos afectados que ejerciten sus derechos de acceso, rectificación y cancelación respecto de los datos personales (sean de usuarios o de terceros) que contenga la red social (arts. 13 a 16 LOPD).

Tal urdimbre hace necesario, primero, una buena construcción del perfil de cada individuo (para que pueda acceder de forma sencilla a sus datos) y, segundo, una vía clara, fácil y efectiva para que el usuario, cuando lo desee, pueda darse de baja de la red social y, en consecuencia, eliminar todos los datos personales que en ella se contuvieran.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> [http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios\\_e\\_Informes/Estudios\\_e\\_Informes\\_1/est\\_red\\_sociales\\_es](http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios_e_Informes/Estudios_e_Informes_1/est_red_sociales_es).

<sup>51</sup> ROIG, A.: «E-privacidad y redes sociales», *op. cit.*, págs. 43 y ss.

<sup>52</sup> Así lo considera la Opinión 5/2009 del Grupo de Trabajo del artículo 29, la cual entiende que el presupuesto normativo se cumple cuando, por ejemplo, el responsable de la red social utiliza *cookies* u otros dispositivos similares de *software*. Las propias cláusulas de uso de las redes sociales suelen informar a los usuarios de la utilización de este tipo de recursos. Así lo hacen, entre otros, Facebook, Twitter o Myspace.

<sup>53</sup> GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», *op. cit.*, págs. 101 y ss. En la actualidad, y ante las dificultades y complicaciones con las que a veces se encuentran usuarios que se quieren dar de baja de las redes sociales virtuales, ya han surgido dis-

Por otro lado, una propuesta interesante viene dada por considerar que los usuarios que hagan un uso que exceda del «doméstico» de la red social sean tratados como auténticos responsables de tratamientos de datos, debiendo entonces asumir el conjunto de obligaciones que se derivan de la normativa específica.<sup>54</sup>

2. Resulta conveniente efectuar una interpelación a los responsables de las redes sociales para que, a través de las políticas de actuación de los propios servidores, adopten las medidas que más y mejor puedan llegar a proteger la privacidad de los usuarios (privacidad por defecto o por diseño, *privacy by desing*).<sup>55</sup>

Para el cumplimiento de tal objetivo, además del establecimiento de las medidas de seguridad técnica que resulten necesarias (dirigidas a evitar la fuga o robo de datos,<sup>56</sup> entre las cuales podría estar el establecimiento de los nuevos contrabuscadores),<sup>57</sup> se recomienda que se suministre información clara, suficiente y comprensible de acuerdo a las condiciones del potencial usuario (pues, no se olvide, puede tratarse de un menor) sobre las condiciones de uso de la red social y las finalidades y objetivos que persigue la misma.

Además, el volumen de datos recabado por el responsable de la red social ha de ser proporcionado a la finalidad pretendida (sin que quepan recopilaciones abusivas o innecesarias),<sup>58</sup> considerándose inapropiadas medidas tales como forzar automáticamente a que los usuarios acepten cesiones de sus datos personales para fines comerciales y publicitarios (sin la posibilidad de oponerse a tal tratamiento) como *condictio sine qua non* para adquirir el grado de usuario de la red social.<sup>59</sup>

---

tintas iniciativas (como *Seppuko* y *Web 2.0 Suicide Machine*) que favorecen a quienes deciden hacer uso de ellas todo el proceso de salida de la red social, destruyendo, mediante programas informáticos, el perfil existente y todos los datos contenidos en él.

- 54 Aun cuando resulta complicado establecer criterios que delimiten cuándo un uso deja de ser doméstico y pasa a convertirse en profesional; KORFF, D.: «Are Users of Social Networking Sites Subject To Data Protection Law, As Controllers?»; <http://www.dataprotectionreview.eu/>, nº 9, junio 2009.
- 55 PECAÑA CHINCHURRETA, K.: «Las redes sociales: ¿cómo gestionan la privacidad de sus usuarios?», *Redes: Revista Hispana para el Análisis de Redes Sociales*, núm. 16, 2009.
- 56 RAMASASTRY, A.: «Why the delete on-line predators Act won't delete predatory behaviour», *FINDLAW Review*, núm. 6, 2006.
- 57 Así, por ejemplo, el *Privacy-preserving data mining* (P2DM), cuya finalidad es tratar de lograr que los buscadores al uso no den con la información relativa a un determinado sujeto; ROIG, A.: «E-privacidad y redes sociales», *op. cit.*, págs. 43 y ss.
- 58 En este sentido se pronuncia la Resolución de la AEPD 495/2004. En la doctrina científica, DUMORTIER, F. «Facebook and risks of de-contextualitation of information», *op. cit.*, págs. 4 y ss.
- 59 Tal conclusión se alcanza fácilmente a la vista del artículo 15 del RLOPD, de conformidad con el cual «Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.  
En particular se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento». Sin embargo, y por ejemplo, entre las condiciones de uso de Facebook puede leerse la siguiente cláusula incondicionada: «Es posible que Facebook utilice información de tu perfil sin identificarte individualmente ante terceros. Esto se hace con propósitos como establecer a cuánta gente en una red le gusta un grupo o una película, y para personalizar anuncios y promociones. Creemos que esto es beneficioso para ti puesto que te permite estar mejor informado sobre lo que ocurre a tu alrededor. Y cuando aparecen anuncios, es más probable que sean de interés para ti. Por ejemplo, si pones una peli-

En este sentido, es menester considerar que la utilización de tales datos personales para dichos fines de marketing y prospección comercial conculca la legislación sobre protección de datos que, de un lado, impide el tratamiento para «finalidades incompatibles» con aquella que motivó la recogida (art. 3 LOPD) y, de otro, prohíbe la cesión de datos a terceros sin el consentimiento del titular (art. 11 LOPD).<sup>60</sup>

3. Es necesaria una actuación cautelosa por parte de los propios usuarios, lo cual requeriría, en primer lugar, de un esfuerzo formativo (que quizá hubiera de quedar a cargo no solo de los responsables de la red social, sino también de las autoridades públicas) para que los usuarios de las redes sociales puedan llegar a comprender las implicaciones reales de la cesión de datos que se produce y se desenvuelvan de la forma que menos pueda llegar a afectar a su privacidad.<sup>61</sup>

En este sentido, varios de los documentos insisten en la conveniencia de que las personas actúen en las redes sociales bajo pseudónimo (lo cual choca con la exigencia que a veces imponen los responsables de facilitar datos personales auténticos, lo que les debería hacer replantearse su actitud<sup>62</sup> y también con el más elemental anhelo de muchos de los usuarios de las redes sociales, que precisamente desean darse a conocer)<sup>63</sup> así como no aportar informaciones sensibles o comprometedoras.

Mención aparte merece la cuestión relativa a la potencial introducción de datos relativos a terceras personas que no sean usuarias y/o no hayan prestado su consentimiento.<sup>64</sup> Desde luego, la recogida de datos de terceros para su incorporación a la red social debería quedar sometida en tales supuestos a las reglas generales del artículo 6 de la LOPD, que requieren el consentimiento del titular o la concurrencia de alguna de las otras cláusulas de licitud en el precepto enumeradas.<sup>65</sup>

---

cula que te gusta en tu perfil, podemos mandarte un anuncio sobre el estreno de otra del mismo estilo en tu ciudad. Sin embargo, no informamos a la productora cinematográfica de tu identidad».

Con todo, la Resolución de la AEPD 1544/2007, entendiendo que tales cláusulas que autorizan para la cesión de datos con fines de publicidad personalizada pueden resultar lícitas si son la contrapartida exigida a cambio de la prestación gratuita de un servicio.

<sup>60</sup> Algo que muy difícilmente puede entenderse que se ha obtenido a través de este tipo de cláusulas que, primero, resultan casi incomprensibles y, segundo, no transmiten al sujeto una panorámica real de las implicaciones que ello conlleva, PANIZA FULLANA, A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *op. cit.*, págs. 3 y ss.

<sup>61</sup> SOLA MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> J.: «Redes sociales: más allá de la privacidad», *El profesional de la información*, núm. 4, 2008, págs. 470 y ss.

<sup>62</sup> Por ejemplo en la política de privacidad de Tuenti, en el apartado relativo a seguridad del perfil, se establece que «el acceso al Servicio implica necesariamente que debes facilitar a Tuenti una serie de datos de carácter personal y, por tanto, consentir nuestra política de privacidad y protección de datos. Queda prohibido el suministro de datos falsos, por tanto, debes identificarte siempre con tu nombre real y con datos correctos. Si Tuenti detecta datos falsos o incorrectos en los perfiles, podrá cancelarlo, de acuerdo con lo previsto en estas condiciones de uso» (<http://blog.tuenti.com/condiciones-de-consenso/>).

<sup>63</sup> Evidentemente, darse a conocer para que antiguos amigos (por ejemplo del colegio) puedan localizar a un determinado usuario es una finalidad muy común en las redes sociales *online* para las que la recomendación de actuar bajo pseudónimo no sirve en absoluto; GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», *op. cit.*, págs. 101 y ss.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ FUSTER, G. y GUTWIRTH, S.: «Privacy 2.0», *op. cit.*, pág. 353.

<sup>65</sup> La resolución del Grupo de Trabajo del artículo 29 señala que en estos casos el proveedor del servicio no podría sanar la falta de consentimiento de la persona afectada enviándole una comunicación electrónica e informándole del trata-

Aun cuando tales pautas distan de ser una regulación suficiente y acabada de los problemas jurídicos que se suscitan en torno a la privacidad de los usuarios de redes sociales *online*, lo cierto es que constituyen la única solución viable a día de hoy, incluso cuando los trabajos de estudio y reflexión siguen abiertos y seguramente en los próximos años haya de elaborarse una normativa más acabada sobre la cuestión.

## 2. Relevancia de las redes sociales surgidas en Internet sobre las relaciones laborales: índice de problemas

Muchos son los casos a lo largo de la historia en los que una realidad que no ha surgido expresamente para propiciar un uso o utilidad laboral acaba presentando, de una u otra forma, un amplio elenco de implicaciones en la esfera relacionada con el trabajo por cuenta ajena. Así está ocurriendo, y tal es el objeto del presente ensayo, con la utilización de las redes sociales de Internet en la esfera laboral, dando origen a un buen puñado de cuestiones de índole jurídica que se tratarán de sistematizar en las páginas sucesivas a partir de los siguientes puntos de reflexión:

1. En primer lugar, las redes sociales han encontrado aplicación en el momento inicial de la relación, en la hora en la que la empresa se ve llamada a seleccionar a determinados candidatos para ocupar un puesto de trabajo. Si, como se ha indicado, las redes sociales han existido desde siempre, también de forma inmemorial las mismas han tenido una relevancia singular a la hora de facilitar el acceso al mercado de trabajo,<sup>66</sup> contribuyendo además a la formación del conocido como capital social relacional<sup>67</sup> y a la constitución de las conocidas como redes clientelares.<sup>68</sup>

Las redes sociales tradicionales (a través de familiares, amigos y conocidos) facilitaban, en definitiva, el contacto entre quien ofrecía y quien demandaba un empleo, aportando garantías y confianza a uno y otro sujetos de la relación. Sin embargo, la aparición de las nuevas redes sociales que ha posibilitado Internet viene a suponer, de nuevo, un salto exponencial en las utilidades que la pertenencia a (o, ahora y como novedad, la simple utilización de) las redes sociales transfiere a la empresa.<sup>69</sup>

---

miento de datos y ofreciéndole la posibilidad de entrar en la red social, ya que dicha conducta vulneraría la prohibición de enviar comunicaciones comerciales no solicitadas *ex* artículo 13.4 de la Directiva 2002/58/CE. Ahora bien, cuando el tercero respecto del que un usuario quiere incorporar un dato (por ejemplo, la etiqueta identificativa en una fotografía) fuera ya otro usuario de esa red, quizá sí resultara legítimo enviarle un mensaje para preguntarle si autoriza la incorporación de ese dato.

<sup>66</sup> REQUENA SANTOS, F.: «Redes sociales y mecanismos de acceso al mercado de trabajo», *Sociología del Trabajo*, núm. 11, 1991, págs. 117 y ss. y MARTÍN ARANAGA, I.: «Las redes sociales de acceso al empleo», en AA.VV. (SIMÓN ALFONSO, L., coord.): *Familias y bienestar social*, Madrid: Corchera, 2000, págs. 219 y ss.

<sup>67</sup> REQUENA SANTOS, F.: *Redes sociales y mercado de trabajo: elementos para una teoría del capital relacional*, Madrid: Siglo XXI, 1991, págs. 15 y ss.

<sup>68</sup> GARCÍA MACÍAS, A.: «Redes sociales y clusters empresariales», *Redes: Revista Hispana para el análisis de Redes Sociales*, núm. 1, 2002, págs. 185 y ss.

<sup>69</sup> HARRIS, C.: *Networking personal y profesional*, Bilbao: Ediciones Deusto, 2004, págs. 34 y ss., o HERRANZ, A.: «Las redes sociales y la web 2.0 se quedan en la empresa», *PC World Profesional*, núm. 270, 2009, págs. 124 y ss.

