

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldín (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo García Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral*

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO**

RESUMEN: Analizamos algunos de los problemas prácticos más concurrentes en la práctica jurídica del Derecho Laboral en plena vinculación con las TIC (tecnologías de la información y comunicación). Para ello profundizamos en la posible colisión de determinados derechos fundamentales (como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, entre otros derechos) con sistemas tecnológicos avanzados como pudieran ser las redes sociales, la utilización de sistemas de mensajería, la monitorización de dispositivos tecnológicos o circuitos cerrados de videovigilancia.

Palabras clave: Tecnología, información, comunicación, monitorización, derechos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Libertad de expresión, nuevas tecnologías y poder empresarial. 2.1. La libertad de expresión: desde sus orígenes conceptuales hasta su proyección en las nuevas tecnologías. 2.2. Las nuevas tecnologías y la libertad de expresión en clave jurisprudencial: algunos casos relevantes. 3. La doctrina jurisprudencial en la videovigilancia de puesto físico y el control del correo electrónico. 4. Balance y perspectivas: una serie de reflexiones a modo de conclusión. 5. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *La tecnología, la potestad empresarial y el teletrabajo: especial referencia a colectivos desfavorecidos*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesor Ayudante Doctor, Universidad de Granada (España).

Legal-Practical Problems Derived from the Use of ICTs on Labour Matters

ABSTRACT: We analyse some of the most practical and concurrent problems in the legal practice of Labour Law in full relation to the ICTs (Information and Communication Technologies). To do this, we deepen the possible confrontation of certain fundamental rights (such as the right to freedom of expression and the right to privacy, among other rights) with advanced technological systems as for example the social media, the use of messaging system, the monitoring of technological devices or closed circuit of video monitoring.

Key Words: Technology, information, communication, monitoring, rights.

1. Introducción

Analizamos dos cuestiones relevantes en el ámbito jurídico-práctico relacionado con las nuevas tecnologías y que, en ocasiones, entran en colisión con derechos fundamentales: por un lado, la libertad de expresión; y, por otro, la monitorización del trabajador por sistemas tecnológicos.

En el avance de este derecho fundamental a la libertad de expresión, en los asuntos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, localizamos casos en los que esta libertad confrontaba y colisionaba con otro tipo de derechos o bienes constitucionales que requerían de protección. Es por ello que la construcción del contenido del derecho a la libertad de expresión se ha construido por oposición con otros derechos: de ahí que la libertad de expresión haya sido definida y confeccionada por sus límites. Cada vez con mayor confrontación consecuencia de un mundo global e interconectado y con un especial avance de las nuevas tecnologías. En efecto, durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional ha venido resolviendo, caso por caso, la colisión y la confrontación de la libertad de expresión con otro tipo de derechos, lo que ha dado lugar a la constitución de un sinfín de límites mediante la técnica de ponderación de los bienes en conflicto. El resultado consecuente del método de “ponderación de bienes”, asumido por el Tribunal Constitucional, no ha sido otro que el de definir el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad de expresión a través de la “exclusión” una vez aplicados los “límites” que son derechos o bienes dignos de protección constitucional. Entonces, no queda otra que confirmar que la libertad de expresión será lo restante si la protección de esos otros bienes o derechos no se imponen por el simple hecho de que el mensaje controvertido no ha contribuido a la libertad de la opinión pública¹. Y ahora, en un mundo global e interconectado, es obvio que la incorporación a un sistema productivo sustentado en nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) genera una serie de problemas y realidades jurídicas que eran impensables, hace años, para el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, otro de los actuales problemas jurídicos se localiza en la posibilidad del empresario de monitorizar el correo electrónico (o cualquier medio electrónico) del trabajador perteneciente a la empresa y la posibilidad de grabar o controlar al trabajador mediante cámaras o sistemas de videovigilancia dentro del centro de trabajo. Lo cierto es que, en ambos

¹ I. VILLAYERDE MENÉNDEZ, *Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5: La libertad de expresión*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 584-585.

supuestos, se plantea una fuerte tensión dialéctica entre varios derechos que disfrutan de dimensión constitucional: por un lado, la propiedad privada y la tutela del patrimonio empresarial (art. 38 CE); y, por otro, los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Derechos que deben ponerse en relación con la propia normativa del CEDH. Es evidente que en este complejo tema se suscitan multitud de cuestiones conflictivas respecto al alcance y prevalencia de cada uno de los derechos, centrándonos, en este texto, en la parte práctica y la solución de casos conflictivos que han sentado jurisprudencia. Pautas jurisprudenciales que vienen siendo aplicadas, en mayor o menor medida, con interpretaciones diversas por los tribunales españoles y que derivan de las últimas sentencias del TEDH. Terminamos este estudio diferenciando cuando el control o la videovigilancia ha sido comunicada previamente por el empresario, lo que tendrá consecuencias diferentes y modos de proceder alternativos para, superada la proporcionalidad exigida por los tribunales cuando no haya sido comunicado al trabajador, la prueba (grabación o, en su defecto, control o monitorización de las comunicaciones electrónicas del trabajador) sean consideradas lícitas y utilizarse como instrumentos probatorios en el juicio.

2. Libertad de expresión, nuevas tecnologías y poder empresarial

2.1. La libertad de expresión: desde sus orígenes conceptuales hasta su proyección en las nuevas tecnologías

Es el art. 20.1.a CE el que se refiere a la libertad de expresión cuando se refiere a este derecho como «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Libertad de expresión que comprende, de conformidad con el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Nos situamos en un derecho fundamental que forma parte del núcleo fuerte de los derechos humanos², de primera generación, y que tiene

² F. VALDÉS DAL-RÉ, *La dimensión laboral de la libertad de expresión*, en *Relaciones Laborales*, 2004, n. 1, p. 81; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La libertad de expresión e información en la Carta de Niza*, *ibidem*, 2014, n. 1, p. 1; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 2, p. 91.

un papel relevante y esencial para asegurar la estructura democrática de una sociedad: así es reconocido por la mayoría de los textos de derechos fundamentales elaborados por organismos internacionales y en las constituciones nacionales, relacionándose con la protección multinivel de este siglo³.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual». Además, «no se aplica solamente a las “informaciones” o “ideas” que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática»⁴. Para el Tribunal Constitucional, el art. 20 CE «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre, ni por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder»⁵.

Por tanto, la libertad de expresión es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluidos frente a la propia ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite. Además de un derecho fundamental, es un valor objetivo esencial del Estado democrático y, como tal, está dotado de un valor superior o eficacia irradiante, ocupando una posición preferente en el conjunto de estos derechos⁶.

Pero, además, es también el primer derecho inespecífico calificado como tal. Se trata de derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Libertad de expresión*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020, p. 346.

⁴ TEDH 8 julio 1986 (TEDH 1986\8).

⁵ STC 16 marzo 1981 (RTC 1981\6).

⁶ G.P. ROJAS RIVERO, *Libertad de expresión y de información*, en A.P. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015, p. 374.

que, ejercitados por los trabajadores, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica⁷. En Derecho del Trabajo es doctrina consolidada aquella que viene admitiendo dos grupos o especies diferenciados de derechos: por un lado, aquellos derechos laborales que, en sentido estricto, solo pueden ser ejercitados por los trabajadores en cuanto tales y no por todo el colectivo de ciudadanos; por otro, aquellos derechos que reciben la denominación de derechos laborales inespecíficos. Estos últimos, como indicábamos, son derechos, reconocidos a todos los ciudadanos y que sin ser de contenido estrictamente laboral pueden ser ejercidos por los trabajadores en sus propias relaciones laborales⁸. Así pues, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones». Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa «legítima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza»⁹.

Libertad de expresión, límites y nuevas tecnologías a las que actualmente se recurre a diario, por ejemplo, para sancionar a los trabajadores, en ocasiones, con el despido disciplinario de los mismos, la mayor de las sanciones laborales existentes¹⁰; como prueba válida a utilizar en

⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003, p. 229.

⁸ P.G. ORTEGA LOZANO, *Otros derechos o principios constitucionales que se proyecta en la relación laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, p. 539; P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES, *Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 225, pp. 77 ss.; S. GUINDO MORALES, *Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 53.

⁹ STC 19 julio 1985 (RTC 1985\88) y STC 6 septiembre 2018 (RTC 2018\89).

