

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SINDICAL A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Acción sindical, nuevas tecnologías, jurisprudencia, negociación colectiva, privacidad

Los efectos positivos de las redes sociales corporativas para las empresas son trasladables a la acción sindical y constituyen un reto para avanzar en la democracia sindical. Ante la obsolescencia de la regulación legal, la doctrina jurisprudencial y las experiencias concretas dentro de la negociación colectiva y en los protocolos empresariales han sido la vía para concretar el derecho de información y comunicación a través de las TIC de la empresa en lo referente a los medios, la forma y límites en el ejercicio del derecho. En síntesis, la jurisprudencia ordinaria se orienta al reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica siguiendo los parámetros de enjuiciamiento establecidos por la doctrina constitucional: es obligación de la empresa mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, como contenido esencial de la libertad sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respete la proporcionalidad de sacrificios.

Por otra parte, el uso sindical de las TIC puede entrar en colisión con el derecho de los trabajadores a la protección de datos o libertad informática (art. 18.4 CE)

ABSTRACT

Key words: Trade Union action, new technologies, jurisprudence, collective bargaining, privacy

The positive effects of corporate social networks for businesses are ladders to the Trade Union action and constitute a challenge to advance trade union democracy. To the obsolescence of the legal regulation, the jurisprudential doctrine and concrete experiences in collective bargaining and business protocols have been via to realize the right to information and communication through ICT in the company in relation to the media, the form and limits on the exercise of the right. In short, the ordinary jurisprudence focuses on the recognition of the right to trade union action in the environment of electronic communication following the prosecution parameters established by constitutional doctrine: is the obligation of the company keep the Union the peaceful enjoyment of the instruments suitable for their trade union action, as the essential content of the freedom of Association, provided that such means exist, their use does not prejudice the purpose for which they were created by the company and respect the proportionality of sacrifices.

On the other hand, the Union use of ICT can enter in collision with the right of workers to the protection of data or computing freedom (art. 18.4 CE).

ÍNDICE

1. EL USO SINDICAL DE LAS TIC: UNA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA Y LA DEMOCRACIA SINDICAL
2. LA OBSOLESCENCIA DEL MARCO JURÍDICO Y SU CONTRADICCIÓN CON SU FINALIDAD PROMOCIONAL DE LA ACCION SINDICAL
3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC. LA STC 281/2005
4. LA JURISPRUDENCIA DEL TS: UNA LECTURA ‘CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA’ DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN SINDICAL
5. LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD EMPRESARIAL EN LOS CRITERIOS DE ACCESO SINDICAL AL USO DE LAS TIC
6. LA FISCALIZACIÓN EMPRESARIAL DEL USO DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS PARA LA ACCION SINDICAL
7. LA PRIVACIDAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE CONTENIDO SINDICAL
8. ACCION SINDICAL Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE DATOS. LA DOCTRINA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS (AEPD)
9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACION COLECTIVA
10. BREVE REFERENCIA A LA *LOI TRAVAIL* FRANCESA DE 2016 Y EL USO DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA

1. EL USO SINDICAL DE LAS TIC: UNA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA Y LA DEMOCRACIA SINDICAL

El desarrollo de los medios telemáticos y las redes sociales está afectando sustancialmente la gestión empresarial y la organización del trabajo en la empresa. Al mismo tiempo, ofrece importantes oportunidades a la acción sindical para renovar los instrumentos de información y comunicación con los trabajadores en los centros de trabajo. En esta temática el acento se ha puesto en la dimensión individual del uso de las TIC, especialmente en la problemática generada por la incidencia de las facultades empresariales de dirección, control y sanción por el uso de los medios telemáticos y redes sociales en los derechos constitucionales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de expresión e información de los trabajadores.

Pero también es relevante la dimensión colectiva. El desarrollo de las TIC tiene un impacto en la acción sindical de empresa amparada por el derecho constitucional de libertad sindical. Los medios telemáticos y las redes sociales permiten hoy una transmisión de información y una comunicación inmediata, simultánea o diferida en el tiempo, compartir información, opiniones, recursos. Las innovaciones amplían constantemente las posibilidades de las redes sociales corporativas a través de foros, blogs, links. Es cada vez más extendido el desarrollo empresarial de redes sociales corporativas con objetivos de facilitar la comunicación y la colaboración con los trabajadores, colaboradores

o proveedores¹. Y también pueden resultar importantes para fortalecer la participación de los trabajadores y la acción sindical. Aunque inicialmente el uso sindical de los medios electrónicos empresariales ha sido visto con recelo desde el mundo empresarial (y puede servir de ejemplo las resistencias del Grupo BBVA, como refleja la STC 281/2005 que comentaremos), lo cierto es que se avanza en acuerdos y protocolos empresariales que dan forma a políticas de regulación al respecto (precisamente nos serviremos, entre otros, del Acuerdo BBVA como expresión de estos avances ²).

Los efectos positivos de las redes sociales corporativas para las empresas son trasladables a la acción sindical. Estas redes sociales conectan a los trabajadores sin barreras de tiempo y espacio, permite un trato inmediato y directo entre representantes y representados, facilita los debates y agiliza la movilización de los trabajadores. Constituyen indudablemente un reto para avanzar en la democracia sindical, con trabajadores más participativos y con mayores exigencias de transparencia sindical y de mayor fluidez en la relación entre las estructuras del sindicato, los representantes sindicales de los distintos centros de trabajo en la empresa y los trabajadores afiliados. También hay que puntualizar que el uso de las TIC en la acción sindical conlleva el riesgo de la “hiperinformación” de los trabajadores (sometidos a una mensajería electrónica constante, que, en muchos casos, no comprende la necesidad de un nuevo lenguaje y continúa en la lógica tradicional del panfleto) y el riesgo de una cierta banalización de la relación “virtual” con los representantes. En todo caso, es incuestionable que las innovaciones en los medios telemáticos y redes sociales constituyen una oportunidad para reforzar la acción sindical y, con ello, para fortalecer la dinámica colectiva de las relaciones laborales.

2. LA OBSOLESCENCIA DEL MARCO JURÍDICO Y SU CONTRADICCIÓN CON SU FINALIDAD PROMOCIONAL DE LA ACCIÓN SINDICAL

En esta dimensión colectiva, lo primero que debe ser destacado es que la regulación legal de los medios de apoyo a la acción sindical está claramente

¹ Ampliamente, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos. Proyecto Thechnos: Impacto de las redes sociales y marco laboral neotecnológico, Ed. La Ley, 2017, págs. 201 y sigs. Un 48% de empresas españolas han iniciado un proceso de implantación de una red social corporativa y un 14% afirman que están a punto de hacerlo: los datos en DEL REY, op. cit pág. 235.

² Acuerdo colectivo para la regulación de los medios necesarios para el ejercicio de la función de la representación sindical en la empresa, suscrito el 18 de septiembre de 2014 por la representación de BBVA y los sindicatos CCOO, UGT, CGT y ACB/CCP.

desfasada. Nuestro ordenamiento jurídico circunscribe a los locales o a tablones de anuncios los instrumentos típicos para facilitar la actividad de información y comunicación entre representantes unitarios y sindicales con los trabajadores en la empresa (art. 81 ET y art. 8.2, letras a) y b) LOLS). Y este marco jurídico no ha recibido una interpretación extensiva en la jurisprudencia³.

Pero la introducción en las empresas de las TIC ha dejado claramente obsoletas estas previsiones legales y ha llevado a los representantes de los trabajadores a valerse de otros medios de información y comunicación no previstos en aquellas normas. Así, cabe destacar: 1) el correo electrónico dentro de la red corporativa empresarial (el más relevante por su efectividad en la transmisión de información y comunicación con los trabajadores en el puesto de trabajo); 2) el WhatsApp instalado en los Smartphone personales de los trabajadores; con creciente implantación (grupo Santander, Caixabank), con una estructura de envío escalonada (por ejemplo, entre delegados sindicales de centro, entre cada uno de éstos y un grupo delimitado de trabajadores); 3) el “tablón virtual” en la intranet corporativa, a efectos de la comunicación de información y sobre todo como almacén de documentos, al que se remite el correo electrónico o los WhatsApp mediante links o vínculos, especialmente para la información que tenga un importante tamaño en kb; 4) internet, como complemento del tablón virtual; 5) las redes sociales, de menor interés al configurarse como redes sociales dentro de la estructura del sindicato. Dejamos apuntado que la reivindicación sindical es la de encauzar su acción sindical a través de la red corporativa empresarial, que se gestiona a través de los administradores empresariales de la misma (por ejemplo, los responsables de recursos humanos de la empresa).

Del marco jurídico vigente de los derechos de información y comunicación sindical interesa detenerse en dos aspectos que deben servir de guía en todo intento de reconstrucción jurídica. En primer lugar, el espíritu de la regulación es el de favorecer una lógica promocional de la acción sindical y de su efectividad a través del derecho de información y comunicación. En segundo lugar, los derechos se construyen sobre diversos parámetros que configuran auténticas obligaciones empresariales que deben ser compatibles, en su concreción, con las circunstancias de la empresa.

Del régimen jurídico del ET se subraya: 1) el derecho a publicar y distribuir las publicaciones de interés laboral o social, con el límite de no perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo y comunicándolo a la empresa (exigencias legales del art. 68 ET); 2) la puesta a disposición de instrumentos

³ Véase, NAVARRO NIETO, F., “Art. 81. Locales y tablones de anuncios”, en GOERLICH PESET, J.M., Comentario al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje a T. Salas Franco, TB, 2016, pág. 1427 y sigs.

de comunicación e información previstos legalmente (locales y tableros de anuncios) como obligación empresarial; en palabras del TS, el art. 81 LET impone “la imperatividad de la dotación de local, salvo que resulte del todo imposible”, es decir, que “dificilmente puede ampararse en el precepto del Estatuto de los Trabajadores una negativa empresarial injustificada y absoluta” (STS 15-2-2012, Rec. 67/2011); 3) la condicionalidad de los medios a las características de la empresa; en el caso de la previsión del art. 81 ET la norma condiciona el derecho y la concreción de su ámbito a que “sus características lo permitan”. El TS observa que “la ley no limita el derecho en atención al volumen de la plantilla, pero, a cambio, lo condiciona de modo indeterminado a la posibilidad real”, sin que este condicionamiento justifique que la empresa pueda eludir la obligación empresarial de dar efectividad al derecho (STS 15-2-2012, Rec. 67/2011).

Por otra parte, en el caso de la representación sindical de empresa se trata de una facultad instrumental al ejercicio de la libertad sindical, que, conforme a la jurisprudencia constitucional, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. La LOLS recoge el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato o de sus secciones sindicales “a distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” y a recibir la información que le remita su sindicato (art. 8.1 LOLS), el derecho a “la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general” (art. 8.2 letra a) LOLS). Se trata de derechos que constituyen un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical (STC 94/95, FJ 3), porque “el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales” (STC 281/2005, FJ 4).