El empresario puede obtener de forma sencilla información inmensa sobre los candidatos a un puesto de trabajo, sin que le sea necesario ya acudir a fuentes externas (las temidas listas negras de trabajadores que tantas empresas de intermediación laboral se ocupaban minuciosamente de elaborar), sino tan solo acceder a la red social creada en Internet y bucear entre sus millones de datos para entresacar aquella información del candidato que desee valorar, lo cual, evidentemente, supone un riesgo importante de que no solo se valoren aquellos extremos directamente relacionados con su habilidad o capacidad profesionales, sino otros que el oferente de empleo puede tener (malsano) interés en conocer y sopesar (posicionamiento político o sindical, grado de seriedad, hábitos o tendencias sexuales, consumo de sustancias, estado de salud...) pero que el ordenamiento jurídico se lo impide por suponer discriminación intolerable.

2. En segundo término, las redes sociales *online* están facilitando el propio desempeño productivo de la empresa y, en consecuencia se convierten en una herramienta tecnológica que el trabajador ha de saber manejar y aprovechar para lograr una mayor productividad.

De hecho, en el actual contexto de relaciones empresariales, el operativo con redes sociales (más o menos) tecnológicas se considera como un factor ineludible (siempre y cuando sean utilizadas de forma correcta)<sup>70</sup> de éxito empresarial, pues permite formas mucho más sencillas y totalizadoras de consolidar el capital social, es decir, el conjunto de recursos en forma de obligaciones de reciprocidad e información que se derivan de la propia pertenencia a la red social,<sup>71</sup> así como de valorar de manera más correcta y completa el complejo entramado estructural *input-output* (incluido aquí el capital humano de la propia compañía).<sup>72</sup>

Las redes sociales virtuales pueden convertirse para las empresas en fuente de información y referencias muy importantes, permitiendo la captación de oportunidades de negocio, la realización de marketing personalizado y la elaboración de estrategias proactivas.<sup>73</sup> Una vez mostrado el gran potencial que suponen, cabe deducir que las grandes (y no tan grandes) empresas las van a incluir (las están incluyendo) en sus procesos productivos,<sup>74</sup> en tanto suponen un medio para penetrar y mantenerse en la mente del consumidor (también del proveedor) entre el caótico tráfico de mensajes diarios.<sup>75</sup> Las empresas consiguen así a tra-

<sup>70</sup> Si bien la utilización de redes sociales parece imprescindible herramienta de éxito empresarial, lo cierto es que existen muy diversas clases de red (red de respuesta personalizada, red de respuesta modular y red de respuesta rutinaria), lo cual hace que la empresa haya de elegir acertadamente cuál es la que mejor se ajusta a sus metas, teniendo en cuenta que no siempre una mayor conectividad facilita mejores resultados; LIEDTKA, J.M; WEISS, L. y CROSS, R.: «Una guía práctica de las redes sociales», *op. cit.*, pág. 98.

<sup>71</sup> SCHELER, U.: *Networking como factor de éxito*, Madrid: Gestión 2000, 2002, págs. 19 y ss.

<sup>72</sup> RAMOS CARVAJAL, A. y GARCÍA MUÑIZ, A.S.: «Las redes sociales como herramienta de análisis estructural *input-output*», *Redes: Revista Hispana para el análisis de Redes Sociales*, núm. 4, 2003.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, V.: «Las redes sociales y la estrategia corporativa», *Gestión Joven*, núm. 2, 2008, o HERRANZ, A.: «Redes sociales: el otro tipo de networking: qué son, para qué sirven y por qué debemos apostar por ellas», *PC World Profesional*, núm. 251, 2008, págs. 136 y ss.

<sup>74</sup> ROCA, G.: «Soluciones para nuevas realidades: modelo de negocio en las redes sociales», *Telos*, núm. 76, 2008, págs. 85 y ss.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ, S. y APARICI, E.: «Redes sociales: una nueva interconexión entre marcas y personas», *Harvard Deusto Marketing y Ventas*, núm. 87, 2008, págs. 48 y ss.

vés de las redes sociales nuevas fórmulas para comunicar y vender de forma efectiva, encontrar nuevas oportunidades de negocio o facilitar el intercambio de ideas y prácticas.<sup>76</sup>

Sin embargo, tal incorporación al *modus operandi* empresarial lleva implícito, como no podía ser de otra manera, que el trabajador asalariado vaya a tener que aprender el manejo de tales herramientas y, más aún, lograr acreditar un rendimiento adecuado a la nueva realidad productiva (no siempre el mejor comercial en el mundo físico va a ser el que más vende en el mundo virtual), pues lo contrario generará un conflicto delicado que puede desembocar en una extinción objetiva (y, seguramente, procedente) del vínculo laboral.

Además, la incorporación de tales instrumentos al ciclo normal de la empresa puede provocar (como ya ocurriera no hace mucho con el correo electrónico corporativo) que los trabajadores se sientan tentados a darle un mal uso, utilizando las redes sociales para fines personales en tiempo de trabajo, lo cual puede conducir a un nuevo conflicto entre empleador y empleado cuyos extremos habrá que aquilatar como conviene.

3. Por último, las redes sociales virtuales parecen haberse convertido en un aliado (silencioso y efectivo) del empresario para incrementar (aún más) sus posibilidades de control sobre los trabajadores. El análisis de las redes sociales es un área que está emergiendo como imprescindible en la toma de decisiones empresariales y, entre ellas, la de controlar y sancionar (cuando se entienda procedente) a los trabajadores no iba a ser una excepción.

Su capacidad para intervenir en una red social puede ser aprovechada para implantar métodos más o menos sistemáticos de vigilancia en los sistemas de inteligencia informática de una empresa de base tecnológica, y poder conocer así los perfiles de sus trabajadores en las diferentes redes sociales y, con ellos, aspectos que pueden tener relevancia desde un punto de vista profesional, aun cuando también (y esto es lo grave) desde otro personal o, en los casos extremos, sobre aspectos que pueden dar pie, nuevamente, a discriminaciones intolerables.<sup>77</sup>

Tal dato ha de unirse a aquel otro, ya mencionado, relativo a la mejora exponencial que han experimentado los buscadores de Internet, que permiten accesos, a través de las denominadas webs semánticas,<sup>78</sup> a datos que hasta ahora probablemente quedarán ocultos o fueran de más difícil acceso, y que amplían las potencialidades de control hasta límites excesivos.

Apuntados los problemas (o, si se prefiere, aplicaciones) que la aparición de las redes sociales ha provocado en el universo laboral, llega el momento de plantear las soluciones jurídicas que *de lege data* son posibles, sin negar que, *de lege ferenda* pudieran encontrarse otras más ajustadas a la nueva situación.

<sup>76</sup> SÁNCHEZ CORRALES, C.: «Redes sociales para vender mejor», *Marketing + Ventas*, núm. 234, 2008, págs. 8 y ss., o BAS, P.: «¿Saben las empresas aprovechar los social media?», *Interactiva: Revista de la comunicación y marketing digital*, núm. 107, 2009, págs. 32 y ss.

<sup>77</sup> DE LA ROSA, F.F. y MARTÍNEZ GASCA, R.: «Sistemas de Inteligencia Web basados en redes sociales», *Redes: Revista Hispana para el análisis de las redes sociales*, núm. 12, 2007.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ CARBALLIDO, J.R.: «Perspectivas de la información en Internet: ciberdemocracia, redes sociales y web semántica», *op. cit.*, pág. 64.

## II. EL PAPEL POTENCIAL (Y REAL) DE LAS REDES SOCIALES EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE TRABAJADORES

Como se ha indicado, las redes sociales tradicionales han jugado un papel histórico fundamental a la hora de facilitar el acceso al mercado de trabajo.<sup>79</sup> De hecho, en países como España, además de una «red oficial» de intermediación en el mercado de trabajo —encarnada por las Administraciones Laborales—, ha existido una intensa tradición de búsqueda de empleo a través de referencias de familiares, amigos y conocidos que constituían una red social de intercambio de información entre quien demandaba un puesto de trabajo y quien lo ofertaba, proporcionando confianza y garantías a ambos sujetos de la futura relación laboral.<sup>80</sup>

Ni que decir tiene que el surgimiento de las redes sociales virtuales —a las que este ensayo está dedicando atención— ha supuesto un nuevo e importantísimo foco de información sobre personas (potenciales o reales candidatos a un puesto de trabajo) que, tarde o temprano, las empresas no han podido dejar de lado a la hora de proceder a seleccionar a su plantilla.

El análisis de las redes sociales es un área que se está erigiendo como imprescindible en la toma de decisiones empresariales y, desde luego, determinar quién va a superar un determinado proceso de selección y acceder a un puesto de trabajo es tan importante que la empresa no estará dispuesta a renunciar fácilmente a una fuente de información tan abundante y sencilla de obtener.<sup>81</sup>

De hecho, ya son muchas las organizaciones respecto de las cuales se sabe (en ocasiones por propia confesión de parte) que, en sus procesos internos de selección, además de cuantas pruebas o entrevistas concierten con los candidatos, están procediendo a buscar información adicional a través de (entre otras posibles vías alternativas, pero de forma cada vez más importante) las redes sociales de Internet, esperando encontrar datos complementarios que ayuden a tomar la mejor decisión respecto a quién vaya a ser el sujeto elegido para obtener el premio (socialmente tan valorado) de un empleo.

La realidad es tan contundente como inevitable; téngase en cuenta que la empresa siempre ha anhelado conocer la mayor cantidad posible de extremos sobre sus (reales o potenciales) trabajadores y que un candidato con un currículum impecable puede no superar el filtro de una revisión de sus perfiles personales en las redes sociales, donde las informaciones relativas a su supuesta capacidad profesional aparecieran entremezcladas de manera indisoluble con otras relativas a determinadas opciones ideológicas o sindicales, hábitos de vida, tendencias sexuales, estado de salud, prácticas religiosas o cualquier otra condición de índole personal (aquellas proscritas como causas de discrimi-

<sup>79</sup> REQUENA SANTOS, F.: «Redes sociales y mecanismos de acceso al mercado de trabajo», *op. cit.*, págs. 117 y ss. y MARTÍN ARANAGA, I.: «Las redes sociales de acceso al empleo», en AA.VV. (SIMÓN ALFONSO, L., coord.): *Familias y bienestar social*, *op. cit.*, págs. 219 y ss.

<sup>80</sup> La importancia de dichas redes sociales se relaciona con los costes que genera el acceso a un puesto de trabajo, así como la poca operatividad de los cauces oficiales. Además, la pertenencia a una determinada red supone una garantía, tanto para el oferente como para el demandante de empleo. GARCÍA FAROLDI, L.: «Redes sociales y mercado de trabajo», *Redes: Revista Hispana para el análisis de redes sociales*, vol. 13, núm. 10, 2007.

<sup>81</sup> DE LA ROSA, F.F. y MARTÍNEZ GASCA, R.: «Sistemas de Inteligencia Web basados en redes sociales», *Redes: Revista Hispana para el análisis de las redes sociales*, núm. 12, 2007.

minación por los arts. 14 CE y 17 ET), que pueden hacer que un determinado candidato deje de ser considerado, a juicio de quien ofrece empleo, como idóneo.

Los ingredientes para la discriminación están, pues, servidos y, además, el carácter sigiloso y sutil de una intervención como la descrita hace que el candidato pueda ni siquiera llegar a tener conocimiento de que la decisión de no contratarle fue tomada en atención a informaciones personales incorporadas a su perfil de alguna de las redes sociales virtuales.

La red social amplifica, por tanto, el espectro de informaciones que la empresa puede valorar a la hora de tomar su decisión y facilita, por tanto, el camino hacia discriminaciones silenciosas difícilmente combatibles.<sup>82</sup> La cuestión, desde luego, no es nueva en el ámbito del Derecho del Trabajo, aunque sí aparece agravada en función de las circunstancias concurrentes en este tipo de instrumentos de relación virtual.

Recuérdense aquellas famosas listas negras, que tan afanosamente elaboraban las entidades de intermediación laboral a partir de datos inescrutables obtenidos de fuentes oscuras y que tenían por objeto facilitar a sus clientes perfiles precisos (e insidiosos)<sup>83</sup> sobre los candidatos a un empleo, por ejemplo, en lo referente a su combatividad sindical, su estado de salud, su trayectoria laboral anterior o sus hábitos de vida.<sup>84</sup>

Hoy, por mor de los avances tecnológicos —encarnados por cuanto a este estudio ocupa en las redes sociales—, han quedado poco menos que obsoletas, contando el empresario con nuevos instrumentos, más sencillos, más accesibles, más baratos y acaso más intensos, pues no hay que desdeñar el hecho de que al ser el propio sujeto quien incorpora la información a la red social puede introducir datos que difícilmente nadie más sabría,<sup>85</sup> comprometiendo así, por anticipado, su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y dejando en papel mojado aquel otro que proscribió forzar a nadie declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16 CE).<sup>86</sup>

El ordenamiento laboral (auspiciado certeramente en este concreto asunto por el Derecho de Protección de Datos) ha tratado de aportar una solución jurídica a situaciones como la descrita que, aun contando con la agravación derivada de la amplitud de las redes sociales virtuales, puede entenderse aún de aplicación.