¹⁰ S. GUINDO MORALES, *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva: Apartado D) Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ

procedimientos civiles, penales, contenciosos administrativos y laborales; para la selección de personal (todas las empresas suelen acudir a redes sociales para analizar al candidato en su vida privada); para el uso de acciones colectivas por partes de los representantes de los trabajadores (negociación colectiva y derecho a la información); como herramienta para la acción sindical y para el desarrollo de las funciones del derecho a la libertad sindical (información, publicidad, etcétera); para probar fraudes en la empresa y en la seguridad social con períodos de incapacidad temporal (trabajador en IT que se marcha de vacaciones y realizar actividades contraproducentes); como herramienta de trabajo siendo utilizado también para fines privados (el control del correo electrónico institucional de la empresa); entre otros muchos supuestos más. Pero, en el trasfondo de todos estos problemas, destaca un elemento clave en común: el derecho fundamental a la libertad de expresión y sus límites en un mundo global e interconectado.

Es preciso matizar que el trabajador no es un titular ordinario del derecho a la libertad de expresión en el sentido de que pueda utilizar estos derechos de manera general o incondicionada, sin causa específica, dentro de la empresa¹¹. No es así; el trabajador podrá disfrutar de este derecho fundamental en un determinado contexto jurídico cuyo ejercicio queda sometido a reglas singulares y estrictas¹².

La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es sin embargo un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que establece el art. 20.4 CE: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Pero, además, y cuando la expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que

CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, p. 665; S. GUINDO MORALES, *Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 6, p. 504.

¹¹ J. GARCÍA MURCIA, *Los “usos laborales” de las libertades de expresión e información*, en T. SALA FRANCO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, E. BORRAJO DACRUZ (coords.), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, 2003, p. 85.

¹² I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 590.

«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»¹³. La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales¹⁴.

Para el Tribunal Constitucional¹⁵, la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica (art. 16.1 CE)¹⁶. Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará, en ocasiones, difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante.

A su vez, para el TEDH, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del completo desarrollo de cada persona. La libertad de expresión (con algunas salvedades) es válida no sólo para las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que molestan, chocan o inquietan. Pero, como indicábamos, esta libertad está sometida a excepciones que, sin embargo, requieren una interpretación justa. Limitación que debe probarse de manera convincente¹⁷.

Para el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión que la Constitución Española reconoce argumenta que este derecho no cubre el articular juicios de valor claramente ofensivos o injuriosos; por tanto, queda excluido del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión – consagrado

¹³ STC 15 diciembre 1983 (RTC 1983\120).

¹⁴ RTC 1985\88, cit.

¹⁵ STC 6 junio 1990 (RTC 1990\105).

¹⁶ STC 15 febrero 1990 (RTC 1990\20).

¹⁷ STEDH 29 febrero 2000 (TEDH 2000\90) y STEDH 23 abril 1992 (TEDH 1992\1).

en el art. 20 de la Constitución Española – el denominado derecho al insulto¹⁸. En relación al derecho de expresarse críticamente, el Tribunal Constitucional establece que la emisión o difusión de opiniones ofensivas en forma desajustada constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico que convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de la libertad de expresión¹⁹. En ese sentido, es preciso recordar que la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige²⁰.

Además, el contenido de la libertad de expresión del trabajador encuentra diferencias importantes con la libertad de expresión civil o común. Por un lado, a la libertad de expresión del trabajador se le imponen restricciones específicas y más intensas por la especial relación jurídica con una empresa o entidad. Por otro, esta especial vinculación termina fomentando su ejercicio por diversas razones como, por ejemplo, porque la propia empresa termina proporcionándole al trabajador la experiencia y los datos con los que conformar una opinión. Lo anterior, fundamenta un nivel de crítica más elevado que debe cohonestarse con una mayor responsabilidad del trabajador en su libertad de expresión²¹.

Libertad de expresión que actualmente posee un importante auge debido a las nuevas tecnologías, lo que ha venido obligando a los tribunales a establecer y concretar nuevas fundamentaciones adaptadas a las posibilidades virtuales y a la nueva tecnología, valorándose aspectos como la red utilizada, los destinatarios potenciales, la accesibilidad a dicha información, etcétera²². Es evidente que la tecnología ha tenido serias consecuencias en la forma en que ejercemos nuestros derechos, con especial incidencia en el de libertad de expresión, pues las formas de expresar libremente nuestras ideas u opiniones han cambiado por completo. Asimismo, la tecnología también ha modificado los canales de comunicación a través de los cuáles solíamos expresarnos. Incide en ello la creación de redes (sociales, profesionales, etcétera) y el avance tecnológico de los teléfonos móviles, los cuáles, dan acceso a cualquier hora del día y en

¹⁸ STC 25 noviembre 1997 (RTC 1997\204), STC 5 junio 2006 (RTC 2006\174) y STC 19 junio 2006 (RTC 2006\181).

¹⁹ RTC 1983\120, cit.

²⁰ STC 17 enero 2000 (RTC 2000\6), STC 26 febrero 2001 (RTC 2001\49) y RTC 2006\181, cit.

²¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *op. cit.*

²² S. DEL REY GUANTER, *Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, La Ley, 2016, p. 319.

cualquier estado del ser humano (triste, enfadado, ebrio, etcétera). Es por esto último por lo que puede sacarse de contexto las expresiones emitidas. Incluso poner una concreta expresión y, con el paso de los años, pensar lo contrario e intentar borrarla después, expresión y contenido que pueden tener consecuencias laborales, políticas o sociales relevantes y que no eran previsibles en esa fecha. Son formas en las que se termina perdiendo el control de lo que se expresa, con una constante sobreexposición al exterior, teniendo presente que no todas las personas que utilizan dichas vías de comunicación son conscientes de la magnitud de una determinada publicación en un determinado momento.

Estos modos de comunicación pueden acarrear graves consecuencias por la sensibilidad de lo que se ha llamado lo políticamente correcto o incorrecto, junto con interpretaciones extremas de determinados colectivos que pueden terminar acotando al máximo expresiones que podrían haber sido expresadas con humor, en contextos no profesionales, con otro tipo de voluntad por parte de la persona que emite la información, etcétera. Todo ello, unido al hecho de que todas las personas pueden tener acceso directo a la idea, opinión o creencia, junto con determinadas interpretaciones que pueden ser demasiado extremas, hacen que cualquier emisión de información pueda convertirse en una tarea de riesgo extremo que, en ocasiones, puede costar la propia relación laboral, lo que está suponiendo, en definitiva, un nuevo límite o escollo al derecho de la libertad de expresión.

La realidad es que son supuestos que suelen solucionarse a través de una “lógica empresarial” que viene a justificar una determinada reacción por parte de la empresa (v.gr. un despido) con el sustento de perjudicar los intereses del empleador o empresario; sin embargo, no existe una lógica jurídica que venga a justificar dicha reacción por tratarse de la esfera privada de la persona (que, a su vez, es también trabajadora) y de sus derechos fundamentales. La solución que hasta el momento adoptan las empresas no es otra que la adopción de cláusulas contractuales en el propio contrato de trabajo o en códigos de conductas empresariales: en tal sentido, se viene proponiendo por la doctrina la denominada “desconexión en la libertad de expresión”, de manera que se garantice el ejercicio de este derecho fundamental sin consecuencia laboral alguna; es decir, que lo que ocurre en la vida privada de la persona no tenga impacto en la vida profesional del trabajador²³.

²³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *op. cit.*, p. 368.

2.2. Las nuevas tecnologías y la libertad de expresión en clave jurisprudencial: algunos casos relevantes

1) Suele ocurrir que el derecho a la libertad de expresión esté en conflicto con el derecho de imagen de la empresa o a su reputación. Así ocurre en un caso en el que un trabajador de una conocida multinacional publica opiniones, comentarios e imágenes desagradables en la red social *Facebook* donde está identificado como trabajador de esa mercantil. La empresa, a través del control de la actividad de sus trabajadores en las redes, advierte de que las publicaciones y comentarios realizados por el trabajador sobre un conflicto internacional vulnera la imagen y la reputación de su empresa. Ante tales publicaciones y comentarios, determinados usuarios de la red realizaron una campaña en contra del consumo en la tienda de esta gran multinacional. Con estas circunstancias la empresa comunica mediante carta el despido disciplinario del trabajador por considerar que afecta gravemente a la reputación de la empresa y porque las publicaciones e imágenes son contrarias a la dignidad de las personas, ofensivas, difamatorias y humillantes. En la misiva resolutoria, la empresa advierte y destaca que este trabajador, además de con su nombre y apellidos, viene a identificarse como empleado de esa empresa, lo que ha determinado que las publicaciones trasciendan del ámbito personal al ámbito profesional al quedar las publicaciones ligadas directamente a la propia compañía, afectando de forma muy grave a la reputación e imagen de la empresa. En el juicio, el trabajador alegó que dichas publicaciones y comentarios se trataban de “humor negro”. Sin embargo, para el juzgador, el art. 20 CE, «proclama la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, aunque no la de calificativos degradantes, ni puede disculparse tampoco la utilización de expresiones ofensivas o una incorrección del lenguaje, que estará tolerada en las conversaciones amistosas, pero no en otros ámbitos, de modo que resultan sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo». Considera el juez que la conducta del trabajador llega a ser conocida por el público y llega a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes. Además, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, «la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias oportunas a pesar de que el trabajador no se encuentra ni en tiempo ni en lugar de trabajo, al indicar que respecto del tiempo fuera de jornada laboral, no significa que en ese periodo se disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, pues hay que considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral en cuanto redundan directa o indirectamente