Pero la regulación legal del derecho de información y comunicación sindical no agota las posibilidades de ejercicio del derecho. Para el TC “que existan esas concreciones legislativas de los derechos de información de los sindicatos en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores”; de forma que “siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental” (STC 281/2005, FJ 5º, con cita de la STC 94/1995, FJ. 4º). Podemos decir, por tanto, que mientras no se impongan obligaciones a la empresa, tales derechos se configuran como derechos de libertad, sin interferencias empresariales. De esta forma, para no depender de los medios electrónicos de comunicación de la empresa, los sindicatos desarrollan páginas propias en internet y complementan su actividad de información y comunicación a través de la conexión con el

WhatsApp instalado en los Smartphone personales de los trabajadores o a través de las redes sociales como Facebook o Twitter ⁴.

Algunos datos generales cabe resaltar de la regulación del ET y la LOLS que acabamos de describir: la amplitud del contenido posible del derecho de información y comunicación entre trabajadores, representantes laborales de la empresa y sindicatos; la amplitud también de los medios que pueden utilizarse por los trabajadores o sus representantes para la distribución de información laboral o sindical y la necesidad de que los medios puestos a disposición de los representantes de los trabajadores sean idóneos o adecuados para atender su derecho de información (idoneidad o adecuación que en el caso de los locales ha venido siendo objeto de modulación jurisprudencial: características del local, uso exclusivo o compartido, ubicación, etc.). Al mismo tiempo esta regulación legal fija ciertas condiciones comunes, como el conocimiento empresarial del ejercicio de estos derechos, la no perturbación del normal desenvolvimiento del trabajo o la actividad empresarial y la concreción de las cargas empresarial en función de las características de la empresa (concretamente respecto de locales implícitamente en el art. 81 ET y expresamente en el art. 8.2 letra c) LOLS).

En suma, la instrumentalidad de los derechos configurados en el ET y la LOLS a la efectividad de la acción representativa no puede ignorar la incorporación de las nuevas tecnologías a esta finalidad promocional, particularmente en el caso de la eficacia de la actividad representativa de los sindicatos en la empresa en cuanto expresión del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Precisamente nuestra jurisprudencia se construye desde esta lógica promocional y atendiendo las exigencias de la normativa internacional que indica que los representantes de los trabajadores en la empresa “deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones” (art. 2.1 del Convenio núm. 135 de la OIT, sobre protección y facilidades a los representantes de los trabajadores en la empresa y Recomendación nº 143 de 1971 de la OIT).

⁴ En este sentido es interesante traer a colación la sentencia 27-9-2013 del Consejo Constitucional francés, que debió pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. L 2142-6 CT, que hasta su reforma por la Ley 2016/1088, de 8 de agosto (Loi Travail), establecía que sólo un acuerdo de empresa permitía reconocer un derecho a los sindicatos para el uso de la mensajería electrónica en la empresa o la intranet de la misma. La cuestión que se suscita es si ello podía afectar a la eficacia de la acción sindical en la empresa, amparada por el pár. 6º del Preámbulo de la Constitución de 1946. Para el Consejo Constitucional esta exigencia no pone en cuestión la libertad sindical para difundir publicaciones e información sindical, ya que los sindicatos pueden utilizar las redes de comunicación y sociales abiertas, a las que pueden acceder sin obstáculos los trabajadores, y los correos electrónicos personales de los mismos.

Ante la obsolescencia de la regulación legal, el encuadramiento jurídico del uso de las TIC en la actividad de información y comunicación sindical ha sido obra de la jurisprudencia constitucional y ordinaria⁵. Estos criterios jurisprudenciales, además, están sirviendo de referencia a la actividad reguladora desarrollada por la negociación colectiva y por los protocolos empresariales. Y a la inversa. A la vista de los criterios jurisprudenciales, las reglas establecidas por la negociación y por los códigos de conducta empresarial serán una referencia para los tribunales a la hora de determinar la compatibilidad del uso de las TIC por los sindicatos y el poder de control empresarial. Como se comprueba en su dimensión individual, los tribunales reconocen al empresario un amplio margen de regulación del uso y control de las TIC por los trabajadores, a efectos de delimitar las “expectativas razonables de privacidad” que puede tener el trabajador. Ello requiere que la regulación negocial o los protocolos empresariales establezcan reglas claras y expresas sobre el uso de las TIC y que los trabajadores estén informados al respecto⁶.

En nuestro estudio, hemos tomado como referencia particular la negociación colectiva del sector de banca, que está en la vanguardia en esta temática. Se cuenta con un convenio colectivo de sector (XXIII convenio colectivo de BANCA 2015/2018) que regula esta materia para el conjunto del sector (art. 62). Y al mismo tiempo las distintas entidades financieras han desarrollado acuerdos específicos regulando el uso sindical de las TIC⁷.

Hoy por hoy la doctrina jurisprudencial y las experiencias concretas dentro de la negociación colectiva y en los protocolos empresariales permiten concretar el derecho de información y comunicación a través de las TIC de la empresa en lo referente a los medios, la forma y límites en el ejercicio del derecho. La doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria han trascendido la literalidad de aquellas normas, que no se han considerado un obstáculo, por su obsolescencia, para facilitar tales derechos apoyándose en las TIC, cuando estos medios más modernos de comunicación ya son utilizados por la empresa y su extensión a la actividad sindical no supone perjuicio, ni costes económicos o productivos para la misma.

⁵ Como por lo demás ha ocurrido en los países de nuestro entorno jurídico en relación el desarrollo de las TIC en las relaciones laborales dentro de la empresa (DEL REY, op. cit. pág. 364).

⁶ DEL REY op. cit. págs. 492-493.

⁷ Concretamente me he servido del Acuerdo BBVA, al que ya he hecho referencia, el Anexo de modificación del Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de UNICAJA (de abril de 2007), anexo suscrito el 17 de junio de 2009 por UNICAJA y los sindicatos CCOO, UGT, SECAR y CSICA, y el Acuerdo marco sindical de las Cajas Rurales Unidas (CAJAMAR), suscrito el 5 de septiembre de 2013, por CAJAMAR y CCOO, UGT y CGT.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TC. LA STC 281/2005

La jurisprudencia avanza hacia una incorporación de las TIC como instrumento de los derechos de información y comunicación sindical en la empresa, apoyándose en la doctrina constitucional y sirviéndose del criterio de la disponibilidad por la empresa de la correspondiente infraestructura (de medios informáticos de comunicación). Es central en esta construcción jurisprudencial la doctrina establecida por la STC 281/2005.

En esta sentencia, el TC parte de la consideración de los instrumentos de información y comunicación con los trabajadores como contenido adicional de la libertad sindical recogido en el art. 8.2 LOLS. Entiende el TC que, aunque sus previsiones han quedado obsoletas (en particular, en lo referente al tablón de anuncios), no es posible una interpretación extensiva de dicha norma que obligue a las empresas a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical. Esta hipótesis, para el TC, “sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual”. Aunque se acepta la hipótesis de “una lectura extensiva de ese estilo”, entiende el Alto Tribunal que no le corresponde “determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo”, ni le corresponde inclinarse “por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél”, bastándole “con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental”.

Es importante la observación de la STC 281/2005 de que el tenor literal del art. 8.2 LOLS permite “una interpretación más beneficiosa para el sindicato y más gravosa para el empresario a la vista de las nuevas realidades de la comunicación”, y esta lectura del precepto legal para definir las obligaciones empresariales “no se traduciría tanto en el derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el art. 8.2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la empresa para una finalidad sindical”. Pero estamos ante una función hermenéutica que es tarea de la jurisdicción ordinaria y no ha sido avalada por el TS en su sentencia recurrida en amparo (STS 26-11-2001, Rec.1142/01) (en este punto consolidada como doctrina jurisprudencial en sentencias posteriores como veremos), sin que la misma pueda considerarse indebidamente restrictiva del derecho fundamental. Por tanto, a partir de la interpretación que hace el TS del art. 8.2 LOLS, concluye el TC que la hipótesis de la configuración de una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) “habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental” (FJ 5º).

Para el TC, los derechos de información sindical pueden ejercerse haciendo uso de las atribuciones legales o pactadas, que como contenido adicional refuerzan el derecho (este es el caso de las previsiones del art. 8.2 letras a) y c) LOLS). De manera que los sindicatos “tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa”, pero, al mismo tiempo, “no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación” (FJ 3°).

Sentado lo anterior, el TC se abre a una lectura actualizada del derecho de información y comunicación, situándose en el terreno del contenido esencial del derecho de libertad sindical (como contenido del “hecho sindical informativo”), al margen de los concretos derechos adicionales de configuración legal y de su alcance en la interpretación de la jurisdicción ordinaria.

No estamos ya en el terreno del contenido adicional del derecho fundamental generador de una obligación de acción positiva del empresario en orden al establecimiento para uso sindical del sistema informático, sino “directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho, habida cuenta de que los actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical, ...son contrarios a ésta, salvo que encuentren una justificación ajena a la simple voluntad de entorpecer su efectividad”. Por tanto, el derecho de acción sindical, como contenido esencial de la libertad sindical, implica también la obligación empresarial de no adoptar “decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad” (FJ 3°).

Y aplicando esta doctrina al uso de infraestructuras informáticas de la empresa, concluye el Alto Tribunal que el derecho de información de los sindicatos conlleva la obligación empresarial de no impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento (FJ 6°). Para el Alto Tribunal, “no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6).

En conclusión, para el TC “sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical” siempre que se den las siguientes condiciones: 1) que tales medios existan; 2) que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por

la empresa; y 3) que se respeten los límites y reglas de uso siguientes: a) la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa (y este fue el supuesto que da origen a la STC 281/2005, donde el envío masivo de correos por el sindicato colapsó el sistema y motivó la negativa empresarial al uso del correo electrónico por el sindicato), puntualizándose aquí que “no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación”; b) tratándose del empleo de “un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical”; c) la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes (FJ 8).

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TS: UNA LECTURA ‘CONSTITUCIONALMENTE ORIENTADA’ DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN SINDICAL

La jurisprudencia del TS, en sintonía con esta jurisprudencia constitucional, avanza hacia una lectura ‘constitucionalmente orientada’ de los derechos de información y comunicación sindical en la empresa a partir del criterio de disponibilidad por la empresa de la correspondiente estructura informática de comunicación (cuentas de correo electrónico, “tablón virtual” en la web, internet).

Esclarecedora es, a este respecto, la STS 14-7-2016 (Sent. núm. 667/2016). En el supuesto abordado se constata que todos los centros de trabajo están provistos de tablón de anuncios, cumpliendo estrictamente la empresa con la obligación que en tal sentido le impone el art. 8.2 letra a) LOLS; pero se estima que “es evidente que este sistema ha quedado obsoleto en los tiempos modernos y no es la herramienta más adecuada para difundir la información en las empresas que cuentan con un elevado número de centros de trabajo, ni mucho menos ofrece la misma eficacia que el correo electrónico”. Sin embargo, para el TS, “el precitado art. 8 de la LOLS no impone a la empresa la obligación de facilitar las comunicaciones electrónicas a las centrales sindicales, tampoco el convenio colectivo en este caso, pero ya hemos puesto de manifiesto la doctrina constitucional y de esta misma Sala IV en la que hemos considerado que esta circunstancia no es por sí sola obstáculo para reconocer ese derecho, cuando la utilización de estos medios más modernos de comunicación no supone perjuicio, gravamen, ni costes económicos o productivos para la empresa”.