Tal no es otra que concluir que en los procesos de selección «habrá que considerar como excesivos aquellos datos indiferentes para valorar la capacidad profesional del candidato o para el normal desarro-

<sup>82</sup> PANIZA FULLANA, A.: «Redes sociales, derechos de los usuarios y privacidad», *op. cit.*, págs. 1 y ss.

<sup>83</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La intermediación en el mercado de trabajo laboral: realidades y respuestas», *RTSS. CEF*, núm. 14, 1994, pág. 36.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid: APD, 1997, págs. 19 y ss.

<sup>85</sup> ROIG, A.: «E-privacidad y redes sociales», *op. cit.*, págs. 42 y ss.

<sup>86</sup> La prohibición de declarar sobre la propia ideología y creencias, consagrada en el artículo 16.1 de la CE, «al igual que los derechos recogidos en el artículo 20 CE..., tienen un significado institucional y objetivo; constituyen un elemento estructural del sistema democrático que aseguran la libertad y el pluralismo, valores superiores del Estado Social y Democrático de Derecho consagrados por el artículo primero del texto constitucional, sin los cuales no podría decirse que un estado es verdaderamente democrático», STCo 20/2000, de 14 de febrero.

llo de la prestación de trabajo...,<sup>87</sup> la finalidad a la que deben responder los datos valorados del solicitante de empleo es estrictamente la comprobación de la aptitud y capacidad profesional del candidato».<sup>88</sup>

Es cierto que la facultad de tratar datos personales sin consentimiento se extiende en el artículo 6 de la LOPD a las partes del precontrato de trabajo, lo cual probablemente se esté refiriendo, más allá de una defectuosa traducción del texto de la directiva traspuesta,<sup>89</sup> a los procesos de selección. Sin embargo, es unánime considerar que en tales situaciones procede extremar la cautela pues es uno de los momentos en los que el trabajador puede verse más desprotegido (tanto porque el empleador tratará de obtener toda la información posible –seguramente más de la estrictamente necesaria– para la valoración de la aptitud profesional del demandante de empleo –el cual, además y ante el temor reverencial existente en momento semejante, difícilmente negará nada a quien puede proporcionarle un bien socialmente tan valioso como un puesto de trabajo–),<sup>90</sup> como porque con frecuencia recurrirá a fuentes indirectas o paralelas de información sobre los candidatos,<sup>91</sup> una de las cuales, y de singular relevancia, viene dada, precisamente, por las nuevas redes sociales virtuales, que se erigen así en componente de primera magnitud en la formación de la voluntad empresarial en la selección de trabajadores.

Es por tales razones por las cuales se ha elevado una máxima jurídica que trata de paliar, casi con efectos preventivos, cualquier posibilidad de discriminación. En dichos procesos de selección previos al inicio de la relación laboral, en principio, el empresario tan solo podrá indagar sobre aspectos estrictamente laborales, es decir, sobre aquellas titulaciones, aptitudes o capacidades del trabajador necesarias para el correcto desempeño de la relación laboral a concertar entre las partes, pero nunca sobre otros aspectos de índole personal, tales como la afiliación sindical o política del trabajador, sus hábitos de vida o sus creencias religiosas.

En consecuencia, es fácil concluir, desde criterios tuitivos ínsitos al Derecho del Trabajo, no solo ya que el trabajador no está obligado a responder sino que, en principio, al empresario le queda absolutamente prohibido efectuar todas aquellas preguntas (llegando a ostentar el candidato un verdadero «derecho a mentir»)<sup>92</sup> o, como es el caso, averiguaciones paralelas (a través de las redes sociales de

<sup>87</sup> Este es el criterio fijado por el artículo 4.3 de la Resolución R (89) 2 del Consejo de Europa, el cual alude a los datos «necesarios para evaluar la aptitud de los eventuales candidatos y sus perspectivas de promoción».

<sup>88</sup> Entre otros, CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 108-109; SARGOY DE SIMON, I.: «Datos personales, datos profesionales y su tratamiento automatizado», *RL*, t. I, 1995, pág. 1.463 o PRADAS MONTILLA, R.: «Empresas y protección de datos de carácter personal», *AL*, núm. 34, 2000, pág. 71. Asimismo, la recomendación práctica de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de datos de los trabajadores de 1997 indica en su artículo 5 que el tratamiento de datos de los trabajadores deberá «limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes para la relación de empleo del trabajador»; PARDO DE VERA, M.M.: «El tratamiento de datos personales en los procesos de selección», *Datos personales.org. Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, pág. 1.

<sup>89</sup> THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *RL*, núm. 13, 2000, págs. 33 y ss.

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *RL*, núm. 11, 1994, págs. 14-16.

<sup>91</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidación informática" del trabajador», *RL*, núm. 15, 1995, págs. 21 y ss.

<sup>92</sup> Esta prerrogativa del candidato al empleo (ampliable al trabajador cuando las indagaciones se produjeran una vez perfeccionado el vínculo) consistiría, básicamente, en que, si el empresario le somete durante el proceso de selección a una pre-

Internet) dirigidas a indagar sobre aspectos personales que pudieran conllevar (en el caso de ser valorados para tomar la decisión final de contratar) discriminaciones evidentes y totalmente rechazables.<sup>93</sup>

Además, y por si duda hubiere, procede efectuar una pequeña digresión para poner de manifiesto cómo, una vez finalizado el proceso de selección, cuando el candidato haya sido desestimado,<sup>94</sup> el empresario ha de proceder a cancelar sus datos de carácter personal (art. 4.5 LOPD). Cualquier conservación por más tiempo deberá ser considerada excesiva y, por tanto, ilícita.<sup>95</sup>

Cosa distinta sería que el empresario quisiera conservar esos datos para fines legítimos a desarrollar en el futuro como, por ejemplo, la posibilidad de concertar nuevos vínculos contractuales con el trabajador (lo cual muchas empresas hacen mediante la incorporación a una bolsa de trabajo de los trabajadores que no superaran un determinado proceso de selección o que, habiendo suscrito un contrato de duración determinada, han finalizado su vinculación presente con la empresa pero sin descartar concertar una nueva en el futuro), circunstancia esta que legitima la conservación de los datos pero, con seguridad, requiere del consentimiento del trabajador cesante de conformidad con las reglas generales contenidas en el artículo 6 de la LOPD.<sup>96</sup>

Sea como fuere, y retomando el hilo de la cuestión principal, cuando la consulta de datos en una red social se haya producido, será ciertamente difícil determinar si el empresario ha cometido o no discriminación, en tanto en cuanto en la red social se encuentran indisolublemente mezclados datos que pueden tener relevancia profesional (trabajos anteriores, relaciones comerciales...) con otros de corte estrictamente personal. Por tal razón, algunas pautas pueden poner algo de orden en una cuestión en extremo complicada:

1. Probablemente la solución más segura pase porque el empresario (ante la posibilidad de descubrir datos ciertamente sensibles de los trabajadores) renuncie a consultar sus perfiles en

gunta impertinente, por abordar aspectos no laborales, sino personales del candidato, incluso manifiestamente privados o íntimos (piénsese en una amplia batería de otras «cuestiones odiosas» que repudian el más elemental sentido de justicia, como, por ejemplo, cuál es la afiliación política o sindical del aspirante o si piensa tener hijos en los años futuros), podría dar una respuesta falsa conforme a cuanto considere que su interlocutor «quiere escuchar», de modo tal que el planteamiento de esa cuestión (y su respuesta expresa) no le llevaran a sufrir consecuencias perjudiciales a efectos de su no selección para el puesto de trabajo a proveer. BIBLE, J.D. y McWIRTER, D.A.: *Privacy in the workplace*, Nueva York: Quorum books, 1990, pág. 135. En la doctrina española han aludido a este derecho a mentir, al respecto de las pruebas genéticas, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 1999, págs. 195 y ss.

<sup>93</sup> Por clásico, BAYLOS GRAU, A.: «En torno al Estatuto de los Trabajadores. La prohibición de inquirir sobre la ideología, creencias y vida privada del trabajador», en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid, 1980, págs. 307 y ss. Sobre la cuestión, imprescindibles los trabajos de GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 94 y ss. y DE VICENTE PACHÉS, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid: CES, 1998, págs. 108 y ss.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «Tratamiento de datos personales en los procesos de selección de trabajadores», *op. cit.*, pág. 33.

<sup>95</sup> DONOVAN, C.: «Data protection and the retention of personal data: how long is too long?», *Computer Law and Security Report*, vol. 20, Issue 6, 2004, págs. 434 y ss.

<sup>96</sup> «En cualquier caso [y de conformidad con el principio de revocación del consentimiento al que más tarde habrá de hacerse oportuna mención], el candidato mantendrá siempre la posibilidad de exigir la supresión de sus datos, en el momento en que haya obtenido un puesto de trabajo en otra empresa o, simplemente, decida retirar sus datos del fichero del empresario», CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 145.

las redes sociales, autolimitándose así a favor de un proceso de selección libre de cualquier sospecha.

2. No obstante lo anterior, será muy difícil que la empresa (sobre todo en ciertos ámbitos y sectores) renuncie a caer en la tentación (tan suculenta) de obtener información sobre los candidatos a un puesto de trabajo y, cuando esto ocurra, resultará harto complicado que el trabajador pueda llegar a conocer que la intromisión en su intimidad se ha producido a través de la vía descrita.

Aun así, existe una posibilidad, ciertamente poco utilizada hasta la fecha, que pasa por permitir que, cuando una persona entienda que ha sido «extrañamente» excluida de un proceso de selección, pueda iniciar un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, de conformidad con los artículos 170 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), para tratar de verificar la existencia de la discriminación.

En dicho proceso, podrá solicitar al órgano de la jurisdicción social que investigue si desde cualquiera de los recursos informáticos de la empresa se ha producido algún acceso a sus perfiles en las redes sociales (no se olvide que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, los proveedores de servicios de Internet han de conservar obligatoriamente por espacio de un año todos los accesos realizados por sus clientes, precisamente para ponerlos a disposición policial y judicial cuando se produzca alguna circunstancia investigable).

Una vez demostrado que efectivamente alguna persona vinculada a la empresa accedió a la información contenida en los perfiles de las redes sociales, cuando en los mismos se encuentren informaciones sensibles que, a juicio del órgano de la jurisdicción social, pudieran razonablemente haber movido a la empresa a no seleccionar al candidato, existe, sin duda, un indicio de los que reclama el artículo 179.2 de la LPL, lo cual provocará una (más que inversión) alteración de la carga de la prueba,<sup>97</sup> conforme a la cual será la empresa quien haya de acreditar las razones, objetivas y razonables (mejor cualificación de otro candidato, mayor experiencia o valía...), que llevaron a no contratar al demandante, considerando que, en caso de no poder hacerlo, se ha producido una discriminación merecedora de reparación.<sup>98</sup>

No precisa el demandado acreditar un hecho negativo –que su decisión no ha respondido a una finalidad lesiva de derechos fundamentales–, lo cual significaría una verdadera *probatio diabolica*<sup>99</sup> de difícilísima obtención, sino demostrar algo positivo y de más fácil cons-

<sup>97</sup> En los pronunciamientos de los tribunales, entre muchas, SSTCo 266/1993, de 20 de septiembre, y 90/1997, de 6 de mayo; en los pronunciamientos de los tribunales ordinarios, STS de 7 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9690) y SSTSJ de Cataluña de 3 de marzo de 1997 (AS 1997/1038) o Galicia 17 de abril de 1998 (AS 1998/1096).

<sup>98</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 34; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid: Civitas, 1994, pág. 181; BAYLOS GRAU, A.: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en AA.VV.: *La prueba en el proceso laboral*, Madrid: CGPJ, 1994, pág. 181, o LUJÁN ALCARAZ, J.: «La inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación en el trabajo por razón de afiliación sindical», *RDS*, núm. 3, 1998, pág. 126.

<sup>99</sup> GÁRATE CASTRO, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los Tribunales Laborales*, Santiago de Compostela: EGAP, 1999, pág. 133.

tatación, como es que «su actuación obedece a motivos objetivos y razonables, extraños, por tanto, a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental».<sup>100</sup>

Quizá la vía expuesta sea ciertamente complicada y trabajosa para un orden jurisdiccional ya de por sí saturado de trabajo, pero la adecuada tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores bien vale cualquier esfuerzo.

3. En todo caso, resulta sumamente difícil resolver el problema relativo a cuál ha de ser la solución justa cuando ha quedado demostrado (a través de la vía de indicios) que el empresario no ha querido contratar a un determinado trabajador por alguna circunstancia personal y discriminatoria que haya descubierto (a través de las redes sociales de Internet en la hipótesis del presente discurso) en el proceso de selección.<sup>101</sup>

En tal caso (y a salvo por supuesto el sector público, donde sus principios propios obligan a proveer la plaza conforme a los criterios de igualdad, mérito y capacidad),<sup>102</sup> forzar al empresario a la contratación del trabajador se antoja difícil y la solución más habitual quedará situada en la indemnización por los daños morales producidos.