un perjuicio a la empresa»²⁴. En definitiva, en el presente caso, «estaríamos ante un incumplimiento contractual consistente en desobediencia con un evidente y notorio perjuicio para la empresa, así como ante la pérdida de confianza en la persona del trabajador, por lo que debe considerarse que la calificación del despido ha de ser la de procedente, por cuanto la medida adoptada por el empresario es proporcionada en atención a las condiciones concurrentes y a las expresiones y contenidos proferidos, aparte del medio empleado»²⁵. En nuestra opinión, en este supuesto, es importante destacar el protocolo que en la propia empresa existía para el uso de las redes sociales y que el trabajador conocía por haber firmado el documento informativo por el que se comprometía a no atentarse contra la libertad de las personas; en este sentido, debe destacarse que la propia empresa, después de este suceso, ha modificado el convenio colectivo tipificando como falta muy grave: «la publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados o utilizando el nombre de la compañía»²⁶. En este sentido, de cara a una correcta utilización de la facultad de control y potestad disciplinaria de la empresa, sería conveniente que las empresas vengamos a incluir en sus políticas y códigos de conductas reglas que se refieran expresamente a los usos de las redes sociales. En este sentido, la problemática surge de la posibilidad del empresario de controlar las actuaciones y movimientos realizados por el trabajador en internet (redes sociales, redes profesionales, chats, etcétera); en definitiva, las cuestiones que se plantean versan sobre el control de las publicaciones y comentarios que el empleado puede realizar en cualquier web y, además, cuál sería la legitimidad real del empresario para controlar dichos contenidos en plena vinculación con los límites existentes del derecho fundamental a la libertad de expresión de los trabajadores. Todo lo anterior vinculado, obviamente, a la realidad de las nuevas tecnologías y la gran repercusión que cualquier mínimo comentario puede tener en la empresa. En este sentido, el art. 20.3 ET permite que el empresario pueda adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando, en su adopción y aplicación, la consideración debida a su dignidad.

2) En este otro supuesto, bajo el curiosamente elegido pseudónimo de “la cosa nostra”, el trabajador escribía en la red, en alusión a un directivo de la

²⁴ STS 21 septiembre 2017 (RJ 2017\4310).

²⁵ Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 28 febrero 2018 (JUR 2018\121686).

²⁶ M. LÓPEZ BALAGUER, *Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 146, p. 105.

empresa al que se refería como el “alcalde”, lo siguiente: «la presión la tenemos en la mano nosotros, sólo con hacer todo bien los matamos, lo primero es hacerle la cama al alcalde y dejar a los demás en paz, el perro no hace tanto daño como este sujeto, y si alguien que sepa su nombre completo y dirección y teléfono móvil que lo ponga en el foro que de lo demás ya nos encargaremos otros, yo en particular le ponía las pilas y le quitaba las ganas de jugar con el pan de 1000 obreros, os lo garantizo, este leonés lo que quiere es hundir la empresa que hay buena en Ponferrada porque los de León nos tienen envidia». Se analiza en este caso las manifestaciones que hizo el trabajador en el foro, teniendo en cuenta que era un foro público, de acceso libre a través de internet, dedicado a los problemas laborales de su empresa y leído efectivamente por trabajadores de la misma, muchos de los cuales participaban con sus comentarios y mensajes. En relación con el alcance de la libertad de expresión en el ámbito del contrato de trabajo, el Tribunal Constitucional ha dicho que la relación laboral genera un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a desarrollar conforme a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5 ET), hasta el punto de que la transgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos de despido disciplinario (art. 54 ET). De este modo, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el ejercicio de la libertad de expresión por el trabajador, en su relación con el empresario, debe desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe. Si bien tal exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicompreensivo de una situación de sujeción al interés empresarial, pues es necesario preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito (modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente) de su libertad constitucional, modulación que sólo debe producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. En el presente caso no estamos propiamente ante una expresión de ideas u opiniones, legítimas o no, ni ante la transmisión de información, veraz o no, sino ante un llamamiento a la intimidación de un directivo de la empresa. Quien lanza el mensaje, precisamente en un contexto de grave conflicto laboral y amparado en un pretendido anonimato encubierto con el nombre de “la cosa nostra” elegido para participar en el foro de internet, después de utilizar el verbo “matar”, posteriormente matizado, pero que induce a pensar en actos de violencia, pide a quienes puedan leer el mensaje que comuniquen el nombre completo, la dirección y el teléfono móvil del directivo empresarial, asegurando que con esos datos él mismo, ayudado en

su caso por otros, se encargaría de determinadas tareas indeterminadas descritas como “hacerle la cama”, “ponerle las pilas” y “quitarle las ganas de jugar con el pan de 1.000 obreros”. Y esas expresiones aluden inequívocamente a actos de violencia o cuando menos de intimidación no especificados, pero dirigidos en concreto contra la persona de este directivo en su ámbito privado, puesto que se pide su dirección personal. Independientemente de cuáles fueran las intenciones reales de quien remitió ese mensaje, es obvio que, al lanzarse a un foro público donde sería leído por muchos trabajadores de la empresa, cuando menos contiene una amenaza difusa contra una persona dirigida a su amedrentamiento o intimidación, puesto que se deduce que quien emitió el mensaje pensaba que la persona afectada llegaría a conocer el mismo y habría de sentirse amenazado de forma anónima por actos no especificados, pero situados en un contexto de enfrentamiento y violencia, siendo lo más relevante que para ello se quisiera conocer su domicilio y sus teléfonos privados. No es cierto, por tanto, que nos encontremos ante una mera «expresión de disgusto y malestar laboral, tal vez con expresiones poco adecuadas, pero fruto de una situación laboral conflictiva», ni que se trate únicamente de «llamar a la unión de todos los trabajadores». Sin sacar de contexto tales manifestaciones, sino precisamente en el contexto del conflicto laboral, se entiende claramente en las mismas la amenaza latente contra una persona de la que se recaban datos personales, aunque sea efectivamente por considerar a esta responsable de la situación de conflictividad laboral. El propio anonimato de la expresión contribuye a la eficacia de la amenaza y es motivo adicional de reproche contra su autor. Con ello «se han excedido notablemente los límites legítimos de la expresión del conflicto y se incurre en una conducta vulneradora de la buena fe contractual que es susceptible de ser sancionada con el despido»²⁷.

3) En el análisis de otro supuesto, resulta preciso analizar las manifestaciones que el trabajador viene a realizar por dos medios: por un lado, correo electrónico dentro de la empresa y, por otro, participación en comentarios dentro de una página web. Respecto al correo electrónico dirigido a la subdirección general de operaciones y al jefe de flota en el que se hace una queja formal «por haber sido destituido como comandante de aeronave» y por «no haber actuado por igual dentro de la responsabilidad orgánica a diferencia de otros casos», la sentencia confirma que la «libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. Nótese que tal crítica se encuentra por el momento dentro del

²⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, 21 abril 2010 (AS 2010\1854).