El TS ha fijado los siguientes criterios en relación con el derecho de las secciones sindicales a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico ⁸:

1. Existe una obligación empresarial de atender la demanda sindical si existe previsión legal o convencional.
2. Si no existe dicha previsión normativa, no puede exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad. Pero existe dicha obligación empresarial si tales medios telemáticos existen y su uso sindical no supone la asunción de costes económicos y de gestión que el empleador no está obligado a afrontar.

El TS avala la oposición de la empresa a la solicitud planteada cuando es “especialmente gravoso, perjudicial o incluso inviable el poder atenderla”, Ello ocurre cuando la pretensión es que “la empresa dote de tales cuentas de correo a los trabajadores de la empresa -así como a los miembros de las representaciones de los trabajadores- y, en suma, implante un sistema de comunicación electrónica ahora inexistente”, lo que supone que se está “frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático *ex novo*, sin apoyo en mandato convencional alguno”; y lo mismo ocurre cuando se pretende “la utilización de la Intranet, a la que los trabajadores acceden como instrumento de trabajo, pues ésta no está creada como vehículo de comunicación entre la plantilla y la utilización para los fines que los sindicatos proponen exige la lógica intervención, reestructuración y adaptación con el coste al que se ha aludido” (STS 17-5-2012, Rec. 202/2011).

3. La empresa puede condicionar el uso sindical de los medios de comunicación propios si tal uso produce una perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados (riesgos de colapso de la red informática, virus informáticos, extensión desmesurada de documentos) o implica un incremento de costes económicos.

En este sentido, se subraya en la STS 17-5-2012 (Rec. 202/2011) que “a tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas”; pero se puntualiza que ello es posible “siempre que no las excluyera en términos absolutos” ⁹.

⁸ SSTS 3-5-2011, Rec. 114/2010; 22-6-2011, Rec. 153/2010, 17-5-2012, Rec. 202/11, 14-7-2016, Sent. núm. 667/2016.

⁹ Y esta doctrina recibe aplicación en la STSJ Madrid 1-2-2013, Rec. 6674/12. En el supuesto la empresa proporciona una herramienta telemática (correo corporativo) que permite, con garantías

4. Es la empresa la que debe asumir la carga de probar las perturbaciones o costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar la comunicación electrónica de la empresa como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores.
5. En caso de conflicto entre el uso empresarial y el sindical debe primar el interés de la empresa por tratarse de una herramienta configurada para la producción. Dado que se trata de la utilización de una herramienta de la producción no puede perjudicarse el uso específico empresarial, debiendo hacerse de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto.

En síntesis, la jurisprudencia del TS se orienta al reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica siguiendo los parámetros de enjuiciamiento establecidos por la doctrina constitucional: es obligación de la empresa mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respete la proporcionalidad de sacrificios ¹⁰.

de seguridad, el flujo de información de la empresa con las Secciones Sindicales, así como con el órgano de representación unitaria de los trabajadores. Dicha cuenta de correo es utilizada sólo para la transmisión de información y documentación entre la empresa y el Comité de Empresa, de un lado, y las Secciones Sindicales a título exclusivo, de otro, no estando pensada para el flujo de información entre dichas representaciones y los trabajadores o sus afiliados. La Sentencia rechaza la pretensión de la CGT que estima contrario a la libertad sindical el hecho de que la empresa facilite una cuenta de correo corporativo para uso de la Sección Sindical en los términos indicados.

¹⁰ STS 23-7-2008, Rec. 97/2007; STS 26-4-2016, Rec. 113/15. La SAN 27-5-2014 (Sent. 101/2014) entiende que “los sujetos colectivos dentro de la empresa, representantes de los trabajadores o secciones sindicales, no tienen atribuido tampoco por las leyes laborales un derecho a que les sean proporcionados por la empresa hardware o equipos informáticos para el ejercicio de su actividad representativa y acción colectiva, en cuanto que ello implique un coste económico que la empresa no tenga la obligación de asumir”. Y en cuanto al derecho a que les sea creada una cuenta de correo empresarial o a la reserva de un espacio web, observa la Audiencia Nacional que “ello dependerá de las concretas condiciones existentes en la empresa, en cuanto a si ello implica coste, perturba significativamente la producción u otros intereses económicos empresariales y si en las concretas condiciones de organización del trabajo resulta un instrumento necesario para la acción colectiva de los trabajadores, al carecer de utilidad los medios tradicionales, como puede ser el tablón de anuncios (caso de empresas sin centro de trabajo físico, por ejemplo)”. No obstante, matiza la Audiencia Nacional, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, que, aunque no exista una obligación de hacer del empresario en el sentido de proporcionar los medios para la comunicación cuando ello implique un coste, “sí existe una obligación de no hacer o tolerar la comunicación entre trabajadores y representantes a través de las redes empresariales existentes cuando esas redes constituyan el cauce de comunicación entre los trabajadores”, en términos que no perturben el desarrollo normal de la actividad empresarial. En cuanto a los criterios de uso, indica la Sentencia que, “siendo

Los parámetros utilizados por la jurisprudencia española son, por lo demás, equivalentes a los empleados en derecho comparado, donde se aborda el uso sindical de las TIC. Así, en Francia, tanto el art. L 2142-6 CT, en su actual redacción, como la jurisprudencia del Consejo Constitucional (sentencia 27-9-2013), condicionan el derecho al uso de los medios electrónicos empresariales a que sea compatible con las exigencias del buen funcionamiento y seguridad de la red informática de la empresa, y que no tenga consecuencias perjudiciales para la buena marcha de la empresa.

A partir de esta descripción de la doctrina jurisprudencial conviene puntualizar que la obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación electrónicos a los representantes de los trabajadores, en los términos indicados, se deriva del contenido esencial de libertad sindical. Las estructuras de representación unitaria, como tales, no pueden ampararse en esta doctrina para imponer una ampliación de las cargas empresariales más allá de las previsiones estatutarias, concretamente el art. 81 ET. En este caso, como hemos visto, el carácter obsoleto de las previsiones de esta norma estatutaria no permite una lectura extensiva de instrumentos de comunicación e información. Deben ser, por tanto, los pactos colectivos o los protocolos empresariales los que definan los términos del uso de medios telemáticos por la representación unitaria.

5. LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD EMPRESARIAL EN LOS CRITERIOS DE ACCESO SINDICAL AL USO DE LAS TIC

La doctrina jurisdiccional reclama una “exigencia de neutralidad de la red empresarial en los aspectos sindicales”, que implica “una interdicción de la desigualdad no justificada por razón de la sindicación y del ejercicio de la libertad sindical, de manera que los parámetros técnicos han de ser iguales para los diferentes usuarios sindicales”. Dicha exigencia de neutralidad ha de aplicarse sobre los distintos parámetros técnicos de configuración del acceso a la red y el uso de la misma, “tanto si se trata de una intranet como del acceso a la internet, como pueden ser la creación de cuentas de correo electrónico, la configuración de los buzones de correo, los derechos de acceso al directorio interno de los usuarios, la dotación de espacio en los servidores para alojamiento de archivos, la posibilidad de recibir y/o enviar correo ajeno a la intranet, o el establecimiento de filtros de acceso a información o de correo” (SAN 27-5-2014, proc. 83/14).

deseable que tales criterios sean pactados”, entran dentro de las facultades organizativas del empresario, que podrá fijar los límites pertinentes que “deberán estar justificados proporcionalmente por razones organizativas, económicas, tecnológicas y productivas”.

En esta temática contamos ya con algún pronunciamiento expreso del TS fijando algunos criterios básicos. Concretamente, la STS 25-4-2005 (Rec. 85/2003) rechaza que el uso del correo electrónico corporativo pueda circunscribirse a los sindicatos más representativos, tal como recogía el entonces vigente art. 12.2 del Convenio Colectivo de TELEFONICA¹¹. La impugnación de la norma la realizaron dos sindicatos del País Vasco (ELA y LAB), por haber sido discriminados como sindicatos más representativos de CCAA. Para el TS, la norma del convenio era ilegal, pero no por un trato desigual entre los sindicatos más representativos según sus ámbitos estatal o autonómico, “sino porque confieren derechos en el ámbito de la empresa a los sindicatos más representativos, que es una calificación de naturaleza supraempresarial (origen y ámbito funcional), con vulneración del principio de igualdad integrante del de libertad sindical”. Para el TS, “el único trato legítimamente desigual en el ámbito sindical de la empresa es el que se hubiese conferido a cualesquiera sindicatos en explícita y única contemplación de su presencia en los órganos de representación unitaria”.

La posterior STS 17-5-2012 (Rec. 202/2011), basándose en la anterior doctrina, indica que en el ámbito de la libertad de información sindical “no cabe tampoco conferir un tratamiento desigual a los distintos sindicatos presentes en la empresa, salvo el que pudiera fijarse convencionalmente en atención a su presencia en los órganos de representación unitaria”.

Por tanto, es claro en la jurisprudencia que el criterio rector en el acceso al disfrute de las TIC debe ser la implantación en la empresa, esto es, no es posible un trato desigual en perjuicio de los sindicatos con implantación en la misma. Ello no sería excluyente de diferencias de trato basándose en criterios de representatividad, siendo aquí aplicable la doctrina constitucional sobre exigencia de criterios de diferenciación objetivos, que respondan a una finalidad constitucionalmente legítima y sean proporcionados y razonables (SAN 27-5-2014, proc. 83/14).

¹¹ Indicaba la norma referida, dentro de la regulación titulada «Dotación y uso del correo electrónico por parte de las secciones sindicales», lo siguiente: 1.—«Para los temas de especial consideración, la empresa facilitará a los medios oportunos para que los sindicatos más representativos a nivel estatal y el Comité Intercentros, individual o conjuntamente, publiquen la información que consideren precisa (negociación colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares), por medio del servicio infobuzón y todos los empleados reciban esta comunicación». 2.—«A su vez, durante la vigencia del presente convenio, preferentemente antes de finalizar el primer semestre de 2002, la empresa dotará de los mecanismos necesarios para que los sindicatos estatales más representativos puedan dirigir correos a sus afiliados de forma global». 3.—«La empresa facilitará acceso a la red corporativa, al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal». 4.—«También dotará de una dirección de correo electrónico a las secciones sindicales provinciales de dichos sindicatos, si estos están representados en el comité de empresa provincial correspondiente, procurando, si fuera necesario y en la medida de lo posible, la adecuación de los medios informáticos de que disponen».