En todo caso, el ordenamiento jurídico arbitra vías que, aun cuando más exigentes, pueden también resultar más justa y apropiadas para reparar una situación como la descrita. Así, de un lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene en vía de ejecución de sentencias una previsión (aplicable supletoriamente al orden social *ex art. 235 LPL*), de conformidad con la cual resulta posible que el órgano judicial supla la voluntad de quien no quiso otorgarla (por ejemplo, a efectos de no contratar discriminatoriamente a quien lo merecía), con lo cual cabría entender que el vínculo puede llegar a nacer y, en caso de que el empresario no quisiera dotarle de sus efectos naturales, la vía a aplicar entonces serían las medidas que el ordenamiento contempla para el supuesto de despido nulo (pues lesión de derechos fundamentales ha habido), contempladas en el art. 282 LPL).<sup>103</sup>

### III. LA UTILIZACIÓN DE LAS REDES SOCIALES EN EL DESARROLLO DE LA PRESTACIÓN LABORAL

Una vez concertado el vínculo laboral (superados los eventuales problemas que hubieran podido surgir en la fase de contratación), la problemática derivada de la utilización de redes sociales virtuales en el entorno laboral no termina; antes al contrario, se plantean cuantiosos y suculentos problemas que tratarán de ser sistematizados a partir de los tres siguientes puntos para la reflexión.

<sup>100</sup> Entre una lista todavía mayor, SSTCo 38/1981, de 23 de noviembre; 55/1983, de 22 de junio; 47/1985, de 27 de marzo; 104/1987, de 17 de junio; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 21/1992, de 14 de febrero; 136 y 186/1996, de 23 de julio y 25 de noviembre; 90/1997, de 6 de mayo, o 101/2000, de 10 de abril.

<sup>101</sup> HENDRIKS, A.: «The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2002, págs. 403 y ss.

<sup>102</sup> En extenso, el discurso de ADAMS, J.W.: «Public Employees' rights in the workplace», *Journal of Employment Discrimination Law*, vol. 3, núm. 1, 2001, págs. 61 y ss.

<sup>103</sup> Sobre esta posibilidad de condenas y su efectividad, TASCÓN LÓPEZ, R.: *La ejecución de obligaciones de hacer y no-hacer en el orden social de la jurisdicción*, Granada: Comares, 2005, págs. 125 y ss.

## 1. La utilización de las redes sociales como herramienta tecnológica

Las redes sociales, además de su función inicial –que se movía principalmente dentro de su faceta lúdica y socializadora–,<sup>104</sup> es evidente que han encontrado también múltiples aplicaciones en la realización de otras actividades, algunas de las cuales se adaptan muy bien a los intereses comerciales y de gestión de las empresas modernas.

Así, por ejemplo, permiten actividades de publicidad personalizada y selectiva, prospección comercial y de mercados, intercambio de experiencias y conocimientos, evaluación de productos y servicios y un largo etcétera que hace que sean una herramienta muy atractiva para su utilización por las empresas.<sup>105</sup>

En un contexto tecnológico, la utilización de redes sociales virtuales se considera como un factor ineludible (siempre y cuando sean utilizadas de forma correcta)<sup>106</sup> de éxito empresarial, pues permite formas mucho más sencillas y totalizadoras de consolidar el capital social, es decir, el conjunto de recursos en forma de obligaciones de reciprocidad e información que se derivan de la propia pertenencia a la red social,<sup>107</sup> así como de valorar de manera más correcta y completa el complejo entramado estructural *input-output* (incluido aquí el capital humano de la propia compañía).<sup>108</sup>

Las redes sociales virtuales pueden convertirse para las empresas en fuente de información y referencias muy importantes, permitiendo la captación de oportunidades de negocio, la realización de marketing personalizado y la elaboración de estrategias proactivas.<sup>109</sup> Una vez mostrado el gran potencial que suponen, cabe deducir que las grandes (y no tan grandes) empresas las van a incluir (las están incluyendo) como parte de sus procesos productivos,<sup>110</sup> en tanto suponen un medio para penetrar y mantenerse en la mente del consumidor (también del proveedor) entre el caótico tráfico de mensajes diarios.<sup>111</sup> Las empresas consiguen así, a través de las redes sociales, nuevas fórmulas para comunicar y vender de forma efectiva, encontrar nuevas oportunidades de negocio, facilitar el intercambio de ideas y prácticas.<sup>112</sup>

<sup>104</sup> GRIMMELMANN, J.: «Saving Facebook», *op. cit.*, págs. 101 y ss.

<sup>105</sup> MONSURIU, M.: «Uso y abuso de las redes sociales en las empresas», *Bit*, núm. 173, 2009, pág. 61.

<sup>106</sup> Si bien la utilización de redes sociales parece imprescindible herramienta de éxito empresarial, lo cierto es que existen muy diversas clases de red (red de respuesta personalizada, red de respuesta modular y red de respuesta rutinaria), lo cual hace que la empresa haya de elegir acertadamente cuál es la que mejor se ajusta a sus metas, teniendo en cuenta que no siempre una mayor conectividad facilita mejores resultados; LIEDTKA, J.M; WEISS, L. y CROSS, R.: «Una guía práctica de las redes sociales», *op. cit.*, pág. 98.

<sup>107</sup> SCHELER, U.: *Networking como factor de éxito*, Madrid: Gestión 2000, 2002, págs. 19 y ss.

<sup>108</sup> RAMOS CARVAJAL, A. y GARCÍA MUÑOZ, A.S.: «Las redes sociales como herramienta de análisis estructural *input-output*», *Redes: Revista Hispana para el análisis de redes sociales*, núm. 4, 2003.

<sup>109</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, V.: «Las redes sociales y la estrategia corporativa», *Gestión Joven*, núm. 2, 2008 o HERRANZ, A.: «Redes sociales: el otro tipo de networking: qué son, para qué sirven y por qué debemos apostar por ellas», *PC World Profesional*, núm. 251, 2008, págs. 136 y ss.

<sup>110</sup> ROCA, G.: «Soluciones para nuevas realidades: modelo de negocio en las redes sociales», *Telos*, núm. 76, 2008, págs. 85 y ss.

<sup>111</sup> GONZÁLEZ, S. y APARICI, E.: «Redes sociales: una nueva interconexión entre marcas y personas», *Harvard Deusto Marketing y Ventas*, núm. 87, 2008, págs. 48 y ss.

<sup>112</sup> SÁNCHEZ CORRALES, C.: «Redes sociales para vender mejor», *Marketing + Ventas*, núm. 234, 2008, págs. 8 y ss. o BAS, P.: «¿Sabían las empresas aprovechar los social media?», *Interactiva: Revista de la comunicación y el marketing digital*, núm. 107, 2009, págs. 32 y ss.

Ahora bien, para que la ampliación de la eficiencia derivada del uso de la red social como herramienta tecnológica se produzca, debe ir acompañada de una pequeña revolución individual (del propio operario llamado a manejar tal instrumento), tanto relacionada con una educación y un uso tecnológicos, como con una evolución mental que permita un aprendizaje real de las potencialidades de los nuevos elementos incorporados al proceso productivo.<sup>113</sup> «Las redes, las organizaciones y todo su potencial se ven necesitados inexcusablemente del capital intelectual y humano, verdadero motor de ese conocimiento. La inversión en mediadores es tan primordial como la efectuada en infraestructuras tecnológicas».<sup>114</sup>

Ciertamente, la adaptación del trabajador a la nueva herramienta tecnológica consistente en la utilización de redes sociales puede resultar, en algunos casos lenta y, en otros, complicada, sobre todo cuando se trate de incorporar su utilización a sectores que hasta ese momento apenas han manejado instrumentos informáticos. A la hora de incorporar una red social al funcionamiento normal de la empresa hay que valorar varios factores que inciden directamente en el éxito que va a tener el trabajador para ajustarse al cambio: así, el tamaño de la red de apoyo y la densidad de la red informacional predicen significativamente la adaptación al nuevo sistema.<sup>115</sup>

En cualquier caso, por costoso que pueda resultar para un trabajador «analógico» adaptarse a la incorporación de instrumentos tan modernos, lo cierto es que nadie puede dudar, a la vista de lo hasta ahora expuesto, que en muchos ámbitos y sectores, su incorporación será una necesidad que haga a la empresa mantenerse dentro de los cánones de la competitividad y, en último término, garantice su supervivencia.<sup>116</sup>

La incorporación al proceso productivo de la innovación derivada de la tecnología (en la actual hipótesis de trabajo, la utilización de redes sociales virtuales) supone una mejora competitiva a la que ninguna empresa está en condiciones de renunciar, mejorando dicho proceso productivo, elevando la eficiencia empresarial, y con ello el beneficio a corto plazo y, aún más importante, las expectativas de mantenimiento a largo plazo.<sup>117</sup>

A la par, traerá aparejada una serie de ajustes en la empresa, capaces de obligar al trabajador a reciclarse para adaptar su capacidad profesional a las nuevas realidades,<sup>118</sup> algo que, en principio,

<sup>113</sup> NAPIER, B.: «Computeritiation and employment rights», *Industrial Law Journal*, vol. 21, núm. 1, 1992, págs. 2 y ss.

<sup>114</sup> DORADO PEREA, C.: «El trabajo en red como fuente de aprendizaje: posibilidades y límites para la creación del conocimiento», *op. cit.*, pág. 11.

<sup>115</sup> MOYANO FUENTES, J.; BRUQUE CÁMARA, S. y EISENBERG, J.: «La influencia de las redes sociales en la adaptación de los trabajadores al cambio tecnológico», *Cuadernos de Economía y Dirección de Empresa*, núm. 31, 2007, págs. 147 y ss.

<sup>116</sup> ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», *Labour*, vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.

<sup>117</sup> FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmytifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W.J., *et al.*, *Information technology and changes in organizational work*, Londres: Chapman & Hall, 1996, pág. 18; ADDISON, J.T. y TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», *Labour*, vol. 15, núm. 2, 2001, págs. 191 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 1 a 33.

<sup>118</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «El impacto de las nuevas tecnologías y medios informáticos en la relación de trabajo», *AEDIPE*, 1984, págs. 32 y ss.; PRADAS MONTILLA, R.: «Organización del trabajo y nuevas tecnologías», *DL*, núm. 53, 1997, págs. 13 y ss., o CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Reflexiones sobre el trabajo y su papel en la actual sociedad de la información», *AS*, núm. 10, 2004, págs. 23 y ss.

no tiene por qué resultar muy complicado cuando se trate de la utilización de redes sociales como herramienta de trabajo (pues su utilización es más bien sencilla), aun cuando puede hacerse difícil para quien (por razones de edad, educación o circunstancias) no ha manejado nunca instrumentos informáticos. En tales casos, puede que el proceso resulte hasta cierto punto traumático y que el trabajador no llegue a hacerse con el cambio operado.

Como se ha puesto de manifiesto, la introducción del cambio tecnológico (estas redes sociales como instrumentos de trabajo) será un cambio «razonable»<sup>119</sup> en el proceso productivo de las empresas (sobre todo en ciertos ámbitos y sectores)<sup>120</sup> y, en consecuencia, cuando el trabajador no logre adaptarse (en un plazo de dos meses o de tres cuando el empresario le ofrezca el consabido curso de reciclaje), quedará justificada la extinción objetiva de su contrato de trabajo, con derecho a percibir la indemnización, legal y tasada, de 20 días de salario por año de servicio (arts. 51 y ss. ET).

Con todo, procede advertir de cómo la empresa, antes de llegar a tan drásticos extremos, quizá fuera oportuno que intentara alguna de las otras soluciones que el ordenamiento laboral permite: reasignación de tareas, movilidad funcional...; ciertamente, el cambio tecnológico es inevitable, pero se puede conseguir a través de múltiples vías, y no siempre las más rápidas son las mejores, ni las más efectivas.<sup>121</sup>

## 2. El abuso de las redes sociales en tiempo de trabajo

Analizada la necesidad de incorporar las redes sociales virtuales como instrumento capaz de mejorar la productividad en la empresa, no cabe duda que junto a las aludidas ventajas, existen una serie de (reales o potenciales) inconvenientes que, lógicamente, también merecen ser destacados.

En este sentido, un riesgo capital al que la empresa se enfrenta cuando incorpora una herramienta tecnológica (como las redes sociales se ha revelado que son) a su proceso productivo, viene dado por el hecho de que quienes manejan tales instrumentos (los trabajadores por cuenta ajena en la hipótesis de trabajo) puedan hacer un uso incorrecto, desviado o torticero de ellas.<sup>122</sup>

Desde este punto de vista, son muchos los peligros a los que se enfrenta la empresa como consecuencia de la utilización por sus empleados de las redes sociales (ya sea como herramienta de trabajo, ya como un instrumento de escape durante la jornada de trabajo realizada frente a la pantalla del ordenador); entre otros, cabe destacar los siguientes:<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Dirigido a especificar la concreta prestación laboral debida, «dentro de las posibles», ALONSO OLEA, M. y CASAS BAA-MONDE, M.<sup>a</sup> E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 2007, pág. 234.