ámbito interno de la empresa y no tiene en esta fase repercusión a terceros». Además, «no cabe negar la libertad del trabajador para expresar a sus superiores que en su opinión hayan podido incurrir en responsabilidades administrativas o penales, ni puede lícitamente sancionarse esa manifestación con el despido; máxime si todo lo anterior se produce como una reacción a una sanción – la pérdida de la condición de comandante – que le ha sido impuesta y considera injusta». En suma, el malestar y la crítica vertidos en el ámbito interno de la empresa sobre cuestiones laborales y de funcionamiento de la empresa entran dentro del ámbito de la libertad de expresión sin traspasar sus límites, pues ni hay manifestaciones insultantes, ni propagación exterior, sean o no ciertas o correctas las críticas efectuadas. Respecto a los comentarios dentro de una página web, el trabajador despedido vino a afirmar que «como conocedor de un delito debo denunciarlo. Se atentó contra la seguridad de vuelo y de los pasajeros», denuncia irregularidades como «el incumplimiento de la prohibición de acceso a la cabina de vuelo por pasajero alguno, el abandonar un tripulante su puesto no por razones fisiológicas, y la realización por un tripulante de un vuelo de ida y vuelta Madrid-New York-Madrid, “como en los viejos tiempos” en contra de la normativa aérea; además recomienda abiertamente volar en una compañía con paz social y no en otra como la demandada que se halla en conflicto, añadiendo incluso que al volar los tripulantes con miedo a ser sancionados ello conduce irremediabilmente al accidente». Para el tribunal, la valoración judicial que merecen estos comentarios es que el trabajador «ya no se halla en uso de su libertad de expresión dentro de la empresa, sino que está transmitiendo al exterior opiniones que desprestigian a la empresa basadas en informaciones no debidamente contrastadas y que han resultado infundadas», según los cuales «no consta que durante el vuelo hubiera entrado un pasajero en la cabina (existía una fotografía del presidente de la compañía en la cabina pero no está acreditado que se hiciera durante el vuelo) y no era cierta la realización de un viaje de ida y vuelta por un mismo piloto. Recuérdese que el derecho a comunicar información veraz aunque no requiere una exactitud absoluta de lo afirmado, sí exige una comprobación razonable de las fuentes de las que proviene». No solamente se imputan graves irregularidades con quiebra de la seguridad en vuelo, no contrastadas, sino incluso delitos. El daño injustificado que se produce al honor y la imagen de la empresa es innegable, debido a las imputaciones que realiza el trabajador de forma pública y con trascendencia incluso penal, aparte de quebrantar la buena fe contractual por recomendar a las empresas de la competencia frente a su empleadora. Por último, «no cabe minimizar el alcance de la difusión con base en el alegado escaso conocimiento público de la página web en la que el actor vertió sus

comentarios, pues no se ha acreditado ese escaso alcance aunque sea una página especializada y en todo caso basta con que los interesados en el sector de la aviación hayan podido tener acceso a esas manifestaciones para considerar producido el daño a la empresa»²⁸.

4) Sin embargo, en otro caso también parecido en el que un trabajador publicaba una serie de comentarios en *Twitter*, considera el tribunal que debe aplicarse la teoría gradualista de la pena y la debida proporcionalidad entre la gravedad de una conducta y la sanción impuesta, lo que se sustenta porque no parece que los comentarios del trabajador hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos por el gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes. Además, se tiene en cuenta que no hay lucro personal y tampoco se acredita el daño ocasionado a la empresa. Y excepto el último en que se dice que los trabajadores están hartos de la opresión, no parecen especialmente injuriosos o calumniosos, sino que reflejan un trabajador indignado por causas que ni siquiera se concretan, en un contexto que parece que tiene un enmarque ciertamente explicable por la situación de conflicto laboral ante el cambio de la distribución de los servicios y agravamiento de las condiciones laborales. Y desde luego es una conducta injustificable pero que no llega a ser de gravedad extrema para merecer la sanción del despido, en un trabajador que en sus años de servicio no se le achaca amonestación alguna, y ello sin perjuicio de que pudo ser sancionada con una pena inferior²⁹.

5) En este otro caso se declara la nulidad del despido de una trabajadora por vulneración del derecho de libertad de expresión y del derecho a la libertad sindical. En concreto, la trabajadora vino a publicar en *Facebook* lo siguiente: «más que nunca convencida de que esto no es hostelería, esto es el cortijo de Pascual nada más por cómo actúa junto a su séquito de palmeros [...]. La gente no conoce ni de lejos lo que es la dignidad, me parece tremendo que haya compañeros de trabajo que apoyen a este tipo de empresario que lo único que hace es destruir empleo estable a cambio de trabajo precario, a fin de que los trabajadores no puedan pedir sus derechos. Pero lo triste de todo esto es que los palmeros del empresario saben perfectamente la realidad de lo que hay en esta empresa y son compañeros de ETT, que no pueden protestar que no tienen horarios y que viven pendientes de un teléfono. Vergonzoso que la clase obrera se preste a este tipo de pantomimas»³⁰.

²⁸ STSJ Madrid 16 diciembre 2013 (AS 2014\113).

²⁹ STSJ Navarra 21 febrero 2014 (2014\101739).

³⁰ STSJ Andalucía, Málaga, 17 enero 2018 (JUR 2018\90541).

6) En relación con el derecho a la libertad de expresión se considera también el despido del trabajador procedente por publicar en *Facebook* el siguiente texto: «mirar la sinvergüenza de mujer [...]. Desayunando en el Toro en horario de trabajo, y es capaz la muy zorra de despedirnos [...] por ir a buscar un bocadillo al comedor de Repsol, se le tendría que caer la cara de vergüenza. Por desgracia en la viña del señor hay muchas mujeres que por las razones que se desconocen son capaces de joder a hombres, pues me quedo más tranquilo o me quedaré más tranquilo cuando la pille fuera del trabajo y le diga lo zorra que es, y que no tenemos que pagar si es una mala follada o si tiene un mal día, pero que sepa que nos ha jodido por lo menos mil euros porque le ha salido del coño. Siento las palabras utilizadas, pero esa cosa no merece menos. Es una zorra»³¹.

7) Igualmente, se declara el despido de la trabajadora procedente por publicar una serie de textos como los siguientes en *Facebook*: «voy a ser sincera. Me repugna [...] me da asco. Me indigna enormemente [...] cuando la que dice llamarse gerente de una empresa con un servicio público como es el tan digno y hermoso que prestamos [...] el ayudar a personas dependientes [...] ese ser que pretende ser jefa y no es más que una pura dictadora que maltrata a sus empleados negándoles el derecho no solo del cobro de sus salarios a tiempo [...] sino de todo lo básico mira para su ombligo de oro podrido no administrando (y valga la redundancia) ese dinero de todos para enriquecimiento de unos pocos. Y me siento orgullosa de todos mis compañeros [...] que aun pasándolo bastante mal y teniendo que mendigar a amigos y familiares dinero para que puedan comer sus hijos [...] van todos los días al trabajo responsabilizándose de su labor como profesionales que son. Un abrazo a mis compañeros y una patada en el culo al resto de esta pirámide de mafiosos». Y una serie de publicaciones en las que insulta a la gerente con expresiones como maltratadora, déspota, dictadora, psicópata, arrogante, corrupta, asquerosa, con locura de poder, etc. Lo que se acompaña de una entrevista en la radio en el que manifestó que «existe maltrato psicológico terrible por ambas partes, tanto por la empresa como por la Administración pública». Ante lo ocurrido, el tribunal concluye que la trabajadora se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho de libertad de expresión, incurriendo en una intromisión ilícita en el área jurídicamente protegida de la gerente, lo que, en versión inglesa sería calificable de *trespass*. Además, el hecho de que la trabajadora «se ampare en su condición sindical no desvirtúa la evidencia de que utilizó expresiones insultantes y descalificadoras y ambos derechos el de libertad sindical y el de libertad de expresión deben armonizarse, de tal manera que la actora

³¹ STSJ Cataluña 6 noviembre 2015 (JUR 2015\301558).

individualmente o el sindicato, en su caso, pudieron actuar en los términos previstos por el Ordenamiento Jurídico, sin que sea aceptable, amparándose en una situación laboral conflictiva, recurrir al insulto o descalificación personal. Una cosa es utilizar expresiones que molesten, inquieten o perturben y otra dejarse llevar por el insulto o la descalificación, donde la dignidad resulta afectada de forma incompatible con el ordenamiento jurídico»³².

8) Se considera procedente el despido disciplinario del trabajador que, entre otros hechos, en *Facebook* publicó lo siguiente: «el servicio de ayuda a domicilio en Cádiz está en manos de inútiles integrales del primero al último [...]. Los trabajadores y usuarios merecen algo mejor [...]. Hay que municipalizar este servicio ya. Auxiliares a domicilio necesitan gente responsable preparada [...]. No insensibles víboras mentirosas descorazonadas, presas del enchufismo el amiguismo y el corporativismo sus mejores aliados, trabajadores y trabajadoras pelearán pronto por un sindicato a su altura. Por sus derechos y los de los enfermos ánimo y confianza». Para el tribunal, en el presente caso se han excedido los límites de la libertad de expresión que al igual que la libertad de información ha de ponderarse con el respeto a la dignidad y el honor de quienes integran la empresa también amparados constitucionalmente, dado que, los comentarios ofensivos y difamatorios con graves insultos y descalificaciones hacia los directivos de la empresa y compañeros de trabajo, se han vertido por el trabajador a través de su perfil de Facebook, provocando una rápida y extensa difusión de los mismos, que merece la calificación de falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza subsumible en el despido disciplinario³³.