Esta doctrina encuentra una clara aplicación en la STSJ Madrid 3-12-2010 (Rec. 5285/10). En el supuesto de hecho, CSI-CSIF entiende lesionado su derecho de libertad sindical porque la empresa no permite a la Sección Sindical del mismo la utilización de la Intranet de la empleadora en iguales condiciones que la Sección Sindical de CC.OO. Esencialmente se estima que el criterio de la mayor representatividad no puede ir en detrimento del derecho de secciones sindicales que tienen una importante implantación. La empresa alega que el derecho a la utilización de los medios informáticos para la realización de la actividad sindical en la empresa viene regulado por el artículo 79.2 del Convenio Colectivo de la Industria Química, del que se infiere unos distintos derechos de los sindicatos más representativos de los que no ostentan esta condición. Consta que el comité de empresa quedó constituido por 7 miembros de CC.OO. y 6 de CSI-CSIF. La sentencia estima que la actuación empresarial denegando su petición a disponer de una página en la Intranet corporativa, “si bien de manera meramente formal parece tener encaje en el artículo 79 del XV Convenio de la Industria Química, no es conforme sin embargo al espíritu y finalidad de dicha norma paccionada y al artículo 28 y 14 de la CE, así como 2 de la LOLS, puesto que, en definitiva, introduce una diferencia de trato entre sindicatos y limita el derecho de información del Sindicato demandante sin atender los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad”. Para la sentencia, “es improcedente utilizar el criterio de la mayor representatividad como vía para excluir a sindicatos que, como el demandante, aun no ostentando el carácter de más representativo, tiene una importante implantación en el Comité de Empresa, impidiéndole utilizar los medios informáticos masivos de difusión de la información, como lo es la Intranet corporativa, privándole del derecho a la información que es consustancial a su actividad sindical, sin que todo ello perturbe el normal funcionamiento productivo”.

En suma, el reconocimiento selectivo de las TIC debe justificarse a consecuencia de las cargas que se imponen a la empresa y dicho reconocimiento debe basarse en criterios selectivos objetivos y razonables, concretamente criterios de implantación y de representatividad en la empresa. Estos son los criterios más comunes de los convenios colectivos que regulan la materia, aunque la concreción técnica suele ser confusa y no del todo acorde a estos criterios jurisprudenciales. Además, en algunos de ellos se añade la previsión de que la cesión del uso de estos instrumentos telemáticos a otros sindicatos que no cumplen los correspondientes requisitos determinará como sanción la pérdida del derecho del sindicato titular ¹².

¹² Convenios colectivos de TELEFONICA 2015-2017 (I Convenio colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, BOE 21-1-2016) o REPSOL 2016 (XI Convenio colectivo

Se puede tomar como referencia la diferenciación de la LOLS entre los derechos de los apartados 1º y 2º del art. 8, en función de que se disponga de implantación en el comité de empresa o determinados requisitos de representatividad. Aquí deben respetarse tres reglas: 1) el acceso a los medios electrónicos existentes en la empresa (correo electrónico corporativo, tablón virtual, etc.) viene amparado como contenido esencial de la libertad sindical; 2) el empresario tiene obligación de “no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones” (STC 281/2005); 3) se puede proceder a un reconocimiento general o selectivo de derechos, en función sobre todo de las cargas que pueda suponer a las empresas.

El supuesto más debatido ha sido el del reconocimiento del acceso a la red corporativa de la empresa por todas las secciones sindicales constituidas en la empresa o centro *ex art. 8.1 LOLS*. De manera que, existiendo dicha red y no suponiendo coste alguno para la empresa (por sobrecarga en los servidores), la atribución de un correo electrónico corporativo no podría basarse en criterios selectivos, porque el derecho de información sindical amparado por aquella norma se refiere a todas las secciones sindicales constituidas en la empresa, sin que esté condicionado a su presencia en los órganos de representación unitaria. Los criterios selectivos (la implantación en los órganos unitarios de representación) sólo se justifican si el reconocimiento del derecho implica gravámenes para la empresa. Puntualizamos que en la práctica es un criterio extendido vincular el derecho a la implantación, porque son los sindicatos implantados los que reclaman el derecho en cuestión.

La doctrina de suplicación, no obstante, se muestra dubitativa. Pero puntualicemos que las diferencias de criterio se derivan de la particularidad de los supuestos. En el caso de la SAN 27-5-2014 (proc. 83/14), se hace una interpretación extensiva del derecho al uso del correo electrónico. Se trata de un supuesto donde se estableció por la empresa un filtro que impide la remisión de mensajes desde la cuenta de correo electrónico del sindicato CGT a los trabajadores de la empresa fuera de determinadas zonas geográficas, basándose en la ausencia de representantes electos del sindicato en los comités de empresa de dichas zonas. Sin embargo, considera la AN que no aparece acreditada causa alguna que justifique la limitación impuesta a CGT desde el punto de vista de ocupación de espacio en los servidores. Para la AN, “no aparece como proporcionada una medida extrema como la supresión de la posibilidad de enviar correos electrónicos por un sindicato concreto, máxime cuando con ello se priva

de Repsol Petróleo, SA -Refino-, BOE 12-8-2016), en el caso del uso del tablón virtual en la intranet o el uso de correos corporativos.

el derecho de cada trabajador a decidir qué información sindical desea recibir, que pudiera no coincidir con la resultante de la política empresarial objeto del litigio y que por ello llega a constituir una “injerencia indebida””.

Subraya la SAN que la privación del derecho no puede quedar justificada por la aplicación de criterios restrictivos en función de la representatividad. Para la sentencia, hay que partir de que el derecho de información sindical se refiere legalmente a todos los afiliados al sindicato y, en su caso, a todos los trabajadores, “sin que esté condicionado a su implantación o su presencia en los órganos de representación unitaria”. De forma que si no se acredita que se produzca una limitación de los medios disponibles para seleccionar a los sindicatos que pueden dirigir envíos a todos los trabajadores de la empresa, “no estamos ante el problema de distribuir medios escasos, que es lo que justificaría la aplicación de diferencias en función de la representatividad”¹³.

Otra línea doctrinal de suplicación admite la aplicación de criterios selectivos en el acceso a las TIC, incluido el reconocimiento de una cuenta de correo electrónico corporativo. En este sentido, la STSJ Madrid 14-2-2014 (Sent. núm. 132/2014), se separa del planteamiento anterior. Considera que no constituye lesión del derecho de libertad sindical la revocación de la cuenta de correo electrónico corporativo a persona designada delegado sindical por el CSIF, que no tiene legalmente la condición de delegado sindical por no ser el CSIF sindicato más representativo, ni tener representación en el comité de empresa.

También la STSJ Madrid 27-5-2013 (Rec.1178/2013) considera que el hecho de que la empresa demandada facilite a los sindicatos con presencia en el comité de empresa una dirección de correo electrónico, el uso de fotocopidora y material de papelería, y no lo haga con respecto a la sección sindical de USO, que carece de la condición de sindicato más representativo y no tiene presencia en el comité de empresa, no puede constituir lesión de la libertad sindical ni trato discriminatorio, pues ni existe fuente normativa que sirva de título para la pretensión ni pueden considerarse iguales las situaciones del sindicato demandante y del resto. En consecuencia, para la sentencia los derechos que USO pueden exigir son los del art. 8.1 de la LOLS, como expresión de una “acción sindical básica”, sin que tales derechos se hayan ampliado por convenio, que restringe el uso de aquellos derechos adicionales a los sindicatos que tienen presencia en el comité de empresa y son más representativos.

¹³ También en el caso de la STSJ Cataluña 6-6-2011 (Sent. núm. 3993/2011), se entiende que todas las secciones tienen derecho a correo electrónico corporativo, no así en el caso de tablón virtual en la intranet empresarial.

Cabe añadir que es posible que el convenio colectivo haya ampliado el ámbito subjetivo de los derechos adicionales de libertad sindical, en lo referente al uso de las TIC, por ejemplo, en el reconocimiento expreso del derecho a correo corporativo a todas las secciones sindicales, con o sin implantación en el comité de empresa. En este caso la no concesión automática del derecho se cataloga como una conducta antisindical (STSJ País Vasco, 27-1-2015, Rec. 2614/14)

6. LA FISCALIZACIÓN EMPRESARIAL DEL USO DE LOS MEDIOS TELEMÁTICOS PARA LA ACCIÓN SINDICAL

Debemos recordar que la libertad sindical ampara el derecho al uso del correo electrónico corporativo para la actividad sindical y la comunicación entre representantes y trabajadores. Ello implica el derecho de las secciones sindicales a usar dicho sistema de correo para enviar y recibir correos, interna y externamente; y el derecho a la correspondencia electrónica con todos los trabajadores o con los trabajadores afiliados al sindicato. Es relevante destacar que se incluye, igualmente, el derecho de los trabajadores a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con sus representantes, de acuerdo con las normas internas establecidas en los procedimientos de utilización de los sistemas.

Es importante que los convenios o los protocolos empresariales contemplen ambos aspectos: el uso sindical de las TIC para la actividad sindical y el uso tanto por los sindicatos como por los trabajadores para su comunicación por asuntos laborales o sindicales ¹⁴.

Como hemos indicado, la jurisprudencia mantiene que el empleador puede adoptar las medidas y disponer lo necesario para regular y acomodar su utilización a las necesidades empresariales, armonizando unos y otros intereses. Puntualizamos que, para el TS, el mero hecho de que la empresa se limite a poner a disposición de los sindicatos el correo electrónico, indicando que debe ser limitado su uso a fines representativos, sin más aclaraciones, no significa que se imponga implícitamente una interpretación restrictiva de su uso. De manera que, salvo limitaciones justificadas, la norma convencional o los procedimientos fijados por la empresa deben ser interpretados de la manera más favorable a la efectividad del derecho sindical (STS 13-9-2016, Rec. 206/15).

¹⁴ Por ejemplo, el Convenio de TELEFÓNICA 2015-2017 diferencia el derecho a la utilización de los medios telemáticos por las secciones sindicales, del derecho de los empleados a “utilizar el correo electrónico, la dirección e-mail, la Red Corporativa e Internet con libertad y en el sentido más amplio posible, para el desempeño de las actividades de su puesto de trabajo, y en su relación con las Organizaciones Sindicales y el Comité Intercentros” (art. 168).

El tema más polémico es el de las exigencias empresariales para disponer de acceso al correo corporativo o los controles o filtros previos por las implicaciones del uso de medios telemáticos. El asunto puede encuadrarse a partir de las siguientes observaciones.

1. La empresa puede establecer condiciones y límites en el uso sindical de las TIC.

Es necesario considerar que generalmente se establecen procedimientos o protocolos para el uso de los dispositivos de comunicación electrónica de la empresa y códigos de conducta internos sobre el uso profesional de los sistemas de comunicación. Obviamente, su consideración se extiende también al uso sindical de dichos dispositivos, actuando como condicionantes o límites en los derechos de la representación laboral o sindical ¹⁵.

Por ejemplo, serían igualmente aplicable a los dispositivos puestos a disposición de los representantes la prohibición de uso para fines particulares, los controles en el acceso a internet (para evitar acceso a determinadas páginas), la prohibición de descargas de contenidos ajenos a la actividad representativa, o, en fin, la prohibición de publicación en el portal virtual o en las redes sociales de contenidos ofensivos o discriminatorios. Por ello sería posible la prohibición y sanción disciplinaria del uso desviado de tales medios (y así lo contemplan algunos acuerdos y convenios dentro del régimen disciplinario) ¹⁶.