<sup>120</sup> NGWENYAMA, O., et al.: *New information technologies in organizational processes: field studies and theoretical reflections on the future of work*, Boston/Londres: Kluwer, 1999, págs. 33 y ss.

<sup>121</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, pág. 10.

<sup>122</sup> MONSURIU FLOR, M.: «Uso y abuso de las redes sociales en las empresas», *Bit*, núm. 173, 2009, págs. 61 y ss.

<sup>123</sup> Siguiendo la exposición efectuada en MONSURIU, M.: «Uso y abuso de las redes sociales en las empresas», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

1. Pérdida de tiempo (y productividad) de sus trabajadores, tentados a distraerse de sus ocupaciones laborales en la consulta e interacción a través de las redes sociales virtuales durante la jornada de trabajo.
2. Posibilidad de que la utilización de redes sociales de forma poco prudente sea la fuente a través de la cual se introduzcan virus informáticos que inutilicen los equipos o destruyan valiosa información de los archivos de la empresa.<sup>124</sup>
3. Potencialidad de que las redes sociales puedan servir de cauce o instrumento para, por negligencia o premeditación, permitir sofisticadas técnicas de espionaje industrial, fuga de informaciones, etc. Téngase en cuenta que una simple foto o vídeo de una dependencia empresarial colgada en la web puede revelar a la competencia abundante información sobre métodos o equipos de trabajo, con la consiguiente pérdida del siempre valioso *know-how*.<sup>125</sup>
4. Eventualidad de que la información (de corte eminentemente privado) que un trabajador haya podido colgar en su perfil pueda suponer un desdoro para la imagen y reputación de la empresa.<sup>126</sup>

Desde luego, y como no podía ser de otra manera, el empleador, en virtud de su genérico poder de dirección,<sup>127</sup> se encuentra habilitado para controlar (algo a lo que se dedicará mayor atención en la parte final del presente estudio) y sancionar cuando proceda los usos abusivos que se produzcan sobre las redes sociales en (o con instrumentos de) la empresa.

Como bien es sabido, tal posibilidad punitiva requerirá que la conducta se encuentre tipificada en el correspondiente convenio colectivo como falta laboral o, en aquellos supuestos más graves (de acuerdo a la teoría gradualista seguida una y otra vez por la jurisprudencia),<sup>128</sup> pueda llegar a suponer una trasgresión de la buena fe contractual que justifique la procedencia de un despido disciplinario (art. 54 ET).

<sup>124</sup> CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: «Relaciones laborales y tecnologías de la información y de la comunicación», *Datospersonales. org, Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2004, pág. 3.

<sup>125</sup> THORP, J.: *The information paradox: realizing the business benefits of the information technology*, Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 2003, págs. 32 y ss.; WHITFIELD, K.: «High-performance workplaces, training and the distribution of skills», *Industrial Relations*, vol. 39, núm. 1, 2000, págs. 3 y ss.; CANTWELL, J. y NARULA, R.: *International business and the eclectic paradigm*, Londres/Nueva York, 2003, págs. 21 y ss. o ZEKOS, G.: «Cyberspace and globalization», *Law, Social Justice and Global Development Journal*, núm. 1, 2002, pág. 4.

<sup>126</sup> Respecto de este peligro es necesario precisar, empero, que difícilmente el empresario podrá reprobar una conducta estrictamente privada del trabajador cuando nada tenga que ver con el ámbito profesional; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, op. cit., págs. 109 y ss. o DE VICENTE PACHES, F.: *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, op. cit., pág. 301. No obstante, no resulta fácil separar entre la persona del trabajador y las implicaciones derivadas de la prestación por él realizada. MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid: CES, 2002, pág. 54 o MIÑARRO YANINI, M.: «Las facultades empresariales de vigilancia y control en las relaciones de trabajo», op. cit., pág. 9.

<sup>127</sup> Por clásico, MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*, Madrid: IES, 1965, págs. 44 y ss. o, del mismo autor y más reciente, «El poder de dirección del empresario», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 507 y ss. También, ROMÁN DE LA TORRE, M.<sup>a</sup> D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Grapheus, 1992, pág. 351, o RIVERO LAMAS, J.: «Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., coord.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada: Comares, 1998, pág. 314.

<sup>128</sup> En efecto, como bien es sabido, la jurisprudencia ha establecido «la teoría llamada gradualista, desde el punto de vista de la aplicación de la sanción, y personalizadora, desde la óptica del sujeto autor de la infracción. Con arreglo a esta teoría es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia

De los pronunciamientos hasta ahora habidos en materia laboral sobre estos «incumplimientos tecnológicos» se pueden extraer unas pautas que, sin duda, pueden servir de referente a la hora de valorar los abusos de los trabajadores en el manejo de redes sociales durante la jornada laboral. En primer lugar, no será sancionable laboralmente ni, por supuesto, aquellos comportamientos expresamente permitidos por empresario (al menos no sin una advertencia previa sobre el cambio de parecer empresarial),<sup>129</sup> ni tampoco aquellos que, en el contexto dado por el silencio empresarial, sean desarrollados conforme a los criterios de un uso social y razonable.<sup>130</sup>

Sobre los límites de dicha razonabilidad ya existe un nutrido elenco de pronunciamientos de suplicación, a partir de los cuales se puede entender que existen conductas que a fortiori han de ser consideradas graves por exceder de ese uso moderado, tales como la constitución de un foro en Internet desde el ordenador de la empresa<sup>131</sup> o el acceso a páginas clasificadas como confidenciales por la organización productiva.<sup>132</sup>

De igual modo, la ilicitud puede predicarse de utilizaciones personales que por su especial frecuencia o duración hagan ver que se están desatendiendo los quehaceres laborales.<sup>133</sup> No deja de resultar sorprendente que, en ocasiones, los tribunales hayan considerado un criterio capaz de agravar la conducta del trabajador el hecho de que el contenido visitado fuera pornográfico,<sup>134</sup> mientras otros tribunales restan importancia a tal extremo en comparación con el incumplimiento laboral que tal conducta supone.<sup>135</sup>

En todo caso, parece de recibo entender superada aquella línea de pronunciamientos más estrictos a tenor de los cuales cualquier conexión extralaboral –al margen de la gravedad del perjuicio que pueda causar al empresario en forma de gasto telefónico o pérdida de rendimiento– supone per se un grave quebranto de la buena fe contractual que hace al trabajador merecedor de la máxima sanción laboral posible, esto es, el despido disciplinario.<sup>136</sup>

de provocación previa, etc., de tal manera que solo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo», SSTS de 28 de enero de 1984 (RJ 1984/111), de 12 de marzo de 1985 (RJ 1985/1321), de 13 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6336), de 13 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7868) o 27 enero y 17 febrero 1988 (RJ 1988/59 y 734).

<sup>129</sup> STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002 (AS 2002/3036).

<sup>130</sup> En principio, «no es sancionable la mera conducta del trabajador de conectarse a una dirección de Internet, ajena a sus funciones, de la misma manera que no lo sería tener encima de su mesa una revista que no guardara relación con su puesto de trabajo, por cuanto ello no implica un apartamiento de su atención a las tareas propias de su puesto de trabajo», STSJ Madrid 23 julio 2003 (Jur. 260414).

<sup>131</sup> STSJ del País Vasco de 1 de julio de 2002 (AS 2002/2852).

<sup>132</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de julio de 2002 (AS 2002/2213).

<sup>133</sup> SSTSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2003 (JUR 2003/129410) o de Madrid de 23 de julio de 2003 (JUR 2003/260414).

<sup>134</sup> STSJ de Murcia de 15 de junio de 1999 (AS 1999/2504), Galicia de 30 de mayo de 2003 (AS 2003/3128) o Andalucía/Granada de 22 de abril de 2003 (JUR 2003/159912).

<sup>135</sup> El carácter pornográfico de las páginas visitadas no añade gravedad a la conducta; antes al contrario, «resulta absolutamente intrascendente el contenido de los ficheros descargados y visualizados, lo único realmente importante es que el trabajador se dedicara en plena jornada laboral, utilizando los medios que le había asignado el empresario, obligándolo con ello a un injustificable gasto telefónico, a fines estrictamente personales», STSJ de Cantabria de 13 de noviembre de 2003 (AS 2003/850).

<sup>136</sup> SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 3 de septiembre de 2001 (JUR 2001/322228) o del País Vasco de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/221662). Crítico con esta línea dura de pronunciamientos, CARDENAL CARRO, M.: «El abuso de Internet en el trabajo, ¿vamos bien?», *AS*, núm. 12, 2004, págs. 32 y ss.

Parece lógico, de conformidad con la mentada teoría gradualista aplicada por la jurisprudencia en la valoración de incumplimientos laborales, considerar que se impone la exigencia de que exista una correlación entre la conducta infractora, la sanción y el trabajador sancionado para evitar el uso arbitrario de esta facultad punitiva por parte de la empresa,<sup>137</sup> debiendo las faltas ser valoradas en atención al contexto y circunstancias objetivas y subjetivas en que son cometidas.<sup>138</sup>

Ahora bien, como reflexión final en este punto, es menester proponer otra perspectiva alternativa a la puramente sancionadora. Al igual que sucedió no hace mucho, instrumentos que hoy ya son cotidianos en la empresa (como el teléfono, el correo electrónico o el uso de Internet en tiempo de trabajo), es posible que exista la tentación de quien dirige la actividad productiva de pasar de una falta de control casi absoluto a una supervisión exagerada y a un castigo implacable.<sup>139</sup> Sin embargo, diversos análisis ponen de manifiesto que lo más conveniente no es la prohibición absoluta, sino la negociación sobre las utilizaciones razonables de las redes sociales que la empresa está dispuesta a permitir a sus trabajadores, coonestando los usos profesionales con un cierto espacio para el esparcimiento personal.<sup>140</sup>

En efecto, son claras las voces que se alzan para afirmar que, ante este tipo de situaciones, antes que buscar el conflicto y la confrontación, suele resultar mucho más constructivo establecer (acaso tras la negociación oportuna con los representantes de los trabajadores) un protocolo de actuación que, a la vez que incorpora el instrumento tecnológico al ámbito puramente profesional, informa con claridad al trabajador sobre los usos profesionales y aquellos personales que le están permitidos dentro de la razonabilidad, explicitando también cuáles otros (por su persistencia o peligrosidad) quedan expresamente prohibidos.<sup>141</sup> Tal especificación, además, destierra el peligro de que el silencio empresarial pueda ser interpretado como tolerancia y cree lo que la jurisprudencia última ha llamado un «espacio de intimidad» que, de alguna manera, defiende al trabajador frente a eventuales controles espurios o atemporales.<sup>142</sup>

En consecuencia, la predeterminación del empresario (la política empresarial fijada en instrumentos internos más o menos formalizados; el «reglamento de empresa» para asuntos informáticos) adquiere una dimensión absolutamente crucial, llegando a ser el elemento decisivo para determinar la licitud o ilicitud del uso particular de la herramienta informática y, también y por añadidura, de la eventual intromisión en el derecho a la intimidad del trabajador.<sup>143</sup>

<sup>137</sup> STS de 13 de octubre de 1986 (RJ 1986/5450).

<sup>138</sup> SSTS de 15 de octubre de 1990 (RJ 1990/7685 y 7686).

<sup>139</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», *TS*, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss.

<sup>140</sup> MONSORIU, M.: «Uso y abuso de las redes sociales en las empresas», *op. cit.*, págs 2 y ss.

<sup>141</sup> Respecto al caso concreto del correo electrónico corporativo, en razonamiento perfectamente extrapolable al supuesto ahora analizado de las redes sociales, O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *Labor Law Journal*, vol. 53, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

<sup>142</sup> STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514).

<sup>143</sup> O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *op. cit.*, núm. 2, 2002, págs. 69 y ss.

En este sentido, quizá no resulte baladí poner de manifiesto cómo los representantes de los trabajadores están llamados a jugar –en este como en cualquier otro tema donde haya intereses profesionales de quienes prestan servicios por cuenta ajena– un papel estelar, no solo en la fiscalización de la actuación empresarial sino, correlativamente, en la negociación en busca de soluciones autocompositivas,<sup>144</sup> tareas cuya concreta articulación resultará en cada caso, cuanto menos, complicada.<sup>145</sup>

En este sentido es menester considerar cómo, cuando la empresa establece una política adecuada –mediante el establecimiento de un código de conducta o una instrucción de régimen interior–<sup>146</sup> que permite al trabajador aquel anhelo «uso social» de su correo, el operario suele responder positivamente sujetándose a esos límites.<sup>147</sup>

Peor clima laboral puede presumirse cuando el empresario se niega en redondo a permitir cualquier uso particular. Desde el punto de vista individual, ha sido expuesto con clarividencia cómo «es poco razonable exigir al trabajador una conducta prácticamente heroica de renunciar a un medio al que se le da acceso de forma tan sencilla».<sup>148</sup>

En cualquier caso, y este es un índice jurídico a tener muy presente, cuando la empresa no dice nada al respecto (ni permitiendo, ni prohibiendo), el Tribunal Supremo entiende esta omisión como una concesión tácita que legitima ese «uso social» de los medios tecnológicos de la empresa y, a partir de tal razonamiento, considerar tolerable un cierto grado de utilización personal del ordenador de la empresa (y probablemente de otros elementos como el teléfono móvil puesto a disposición por la compañía) para fines particulares; la cuestión pasaría, entonces (y esto es algo que solo podrá ser cabalmente resuelto en cada caso concreto), por determinar cuándo el trabajador realiza un uso y cuándo un abuso.<sup>149</sup>

<sup>144</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: «Los nuevos sistemas de comunicación electrónica y la representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en AA.VV. (FALGUERA BARÓ, M., coord.): *Derecho Colectivo*, Madrid: CGPJ, 2003, págs. 285 y ss., o BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2004, págs. 121 y ss.

<sup>145</sup> GREENE, A.M.; HOGAN, J. y GRIECO, M.: «Commentary e-collectivism and distributed discourse: new opportunities for trade union democracy», *Industrial Relations Journal*, vol. 34, núm. 4, 2003, págs. 382 y ss., o FIORITO, J. y BASS, W.: «The use of information technology by national unions: an exploratory analysis», *Industrial Relations*, vol. 41, núm. 1, 2002, págs. 34 y ss.

<sup>146</sup> COLAS NEILA, E.: «Elementos para la construcción de una teoría general sobre el uso y control del correo electrónico corporativo», *op. cit.*, págs. 194 y ss.

<sup>147</sup> O'BRIEN, C.N.: «The impact of employer e-mail policies on employee rights to engage in concerted activities protected by the National Labor Relations Act», *op. cit.*, págs. 69 y ss., o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 172 y 173.

<sup>148</sup> CARDENAL CARRO, M.: «Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo», *AS*, núm. 15, 2001, pág. 36, o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», *op. cit.*, pág. 26.

<sup>149</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», *op. cit.*, págs. 19 y ss., o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», *op. cit.*, págs. 35 y ss.

### 3. La red social como instrumento de vigilancia y control empresarial

Si, como ha venido siendo indicado a lo largo del presente estudio, el análisis de las redes sociales es un área que está emergiendo como imprescindible en la toma de decisiones empresariales, uno de sus puntos más conflictivos, como casi siempre en los asuntos tocantes con las nuevas tecnologías, viene dado por la cuestión relativa a sus implicaciones en el marco del poder de control empresarial.

Evidentemente, el empleador se puede servir de su capacidad para analizar e intervenir una red social para bien verificar el perfil de sus usuarios cada cierto tiempo con el ánimo de descubrir si de la información allí contenida se puede deducir algún incumplimiento contractual, bien implantar funciones de vigilancia en los sistemas de inteligencia informática de una empresa de base tecnológica (lo cual le permitirá saber cuándo y para qué sus trabajadores han entrado en la red social y si la están usando con la debida diligencia en el cumplimiento de sus eventuales quehaceres laborales).<sup>150</sup>

Desde luego, es evidente que el empresario siempre se encuentra tentado a utilizar los nuevos artilugios tecnológicos a favor suyo, y uno de los ámbitos donde más y mejor ha podido utilizar la tecnología para ponerla a su servicio viene dado por el marco de desarrollo del poder de control sobre sus trabajadores.<sup>151</sup>

En este sentido, las redes sociales –en los términos que se han ido perfilando a lo largo de las páginas anteriores– constituyen una fuente de información de primera magnitud que permite al empresario, además de informarse sobre aspectos relevantes sobre la vida privada de sus (potenciales o reales) empleados, verificar también importantes aspectos de la actividad profesional de los trabajadores a su servicio, al punto de poder llegar a descubrir aspectos relevantes sobre eventuales incumplimientos contractuales.

Muchos son los casos que han trascendido a través de los medios de comunicación y que permiten corroborar que el anterior planteamiento no es una elucubración de laboratorio, sino una realidad cada vez más cotidiana: así, por buscar algún ejemplo entre los más conocidos, un club de fútbol despidió a una jugadora de su sección femenina porque había posado en su perfil de Facebook con una bufanda de un club considerado como «eterno rival» que acababa de ganar un importante título deportivo.<sup>152</sup>

Sin duda, la introducción de las nuevas tecnologías en la empresa (como, en este caso, las redes sociales virtuales), además de cambiar de forma sustancial los modos y modelos de trabajo y producción,<sup>153</sup> presenta en su influencia sobre el poder de dirección una de sus manifestaciones «más

<sup>150</sup> DE LA ROSA, F.F. y MARTÍNEZ GASCA, R.: «Sistemas de Inteligencia Web basados en redes sociales», *Redes: Revista Hispana para el Análisis de las Redes Sociales*, núm. 12, 2007.

<sup>151</sup> GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», *TS*, núm. 127, 2001, págs. 19 y ss., o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», *TS*, núm. 168, 2004, págs. 35 y ss.

<sup>152</sup> La noticia puede consultarse con mayor amplitud en: <http://www.ligafutbol.net/noemi-rubio-apartada-del-espanyol/>, [http://www.marca.com/2009/05/21/futbol/mas\\_futbol/1242940472.html](http://www.marca.com/2009/05/21/futbol/mas_futbol/1242940472.html)

<sup>153</sup> FULLER, S.; HARTMAN, A. y RAMAN, S.: «Bell meets Taylor: desmythifying Knowledge work», en ORLIKOWSKI, W.J., *et al.*, *Information technology and changes in organizational work*, Londres: Chapman & Hall, 1996, pág. 18; ADDISON, J.T. y

vistas»,<sup>154</sup> habida cuenta de que aquellas están habilitando –cada vez más– medios sofisticados capaces de «intensificar»<sup>155</sup> de forma decisiva –y en muchos casos hasta más allá de lo lícito– las posibilidades empresariales de fiscalización de la actividad laboral.<sup>156</sup>

El control presencial, caracterizado por la coincidencia espacio/temporal de empresario y trabajador, forma parte del «pasado artesanal»<sup>157</sup> del Derecho del Trabajo y está cediendo paso con rapidez al «control tecnológico»,<sup>158</sup> con lo cual, aquel «periférico, discontinuo y parcial realizado por la jerarquía humana deja paso a uno centralizado y objetivo que se verifica en tiempo real»<sup>159</sup> pero, al tiempo, deja –o puede dejar– un rastro perenne en la «memoria» de la máquina.<sup>160</sup>

No es ocioso recordar cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación permiten formas de control nuevas y «casi ilimitadas»<sup>161</sup> que, de facto (y, en muchos casos, en medio de un cuanto menos inquietante silencio legal), están siendo utilizadas por los empleadores (que verán en estos medios una «mano alargada» para el «control absoluto» de los operarios)<sup>162</sup> para intensificar las formas de conocimiento del comportamiento de los trabajadores, creando centros de «trabajo virtuales»<sup>163</sup> en los cuales la profecía orweliana del gran hermano adquiere dimensiones laboralizadas («el inmenso poder del ojo mecánico»<sup>164</sup> empresarial) en las que la realidad vuelve a superar a la ficción.<sup>165</sup>

Ciertamente, la posibilidad empresarial de utilizar las redes sociales de las que sus trabajadores forman parte como instrumento casi indetectable de control de sus comportamientos laborales (y personales) contribuye a dar un paso más hacia esta situación panóptica que tan lejana parecía y tan próxima se encuentra.

A los ya «casi» tradicionales sistemas tecnológicos de control (videovigilancia, artilugios de lectura biométrica, controles por GPS, monitorización de páginas web, registro de los discos duros

TEIXEIRA, P.: «Technology, employment and wages», cit., págs. 191 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *op. cit.*, págs. 1 a 33.

<sup>154</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, *op. cit.*, pág. 72, o SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Pamplona: Aranzadi, 2002, págs. 42 y ss.

<sup>155</sup> NAPIER, B.: «Computerization and employment rights», *op. cit.*, págs. 2 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *op. cit.*, págs. 3 y ss.

<sup>156</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, *op. cit.*, pág. 54.

<sup>157</sup> CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E.; BAYLOS GRAU, A. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *RL*, núms. 6-7, 1990, págs. 139 y ss.

<sup>158</sup> CHILD, J.: «Managerial strategies, new technology and the labour process», en AA.VV.: *Tools dressing: critical perspectives on the labour process*, Aldershot: Grower, 1986, pág. 127, o DAWSON, P.M.: *Computer technology and the redefinition of supervision*, Southampton: University of Southampton, 1986, págs. 40 y ss.

<sup>159</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, *op. cit.*, pág. 72.

<sup>160</sup> EDWARDS, R.: *The transformation of the workplace; debates on the labour process*, Londres: McMillan, 1993, págs. 38 y ss.

<sup>161</sup> CAPRON, H.L. y JOHNSON, J.A.: *Computers: tools for an information age*, *op. cit.*, pág. 223.

<sup>162</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss., y McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, *op. cit.*, pág. 33.

<sup>163</sup> IGBARIA, M. y TAN, M.: *The virtual workplace*, Londres: Idea Group, 1998, pág. 35.

<sup>164</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Madrid: Civitas, 2006, pág. 15.

<sup>165</sup> McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

de los ordenadores...)<sup>166</sup> se une ahora la viabilidad de penetrar en aspectos aún más profundos de la vida privada de los trabajadores, a través de los controles de sus perfiles en las redes sociales, surgidos como un elemento lúdico de expansión de la personalidad, que se vuelven, como un *boomerang* laboral incontrolable, en contra del propio ciudadano-trabajador que los ha creado, proporcionando así al empresario un conocimiento aún más intenso de múltiples facetas de su vida.<sup>167</sup>

Téngase en cuenta, además, que todos los sistemas de vigilancia anteriormente mencionados (incluida la consulta a los perfiles de los trabajadores en las redes sociales) no solo no son excluyentes entre sí, sino que son perfectamente complementarios y, en virtud de las técnicas de recogida y tratamiento de datos que el empleador (o sus adláteres informáticos) utilicen, pueden llegar a aportar cantidades ingentes (y desproporcionadas) de información sobre sus trabajadores, permitiendo al empresario diversificar su decisiones (desde una promoción profesional hasta una sanción, incluso el despido) en función de aspectos (no ya tan solo puramente profesionales, sino de toda índole, incluidas informaciones personales que pueden llegar a ser muy sensibles) que conoce del trabajador afectado.<sup>168</sup>

Quien se sabe así vigilado pierde, evidentemente, las más elementales capacidades de organizar el trabajo propio con unos mínimos márgenes de iniciativa y queda sometido a una presión difícilmente soportable, capaz de poner en peligro evidente su propio equilibrio físico-psíquico<sup>169</sup> (lo cual, pone en cuestión alguna de las más elementales obligaciones de protección inherentes al contrato de trabajo, *ex art.* 14 LPRL), forzándole, en último término, a cambiar de forma radical su conducta para tratar de adaptarla al estándar del controlador del rendimiento.<sup>170</sup>

Al aumentar la potencialidad del poder de vigilancia y limitar la capacidad de desenvolvimiento del trabajador, sujetándola a secuencias de trabajo densas y estrictas, la tecnificación de la empre-

<sup>166</sup> Al respecto, MELLO, J.A.: «Salts, Lies and videotape: union organizing efforts and management's response», *Labor Law Journal*, vol. 17, 2004, págs. 42 y ss.; KING, D.N.: «Privacy issues in the private-sector workplace: protection from electronic surveillance and emerging privacy gap», *California Law Review*, vol. 67, 1994, págs. 474 y ss.; OLIVER, H.: «E-mail and Internet monitoring in the workplace: information privacy and contracting-out», *Industrial Law Journal*, vol. 31, núm. 4, 2002, págs. 321 y ss.; FLANAGAN, J.A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», *op. cit.*, págs. 1.262 y ss.; DWORKIN, T.M.: «Protecting private employees from enhanced monitoring: legislative approaches», *op. cit.*, pág. 759 o GRANT, R.: «Work monitored electronically», *op. cit.*, págs. 83 y ss.

<sup>167</sup> FRIED, C.: «Perfect freedom or perfect control?», *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 2, 2000, págs. 606 y ss., o DUANE, E.L. y GIFFORD, K.D.: «Workplace transformation and worker upskilling: the perspective of individual workers», *Industrial Relations*, vol. 38, núm. 2, 1999, pág. 177; GUFFEY, C.J. y WEST, J.F.: «Employee privacy: legal implications for managers», *Labor Law Journal*, vol. 47, núm. 11, 1996, págs. 735 y ss.

<sup>168</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid: APD, 1997, pág. 82, y CARDONA RUBERT, M.ª B.: *Informática y contrato de trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 66 y ss.

<sup>169</sup> LINOWES, D.F. y SPENCER, R.C.: «Privacy: the workplaces issues of the 90's», *Marshall Law Review*, vol. 23, 1990, págs. 610 y ss.; FLANAGAN, J.A.: «Restricting electronic monitoring in the private workplace», *Duke Law Journal*, vol. 43, 1994, págs. 1.262 y ss.; ROEL, R.E.: «Injured by big brother? Study shows monitored workers get hurt more», *Newsday*, 5 octubre, 1990, pág. 49, o DWORKIN, T.M.: «Protecting private employees from enhanced monitoring: legislative approaches», *American Business Law Journal*, vol. 28, 1990, pág. 759. Con todo, no falta quien pone de manifiesto cómo resulta todavía más estresante para el trabajador aquel otro tipo de control que, pudiendo ser continuo y completo, se efectúa de forma aleatoria y discontinua, GRANT, R.: «Work monitored electronically», *HR Magazine*, núm. 5, vol. 37, 1992, págs. 83 y ss.

<sup>170</sup> BAETHGE, M. y OBERBECK, H.: *Nuevas tecnologías y perspectivas profesionales de la gerencia empresarial*, Madrid: MTSS, 1995, págs. 243-247 o RAMOS LUJÁN, H.V.: «La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías», *RL*, núm. 17, 2003, págs. 45 y ss.

sa eleva la posición empresarial a un estadio superior al derivado de su mero poder de dirección,<sup>171</sup> «e introducen un elemento nuevo en el sinalagma contractual capaz de provocar la ruptura en el necesario equilibrio de intereses»<sup>172</sup> y de poner en peligro de manera evidente derechos fundamentales («inespecíficos») <sup>173</sup> de la persona del trabajador, especialmente los de dignidad e intimidad (art. 18.1 CE), en sus versiones clásicas,<sup>174</sup> pero también el de secreto de las comunicaciones y el de libertad informática o autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

Ahora bien, frente a un panorama como el descrito, el legislador español (a diferencia de lo ocurrido en países de nuestro entorno, como Portugal o Italia, donde la norma laboral ha tratado de aportar pautas concretas de actuación) no ha intervenido para precisar los marcos de legitimidad en un terreno confuso como pocos (manteniendo un tenor del art. 20.3 ET que no ha sido alterado en los últimos tiempos, a pesar del cambio sustancial acaecido en la práctica).<sup>175</sup>

La ambigüedad de la normativa legal en este punto, unida al rapidísimo crecimiento y desarrollo de nuevas formas de control amparadas en las tecnologías de la información y la comunicación,<sup>176</sup> han provocado que sean los tribunales quienes queden abocados a establecer pautas de adecuación entre estos nuevos sistemas y los derechos fundamentales de los operarios, con lo cual «la criticable imprecisión legislativa obliga a una labor creadora, cuasi legislativa, de los tribunales, capaz de propiciar, en ocasiones, notables contradicciones, lo cual provocará, a la postre, un notable grado de inseguridad jurídica»,<sup>177</sup> pero será «a partir de tales pronunciamientos de donde se pueda empezar a construir cualquier doctrina general, a posteriori, de las consecuencias hacia las causas».<sup>178</sup>

Quizá resulte oportuno aclarar que la mayor parte de los pronunciamientos judiciales habidos en la materia se producen en el marco de la impugnación de una sanción (habitualmente un despido) impuesta por la empresa a un trabajador como consecuencia de un incumplimiento laboral acreditado a través de una prueba obtenida mediante un medio informático-tecnológico.

<sup>171</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *Labor Law Journal*, vol. 49, núm. 3, 1998, págs. 897 y ss., o BROWN, C. y CAMPBELL, B.A.: «The impact of Technological change on work and wages», *op. cit.*, págs. 11 y ss.

<sup>172</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>173</sup> Por usar la afortunada terminología de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid: CEC, 1991, págs. 31-33.

<sup>174</sup> GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, *op. cit.*, págs. 97 y ss.; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, *op. cit.*, págs. 96 y ss., o MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, *op. cit.*, pág. 54.

<sup>175</sup> FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», *op. cit.*, págs. 35 y ss.

<sup>176</sup> ANTON, G. y WARD, J.J.: «Every breath you take: employee privacy rights in the workplace; an orwellian prophecy come true?», *op. cit.*, págs. 897 y ss., o McGRATH, J.E.: *Loving big brother: performance, privacy and surveillance space*, *op. cit.*, pág. 47.

<sup>177</sup> SALA FRANCO, T.: «El derecho a la intimidad y a la propia imagen y las nuevas tecnologías de control laboral», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid: La Ley, 1999, pág. 205.

<sup>178</sup> DEL REY GUANTER, S.: «Derechos de la persona del trabajador y contrato de trabajo: notas para una teoría general», *op. cit.*, pág. 30.

En tal contexto, el tribunal se ve abocado a dilucidar si tal prueba es lícita para acreditar dicho incumplimiento (y por tanto declarar procedente la medida patronal) o, por el contrario, resulta lesiva de algún derecho fundamental del trabajador, en cuyo caso, carece de validez *ex* artículo 90 de la LPL.<sup>179</sup> Más infrecuentes (aun cuando también viables, y quizá deseables –por cuanto de carácter pedagógico pudiera tener–, con arreglo al ordenamiento vigente) resultan los litigios (si acaso de carácter colectivo) mediante los cuales los trabajadores tratan de combatir directamente un medio de control empresarial a través del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales (arts. 171 y ss. LPL).

La doctrina general aplicable para resolver la colisión entre el poder de control empresarial consagrado en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y los derechos fundamentales de los trabajadores recogidos directa o inespecíficamente en la Constitución viene dada, como bien es conocido, por el principio de proporcionalidad, establecido por el Tribunal Constitucional en sendos célebres supuestos en los que hubo de enfrentar la cuestión relativa a la videovigilancia empresarial.

De conformidad con el anunciado principio, «la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida supera o no el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores» (proporcionalidad en sentido estricto).<sup>180</sup>

Por tanto, y como conclusión, «puede afirmarse que la intimidad personal no se conculcará por la mera decisión de adopción de instrumentos de control tecnológicos, sino esencialmente por las circunstancias concurrentes que, en su precisa aplicación, contextualizan la decisión de la instalación» y pueden llegar a vulnerar, en algunos casos, derechos fundamentales de los trabajadores.<sup>181</sup>

Además, la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad, con ser sustancialmente la única adaptable al proteico elenco de posibles situaciones vulneradoras de alguno de los derechos funda-

<sup>179</sup> Al respecto, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, *op. cit.*, pág. 132; del mismo, «El despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J., dir.): *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: CGPJ, 1996, págs. 121 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 1992, págs. 195 y ss.; DEL REY GUANTER, S.: «Nuevas técnicas probatorias, obtención ilícita de la prueba y derechos fundamentales del trabajador en el proceso laboral», *REDT*, núm. 37, 1989, págs. 65 y ss., o BAYLOS GRAU, A.: «Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos», en AA.VV. (AGUSTÍ JULIÀ, J., dir.): *La prueba en el proceso laboral*, Madrid: CGPJ, 1998, págs. 41 y ss.

<sup>180</sup> SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio, sobre la doctrina previamente recogida, entre otras, en SSTCo 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo o 37/1998, de 17 de febrero.

<sup>181</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTCo 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio)», *op. cit.*, pág. 27; en parecido sentido, MERCADER UGUINA, J.R.: *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y Sociedad de la Información*, *op. cit.*, págs. 101 y ss. o CAMAS RODA, F.: «La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y ESTEBAN LEGARRETA, R., coords.): *Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 171 y ss.

mentales del trabajador,<sup>182</sup> no dejará nunca de suscitar las más profundas dudas a quien se vea en la tesitura de reclamar frente a la actuación empresarial, obligando, por lo demás, a efectuar un «juicio casuístico»,<sup>183</sup> en el cual será menester atender a todas las circunstancias concurrentes<sup>184</sup> para determinar si el método de control ha llegado a conculcar algún derecho fundamental del trabajador, lo cual provoca una extensa y variopinta serie de pronunciamientos de los tribunales laborales que no hacen sino dar carta de naturaleza a la más inquietante inseguridad jurídica.<sup>185</sup>

Llegados a este punto del discurso es necesario preguntarse si el método de control empresarial consistente en consultar los perfiles de sus trabajadores en las redes sociales de las que sean miembros supone un medio ilegítimo de control, por mostrarse abusivo y lesivo de derechos fundamentales por contrario al principio de proporcionalidad o, alternativamente, puede entenderse ajustado al ordenamiento jurídico en virtud de la habilitación general de control contenida en el artículo 20.3 del ET.

Vaya por delante que, a la luz del comentado principio de proporcionalidad, resulta harto complicado elaborar una respuesta unívoca. Parece que la cuestión habrá de quedar sometida al análisis del caso concreto. Ahora bien, quien esto escribe, aun reconociendo que habrá situaciones en las que semejante forma de control pudiera llegar a estar justificada (sospechas fundadas de que se está usando la red social de un modo desproporcionado o con la intención de perjudicar la imagen o los intereses de la empresa...), se muestra partidario de considerarla, a priori, como excesiva, entendiendo que su utilización supone una vulneración de la intimidad y la privacidad del trabajador que hace que la prueba obtenida no pueda ser válida en un proceso en perjuicio del trabajador. Varios datos invitan a adoptar semejante conclusión:

1. En primer lugar, cuando el perfil de la red social sea personal del trabajador (sin conexión alguna con el ámbito laboral), parece razonable pensar que se trata de un aspecto de la vida privada del trabajador cuya indagación le queda vedada al empresario.<sup>186</sup> Tan solo, quizá,

<sup>182</sup> RIVERO LAMAS, J.: «Medidas restrictivas de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes de una huelga general)», *op. cit.*, págs. 111 y ss.

<sup>183</sup> Conforme expone BORRAJO DACRUZ, E.: «Derechos fundamentales y casuismo», *AL*, núm. 29, 2000, págs. 2.885 y ss.

<sup>184</sup> FALGUERA I BARO, M.A.: «Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador», *RL*, núm. 22, 2000, págs. 17 y ss., o RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», *op. cit.*, pág. 29.

<sup>185</sup> A partir de la genérica doctrina expuesta de la proporcionalidad, es posible encontrar cientos de pronunciamientos de los tribunales laborales en los que, realizando el juicio casuístico necesario, en algunos casos llegan a la conclusión de que la medida de control es lesiva de los derechos fundamentales y, en otros, en los que se entiende desproporcionada y, por tanto, inadmisibles como prueba. Resultando tal medida idónea, necesaria y no excesiva, SSTSJ Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2004 (AS 2004/1476), Madrid de 6 de julio de 2004 (AS 2004/2325), Galicia de 7 de julio y 22 de diciembre de 2005 (AS 2005/2494 y 2006/778), Madrid de 20 de febrero de 2004 (AS 2004/2313) y Madrid de 13 de febrero de 2006 (AS 2006/1138), Extremadura de 15 de mayo de 2006 (JUR 2007/247253) o Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2007 (JUR 2007/215775). Por el contrario, considerándola inaceptable, SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 18 de septiembre de 2006 (AS 2006/2995), Madrid de 14 junio de 2006 (AS 2006/3406).

<sup>186</sup> Recuérdese, en este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad, de conformidad con el cual, «supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una mínima calidad de vida... y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que resulta factible, en ocasiones, acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para su derecho a la intimidad», SSTCo 209/1988, de 27 de octubre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 207/1996, de 16 de diciembre; 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio.

cuando la empresa tuviera una sospecha razonable (que habrá de acreditar como índice que justifique la proporcionalidad de la medida) de que a través de ese perfil el trabajador está materializando un perjuicio cierto a la empresa (fuga de información, críticas exageradas o descalificaciones injustificadas...), pudiera realizar una indagación acerca de cuáles son dichos contenidos, de forma similar, por ejemplo, a cuando a través de un detective realiza un seguimiento del trabajador fuera del lugar de trabajo ante sospechas, por ejemplo, de competencia desleal o actividades productivas o lúdicas durante un periodo de baja.<sup>187</sup>

2. En segundo término, cuando la empresa proporciona los instrumentos para crear un perfil social corporativo del trabajador, que luego este ha de usar en el desempeño de su prestación laboral, lógicamente, al tratarse de un instrumento de trabajo, el margen de control empresarial aumenta. Ahora bien, ha de recordarse que la última jurisprudencia dictada en la materia se mostró partidaria de entender que, ante el silencio de la empresa sobre la posibilidad de utilizar las herramientas tecnológicas para fines personales, surgía una «expectativa de intimidad» para el trabajador que hacía que el empleador no pudiera pasar de la tolerancia a un control sorpresivo sin vulnerar el inespecífico derecho de intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la CE.<sup>188</sup>

Cosa distinta sería que el propio empresario (quizá a través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, como se sugirió páginas atrás) especificara los usos que quedan permitidos a los trabajadores, diferenciándolos de aquellos otros que, por su peligrosidad o reincidencia, estuvieran vedados, advirtiendo además de que va a proceder a realizar controles sobre la correcta utilización de las redes sociales en la empresa. En tal caso, obviamente, la expectativa de intimidad decae en favor de la certeza del mencionado protocolo (que quizá debiera dejar cabida en todo caso a un «uso social»<sup>189</sup> del instrumento tecnoló-

<sup>187</sup> La prueba de incumplimientos laborales a través de detectives tiempo ha que fue admitida por la jurisprudencia, SSTS de 19 de julio de 1989 (RJ 1989/5878), 11 de junio de 1990 (RJ 1990/5049) o 17 de junio de 1996 (RJ 1996/5166); en igual sentido, entre otras, SSTSJ Extremadura de 5 de mayo de 1992 (AS 1992/2558), Galicia de 16 de marzo de 1993 (AS 1993/1356), Comunidad Valenciana de 1 de junio de 1994 (AS 1994/2624), Cataluña de 13 de enero de 1995 (AS 1995/250), Castilla-La Mancha de 28 de marzo de 1996 (AS 1996/1939). Ahora bien, los pronunciamientos más recientes modulan tal postura para considerar que, ante el efecto invasivo de la intimidad del trabajador que la investigación puede suponer, la prueba ha de ser ponderada a través del principio de proporcionalidad para ver si resulta o no admisible, STSJ de Canarias/Las Palmas de 31 de octubre de 2005 (AS 2005/2942). Semejante interpretación es posible en el caso de las indagaciones empresariales, a través, por ejemplo, de peritos informáticos, en los perfiles del trabajador en las redes sociales virtuales.

<sup>188</sup> «Esa tolerancia empresarial conforme al uso social crea una expectativa general de confidencialidad de esos usos, expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, pues, cuando el trabajador tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por esta. En consecuencia, cuanto debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de la buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios (con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales) e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de la existencia de controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado una "expectativa razonable de intimidad"», STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514).

<sup>189</sup> Entre otros varios, CARDENAL CARRO, M.: «Desdramatizando el uso de Internet en el trabajo», *AS*, núm. 15, 2001, pág. 36; RUANO ALBERTOS, S.: «Facultades de control por medios informáticos», *op. cit.*, pág. 26; GARCÍA NINET, J.I.: «Sobre el uso y abuso del teléfono, del fax, del ordenador y del correo electrónico de la empresa para fines particulares en lugar y tiempo de trabajo. Datos para una reflexión en torno a las nuevas tecnologías», *op. cit.*, págs. 19 y ss., o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: «A vueltas con el control empresarial sobre la actividad laboral: test de honestidad, telemarketing, registro de terminales y uso –o abuso– de Internet», *op. cit.*, págs. 35 y ss.

gico, como se razonó páginas atrás), que se erige en fiel de la balanza para determinar la licitud de la prueba que acredite un eventual incumplimiento del trabajador, adquiriendo el poder de control empresarial un cariz más preventivo que punitivo.<sup>190</sup>

Semejante interpretación se antoja a quien esto escribe como la más sensible con el respeto de los derechos fundamentales en un contexto verdaderamente democrático de relaciones laborales, desterrando los últimos reductos de «feudalismo industrial».<sup>191</sup> Nuevas interpretaciones como la presente (ajustadas a la realidad de los tiempos y al sentir social), consolidan las bases necesarias para hablar de una verdadera «ciudadanía laboral»,<sup>192</sup> en la cual, aun en tiempo y lugar de trabajo (y no ya tan solo en las zonas de descanso y vestuario), aun utilizando la herramienta laboral propiedad de la empresa, aun con eso (y con todo) queda un espacio de intimidad del trabajador, considerado en cuanto persona, con su expectativa razonable de ver respetado un reducto mínimo de independencia ajeno al control e injerencia empresarial.

Sin duda alguna, es de alabar el esfuerzo de los tribunales por tratar de extender los derechos fundamentales hasta donde sea razonablemente posible en el marco del contrato de trabajo;<sup>193</sup> con todo, en este caso la intimidad del trabajador se presenta como algo pulsante, capaz de ampliarse o menguar según el previo comportamiento de los sujetos implicados; contexto flexible de intimidad que casa bien con la situación en presencia, y permite un autoajuste de situaciones que seguramente será lo más satisfactorio posible.

3. Restaría aún un último extremo por valorar para ponderar como se debe el posible control empresarial de los perfiles de los trabajadores en sus redes sociales, cual es el relativo al derecho de la protección de datos personales. Hay que tener en cuenta que, normalmente, el control empresarial no se limitará a la visualización del perfil (aunque semejante actividad pudiera servir en algún caso excepcional) sino que procederá al acopio de los datos provenientes de las redes sociales que sirvan para acreditar un eventual incumplimiento contractual.

Por tanto, aun en aquellos casos en los que se pueda llegar a la conclusión (conforme al principio de proporcionalidad) de que la indagación empresarial no resulta contraria al derecho de intimidad del trabajador, el empleador ha de respetar las normas generales que rigen el tratamiento de los datos personales<sup>194</sup> que, como bien es sabido, son perfectamente aplicables al ámbito laboral.<sup>195</sup>

<sup>190</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Sobre el poder de control empresarial en la era tecnológica y la influencia del derecho de protección de datos personales», *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 4, 2009, págs. 48 y ss.

<sup>191</sup> Las cuales «repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores a través de los cuales toma forma y se realiza», STCo 88/1985, de 19 de julio.

<sup>192</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid: CES, 1996, págs. 24 y ss., o BAYLOS GRAY, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid: Trotta, 1991, pág. 97.

<sup>193</sup> Idea latente y evolutiva ya en los trabajos, clásicos, de VALDES DAL-RE, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», *RL*, t. I, 1990, págs. 284 y ss.; GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto de la esfera privada del trabajador*, *op. cit.*, págs. 184 y ss., o FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.: «Libertad ideológica y prestación de servicios», *RL*, núm. 7, 1985, págs. 421 y ss., o ORTIZ LALLANA, M.<sup>a</sup> C.: «Derechos fundamentales y relación laboral», *op. cit.*, págs. 21 y 22.

<sup>194</sup> Muy interesante la SJS, núm. 33, de Madrid de 21 de octubre de 2002 (AS 2002/2993); en igual sentido, pero con más difusos argumentos, SAN de 24 de enero de 2003.

<sup>195</sup> En tanto no se cuente con una legislación específica, resulta perfectamente aplicable la general; SIMITIS, S.: «Developments in the protection of workers personal data», *Contitions of Work Digest*, vol. 10, 1991, pág. 7.

En tal sentido, procede recordar una vez más que Internet no constituye una fuente accesible al público y, por tanto, en su obtención, el empresario debe sujetarse a las reglas generales de pertinencia, racionalidad y consentimiento que rigen con carácter general en el Derecho de la Protección de Datos (arts. 2 a 6 LOPD).<sup>196</sup>

La duda estriba entonces en dirimir si el trabajador así controlado ha de prestar o no su consentimiento para hacer lícita la recogida de sus datos. Planteada la cuestión en otros términos, procede elucidar si esa recogida de datos resulta necesaria para el desarrollo de la relación laboral (en cuyo caso, y en tanto desarrollo de una «relación contractual», el empresario estaría eximido, de conformidad con el artículo 6 de la LOPD, de la obligación general de obtener el consentimiento del afectado) o, por el contrario, no lo es (resultando en tal caso necesario obtener la aquiescencia para legitimar la recogida y tratamiento de dichos datos).

Sin duda, la facultad de control empresarial, ínsita al poder de dirección, resulta una potestad inherente a las facultades empresariales y nadie podría negar su absoluta pertinencia y necesidad en el desenvolvimiento de la relación laboral, con lo cual, en principio, la solución habría de ser la primera, quedando el tratamiento de datos justificado por la relación contractual existente entre las partes sin requerir el consentimiento del trabajador *ex* artículo 6 de la LOPD.<sup>197</sup>

Así lo entienden determinados pronunciamientos recientes de los tribunales de justicia, cuando les ha tocado enjuiciar la legitimidad de aquel ya comentado supuesto en el cual se estaba utilizando un sistema de lectura biométrica mediante infrarrojos de determinados datos de la mano de los trabajadores para el control horario del personal.<sup>198</sup>

Aceptando la solución concreta que se acaba de exponer, no obstante, resulta preciso valorar también, como índice jurídico a tener presente, cómo, desde el mismo criterio de proporcionalidad tan del gusto del Tribunal Constitucional a la hora de valorar posibles intromisiones en los derechos fundamentales, las facultades de dirección y control no abarcan cualquier tipo de ingerencia empresarial en la posición subjetiva del trabajador y, en consecuencia, seguramente un sistema de control exhaustivo, indiscriminado y tendente a la totalidad de actuaciones del trabajador, sin existir además una sospecha acerca de alguna irregularidad contractual o alguna otra justificación, no puedan calificarse como imprescindibles para el recto desarrollo de la relación laboral y, en consecuencia, una actividad de recogida de datos del trabajador de tales características requiriera el consentimiento para poder proceder lícitamente al archivo de datos inherente.

<sup>196</sup> En este sentido, el Informe 398/2008 de la AEPD afirma que el artículo 3 de la LOPD «efectúa una enumeración taxativa respecto a lo que cabe considerar fuentes accesibles al público, lo que impide que consideremos a las páginas web como tales. Por ello, para tratar la información contenida en dichas páginas, debería obtenerse el consentimiento de los afectados»; en la doctrina, PANIZA FULLANA, A.: «Tratamientos con fines publicitarios y de prospección comercial», en AA.VV.: *Protección de datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, págs. 248 y ss.

<sup>197</sup> Planteando la cuestión, TASCÓN LÓPEZ, R.: *El tratamiento por el empresario de los datos personales de los trabajadores*, Madrid: Civitas, 2006, págs. 124 y ss.

<sup>198</sup> En tanto en cuanto «la excepción a la regla general de la exigencia de consentimiento resulta de plena aplicación al caso, dado que la recogida de datos se realiza en el seno de una relación jurídica laboral o administrativa y tiene como finalidad el control de su cumplimiento, puesto que la observancia de las normas en materia de jornada constituye elemento imprescindible para el cumplimiento del resto de las obligaciones derivadas de dicha relación», STSJ, Cont.-Adm., Cantabria, de 21 de febrero de 2003 (JUR 2003/122751).

En todo caso, procede recordar cómo «el otro polo sobre el que se asienta el derecho [de (auto)determinación informativa]] protegería el derecho de los trabajadores a ser informados de que precisamente por medio de ficheros de datos la empresa va a poder verificar el cumplimiento de sus obligaciones laborales... Así lo establece de forma rotunda el artículo 5.4 de la LODP para cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, tal como en estos casos ocurre..., debiendo el afectado [en este caso, el trabajador así controlado] ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro —plazo que se antoja demasiado largo para el ámbito laboral,<sup>199</sup> manifestación evidente de los muchos problemas provocados por la falta de una regulación específicamente laboral de esta cuestión—<sup>200</sup> de los datos de la procedencia de los datos, así como de la existencia de un fichero o tratamiento, de la finalidad de la recogida de estos, de los destinatarios de la información, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento... [Cuando así no actúe,] procede llegar a la conclusión de que la empresa cercenó el derecho fundamental de autodeterminación informativa contemplado en el artículo 18.4 de la CE, desde el momento en que no le informó en los términos previstos en la LOPD de la existencia de una base de datos controlando, con gran amplitud, el acceso a páginas web de Internet [léase, generalizando la premisa, cualquier extremo de la relación laboral de cuantos se ha dado noticia], ni de las consecuencias que en materia disciplinaria podrían derivarse de tal medida».<sup>201</sup>

*Ítem* más, de conformidad con las normas y principios que rigen la protección de datos, solo se justifica su almacenamiento cuando concurra una finalidad lícita y, por tanto, «únicamente podrán conservarse aquellos extremos que resulten imprescindibles y por el tiempo necesario para cumplir con tal finalidad perseguida con la adopción de dichos instrumentos».<sup>202</sup>

<sup>199</sup> CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, *op. cit.*, págs. 125 y ss.

<sup>200</sup> SIMITIS, S.: «Reconsidering the premises of Labour Law: prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data», *European Law Journal*, vol. 5, núm. 1, 1999, págs. 45 y ss. En la doctrina española, entre muchos, DEL REY GUANTER, S.: «Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la "intimidación informática" del trabajador», *op. cit.*, pág. 8; CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: *Informática y contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 19; THIBAUT ARANDA, J.: «La incidencia de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el ámbito de las relaciones laborales», *op. cit.*, pág. 47; ROMERO DE BUSTILLO, S.: «Intimidación e informática en el ámbito de las relaciones laborales», en AA.VV.: *Trabajo y libertades públicas*, Madrid: La Ley, 2000, pág. 298, o GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de bajas médicas (Comentario a la STC 202/1999, de 8 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 15 y ss.

<sup>201</sup> SJS, núm. 33, de Madrid de 21 de octubre de 2002 (AS 2002/2993). En parecido sentido, STSJ, Cont.-Adm., Cantabria de 16 de mayo de 2003 (JUR 2003/125100).

<sup>202</sup> MARTÍNEZ FONS, D.: «El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo (a propósito de las SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio)», *op. cit.*, pág. 42.