9) En este otro supuesto en el que también están involucradas las nuevas tecnologías (*Facebook*), la trabajadora vertió expresiones por escrito con publicidad en las cartas abiertas al Alcalde y al resto del Equipo de gobierno. Cartas en las que utilizaba expresiones tales como que la trabajadora está sufriendo «acoso y derribo», que se le ha intentado amonestar, que le han ninguneado y decapitado, que «el fabuloso comunicado del alcalde», que las afirmaciones «suenan a película», las «mentiras que os habéis atrevido a publicar», que la persona que le ha sustituido le «ha suplantado la identidad», «este ayuntamiento se ha convertido en una mafia», he podido «sentir a mi alrededor la presión política», «además de pisotear el talento y las ilusiones que dejen de mentir y manipular». Efectivamente, la actora reconoció la autoría de las cartas, así como las expresiones contenidas en la misma en

³² STSJ Murcia 26 abril 2017 (AS 2018\415).

³³ STSJ Andalucía, Sevilla, 8 junio 2017 (JUR 2017\231667).

base a su derecho a la libertad de expresión. Para el tribunal, teniendo en cuenta que las expresiones proferidas no afectan a la dignidad humana, ni al honor, ni siquiera a la consideración pública que se tenga de la persona o del grupo, la trabajadora se ha limitado a llevar a cabo una opinión personal en ningún momento negada por su propia autora, por lo que, en consecuencia, dichas expresiones ni son ofensivas ni merecen la sanción del despido. Es por ello que el despido así producido ha de configurarse como improcedente³⁴.

10) Por otro lado, se declara procedente el despido disciplinario del trabajador que realizó una serie de grabaciones en el interior de las instalaciones de la entidad, llevando el uniforme de trabajo en el que aparece el nombre y el logo de la empresa, realizando gestos de baile, así como gestos con el dedo corazón alzado de ambas manos, dirigiéndolos a la cámara, y subido a una cinta de transporte de alimentación en funcionamiento. Posteriormente el trabajador decide editar un video con dichas imágenes, remitiéndolo por *Whatsapp* a un grupo de amigos y colgándolo en la red social *Facebook*, en abierto y, por tanto, sin restricciones para el visionado por los distintos usuarios de dicha aplicación, acompañando a la reproducción del citado vídeo el siguiente texto: «cuando el jefe pregunta, ¿quién viene a trabajar en agosto? Esto es lo que yo respondo» Apareciendo sobrescrito en el vídeo la expresión «hasta septiembre hijos de puta». El trabajador, tras tener conocimiento de la incoación de expediente disciplinario por parte de la empresa, procedió a bloquear la emisión del video en la red social *Facebook*. A todo lo anterior, se le acompaña una serie de incumplimientos de medidas de prevención de riesgos laborales. Para el tribunal, todo ello son infracciones laborales con suficiente entidad para un despido disciplinario³⁵.

11) Por lo que se refiere a la ilegítima intromisión e intervención de conversaciones privadas, cabe decir que la prueba documental aportada por la empresa (transcripción de un *WhatsApp*) no se ha efectuado vulnerando el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y ello por cuanto que el conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por la revelación de la otra interlocutora, o sea que una de las intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa³⁶. Al respecto, a la vista de la jurisprudencia, los denominados “pantallazos” son admitidos como medio de prueba en todos los órdenes jurisdiccionales, ya se trate de capturas de pantalla del contenido de los mensajes transmitidos a través de

³⁴ STSJ Andalucía, Granada, 30 junio 2016 (JUR 2017\49116).

³⁵ STSJ Madrid 18 abril 2018 (JUR 2018\168130).

³⁶ *Idem*.

redes sociales o mediante la exhibición del terminal utilizado³⁷.

12) En este otro supuesto, para determinar si las declaraciones que hizo el actor a través de su cuenta de red social *Facebook* superan los límites de la libertad de expresión, debe atenderse a que el actor ha venido a criticar las elevadas retribuciones que percibían algunos directivos de la empresa que no se justificaban a su modo de ver con la situación de crisis por la que estábamos pasando, como igualmente criticaba la supresión a la escuela de música de las becas o la extinción de los contratos de trabajo de trabajadores. Además, reclamaba a través de este mismo medio más transparencia, que se publicaran las retribuciones y se investigaran las contrataciones del coro, dado que se había hecho determinadas contrataciones de ciertos personajes públicos que de entrada carecían de cierta justificación. Es cierto que junto con a todo ello, también se llegó a calificar a ciertos directores de la fundación de mafiosos y que también profirió frente a esto todo tipo de expresiones sacadas de contexto y mal sonantes, pero para este tribunal, con la finalidad de determinar si todo ello ha superado los límites que otorga el derecho de libertad de expresión, también es preciso tener en consideración la situación en la que se encontraba el trabajador, el momento y las circunstancias en la que se llevaron a cabo, pues una misma palabra, acto o gesto puede revestir la máxima gravedad en una determinada situación y carecer de esta en muchas otras. En definitiva, lo que se debe valorar es si las mismas tenían o no un claro ánimo de injuriar o por el contrario si se hicieron con el simple ánimo de crítica o denuncia. Y, en este sentido, no puede olvidarse cuál fue el instrumento del que se sirvió el trabajador para realizarlas, ni tampoco que en ningún momento identificó a las personas frente a los que imputaban una serie de conductas que a su juicio merecían los calificativos que señalaba. Si además se tiene en cuenta que la empresa donde trabaja el actor es una fundación que se nutre principalmente de fondos públicos y que, por tanto, debe soportar una mayor cuota de crítica que una empresa privada, o que ningún perjuicio se le ha producido, o que las críticas se publicaron en su perfil personal de *Facebook* de acceso limitado, o que en relación a la denuncia sobre cierta contratación es cierta, «se puede concluir que el conjunto de las manifestaciones y críticas, siendo eso si exageradas, desagradables y sobre todo poco afortunadas y sin duda reprochables moralmente, no superan los límites que hemos descrito y por tanto hay que considerarlas realizadas en el ejercicio del legítimo derecho de libertad de expresión en el que se queda incluido el derecho a criticar a quien le han

³⁷ F.A. CASTILLO BLANCO, *Grupos de Whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, n. 200.

negado varias veces su reincorporación a su anterior puesto de trabajo desde su situación de excedencia, a quien ve como se contrata a otras personas sin aparente justificación, o a quien según parece y a su juicio no cumple con los mínimos de transparencia e integridad que como empresa que se nutre de fondos públicos corresponde»³⁸. Sin perjuicio de lo anterior, en este sentido, nos llama la atención que este tribunal no considere injurioso o suficientemente ofensivos términos y expresiones como “mafiosos”, “corruptos” y “cobrarse favores”. Y, asimismo, tenga en consideración que al tratarse de una fundación que se financia con fondos públicos deba someterse a una exposición y crítica mayor³⁹.

3. La doctrina jurisprudencial en la videovigilancia de puesto físico y el control del correo electrónico

Comencemos haciendo referencia al control del correo electrónico del trabajador. Lo cierto es que para controlar el correo electrónico del trabajador, con las últimas y recientes sentencias del TEDH⁴⁰, la doctrina que impera es aquella que confirma que no solo se requiere la prohibición expresa de uso personal del mismo sino que hace falta algo más: una advertencia clara y previa al control (principio de transparencia), que afecte a la intimidad o al secreto de la comunicación en la menor medida posible (principio de proporcionalidad), tanto en lo que respecta a la intensidad del control como a los medios técnicos utilizados para ello (principio de minimización)⁴¹. La jurisprudencia parte de la sentencia del TEDH de fecha 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*, y que, en suma, entiende que no se transgrede el derecho a la intimidad del trabajador cuando el control de los dispositivos electrónicos de la empresa (incluido el correo electrónico otorgado al trabajador y que transponemos a las videograbaciones⁴²) cuente con el conocimiento del empleado o se encuentre expresamente previsto en ley. Criterio completado con la

³⁸ STSJ Cataluña 3 marzo 2016 (JUR 2016\94299).

³⁹ A. NAVARRO SERRANO, *Redes sociales y libertad de expresión: ¿puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, n. 8.

⁴⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *El control empresarial del correo electrónico del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, pp. 133 ss.

⁴¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2019, n. 16, p. 114.

⁴² J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *La grabación o videovigilancia de la empresa*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, n. 76.

sentencia del TEDH (Gran Sala) de fecha 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu II*⁴³, donde se reconoce que, a pesar de las instrucciones otorgadas por la empresa a los trabajadores sobre el uso y disfrute de los dispositivos electrónicos, se debe examinar si el empleado fue advertido antes de la vigilancia que iba a llevarse a cabo en las comunicaciones electrónicas de su correo institucional (es necesario un aviso previo antes del comienzo de la supervisión), sin que la empresa pueda provocar una intromisión importante en la vida privada del trabajador y valorando si existen vías menos invasivas para ello⁴⁴.