¹⁵ El convenio sectorial de BANCA 2015-2018 prevé en su art. 62 que “las comunicaciones, así como los correos electrónicos, deberán tener contenido estrictamente laboral y relacionado directamente con el ejercicio de las funciones de representación legal de la plantilla, sin que pueda utilizarse a otros fines, y estará sujeto a los mismos controles técnicos y, en su caso, de salvaguardia legales fijados por la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, al igual que toda la información que se difunde a través de estos nuevos medios técnicos en las Empresas. El contenido de la información del sitio particular de cada Sindicato, así como el de los correos electrónicos, se atenderá a lo previsto en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, tanto respecto a las personas como a las instituciones.”

¹⁶ El Acuerdo UNICAJA regula con detalle el tema y prevé que en caso de incumplimiento por alguna sección sindical de las reglas fijadas en el acuerdo se prevé la suspensión temporal del uso sindical de los medios telemáticos, previa comunicación de las secciones sindicales firmantes del acuerdo y de la audiencia de la sección incumplidora. Desde la suspensión se establece un plazo de 20 días para alcanzar una solución entre la empresa y la sección sindical. Si en ese plazo no hay acuerdo se reestablecerá el uso de los medios electrónicos por la sección, sin perjuicio de que la empresa interponga las acciones judiciales a efectos de reclamar daños y perjuicios, y la suspensión definitiva del uso de tales medios, así como la adopción de medidas disciplinarias. En los convenios, por ejemplo, el convenio colectivo de ACCIONA 2012-2017 (Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía, BOE 21-10-2014). El convenio de REPSOL 2016 establece que “la utilización indebida de estos medios, el envío masivo de correos de forma injustificada así como la cesión del uso de las direcciones a otras organizaciones no autorizadas, la divulgación de contenidos impropios o difamatorios para la empresa o las personas y la propagación intencionada

2. El uso de las TIC tiene que estar relacionado con fines sindicales y de representación, en sentido amplio, limitándose el control empresarial a la constatación formal de la naturaleza del contenido de las comunicaciones.

Es difícil delimitar el alcance de la fiscalización empresarial respecto del uso de los medios electrónicos para los fines sindicales y de representación. Los convenios colectivos no suelen contener reglas de control sobre este aspecto o sus previsiones suelen ser muy genéricas (el citado -en nota- art. 62 del convenio de BANCA 2015-2018, por ejemplo). Tampoco los acuerdos o protocolos empresariales abundan en este aspecto. Probablemente la explicación está en que la práctica en las empresas es la de admitir un uso sindical de tales medios mediante una interpretación flexible de la función representativa, evitando controles rígidos que puedan considerarse injerencias empresariales perturbadoras de su función representativa, y circunscribiendo el uso abusivo a una utilización de los medios telemáticos manifiestamente ajenos a su fin, deliberada y continuada en el tiempo. La práctica empresarial, por tanto, suele limitarse a la constatación formal de la naturaleza del contenido de las comunicaciones, de la información que se cuelga en el tablón virtual o del uso de internet o las redes corporativas. A tales efectos, como hemos indicado, pueden servir igualmente para el uso sindical de las TIC las prohibiciones y los mecanismos técnicos de control establecidos para los trabajadores, respetando el principio de proporcionalidad en dicho control.

Desde esta perspectiva, en suma, los controles deben ser de carácter formal, pensando sobre todo en la garantía del buen funcionamiento de la red corporativa empresarial. Así parece admitirlo el TS. En el supuesto de la STS 28-3-2003, Rec. 81/2002, la cláusula 12ª del convenio colectivo de referencia regula el uso del correo electrónico corporativo por los representantes sindicales. Se prevé en particular que las comunicaciones masivas se reserven a temas de “especial consideración” o “eventos singulares”. A estos efectos, se prevé un control del uso sindical del correo por los administradores de la red corporativa a fin de que se ajuste a dichas condiciones, lo que es denunciado por un sindicato al estimar que dichos controles afectan al secreto de las comunicaciones. El TS considera en su sentencia que “si el «modus operandi» convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial, la Dirección General de Recursos, y que las reglas de utilización del Infobuzón lo reserven para temas de «especial consideración» o «eventos singulares», es natural que la empleadora pueda llevar

de virus o «correo basura» determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”; el convenio de TELEFONICA 2015-2017 prevé que “la utilización indebida de estas direcciones, el envío masivo de correo de forma injustificada así como la cesión del uso de esta dirección a otra organización no autorizada, determinará la pérdida de esta facilidad tan pronto la Empresa tenga constancia de ello, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”.

a cabo un control mínimo de las materias así transmitidas, en orden a conseguir su normal funcionamiento y evitar una acumulación exagerada, por la inclusión en este capítulo de excesivas informaciones de importancia menor y propias de la simple acción sindical”. Por consiguiente, el TS considera que “será algo razonable que esa Dirección, pueda constatar de qué envíos se trata”. Además, se puntualiza en la sentencia que “la información final perseguida estaría siempre al alcance de la empleadora, que cabalmente ha comprometido, en ciertas condiciones, sus medios encaminados a lograr la difusión electrónica del comunicado”.

En el alcance de los posibles controles empresariales cabe un matiz relevante. Las facultades empresariales para fijar las reglas de uso y control de las TIC en su dimensión colectiva son más restringidas que en su dimensión individual. En este último plano, los controles empresariales sobre el uso de los ordenadores, el correo electrónico o el acceso a internet de los trabajadores forma parte de las facultades de control empresarial ex art. 20 LET, con los límites fijados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria de cara a la protección de la intimidad del trabajador. La empresa cuenta con amplias facultades para determinar el uso individual, incluso prohibiendo su uso para fines personales; pueden fijarse reglas de fiscalización que al ser conocidas por los trabajadores vienen a neutralizar las expectativas razonables de privacidad.

En el plano colectivo, según hemos dicho, la empresa tiene la obligación de poner a disposición de los representantes sindicales las TIC existentes en la empresa, si ello no implica además costes adicionales para la misma. Además, al venir amparada por la libertad sindical debe evitar la empresa controles que conlleven un entorpecimiento de la actividad sindical. Con estas premisas, el TC se ha referido únicamente a la facultad empresarial de fijar las condiciones de uso amparándose en los concretos perjuicios para la actividad normal de la empresa por el uso sindical de las TIC. Por otra parte, no puede la empresa justificar su actividad de control del uso de dichos medios por finalidades de control de la actividad laboral, como ocurre en el plano individual. Por tanto, mientras que en el plano individual las facultades de control empresarial están reforzadas, en el colectivo sólo cabe una interpretación restrictiva, debiendo prevalecer una interpretación favorable a la efectividad del derecho fundamental de libertad sindical.

3. Es necesario diferenciar los criterios aplicables a los controles sobre el uso de las TIC en la empresa y los controles sobre el contenido de las comunicaciones o informaciones, amparadas por la libertad de expresión e información.

Como hemos indicado, los controles sustantivos sobre el uso sindical de las TIC deben limitarse a la constatación formal de la naturaleza sindical del contenido. Aquí es importante metodológicamente diferenciar el marco normativo

y los criterios aplicables a los controles sobre el uso de las TIC en la empresa y los controles o censuras sobre el contenido de las comunicaciones o informaciones¹⁷, que es un tema ajeno al debate del uso de las TIC y debe situarse en el terreno de la libertad de expresión e información en el marco del derecho de acción sindical¹⁸, sobre el que se cuenta con una sólida doctrina en la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

Conforme a la misma los representantes sindicales tienden derecho a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde, “entre ellos -muy señaladamente y como instrumento de acción sindical- se encuentra el empleo de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información respecto de cualquiera asunto que pueda tener una repercusión directa o indirecta en las relaciones laborales”¹⁹. En definitiva, como se observa en la SAN 27-5-2014, proc. 83/14, refiriéndose a la comunicación por vía electrónica, “forma parte de sus derechos fundamentales de libertad sindical y de expresión la inclusión dentro de sus comunicaciones de observaciones personales y, por supuesto, de información y propuestas de acción sindical o colectiva, en los mismos términos y con los mismos límites que se deberían aplicar si estuviésemos ante la comunicación oral presencial en un entorno de trabajo tradicional”.

Debe considerarse que la amplificación de la difusión de informaciones u opiniones a través de correos en masa, a través del tablón virtual o de las redes sociales puede incrementar los conflictos generados por tales comunicaciones, y en este sentido sólo cabe aquí remitirse a la doctrina constitucional sobre los límites a estos derechos. Pero, como hemos apuntado, la práctica empresarial no suele plantear problemas de injerencia en los contenidos sindicales de los materiales difundidos, a pesar de que lo normal es que sea la propia empresa la que gestiona los envíos sindicales desde el servidor de la red corporativa empresarial.

4. La fiscalización técnica del uso sindical de los medios electrónicos debe justificarse por las perturbaciones en la actividad normal de la empresa o por los costes adicionales para la misma.

¹⁷ En la jurisprudencia ordinaria, STS 28-2-2017, rec. 103/16. La STS 26-4-2016, rec.113/15, es un buen ejemplo de la diferenciación del enjuiciamiento de la problemática del uso de las TIC y del control empresarial de los contenidos de la información que la sección sindical remite a los trabajadores vía intranet; en el caso el problema de fondo es la censura por la empresa de los comunicados sindicales.

¹⁸ Art. 8 LOLS en relación con el art. 20.1 a) y d) CE. Las opiniones o comunicaciones, promovidas por los representantes sindicales, incluyendo las realizadas utilizando el correo electrónico, se enmarcan claramente en la defensa de sus representados o afiliados y forman parte del legítimo ejercicio a la acción sindical, garantizado por los arts. 7, 28.1 CE, en relación con el art. 2.2.d LOLS (SAN 18-12-2015, proc. 344/2105).

¹⁹ SSTC 213/2002; 185/2003; 198/2004 y 227/2006.

Respecto de la fiscalización empresarial sobre las condiciones de uso es posible un control de carácter técnico, de cara a evitar un uso de tales medios que perturbe su utilización de cara a la actividad empresarial. Conforme a la doctrina constitucional, la empresa puede fijar las condiciones de uso sindical de las TIC y proceder a la fiscalización de tal uso si se justifica por las perturbaciones en la actividad normal de la empresa o por los costes económicos adicionales que conlleve. Estos condicionantes deben ser justificados por la empresa.

Una posible perturbación podría suponer la limitación del envío de correos electrónicos a los trabajadores en horario de trabajo. Aquí debemos recordar que la STC 281/2005 puntualiza que “no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación”. Lo ha reiterado el TS, al observar que no se puede objetar que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produce una perturbación del proceso productivo, porque eso “permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes.” (STS 22-6-2011, Rec. 153/2010).

Es decir, “por defecto” es posible establecer la presunción de que la correspondencia electrónica entre sindicatos y trabajadores en horario de trabajo no supone una perturbación. Con esta presunción, lo relevante es que el convenio colectivo o los protocolos empresariales concreten las condiciones de envío de correos electrónicos a los trabajadores en el horario de trabajo. El asunto puede tener su importancia cuando hablamos de envío de información sustancial, por diversos sindicatos, con la posibilidad además de una comunicación potencial entre representantes y representados vía redes sociales corporativas.

Lo cierto es que los acuerdos colectivos y protocolos empresariales en la temática tratan de facilitar la coordinación empresarial y sindical en la gestión de envíos de correos, evitando las horas punta de actividad en la red corporativa y de mayor actividad en la jornada laboral, con el compromiso de la empresa de su envío a los trabajadores en la misma o siguiente jornada laboral (Acuerdo BBVA; Acuerdo UNICAJA).

La cuestión más polémica respecto a los controles o filtros previos en relación con el envío de información por vía electrónica se centra en la solicitud del listado de correos corporativos de los trabajadores y en el envío masivo de correos a través de la red corporativa empresarial.

Respecto de la primera cuestión, la STS 14-7-2016 (Re. 199/2015) se pronuncia favorablemente a la solicitud por las secciones sindicales del listado

de correos corporativos de los trabajadores para el envío masivo de correos. La sentencia estima “incuestionable el legítimo interés de la sección sindical en disponer de acceso a la lista de correo electrónico de distribución conjunta de todos los empleados de la empresa, para facilitar de esta manera el más ágil y eficaz flujo de la información sindical a través de este mecanismo”, teniendo en cuenta que en caso planteado los trabajadores están repartidos en un total de 20 centros de trabajo distribuidos por toda la Comunidad Autónoma. En este caso, la empresa no autoriza a la sección sindical el envío masivo de correos a través de la dirección electrónica que integra a toda la plantilla. Dos datos llaman la atención en el asunto. En primer lugar, consta que el comité de empresa y la propia dirección de recursos humanos utilizan esta fórmula de envío electrónico. Y, en segundo lugar, lo más relevante, en el supuesto se acredita que “la empresa ya tiene perfectamente instalado y en funcionamiento el sistema informático que permite disponer a cada empleado de una dirección de correo electrónico con su respectiva clave de acceso, e incluso una lista conjunta de distribución a toda la plantilla que utilizan la dirección de recurso humanos y el comité de empresa”. Con todo, lo relevante en la STS 14-7-2016 es que no alega la empresa especiales dificultades, gravámenes, o sobrecostes que amparen su decisión ²⁰.

En segundo lugar, sobre el asunto del envío masivo de correos a través de la red corporativa, la jurisprudencia considera legítimo que la empresa condicione el envío al respeto de las normas de funcionamiento del correo electrónico corporativo, a los efectos de garantizar la seguridad y el buen funcionamiento de la red corporativa. Para el TS, ello “viene avalado por la referida doctrina constitucional cuando dice que resultaría lícito desde esa suprema perspectiva que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos

²⁰ Como se indica en la sentencia, “no se alega la concurrencia de problemas organizativos o de gestión que imposibiliten o desaconsejen la utilización por las secciones sindicales de esa misma vía de comunicación electrónica; ni se dice que interfiera en el proceso productivo; ni se invocan posible sobrecostes económicos de adaptación o modificación del sistema informático; y como hemos visto, tampoco se hace valer como obstáculo la titularidad del nombre del dominio de correo electrónico, que por otra parte ya se ha consentido utilizar al comité de empresa”. El único motivo que la empresa ha invocado para negarse a facilitar a la sección sindical una cuenta corporativa de correo electrónico, y que la STS rechaza, es la circunstancia de que dicha solicitud supondría un agravio comparativo respecto a las otras dos secciones sindicales que no disponen de ella (y que no la solicitaron en ningún momento). Para la sentencia, el hecho de que ninguna de las secciones sindicales lo hubieren llegado a solicitar, no justifica una respuesta negativa con este único argumento a la primera de ellas que ha cursado la petición si ni tan solo se invoca perjuicio o dificultad alguna para atenderla. Complementa la STS su argumentación puntualizando que “lo que no puede hacer la empresa es dar este acceso a alguna de las secciones sindicales y negarlo a otras, otorgándoles un tratamiento diferenciado carente de justificación que vulneraría el derecho de libertad sindical de la preterida”.

absolutos, y que no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador” (STS 24-3-2015, Rec. 118/2104) ²¹.

Una argumentación parecida es la empleada para justificar el establecimiento de reglas sobre el uso de las listas de distribución corporativas, en la medida en que requiere un soporte técnico mayor que el correo electrónico ordinario. De manera que la empresa puede someter a autorización previa su uso ²².

²¹ En esta sentencia se solicita la declaración de vulneración del derecho a la libertad sindical por el establecimiento de filtros previos por parte de la empresa que impiden o limitan el envío de e-mails desde los servicios de correo de los sindicatos y su correcta recepción por los trabajadores en los buzones de correo corporativo. La sentencia AN recurrida, que denegaba la pretensión de los sindicatos, argumenta que únicamente ha quedado acreditado que la operativa del sistema es bloquear el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento, sin que se alcance el bloqueo hasta que el infractor se comprometa a respetar las normas de acceso, de lo que no es posible deducir una conducta antisindical sino “la simple aplicación objetiva de las políticas de acceso y seguridad del sistema”, y concluye que “lo que quiere el sindicato es tener libre acceso sin ninguna restricción”. Frente a esta argumentación, el sindicato recurrente entiende que se ha producido una “interpretación obsoleta y por ello errónea de las normas reguladoras de la libertad sindical y de la jurisprudencia existente en la materia” (en concreto se remite a la STC 281/2005 y jurisprudencia ordinaria). Pero el TS, por el contrario, considera que “la tesis del sindicato, es, en efecto, genérica y subjetiva, sin que pueda compartirse la afirmación de una hermenéutica “obsoleta -y por ello errónea- de las normas de libertad sindical”, porque hay que partir del principio, sostenido en la sentencia del TC referida y recogido en la SAN recurrida, de que “como sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado, resultando igualmente intemporal sus afirmaciones”. Para el TS, la operativa del sistema es bloquear el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento, sin que se alcance el bloqueo hasta que el infractor se comprometa a respetar las normas de acceso; a este respecto se acredita que la empresa tiene elaborado un documento denominado “política de uso de correo electrónico corporativo” donde se indica, en relación con el número de destinatarios de mensaje, que será limitado por la organización con objeto de amoldarlo a la capacidad de los servidores y líneas de comunicación. Concluye por tanto el TS que existe una regulación específica en la materia que debe ser observada mientras se mantenga, y en concreto que “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente política del uso del correo electrónico determinará la utilización por parte de Aena de las restricciones que considere oportunas”.

²² En el caso de la SAN 13-7-2016 (Sent. núm. 127/2016) se impugna un precepto del convenio colectivo sobre el uso de las listas de distribución corporativas, conforme al cual “en caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa interna de la compañía. Previa a la autorización, la Dirección de Personal deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones”. Para la AN, el uso de tales listas de distribución corporativas requiere de un soporte técnico mayor que el correo electrónico ordinario, y de ahí que su uso deba ser considerado como excepcional, por lo que entiende ajustado que para poder acceder al uso de las mismas, los representantes sindicales deban formular autorización la dirección de personal de las empresas, poniendo en su conocimiento la información a difundir, de forma que quede garantizado el buen funcionamiento del sistema, “sin perjuicio del derecho de la representación legal o sindical de los trabajadores a impugnar una

Los convenios colectivos no suelen contener reglas específicas a este respecto²³. Sin embargo, los acuerdos colectivos y protocolos empresariales avanzan en soluciones satisfactorias en ambas cuestiones (Acuerdo BBVA; Acuerdo CAJAMAR; Acuerdo UNICAJA). Los acuerdos más avanzados se ordenan sobre algunas premisas. En primer lugar, se parte de que los envíos son siempre envíos masivos, porque van dirigidos a la plantilla de la empresa o a determinados centros o territorios. En segundo lugar, para evitar complejidades se acuerda que la correspondencia electrónica con los trabajadores se lleve a cabo a través de la red corporativa empresarial; en este sentido, los acuerdos establecen que los sindicatos designarán a los administradores del correo que serán los que establezcan el uso de la mensajería de forma coordinada con los administradores de la red corporativa. En el caso de la mensajería de los sindicatos a sus afiliados se encauza desde un servidor externo con listas de correos que elabora el propio sindicato.

A partir de estas premisas, sobre los filtros respecto de los listados de correos corporativos de los trabajadores, los acuerdos avanzan en el sentido de facilitar la efectividad de la mensajería electrónica, siendo la empresa la que gestiona los listados y la que procede a ordenar los envíos a la plantilla desde el servidor de la red empresarial, conforme a las propuestas formuladas por los representantes sindicales (ya hemos indicado que los envíos a afiliados sindicales los gestiona el sindicato desde un servidor externo). Respecto a los envíos masivos, los acuerdos se basan en una especie de “autorregulación” sindical, limitando el número de correos a enviar (o al menos el número máximo por día, mes o año) y evitando la saturación del servidor durante la jornada laboral (asunto al que ya nos hemos referido).

concreta decisión empresarial que deniegue la difusión masiva mediante listas de distribución que pueda obedecer a motivación antisindical”.

²³ En el caso de comunicaciones masivas, el convenio de TELEFONICA 2015-2017 prevé algunas reglas básicas: su previsión para temas de especial consideración (negociación colectiva, elecciones sindicales y elecciones a la comisión de control del «plan de pensiones empleados de telefónica» para que todos los empleados reciban esta comunicación; fijación de criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la Red Corporativa por la Dirección de Recursos Humanos de acuerdo con los sindicatos; la prohibición de realizar el envío de comunicaciones masivas desde Internet a las direcciones de correo Internet asignadas por la Empresa a sus trabajadores El convenio de BANCA 2015-2018 prevé sobre los envíos masivos que “en el ámbito de cada Empresa se determinará por acuerdo entre ésta y la representación sindical, los términos y condiciones de los envíos relativos a los correos que tengan por destinatarios la totalidad de la plantilla o un colectivo de trabajadores”

7. LA PRIVACIDAD Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DE CONTENIDO SINDICAL

Al mismo tiempo que debe garantizarse el derecho de información y comunicación, debe quedar garantizada la privacidad y secreto de las comunicaciones, amparadas por el art. 18.3 CE²⁴. Pero el derecho al secreto de las comunicaciones, al igual que el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), se ven conectados al derecho de libertad sindical, que actúa como derecho fundamental de referencia en la tutela del derecho de información y comunicación sindical. Ya hemos indicado que los controles o filtros empresariales respecto del uso del correo electrónico corporativo con fines sindicales debe circunscribirse a los aspectos formales o justificados técnicamente, porque en otro caso se podrán considerar una injerencia empresarial proscrita por el derecho de libertad sindical.

Desde luego, la jurisprudencia estima que el derecho al secreto de las comunicaciones para nada se compromete con la exigencia de que la sección sindical designe una persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta, como es habitual en las reglas de acuerdos o protocolos²⁵.

²⁴ La doctrina constitucional fija ciertos parámetros en torno al alcance del art. 18.3 CE (STC 123/2002, FJ 4º), que deben ser recordados. El derecho fundamental, en primer lugar, consagra la libertad de las comunicaciones y prohíbe la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones, “cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas”. En segundo lugar, el concepto de ‘secreto’ en el art. 18.3 CE tiene un carácter ‘formal’, “en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En tercer lugar, la norma constitucional “se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados)”. En cuarto lugar, el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

²⁵ En el asunto abordado por la STS 16-2-2010, Rec. 57/2009, se denuncian las condiciones impuestas por la empresa para la activación de una cuenta de correo electrónico por la sección sindical; concretamente se exige la identificación individual como responsable y propietario del contenido y distribución de la cuenta. La sentencia considera que la doctrina sobre el derecho al secreto de las comunicaciones para nada se compromete con la exigencia de que la sección sindical designe una persona individual que haya de responsabilizarse de la administración de la cuenta, cuya función se limita a la custodia y distribución de los correos; para el TS, “no se desvela «secreto» alguno de los protegidos por el derecho fundamental, ni tan siquiera a nivel de identificación de los interlocutores, pues el remitente o -en su caso- destinatario permanecen para la empresa en el más completo anonimato, y el «owner» exclusivamente sustituye -representándolo a efectos de gestión- al material sujeto de la cuenta de correo, la sección sindical de la CGT, que es a quien sus afiliados habrían de enviar los mensajes electrónicos y la que -en caso- participará información a los trabajadores por el mismo medio informático, pero en términos y con contenidos que la empresa no va a conocer por la mera designación del «owner». Con lo que no se alcanza a comprender qué ilícita revelación se produce con el hecho de nombrar e identificar al exigido administrador de la cuenta”.

Pero ahora interesa subrayar, además, que esta protección de la privacidad, amparada por la libertad sindical, debe extenderse al uso de dicho correo para comunicaciones individuales de los trabajadores con sus representantes. Fuera de las exigencias técnicas que la empresa puede imponer, por ejemplo, para el envío de correos masivos, queda vedado a la empresa la indagación sobre remitentes y destinatarios de la correspondencia electrónica o el control de las listas de correo corporativo empleadas por los sindicatos. De todas formas, hay que tener en cuenta que toda esta información es accesible a la empresa, porque la mensajería se despliega dentro de la red corporativa empresarial. En este escenario, además, la prohibición empresarial a los trabajadores de uso del correo con fines personales no puede servir ni para impedir el uso del correo electrónico con la finalidad de comunicación entre representantes y representados, ni puede justificar la injerencia en la privacidad de las comunicaciones de contenidos sindicales.

Un aspecto también delicado es el del impacto que el uso de los listados de correos corporativos puede tener en la información sobre afiliación sindical de los trabajadores. Volvemos a subrayar que esta información es igualmente accesible a la empresa, porque la mensajería entre sindicato y afiliado, aunque se apoye en un servidor externo, debe transitar por la red corporativa empresarial. Es conveniente tener en cuenta que, conforme a la doctrina constitucional, se garantiza el derecho del sindicato a no revelar datos que afecten a la libertad ideológica de los trabajadores. Por ello, la empresa debe evitar la indagación al respecto, y, en todo caso, la información que le venga dada por el uso sindical de los correos no podría ser utilizada fuera del contexto de comunicación entre el sindicato y sus afiliados (STC 11/1.998, referida al uso empresarial de la información sobre retención a los trabajadores de las cuotas sindicales²⁶). Dicho sea de paso, ello implica que formalmente no se puede alegar que la empresa conoce la afiliación del trabajador a un sindicato cuando, por ejemplo, se esté ante la adopción empresarial de una medida disciplinaria contra el trabajador (pudiendo entonces afectar a la regularidad del procedimiento el hecho de no haber sido comunicado al delegado sindical correspondiente). El razonamiento al efecto es semejante al que puede emplearse respecto al posible conocimiento por la empresa de la afiliación sindical por detracción de cuotas sindicales.

²⁶ Indica la STC 11/21998 que el art.18.4 C.E. “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona...”; y en particular, “trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta con menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de libertad sindical”.

Por otra parte, en la medida en que el uso de listados de correos corporativos individuales pueda dar publicidad a la afiliación sindical, el sindicato debe contar con la aprobación del trabajador, puesto que, para el TC, la afiliación a un sindicato es una opción ideológica individual del trabajador protegida por el art. 16 CE. “La revelación de la afiliación sindical es, por tanto, un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales” (STC 292/1.993). Lo que parece regla habitual en la mensajería electrónica de los sindicatos con los trabajadores de plantilla es la posibilidad de éstos de rechazar la recepción de mensajes (o parte de ellos, por ejemplo, la procedente de determinados sindicatos) (Acuerdo UNICAJA). Lo cual es coherente con el derecho del trabajador a la protección de datos, como vamos a ver.

Es interesante observar que en la regulación francesa (previsión de acuerdos de empresa reguladores de esta materia, conforme al art. L 2142-6 CT), un documento de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), de 22 de marzo de 2017, sobre *L’utilisation de l’intranet et de la messagerie électronique de l’entreprise par les organisations syndicales*, establece ciertas recomendaciones de aplicación de la norma, y en ellas se subrayan especialmente las reglas de confidencialidad. En concreto, se recomienda a los acuerdos de empresa que regulen la garantía de la confidencialidad de los intercambios de mensajería electrónica entre asalariados y sindicatos. Igualmente, se indica que dichos acuerdos deben garantizar que el empleador no pueda ejercer un control de las listas de correos corporativos de los trabajadores a efectos de difusión, en la medida en que puede ser un dato sobre la simpatía o afiliación sindical de un trabajador. Estas instrucciones se complementan con otra más general: se recomienda que los acuerdos establezcan la necesidad de que se identifique claramente el carácter sindical de la mensajería electrónica en cada mensaje al objeto de que el trabajador y la propia empresa estén informados de su origen y naturaleza.

8. ACCIÓN SINDICAL Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PROTECCIÓN DE DATOS. LA DOCTRINA DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)

Desde otra perspectiva, el uso sindical de las TIC puede entrar en colisión con el derecho de los trabajadores a la protección de datos o libertad informática (art. 18.4 CE). En concreto, el conflicto se plantea por la oposición de los trabajadores al envío de e-mails con contenido sindical a su dirección de correo electrónico.

El derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos

datos (STC 292/2000). A partir de la doctrina constitucional, la AEPD concluye que una dirección de correo electrónico, “considerando que contiene información acerca de su titular, o en la medida en que permita proceder a la identificación del mismo, ha de ser considerada como dato de carácter personal y su tratamiento sometido a la citada Ley Orgánica, por lo que, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado no ha dado su consentimiento para ello” (Res. 01232/2017, Proc.00069/2017). Todo ello conforme al art. 6.1 LOPD, que prevé que “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”.

Pero la AEPD ha establecido dos matices. En primer lugar, si el sindicato utiliza una lista de distribución facilitada por la empresa, no necesita el consentimiento previo del afectado para el tratamiento de sus datos. Ahora bien, el envío de correos electrónicos utilizando la lista de distribución implica un tratamiento de los datos, lo que convierte al sindicato en responsable del tratamiento, teniendo la obligación de atender los derechos recogidos en la normativa vigente en materia de protección de datos (Recurso de Reposición 00729/2014, Proc. 00651/2014; Res. 01232/2017, Proc.00069/2017).

En segundo lugar, conforme al art. 6.1 LOPD, el consentimiento del trabajador será necesario, “salvo que la ley disponga otra cosa”. Y hay que tener en cuenta que la remisión de e-mails por la sección sindical a los trabajadores de la empresa estaría amparada por el art. 8 LOLS. De manera que al existir una previsión legal no sería necesario disponer del consentimiento de trabajador para el envío de mensajería electrónica.

Pero la doctrina de la AEPD puntualiza que “no puede afirmarse que para el ejercicio del derecho de libertad sindical, pueda disponerse de manera incondicional de los datos personales de un tercero y éste además, deba soportar que esos datos se utilicen sin limitaciones” (Res. 01795/2011, Proc. 00309/2011). En este sentido, para el supuesto donde no sea necesario el consentimiento previo del interesado, habrá de tomarse en consideración el art. 6.4 LOPD, donde se prevé que “siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”. A partir de este marco jurídico, la doctrina de la AEPD considera que “debe reconocerse el derecho de los trabajadores a mostrar su oposición a la recepción de mensajes con contenido sindical y, consiguientemente, la obligación de los Sindicatos de cesar en el tratamiento de los datos de los solicitantes” (Res. 01871/2014, Proc.00624/2014).

Sin embargo, esta regla contiene una excepción para la AEPD. Concretamente, en lo referente a la información sindical remitida a los trabajadores en período

electoral, “debe concluirse que en periodo electoral debe prevalecer el derecho a la actividad sindical consagrado en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sobre el derecho fundamental a la protección de datos. En consecuencia, los trabajadores durante el proceso electoral sindical, no pueden oponerse al tratamiento de sus datos personales, siempre que el uso que realice el Sindicato sea adecuado para los fines del propio proceso electoral” (Res. 01871/2014, Proc.00624/2014).

9. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En una temática tan novedosa, tan innovadora y dinámica, con una legislación desfasada, es central el papel regulador de la negociación colectiva (y en su caso de los protocolos empresariales). La negociación colectiva cumple un importante papel como instrumento para concretar el uso de las TIC como contenido adicional de la libertad sindical y para concretar los derechos de las representaciones unitarias²⁷.

Al igual que ocurre con el uso de las TIC por los trabajadores, la ausencia o la ambigüedad de las reglas sobre uso sindical y el control empresarial del correo electrónico, internet o de las redes sociales corporativas puede plantear conflictos y litigiosidad. De ahí la importancia de una negociación (y protocolos) que fijen reglas claras y transparentes. Estas reglas, por una parte, deben disponer que la finalidad del uso de las TIC esté ligada a fines exclusivamente sindicales o representativos, admitiendo en este sentido una interpretación flexible; y, por otra parte, debe delimitar con claridad las facultades fiscalizadoras o de control de la empresa, en particular los criterios que permiten delimitar una situación de perturbación de la actividad normal de la empresa, sobre todo cuando el uso de los medios telemáticos con fines sindicales tenga lugar en el tiempo de trabajo.

Los Acuerdos Interconfederales de negociación colectiva han insistido en este aspecto ²⁸. Actualmente, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación

²⁷ Algunos convenios prevén esta extensión de derechos a las representaciones unitarias: TELEFONICA 2015-2017, ALTADIS 2010-2014 (Convenio colectivo de Altadis, SA., BOE 27-6-2012). En algunos casos sólo se prevé para la representación unitaria: ALCATEL 2016-2017 (Convenio colectivo de Alcatel Lucent España, SAU., BOE 16-11-2016), AGFA GRAPH 2014 (II Convenio colectivo de Agfa Graphics NV BOE 14-8-2014). En Francia, la aplicación de acuerdos de empresa reguladores de esta materia, conforme al art. L 2142-6 CT, está pensada para las estructuras sindicales. No obstante, la CNIL (L'utilisation de l'intranet et de la messagerie électronique de l'entreprise par les organisations syndicales), recomienda su extensión a las representaciones unitarias. En segundo lugar, puede servir para concretar algunos de los parámetros jurisprudenciales sobre el uso de las TIC.

²⁸ Así, el AINC de 2007 en su Cap. V.4: indica que “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en las relaciones laborales también debería ser objeto de tratamiento en los convenios colectivos para garantizar los derechos individuales y colectivos de

Colectiva 2015-2017 indica que los convenios colectivos deben tener como objetivos fundamentales, entre otros, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en el desarrollo productivo general y en las relaciones laborales”. Subraya la conexión entre TIC y derechos de información y consulta, para lo cual la negociación colectiva debería contemplar la necesidad de abordar en cada empresa “la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones laborales, estableciendo canales de comunicación entre las partes y como vehículo de información a los trabajadores por parte de la RLT, que deberán ser objeto de un uso racional”.

Son cada vez más los convenios que adaptan los derechos del art. 8.2 LOLS y del art. 81 ET a las TIC de la empresa, aunque en términos absolutos es bajo el porcentaje de convenios que introducen reglas sobre las TIC como medio de acción sindical. Por ejemplo, si tomamos como referencia las empresas y sociedades del Ibex 35 constatamos que, en términos generales, las previsiones de sus convenios colectivos son testimoniales y escuetas. Hemos tenido ocasión de subrayar los avances en el sector de banca en España en este terreno, y he tratado de ejemplificar dichos avances con el XXIII convenio colectivo de BANCA 2015/2018 y los Acuerdos de UNICAJA, CAJAMAR y BBVA.

En términos generales, las cláusulas de los convenios son muy heterogéneas y abarcan reglas sobre uso de los medios informáticos y telemáticos, el acceso a la Intranet de la empresa, el tablón virtual dentro de la misma, el uso de Internet y del correo electrónico²⁹.

Respecto de los sujetos a los que se reconocen derechos, como regla general el reconocimiento se extiende al comité de empresa y delegados de personal y a las secciones sindicales. Aquí conviene indicar que la negociación colectiva debe ser cuidadosa en el tratamiento diferencial que pueda establecer respecto de las representaciones sindicales. Los criterios selectivos deben ser objetivos y deben ser adecuados al tipo de derecho y la carga que supone para la empresa. Los convenios no son del todo precisos al respecto, aunque suelen vincular los derechos a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y con implantación en los órganos unitarios de representación³⁰.

los trabajadores”. El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014 reitera esta directriz.

²⁹ Un estudio muy completo en CAMPAL MARTINEZ, A., “La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores”, en RGDTSS (Iustel), nº 27, 2011, pág. 273 y sigs..

³⁰ Por ejemplo, el convenio de TELEFONICA 2015-2017 reconoce el derecho de tablón virtual a los sindicatos con representación en el comité intercentros. Posteriormente indica que la empresa “facilitará acceso a la Red corporativa, al correo electrónico y a Internet a los sindicatos que tengan

En lo referido a los contenidos que se recogen en los convenios colectivos, se suelen concretar los siguientes contenidos:

- Derecho a una página en la intranet de la empresa (a un tablón virtual en el portal de la empresa), acceso a internet y uso del correo electrónico.
- Derecho de los trabajadores a comunicarse con los representantes vía correo electrónico y de los representantes a usar este medio para comunicarse interna y externamente.
- Derecho de los trabajadores a acceder a los sitios gestionados por sus representantes.
- El envío de información al correo corporativo de los trabajadores, en particular para determinados temas como la negociación colectiva o elecciones sindicales.

Respecto de las condiciones de uso, son pocos los convenios que detallan las reglas procedimentales de uso de los medios telemáticos, sobre todo del correo

la consideración de más representativos a nivel estatal y con presencia en el Comité Intercentros”. El convenio de Banca 2015-2018 indica que las Empresas, siempre que dispongan de intranet como herramienta usual de trabajo y de información a sus trabajadores, pondrán a disposición de las representaciones sindicales con presencia en los Comités de Empresa de un sitio particular. Igualmente proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo “a cada una de las secciones sindicales de Empresa legalmente constituidas (L.O.L.S.), de los Sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial”. El convenio de ENAGAS 2016-2019 (Convenio colectivo del Grupo Enagas BOE 16-5-2016) circunscribe los derechos a las TIC a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en el comité de empresa. El convenio de FERTIBERIA 2015-2017 (Convenio colectivo de Fertiberia, SA. BOE 25-8-2015) reserva a “cada una de las secciones sindicales más representativas de conformidad con la LOLS” el acceso a Internet y de una dirección de correo electrónico para cada sección sindical, para el ejercicio de sus funciones. El convenio de ALTADIS 2010-2014 reserva los derechos al uso de Internet y correo electrónico, vía ADSL, incluso, si las condiciones técnicas así lo permitieran, con acceso directo a la red de la Empresa y a Intranet a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, las secciones de aquellos sindicatos que hayan obtenido representación en el Comité de Empresa y las de los sindicatos de ámbito nacional, que aun no obteniendo representación en dicho Comité, hubieran obtenido un 10 por ciento de representatividad a nivel de la Empresa, o un 20 por ciento en su circunscripción, si son de ámbito provincial o autonómico En el convenio de REPSOL 2016, los derechos al uso de las TIC se circunscriben, en centros de trabajo con más de 200 trabajadores, a “las secciones sindicales constituidas por trabajadores afiliados a sindicatos más representativos con representación en el comité de empresa”. En el convenio de CEPESA 2014-2015 (Convenio colectivo de Cepsa Comercial Petróleo, SA, Cepsa Lubricantes, SA, Cepsa Gas Licuado, SA, Cepsa Conveniencia, SA y Productos Asfálticos, SA., BOE 7-2-2014) se reservan los derechos a “las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y que tengan reconocidos los derechos del artículo 10 de la LOLS dispondrán, en los centros de trabajo que tengan desarrollada una Intranet u otro sistema informático similar o alternativo, de una página en la citada Intranet para la publicación de información de carácter sindical de interés para dicho centro”.

electrónico. Algunos convenios dejan dicha regulación en manos de la legislación vigente o se remiten a los parámetros que determine la dirección de la empresa (generalmente reglas o procedimientos previstos para el uso dispositivos técnicos comunes al de las comunicaciones electrónicas de la empresa). Otros convenios se remiten a las normas para usos informáticos en la empresa y los criterios marcados por la jurisprudencia, particularmente constitucional.

Los convenios se suelen referir a un uso ligado a sus competencias representativas y que no interfiera en la actividad productiva o laboral en la empresa. Se regula el uso del correo corporativo en cuanto a origen y destinatarios (internos o externos a la empresa) y su contenido laboral o social, y se regula particularmente el supuesto de envío masivo de correos: comunicación y autorizaciones de la empresa y procedimiento al efecto.

Son escasas las cláusulas que abordan la regulación del contenido y uso que puede llegar a tener el tablón virtual. Respecto al uso de Internet, en la mayoría de los casos se limita a permitir su utilización por parte de la representación unitaria y de las secciones sindicales, a través del servidor de la empresa y para fines ligados a su actividad representativa, con aplicación de las normas generales previstas por la empresa para la utilización de Internet.

10. BREVE REFERENCIA A LA *LOI TRAVAIL* FRANCESA DE 2016 Y EL USO DE LA MENSAJERÍA ELECTRÓNICA

Me parece de interés concluir mi estudio con una referencia a las recientes novedades legislativas en Francia. Allí existe una regulación legal del uso de la correspondencia electrónica a través de la red corporativa empresarial (art. L 2142-6 CT), que ha sido revisada recientemente por el legislador francés a través de la Ley 2016/1088, de 8 de agosto (*Loi Travail*),

El art. L 2142-6 CT ha sido modificado por la *Loi Travail* con el objetivo de flexibilizar su regulación. Hasta este momento sólo un acuerdo de empresa permitía reconocer un derecho a los sindicatos para el uso de la mensajería electrónica en la empresa (norma avalada por la sentencia 27-9-2013 del Consejo Constitucional) y la práctica francesa en este sentido ha sido escasa³¹.

Por este motivo, la nueva versión, que ha entrado en vigor en enero de 2017, modifica y flexibiliza la regulación:

³¹ CFDT, “Loi Travail: la communication syndicale à l’ère du numérique”, 10/11/2016 Service juridique-CFDT.

- Las condiciones y modalidades de difusión de informaciones sindicales mediante los medios electrónicos disponibles en la empresa pueden establecerse mediante un acuerdo de empresa.
- De no existir acuerdo, las organizaciones sindicales presentes en la empresa (legalmente constituidas, con al menos dos años de antigüedad y que respeten los “valores republicanos y de independencia”) pueden distribuir publicaciones o folletos sindicales desde una página web sindical que sea accesible desde la intranet de la empresa, siempre que ésta exista.

Dos son las novedades de esta reforma. La primera novedad está en que se refuerza el alcance del acuerdo colectivo³². Por un lado, la norma amplía los contenidos que el sindicato puede difundir, que se delimitan genéricamente como “informaciones sindicales”. Por otro, el pacto puede afectar a todos los “medios electrónicos” disponibles en la empresa para la difusión o comunicaciones sindicales.

La segunda novedad, sin duda la más relevante, consiste en que, de no existir acuerdo de empresa, los sindicatos tienen reconocido un derecho a servirse de la intranet empresarial (aunque no del servicio de mensajería electrónica de la empresa, que sigue requiriendo el acuerdo).

La utilización de medios electrónicos de la empresa por los sindicatos será posible si se dan las siguientes condiciones:

1. Que sea compatible con las exigencias del buen funcionamiento y seguridad de la red informática de la empresa.
2. Que no tenga consecuencias perjudiciales para la buena marcha de la empresa
3. Que se preserve la libertad de elección de los trabajadores de aceptar o rechazar los mensajes electrónicos.

Un documento de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (CNIL), de 22 de marzo de 2017, sobre *L’utilisation de l’intranet et de la messagerie électronique de l’entreprise par les organisations syndicales*, establece las siguientes recomendaciones a partir de esta nueva versión normativa.

En primer lugar, la norma se refiere únicamente a los sindicatos y no a los representantes unitarios o elegidos en la empresa (comités, delegados de personal miembros del comité de seguridad y salud). No obstante, la CNIL recomienda que se reconozca en los mismos términos que a los sindicatos.

³² CFTD, “Loi Travail: la communication syndicale à l’ère du numérique”, cit.

En segundo lugar, respecto del derecho reconocido a los sindicatos en el art. L 2142-6 CT:

- Debe respetarse la finalidad que justifica el derecho sindical, es decir, que se trate del envío de información sindical.
- Que los trabajadores estén claramente informados con antelación de este derecho sindical y puedan manifestar su acuerdo o su oposición a la recepción de estos correos.
- El carácter sindical de la mensajería electrónica debe especificarse sistemáticamente en cada mensaje al objeto de que el trabajador esté informado de su origen y naturaleza.

Finalmente, la CNIL estima que, conforme a la regulación legal, el acuerdo colectivo debería precisar:

- Los supuestos en que la empresa puede oponerse al uso de la mensajería electrónica.
- El deber de confidencialidad de empresarios y sindicatos. En particular, debe garantizarse la confidencialidad de los intercambios de mensajería electrónica entre asalariados y sindicatos.
- Debe garantizarse que el empleador no pueda ejercer un control de las listas de correos corporativos de los trabajadores a efectos de difusión, en la medida en que puede ser un dato sobre la simpatía o afiliación sindical de un trabajador.