Así, el TEDH concreta que las autoridades nacionales deben de evaluar si la medida empresarial supera el siguiente test⁴⁵:

- si existió información previa y clara a los trabajadores de las medidas de control que pueden utilizarse, de su alcance y de su puesta en práctica;
- el grado de fiscalización empresarial y su extensión, tanto temporal como material (si se ha examinado la totalidad o solo parte de las comunicaciones);
- si existen argumentos legítimos que justifique el control, monitorización o la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a las mismas por tratarse de una medida invasiva e intrusiva;
- si existen otras medidas y medios alternativos menos agresivos y más respetuosos con la vida privada del trabajador y demás derechos fundamentales;
- de qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente, si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida;
- si se respetan determinadas garantías para el trabajador de manera que, si se accede al contenido de sus comunicaciones, el mismo haya sido previamente notificado.

Por otro lado, siguiendo la estela del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), extiende su ámbito de aplicación a las relaciones laborales y funcionariales en las cuales, aunque con alguna matización, rigen los principios y garantías de la protección de datos, que

⁴³ TEDH 5 septiembre 2017, caso *Barbulescu c. Rumania*.

⁴⁴ *Vid.* M.E. CUADROS GARRIDO, *La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, n. 11.

⁴⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, pp. 117-118.

deben de ser respetados por la Administración como responsable del tratamiento: consentimiento, licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva. A los citados parámetros se le unen una serie de salvaguardas de la persona que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los postulados genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición⁴⁶. Asimismo, la citada ley establece límites en el ejercicio del poder de supervisión empresarial para proteger, entre otros aspectos: el derecho de la intimidad de los trabajadores y empleados públicos tanto en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) o también a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), sin dejar de mencionar la posibilidad de desconexión del trabajador o empleado público para respetar sus tiempos de descanso (art. 88)⁴⁷. No obstante, la norma no resuelve todos los problemas existentes, lo que obliga a seguir realizando una labor de integración entre, por un lado, el marco jurídico compuesto por la ley y el Reglamento de aplicación directa y obligatoria, pudiendo ser invocado en todo tipo de relación pública o privada⁴⁸; y, por otro, el propio EBEP (arts. 53.1 y 20.2 EBEP en relación con el arts. 14 y 87.1 LOPDyGDD). En relación al correo electrónico u otras formas de comunicación, de conformidad con la doctrina, ya no está implicado sólo el derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos, sino que también queda afectado el secreto a las comunicaciones, sin que pueda quedar explicado mediante las facultades que se le atribuyen a la Administración en relación con sus empleados⁴⁹.

En suma, para que el control o grabación al trabajador por parte del empresario sea legítimo, primero, debe superarse el test de transparencia respecto a la información previa otorgada al afectado; segundo, debe

⁴⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, pp. 19-62, pp. 19 ss.

⁴⁷ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, [Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos](#), cit., p. 113.

⁴⁸ J. GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018, p. 15.

⁴⁹ A. DESDENTADO BONETE, E. DESDENTADO DAROCA, *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 1, pp. 19 ss.

superarse la cuestión relativa a la finalidad debiendo existir un motivo válido para su fiscalización; y, tercero, el principio de proporcionalidad en lo que se refiere a la preferencia de controles menos invasivos frente a los más intrusivos, siempre y cuando exista una opción real y no una mera comodidad o conveniencia empresarial⁵⁰. Por tanto, se requiere la advertencia previa de control o grabación, que la misma sea clara, que existan motivos reales para la realización de la monitorización, y que con tal finalidad se utilicen aquellos medios que sean menos intrusivos para respetar la intimidad del trabajador⁵¹.

No obstante, después del caso *Barbulescu II*, se han dictado varias sentencias en las que se vuelve a poner el foco de atención en la solución otorgada. Nos referimos, primero, a la sentencia del TEDH, de fecha 22 de febrero de 2018, en el asunto *Libert c. Francia*. En esta sentencia, y sustentándose en derecho francés, de manera dudosa, se confirma que en el control del ordenador del trabajador, al haberse localizado por el sustituto del mismo material pornográfico y presuntas falsificaciones de documentos que no tenían que ver con la actividad laboral, la actuación empresarial fue legítima porque el derecho francés permite la compatibilidad entre la intimidad con la potestad empresarial de acceder a los ficheros profesionales del trabajador, aún en su ausencia, siempre y cuando este no identifique los ficheros como privados. En suma, en esta última sentencia, el TEDH (en comparación con el caso *Barbulescu II*) ya no se muestra igual de decidido en la protección del trabajador frente al control empresarial, sustentándose – con argumentos bastante débiles – en el derecho interno francés⁵². La valoración de este caso se hace desde un punto de vista crítico pues creemos que los argumentos jurídicos utilizados para fallar en tal sentido son algo débiles y contradictorios.

Llegamos así a la reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 17 de octubre de 2019 (caso *López Ribalda II y otros c. España*), que cambia el fallo de la sentencia del caso *López Ribalda I*. Y respecto a la más reciente de las sentencias, localizamos ya importantes referencias doctrinales. Para el prof. Molina Navarrete⁵³, el problema es que

⁵⁰ C. MOLINA NAVARRETE, *El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, pp. 287 ss.

⁵¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, cit., p. 118.

⁵² L. MELLA MÉNDEZ, *El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 11, pp. 1198 ss.

⁵³ C. MOLINA NAVARRETE, *Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia*, en *CEF – Laboral Social*, 18 octubre 2019.

el TEDH «llega a una conclusión opuesta a la de su sentencia de 9 de enero de 2018. Con los mismos mimbres – de hecho y de derecho – dijo lo contrario». Y continúa señalando que «con ello parecía licuar la “sólida” doctrina de un buen número de tribunales superiores que, a su vez, seguían al Tribunal Supremo que, a su vez, vivía a la estela de la sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016 (que parece resistir al tiempo, dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia – STSJ del País Vasco 1431/2019, de 16 de julio; lo duda, cómo no, la STSJ de Cataluña 2842/2019, de 4 de junio –). Entonces quien sonrió fue la abogacía de trabajadores, que hallaba un “sólido” asidero a las demandas anulatorias – recurrentes – de medidas de este tipo. Pero la alegría va por barrios y ahora “sonríe” la abogacía de empresas, que respira aliviada sabiendo que la Gran Sala del TEDH respalda sus prácticas de control por cámara oculta; eso sí, si se dan ciertos requisitos – que ahora convergen con el test Barbuлесcu –, puesto que, por supuesto, no es una patente de corso». Y concluye confirmando que «la sentencia del TEDH llega cuando el Tribunal Constitucional español parece decantar una doctrina más garantista, prohibiendo como regla la vigilancia por cámaras ocultas (STC 25/2019, de 25 de febrero, que aunque refiere al ejercicio de la profesión periodística, su doctrina sirve con carácter general, también para las relaciones de trabajo)». Para el prof. Rojo Torrecilla⁵⁴, esta sentencia «no se aparta de los criterios generales fijados en la conocida como Barbuлесcu II». Señala la importancia de esta nueva sentencia, afirmando que «no hay duda de que introduce consideraciones jurídicas que militan a favor de un mayor poder empresarial en el control del trabajo de las personas trabajadoras en la empresa. Y al mismo tiempo, no hay duda de que sigue manteniendo la obligación de respetar escrupulosamente la doctrina Barbuлесcu II para que ese control pueda ser considerado conforme a derecho, con lo que sigue habiendo un amplio campo de interpretación para los juzgados y tribunales cuando se planteen casos semejantes». En suma, «la Gran Sala no ha dado barra libre al control empresarial ni ha desmantelado la protección de la privacidad de la persona trabajadora en la empresa que queda plenamente incluida dentro del art. 8 del CEDH y por supuesto, en el caso español, de la normativa vigente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales».

Para el letrado González Espada (abogado que ha ejercido la defensa

⁵⁴ E. ROJO TORRECILLA, *Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia “López Ribalda” de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbuлесcu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 23 octubre 2019.

jurídica de las trabajadoras despedidas del supermercado)⁵⁵, «de un modo mucho más matizado de lo que sugieren algunos titulares periodísticos profundamente inexactos, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que la utilización de sistemas de videovigilancia mediante cámaras ocultas en los centros de trabajo de cuya existencia no se haya informado a los trabajadores podría no vulnerar el derecho a la intimidad y la privacidad en determinados supuestos excepcionales». Sobre el contenido de *López Ribalda II*, el abogado confirma que «dista mucho de ser un aval al uso indiscriminado y no informado de cámaras ocultas como medio adecuado de control de la prestación laboral o protección del propio patrimonio. A criterio del Tribunal con sede en Estrasburgo, la obligación por parte de las empresas de informar con antelación a los trabajadores de la eventualidad de verse sometidos a mecanismos de videovigilancia se mantiene plenamente vigente y constituye una garantía necesaria para preservar el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y desarrollado en numerosa legislación comunitaria y estatal». Sin embargo, frente a esta norma general de obligado seguimiento, el TEDH estima que «se puede admitir la omisión del deber de información que liga a las empresas en aquellos supuestos excepcionales en los que existan “sospechas razonables” de la comisión de “actos ilícitos o infracciones graves” que afecten severamente “a los intereses de la empresa” y “siempre que no haya medios alternativos menos intrusivos”. Es decir, en ningún caso admite el TEDH, como algunos pretenden hacer creer, que sea lícito utilizar cámaras ocultas sin informar a la plantilla como medida preventiva o mecanismo de control habitual de la prestación laboral sino que, únicamente, se admite su uso cuando existan indicios fundados de la comisión de actos graves que solo puedan ser revelados a través de estos mecanismos, correspondiendo siempre a los tribunales nacionales valorar si la medida es proporcionada y razonable». Por tanto, son los tribunales los que deberán analizar en el caso concreto si las áreas sometidas a grabación son o no merecedoras de protección. Concluye el letrado afirmando que «el problema no radica en el texto de *López Ribalda II* sino en el contenido excesivamente laxo de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales que exonera de culpa a las empresas infractoras a condición de que las cámaras ocultas sirvan para acreditar cualquier acto ilícito. En esa definición caben demasiadas cosas, incluidos comportamientos de muy escasa incidencia sobre el interés de la empresa. Eso es precisamente lo que

⁵⁵ COLECTIVO RONDA, *Caso Mercadona: límites al control empresarial*, en *Colectivo Ronda*, 21 octubre 2019.

matiza el TEDH. No puede justificarse instalar cámaras sin informar de ello para prevenir cualquier ilícito. Han de ser comportamientos graves y las sospechas deben ser fundadas sobre la existencia de indicios suficientes».

En el mismo sentido, el prof. y abogado Vidal López reconoce que, «a pesar de las sospechas razonables del empleador, el TEDH no legitima una videograbación con cámaras ocultas de carácter ilimitado, sino que la validez de su instalación y de las pruebas que puedan obtenerse dependerá de si se supera o no el juicio de constitucionalidad (medida proporcional, necesaria e idónea)»⁵⁶.

En definitiva, los titulares leídos en prensa en los que se anunciaba que el TEDH avalaba que se grabara a los trabajadores de los supermercados no es verdaderamente cierto. Lo cierto es que, en la sentencia del TEDH de fecha 9 de enero de 2018 (asunto *López Ribalda I*), se declaraba que la medida adoptada por el supermercado Mercadona de instalar cámaras de grabación no superaba el juicio de proporcionalidad por dos motivos principales: el primero, en relación con la Ley Orgánica de Protección de Datos, por no informarse a los trabajadores de la instalación de las cámaras ocultas; y, el segundo, por el carácter indiscriminado de la grabación, ya que la misma afectaba a todos los trabajadores del supermercado, abarcando la totalidad de la jornada y extendiéndose en el tiempo por varias semanas. Sin embargo, en la reciente sentencia del TEDH de fecha 17 de octubre de 2019 (caso *López Ribalda II*), la Gran Sala, manteniendo la misma fundamentación jurídica anterior, llega a la conclusión contraria. En otros términos, para el TEDH ha existido una justificación evidente que permitía a la empresa tomar la decisión de grabar en su supermercado dado que existían sospechas razonables de irregularidades graves que estaban suponiendo importantes pérdidas para el empresario. No estamos, por tanto, ante una mínima sospecha o una mera suposición (en estos casos, reiteramos, no se podrá grabar). Para el tribunal la instalación del circuito de videograbación ha superado el test de proporcionalidad porque existían sospechas razonables de las irregularidades que se estaban cometiendo, lo que termina por justificar la instalación de las cámaras. Al final, nos encontramos ante un problema de interpretación de cuestiones fácticas, más que de fundamentación o sustento jurídico.

Como recomendación a aquellos empresarios que quieran instalar un circuito de videovigilancia, se advierte de que, dado que la imagen de la persona es un dato de carácter personal, la empresa deberá de informar, de manera previa, de la instalación de las cámaras a los empleados.

⁵⁶ P. VIDAL, [*¿Qué ha dicho el Tribunal de Derechos Humanos sobre las cámaras ocultas para vigilar empleados?*](#), en *Jurista Enloquecido*, 21 octubre 2019.

Concretamente, la LOPD se refiere a la obligación de informar a los afectados de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. Por tanto, sí es posible instalar cámaras para el cumplimiento de la plantilla con efectos preventivos o para detectar irregularidades o incumplimientos por parte de los trabajadores (también transportable a los supuestos de monitorización de los ordenadores o notificaciones electrónicas de la empresa), pero, y así se aconseja, cumpliendo varios requisitos:

- informar a los trabajadores de que van a ser grabados o controlados por videovigilancia. Para ello se recomienda colocar un distintivo visible en el que se avise de la instalación de las cámaras y de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal (de conformidad con la normativa ya mencionada). Igualmente, y para ser más prudentes, se recomendaría la notificación individual a cada trabajador y, en los contratos que se firmen con nuevos trabajadores, incluir una cláusula concreta en la que se informe expresamente de este contenido;
- avisar a los trabajadores de que las grabaciones o la videovigilancia puede ser utilizada también para justificar incumplimientos laborales. Para ello se recomienda incluir una nota informativa en la misma notificación individual de cada trabajador, así como también incluirlo en los nuevos contratos que se firmen entre la empresa y trabajadores.

¿Y qué ocurre si no se informa o avisa a los trabajadores de manera preventiva? En caso de que los trabajadores demanden al empresario serán los tribunales los que decidirán, caso por caso, si se supera el juicio de proporcionalidad. Para superar el juicio de proporcionalidad cuando se está grabando o monitorizando a los trabajadores se realizan las siguientes recomendaciones:

- que la cámara o el circuito de grabación esté instalada durante unos pocos días, los necesarios para permitir confirmar las sospechas de los incumplimientos o irregularidades existentes por el trabajador;
- igualmente, la cámara o el circuito de grabación deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha (recordemos que deben ser sospechas razonables). Con dichas finalidades se recomienda que la instalación la realice una empresa externa y de prestigio para que pueda certificar ambas recomendaciones con la finalidad de que las pruebas puedan considerarse lícitas y terminen superando el juicio de proporcionalidad;
- la grabación o videovigilancia también deberá superar la idoneidad necesaria del juicio de proporcionalidad. Esto significa que dicha grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la

irregularidad que se pretende evitar y de la que se tiene sospechas razonables (no caben meras sospechas o intuiciones, pues es evidente que tales justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad). Para el cumplimiento de dicha finalidad se recomienda su acreditación mediante cualquier tipo de documento que permita verificar estas sospechas razonables. Por ejemplo: una auditoría de tienda que permita verificar que, entre el dinero de caja y los productos disponibles, no hay un encuadre correcto (a ser posible, también realizada por empresa externa);

- la grabación o videovigilancia también deberá ser necesaria. Esto significa que no haya sido posible adoptar cualquier otra medida que fuera menos lesiva para la intimidad del trabajador. Con dicha finalidad se recomienda valorar diferentes opciones y medidas a tomar, incluso por empresas profesionales externas al propio empresario que se va a ver obligado a realizar la grabación o videovigilancia sin informar a los trabajadores. Una vez más, es recomendable derivar el encargo en profesionales del sector o empresas externas para que así lo puedan acreditar en juicio.

En lo que respecta a los correos electrónicos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, se recomienda a las empresas que vengan a realizar planes o protocolos de actuación en los que se confirmen las siguientes cualidades⁵⁷:

- se establezcan reglas empresariales de uso del correo corporativo prohibiéndose el uso del mismo para temas personales (no obstante, no puede entenderse que, por el mero hecho de la prohibición de un uso no profesional, ya puede el empresario controlar el correo);
- se les informe expresamente de las reglas del uso del correo corporativo;
- se les informe de la existencia de medidas de control del correo y de que se podrá acceder al contenido del mismo de manera selectiva y proporcionada al fin perseguido, lo que vendrá a eliminar cualquier expectativa razonable de confidencialidad⁵⁸ (en este sentido, también es conveniente su aparición en convenio colectivo, aunque parte de la doctrina viene a rechazar que así se supere el juicio de proporcionalidad puesto que las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser respetadas por el convenio colectivo sin que el mismo pueda invalidar algún derecho fundamental como, por ejemplo, el secreto de las

⁵⁷ J. LAHERA FORTEZA, *Nueva vuelta de tuerca sobre el control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores*, en *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2017, n. 128, p. 72.

⁵⁸ D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Facultades de la empresa de vigilar el correo electrónico del trabajador*, en *Capital Humano*, 2019, n. 346, p. 1.

- comunicaciones del art. 18.3 CE⁵⁹);
- se valoren, antes de la apertura o análisis de los correos corporativos, la selección de otras medidas de carácter menos intrusivo.

4. Balance y perspectivas: una serie de reflexiones a modo de conclusión

Es doctrina pacífica que el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto las apreciaciones, creencias y/o juicios de valor subjetivos y personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se quiere transmitir (aunque resulten molestos o hirientes). Así pues, el Tribunal Constitucional nunca ha distinguido entre pensamientos, ideas y opiniones, ni ha tratado dichas nociones como si fueran categorías diferenciables entre sí; pero lo que nunca ha protegido el Tribunal Constitucional ha sido el derecho al insulto. De la jurisprudencia puede extraerse como una especie de “escala” de protección en el que localizamos opiniones o críticas hirientes, informaciones intrascendentales, errores informativos, etcétera. Son supuestos en los que habrá que estar al caso concreto para analizar si hemos superado esos límites constitucionales. Pero una cosa es clara en este sentido: cuanto más nos acerquemos al insulto y a la mentira, menor será la tutela constitucional del contenido del mensaje en confrontación con otros derechos y bienes constitucionales. Por el contrario, cuanto más se acerque el contenido del mensaje a los valores constitucionales objeto de protección (a los que nos hemos referido a lo largo de este texto), mayor será la protección dispensada por nuestros tribunales. Al hilo de lo anterior, los tribunales se encuentran obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias que concurren en el caso que examinan, si la conducta encuentra protección en el derecho fundamental a la libertad de expresión. Pero, por otro lado, cuando esa libertad de expresión es empleada a través de las nuevas tecnologías, en especial, las redes sociales, la persona que lo expresa debe ser “cuidadosa” en el sentido de que posee un tiempo de meditación y reflexión para proferir y verbalizar lo que quiere expresar, lo que se convierte en un aspecto con el que considerar y medir la gravedad del comentario realizado en un mundo globalizado, lo que debe ponerse en plena vinculación con el medio utilizado; así, la persona que lo publica en

⁵⁹ M. SEPÚLVEDA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites*, en *Temas Laborales*, 2013, n. 122, p. 210.

una red social es plenamente consciente de la repercusión, globalización y difusión que puede llegar a tener las expresiones empleadas, por lo que no puede tener ninguna expectativa de confidencialidad, aun cuando se limite y restrinja la privacidad de la red utilizada⁶⁰.

Respecto al problema de la grabación o monitorización por sistemas tecnológicos, lo que está claro de todo este análisis doctrinal y jurisprudencial es que, para determinar si se ha producido la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, se deberá estar al caso concreto debiendo efectuarse un análisis detallado, un estudio particular del caso en el que se revise si la medida empresarial (de grabación, acceso a sistemas periféricos, lectura de contenido de correos corporativos, etcétera) desarrollada y ejecutada bajo la tutela de los poderes empresariales, tiene justificación suficiente, necesaria y proporcionada en un sentido u otro (conforme el test de proporcionalidad o legitimidad). Sea como fuese, en la aplicación del test de proporcionalidad al caso concreto, se debe ser consciente de que, en algunas ocasiones, el mismo estará claro y, en otras, sin embargo, se generarán dudas, debiendo asumirse la existencia de tintes o criterios subjetivos por una u otra parte. Concluimos este texto haciendo un llamamiento a una oportuna regulación legal que permita cerrar la problemática del control del correo electrónico y/o la grabación/vigilancia del trabajador mediante cámaras visibles y ocultas⁶¹; en definitiva, la regulación de las nuevas tecnologías y los poderes empresariales (más ahora con el teletrabajo). Una regulación legal que permita la convivencia y mesurada limitación de los derechos afectados y que logre cerrar las controversias jurídicas que se han abierto en pro de una mayor seguridad jurídica de la relación laboral; por tanto, debe reivindicarse el papel protagonista del legislador en este ámbito junto con la función complementaria de la autorregulación de las partes implicadas⁶².

⁶⁰ E.E. TALÉNS VISCONTI, *Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 23; E.E. TALÉNS VISCONTI, *Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet: comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, n. 35.

⁶¹ A.V. SEMPERE NAVARRO, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho*, 2010, n. 11, pp. 260-262 y 285-286.

⁶² F. PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, M.A. GARCÍA RUBIO, *El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196, p. 53.

5. Bibliografía

CASTILLO BLANCO F.A., *Grupos de Whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, n. 200, pp. 11-50

COLECTIVO RONDA, [Caso Mercadona: límites al control empresarial](#), en [Colectivo Ronda](#), 21 octubre 2019

CUADROS GARRIDO M.E., *La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, n. 11, pp. 129-146

DEL REY GUANTER S., *Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, La Ley, 2016

DESDENTADO BONETE A., DESDENTADO DAROCA E., *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 1, pp. 19-39

GARCÍA MURCIA J., *Los “usos laborales” de las libertades de expresión e información*, en T. SALA FRANCO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, E. BORRAJO DACRUZ (coords.), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, 2003

GOÑI SEIN J., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018

GUINDO MORALES S., *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva: Apartado D) Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

GUINDO MORALES S., *Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 53

GUINDO MORALES S., *Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 6, pp. 504-515

LAHERA FORTEZA J., *Nueva vuelta de tuerca sobre el control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores*, en *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2017, n. 128, pp. 70-72

LÓPEZ BALAGUER M., [Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?](#), en [Temas Laborales](#), 2019, n. 146, pp. 95-120

MELLA MÉNDEZ L., *El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 11, pp. 1198-1219

MOLINA NAVARRETE C., *Abora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insostenible «liquidez» de la jurisprudencia*, en *CEF – Laboral Social*, 18 octubre 2019

MOLINA NAVARRETE C., *El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, pp. 287-297

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *El control empresarial del correo electrónico del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, pp. 133-159

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *La grabación o videovigilancia de la empresa*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, n. 76

NAVARRO SERRANO A., *Redes sociales y libertad de expresión: ¿puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, n. 8, pp. 159-164

ORTEGA LOZANO P.G., *Otros derechos o principios constitucionales que se proyecta en la relación laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

ORTEGA LOZANO P.G., GUINDO MORALES S., *Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 225, pp. 77-114

PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003

PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL F., GARCÍA RUBIO M.A., *El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196, pp. 41-54

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2019, n. 16, pp. 110-127

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, pp. 19-62

RODRÍGUEZ-PINERO ROYO M., *Libertad de expresión*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

ROJAS RIVERO G.P., *Libertad de expresión y de información*, en A.P. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015

ROJO TORRECILLA E., [Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia "López Ribalda" de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 \(y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017\)](#), en www.eduardorojotorrecilla.es, 23 octubre 2019

SEMPERE NAVARRO A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho*, 2010, n. 11, pp. 259-287

SEPÚLVEDA GÓMEZ M., [Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites](#), en [Temas Laborales](#), 2013, n. 122, pp. 197-214

TALÉNS VISCONTI E.E., *Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 23, pp. 66-79

TALÉNS VISCONTI E.E., *Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet: comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, n. 35, pp. 341-351

TOSCANI GIMÉNEZ D., *Facultades de la empresa de vigilar el correo electrónico del trabajador*, en *Capital Humano*, 2019, n. 346

VALDÉS DAL-RÉ F., *Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 2, pp. 91-99

VALDÉS DAL-RÉ F., *La libertad de expresión e información en la Carta de Niza*, *ibidem*, 2014, n. 1, pp. 1-17

VALDÉS DAL-RÉ F., *La dimensión laboral de la libertad de expresión*, en *Relaciones Laborales*, 2004, n. 1, pp. 81-93

VIDAL P., [¿Qué ha dicho el Tribunal de Derechos Humanos sobre las cámaras ocultas para vigilar empleados?](#), en [Jurista Enloquecida](#), 21 octubre 2019

VILLAVEVERDE MENÉNDEZ I., *Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5: La libertad de expresión*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 584-585

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo