



## PODERES EMPRESARIALES

Universidad de Córdoba

# LOS MEDIOS INFORMATICOS Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

*Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, de 7 de noviembre*

CARMEN MORENO DE TORO \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El grupo BBVA, en 1999, dentro del «Programa 2000» trató de fomentar el uso del correo electrónico tanto interna como externamente llevando a cabo iniciativas como «La semana más práctica», en enero, o «La semana práctica», en octubre, por las que se fomentaba el uso de este tipo de correo en lugar de utilizar papel para cartas o notas o en lugar de utilizar el teléfono como medida dirigida a reducir costes.

La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO), a partir de febrero de 1999, vino enviando por correo electrónico, desde el servidor interno del sindicato al servidor externo del grupo BBVA, mensajes con información sindical a todos los trabajadores afiliados o no sin obstáculo alguno por parte de la empresa. Sin embargo, a partir del 13 de febrero de 2000, los mensajes fueron rechazados por el servidor de la empresa dado que días antes de la fecha mencionada una avalancha de mensajes procedente del servidor del sindicato, COMFIA.NET, colapsaron el servicio informático del grupo.

En septiembre de 2000, la empresa dictó unas normas de actuación para el uso racional del correo electrónico especificando que el mismo era una herramienta de trabajo que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas y que los

\* Pfra. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

usos ajenos a estos fines podrían configurar falta laboral. En particular, la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hacía de manera masiva (actividad conocida como spam) se consideraba como una práctica rechazable e, incluso, perseguible.

Por la representación de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) se planteó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional suplicando que se dictara sentencia en la cual se declarase el derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores a través del correo electrónico.

La sentencia recaída<sup>1</sup> reconoció tal derecho siempre que se hiciera «con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes el 13 de febrero de 2000, que colapsó el servidor interno de la empresa».

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al considerar que las obligaciones empresariales tienen carácter de «*numerus clausus*» y vienen establecidas en el art. 8 de la LOLS sin que se extiendan a facilitar el uso del correo electrónico.

La sentencia<sup>2</sup> estimó el recurso al no existir norma jurídica que concediera al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del banco para comunicarse con sus afiliados y secciones sindicales.

La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras promovió recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

**RESUMEN:** La sentencia del Tribunal Constitucional<sup>3</sup> anula la sentencia del Tribunal Supremo al considerar que se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la recurrente en amparo. La Sala reconoce el derecho a utilizar el correo electrónico, que previamente está instalado en la empresa, para fines sindicales. No obstante, la sentencia viene acompañada de un voto particular.

<sup>1</sup> SAN de 6 de febrero de 2001 (AS 2001/84).

<sup>2</sup> STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3270).

<sup>3</sup> STC de 7 de noviembre de 2005 (RTC 2005/281)



## ÍNDICE

1. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: AUDIENCIA NACIONAL Y T. SUPREMO
2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
  - 2.1. Delimitación del contenido esencial o adicional del derecho de libertad sindical
  - 2.2. Las obligaciones del empresario frente a los medios informáticos
    - 2.2.1. No hay obligación de instalar medios informáticos
    - 2.2.2. Hay obligación de facilitar el uso de los medios informáticos instalados
      - 2.2.2.1. Uso sindical y titularidad de los medios
      - 2.2.2.2. Límites al uso
3. VARIAS CONSIDERACIONES
4. BREVE REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR

## 1. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES: AUDIENCIA NACIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

La actividad sindical en el ámbito de la empresa, su extensión y limitaciones, constituye un foco de conflictos al ponerla en conexión con el poder del empresario. La existencia de trabajadores afiliados a un sindicato y el reconocimiento a los mismos de una serie de derechos como los de reunión o información conllevan unas limitaciones al poder empresarial, que necesariamente ha de asumir. Y ello es lo que ha venido a decir la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

El art. 8 de la LOLS reconoce a estos trabajadores el derecho a distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa y a recibir información de su sindicato. Y continúa reconociendo a los sindicatos, atendiendo a su representatividad, el derecho a un local adecuado y a un tablón destinado a la difusión de noticias sindicales.

En la primera sentencia, de la Audiencia Nacional, el Tribunal fundamentándose en el «*iu usus inocui*», es decir, en el derecho a usar cosa ajena siempre que no cause daño al dueño, estima parcialmente el derecho del sindicato a utilizar el correo electrónico de la empresa cumpliendo las limitaciones del mencionado derecho, es decir, como señala la resolución: «con la mesura y normalidad inocua...» con que lo realizaba antes de que se colapsara la red informática de la empresa.

Dada la escasa concreción que hace la sentencia de los límites en el ejercicio del derecho, la Empresa presentó recurso de casación. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional remite al uso que se ha venido haciendo en el pasado, uso que, sin embargo, motivó el litigio; en consecuencia, no se considera debidamente delimitado el ejercicio del derecho al poder originar otros posteriores. Tal recurso fue estimado por el Tribunal Supremo que anuló la sentencia anterior de manera que excluyó cualquier derecho del sindicato

al uso del correo electrónico ya que «no hay norma jurídica que conceda ese derecho»; para el Alto Tribunal «la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada». La LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir información sindical, señala la resolución, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para su perfeccionamiento.

La sentencia del Tribunal Constitucional va a anular la sentencia del Tribunal Supremo y a restablecer la sentencia de la Audiencia Nacional aunque en la nueva resolución, el Tribunal va a establecer unos límites y presupuestos para el ejercicio del derecho, es decir, concreta cuál deba ser éste, a diferencia de la dictada por la Audiencia Nacional que remitía al uso que se venía haciendo y que, precisamente, había dado lugar al litigio <sup>4</sup>.

## 2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 2.1. Delimitación del contenido esencial y adicional del derecho de libertad sindical

La tesis fundamental que sostiene el Tribunal Constitucional es considerar que el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, 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. Y continúa señalando el Tribunal que: «En definitiva, constituye un «elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical», una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental».

El Tribunal recuerda su doctrina sobre la delimitación entre contenido esencial y adicional. El primero se refleja en el art. 28.1 de la Constitución Española y comprende no sólo derechos de carácter organizativo o asociativo —el derecho a afiliarse o no afiliarse, el derecho a fundar sindicatos, a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales—

<sup>4</sup> En todo caso, el Tribunal Constitucional, en relación a este punto, en la misma sentencia señala que sí estaba debidamente delimitado el ejercicio del derecho por la Audiencia Nacional al declarar que no puede decirse que la sentencia dictada por este Tribunal «adolece de falta de precisión al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce» y ello porque dicha sentencia se está refiriendo al uso realizado con anterioridad al momento en que tuvo lugar el empleo abusivo del sistema y en ese periodo no hubo alteración de la actividad productiva.



les— sino que comprende también derechos de carácter funcional en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 C.E. en relación con el art. 10.2 C.E., que considera aplicables, en la interpretación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades constitucionales, las normas internacionales sobre la materia ratificadas por España; y a esta sazón, en el art. 28.1 C.E. tienen cabida aquellos derechos que sirven para la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en concreto, la Ley Orgánica de Libertad Sindical señala que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical (art. 2.1) y que las organizaciones sindicales tienen derecho a la actividad sindical dentro y fuera de la empresa (art. 2.2).

En cuanto al contenido adicional, considera que lo integran aquellos derechos y facultades reconocidos por normas legales o convencionales, que se añaden al contenido mínimo o esencial. Son, pues, de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de la regulación que los establece; de la misma manera, pueden ser suprimidos o modificados por la ley o por el convenio que los ha creado. Su origen puede estar también en una concesión unilateral del empresario quien podrá libremente suprimirlos siempre que la supresión no responda a motivos antisindicales.

Como hemos señalado, resalta el Tribunal que la información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. Ahora bien, el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y, en este sentido, la LOLS reconoce el derecho de los afiliados a distribuir información y a reunirse para informar e informarse y a recibir información del sindicato (art. 8.1) pero también puede hacer efectivo este derecho por medio de otros cauces que libremente adopte, siempre que respete la normalidad productiva y, como consecuencia de ello, «el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo».

## 2.2. Las obligaciones del empresario frente a los medios informáticos

### 2.2.1. *No hay obligación de instalar medios informáticos*

El Tribunal Constitucional se preocupa de dejar claro de que no corresponde al empresario obligación alguna de incorporar un correo electrónico u otros medios informáticos para ponerlos a disposición del sindicato. Y así afirma en su sentencia que «No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador». Y redundante al decir: «Las empresas, (...), no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical».

Es más afirma que tampoco puede nacer esta obligación de una interpretación extensiva del art. 8.2 de la LOLS por el que el empresario ha de proporcionar un tablón de anuncios a las secciones sindicales a las que se refiere el precepto, configurándola como una prerrogativa adicional de las mismas. Tampoco deriva del apartado anterior, el apdo. 1 del art. 8, por el que los trabajadores afiliados tienen derecho a recibir información en la empresa de su sindicato porque para que ello fuera así, el Tribunal Constitucional estima que sería necesaria su concreción legal.

### 2.2.2. *Hay obligación de facilitar el uso de los medios instalados*

La cuestión para el Tribunal se centra en determinar si la falta de obligación empresarial en orden a instalar la infraestructura informática implica la facultad de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa, *una vez que el sistema está creado y en funcionamiento*.

Y en este punto, el Tribunal sienta doctrina al considerar 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».

De esta manera afirma el deber empresarial de facilitar el uso de los medios informáticos al sindicato siempre que estén instalados en la empresa. Si se niega el empleador sin causa justificada lesiona el derecho de libertad sindical.

#### 2.2.2.1. *Uso por el sindicato y titularidad de los medios*

El Tribunal se detiene a aclarar que por el uso de esos medios no se afecta a la titularidad del derecho de propiedad. Parece que la sentencia vuelve a la doctrina sentada por la Audiencia Nacional para la cual será lícita la utilización de los medios en la medida en que se trate de un «*ius usus inocui*», es decir, reconoce al sindicato un derecho de uso no dañino; con lo cual se daría cumplimiento a la exigencia legal de no perturbar la actividad normal de la empresa que se hace a los trabajadores afiliados al sindicato a la hora de distribuir información; ahora bien, este «*ius usus inocui*», como sienta la mejor doctrina<sup>5</sup>, está fundado más bien en la simple tolerancia del dueño, con lo cual éste en cualquier momento puede poner fin al mismo. De ahí

<sup>5</sup> Vid. LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil IV. Propiedad y derechos reales de goce*. Ed. Marcial Pons. 4.ª ed. 2002, pg. 55.

que, a nuestro juicio, el Tribunal vaya más allá. No es un mero «*ius usus inocui*». Y así hace recaer sobre el empresario la obligación de poner a disposición del sindicato los medios que tiene aunque... siempre que no le cause perjuicio y dicha obligación deriva del deber que tiene el empresario de «no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical» (Fto. jco. 7.º). Obligación integrada en el contenido esencial de dicho derecho.

Recuérdese que, por el contrario, el Tribunal Supremo había negado el derecho de uso al sindicato fundándose en que se trata de un instrumento propiedad de la empresa y en consecuencia es necesario su consentimiento para su utilización, no admitiendo que se tratara de un «*ius usus inocui*».

#### 2.2.2.2. Límites al uso

El Tribunal Constitucional reconoce este derecho a los sindicatos pero fija unas pautas o reglas para su uso.

En primer lugar, sólo puede utilizarse para transmitir información sindical y laboral.

En segundo lugar, la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa. No se considera perturbación la recepción de los mensajes durante la jornada laboral puesto que, evidentemente, su lectura podrá realizarse fuera de la misma y además, considerar esta recepción como perturbación sería excesivo; como señala VALDÉS DE LA VEGA, la recepción de información a través de correo electrónico es equiparable a su recepción vía correo postal y ésta, junto a su distribución, es una parte más de la actividad empresarial<sup>6</sup>.

En tercer lugar, al tratarse de una herramienta de la producción de la empresa, el empleo por el sindicato de este medio no puede perjudicar el uso específico empresarial previamente fijado. El interés empresarial debe prevalecer sobre el interés de uso sindical en caso de conflicto. Parece evidente que el Tribunal reconoce a quién corresponde la propiedad de esos instrumentos, cuáles son los objetivos para los que se establecieron y, en base a ello, admite que sea el propio empresario el que «predetermine las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas», naturalmente con una limitación: «siempre que no las excluyera en términos absolutos».

<sup>6</sup> Vid. de la autora, «La utilización de las tecnologías de la información: un derecho sindical y un límite a la libre disposición empresarial sobre los instrumentos de trabajo. (Comentario a la STC 281/2005)». *Revista de Derecho Social* núm. 33/2006, págs. 134 y 139.

En cuarto lugar, esta utilización no podrá ocasionar gravámenes adicionales al empleador como puede ser la producción de mayores costes.

El mismo Tribunal remite a la intervención judicial para solventar los conflictos que puedan derivarse del abuso de este derecho.

### 3. VARIAS CONSIDERACIONES

No cabe duda que, a nivel individual, hay una aceptación tácita del uso en la empresa por el trabajador del correo electrónico para fines personales y no propiamente laborales siempre que no dé lugar a un comportamiento desviado, de especial gravedad y que genera su sanción<sup>7</sup>. Las restricciones empresariales al mismo, en todo caso, están fundadas en la propiedad de ese medio que corresponde a la empresa y lo instala con fines productivos y en la utilización del tiempo de trabajo para fines diferentes como es la lectura de esos correos que puede recibir<sup>8</sup>. Es de interés, en cualquier caso, que el trabajador conozca cuál es la política del empresario en este campo manifestada a través del convenio o de normas internas de conducta o de comunicados.

Mayor problema se plantea cuando el uso es realizado por el sindicato, que es el problema planteado por la sentencia. Evidentemente, el trabajador afiliado tiene derecho a recibir información de su sindicato a tenor del art. 8.1 c) LOLS; también los no afiliados tienen este derecho, puesto que la letra b) de este mismo apartado permite a aquellos trabajadores «distribuir información sindical, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa». No cabe duda cuando la distribución se realiza a través del servidor del sindicato; la cuestión, pues, se centra en la utilización del servidor de la empresa.

El Tribunal Constitucional para justificar el derecho de uso del correo electrónico por el sindicato acude a la distinción entre contenido esencial y adicional del derecho de libertad sindical y lo ampara, como hemos expuesto, en el primero al incluirlo en el derecho de información.

Incluirlo en el contenido esencial nos parece una posición que adopta una solución excesivamente amplia. Desde luego, las organizaciones sindicales tienen derecho al ejercicio de la actividad sindical y para que ésta pueda llevarse a cabo es imprescindible la información y también es cierto que la técnica avanza precipitadamente sin que el legislador siga sus pasos. La acep-

<sup>7</sup> Vid. SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2003 (AL núm. 8/2004); de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000/3444); de 5 de julio de 2000 (AS 2000/3452).

<sup>8</sup> Vid. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la S. Social*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. (Navarra). 2002, págs. 701 y ss.



tación del uso sindical del correo electrónico entra dentro de la lógica pero el Tribunal se encuentra con un vacío legal. La información fluida entre sindicato, afiliados y no afiliados, está prevista de otro modo, en concreto, a través del tablón de anuncios.

Si realizamos un análisis de lo que sea el contenido adicional, el propio Tribunal ha señalado que ha de ser entendido como «el conjunto de derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos, derechos de creación infraconstitucional, por tanto, que deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»<sup>9</sup> y también que «el derecho fundamental (de libertad sindical) se integra, ..., también por esos derechos o facultades adicionales, de modo que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el art. 28.1 CE. (...); son creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»<sup>10</sup>.

El correo no es sino un instrumento de materialización del derecho información englobado dentro del de libertad sindical como lo es el uso de local para reuniones en la empresa o el uso del tablón de anuncios. Ambos, local y tablón, representan cargas para el empresario dirigidas a facilitar el ejercicio de la libertad sindical y que han sido fijadas por la ley.

Y en este marco hemos de encajar el uso del correo electrónico en la medida, eso sí, como señala el Tribunal Constitucional, que esté instalado en la empresa. Aunque, como señala SEMPERE y SAN MARTÍN, el Tribunal ha renunciado a realizar una interpretación moderna y actualizada del derecho a contar con un tablón de anuncios o con un local para extenderlo a un tablón virtual o al correo electrónico y se ha centrado en el más amplio derecho de comunicación e información sindical<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Vid. STS de 23 de marzo de 2003 (RTC 44/2003) y otras que cita como la STC de 16 de mayo de 2000 (RTC 2000/132).

<sup>10</sup> Vid. STS de 8 de noviembre de 1999 (RTC 1999/201) y otras que cita como las de 22 de marzo de 1999 (RTC 1999/145); 29 de mayo de 1996 (RTC 1996/95); 18 de diciembre de 1995 (RTC 1995/188); 13 de julio de 1989 (RTC 189/127); 31 de marzo de 1986 (RTC 1986/39).

<sup>11</sup> Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V./SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., «El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 281). *Aranzadi Social* núm. 17/fb. 2006 (bib 2005/2568) pág. 6. Vid. también de los autores, *Nuevas Tecnologías y Relaciones Laborales*. Ed. Aranzadi/A.Thomson Company. Cizur Menor. 2002, págs. 150 y ss.

El Tribunal al reconocer este derecho no hace sino acercarse a la actualidad y hacer frente a una laguna legal.

Al tratarse de la disposición de un medio ajeno, el Tribunal no puede sino establecer limitaciones a ese uso; y así, impone al empresario la obligación de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan pero su uso no ha de perjudicar aquél para el que fueron establecidos y han de respetarse los límites señalados. No hay, pues, obligación empresarial de establecerlos pero sí de facilitarlos, si ya están establecidos.

Ahora bien, el Tribunal pone énfasis en supeditar ese uso a los objetivos empresariales para los que se instaló el medio y reconoce al empresario la facultad de fijar las normas de utilización, «debiendo emplearse el instrumento de comunicación 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. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos»<sup>12</sup>.

Más bien parece que el Tribunal Constitucional ha querido hacer justicia dando una solución «salomónica» al problema planteado: a la parte sindical, se le permite el uso de los medios informáticos, si están establecidos en la empresa pero, por otro lado, para la parte empresarial, se establece la prevalencia de su interés empresarial e incluso que el empresario fije las normas de utilización, con tal de que no lo excluya.

En realidad, se constata la falta de regulación de la materia; como ya abogamos en otro momento<sup>13</sup>, es necesario, que dicha materia, al menos, sea incluida como cuestión a regular en la negociación colectiva<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Fundamento jurídico 8.º.

<sup>13</sup> Vid. «Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato». *Temas Laborales* núm. 82/2005, págs. 225 y ss.

<sup>14</sup> Como sabemos, el convenio colectivo es un cauce de ordenación especialmente privilegiado para solventar este problema, en especial cuando su ámbito es el de empresa al responder a las necesidades concretas de la misma. Sobre esta cuestión, vid. CORREA CARRASCO, M., «La proyección de las nuevas tecnologías en la dinámica (individual y colectiva) de las relaciones laborales en la empresa: su tratamiento en la negociación colectiva». *Revista de Derecho Social* núm. 31/2005, págs. 45 y ss. Resalta también el valor de la negociación en esta materia, MARTINEZ FONS, D., «El control empresarial del uso de las nuevas tecnologías en la empresa», en AAVV., *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías* (Dtor. Del Rey Guanter/Coord. Luque Parra). La Ley. Madrid. 2005, pág. 232, y ROQUETA BUI, R., *Uso y control de los medios tecnológicos de la información y comunicación en la empresa*. Tirant lo Blanch. Valencia 2005, págs. 34 y ss.



De otro lado, hay que poner de manifiesto que el Tribunal no menciona los posibles derechos que, en este ámbito, pudieran corresponder a la representación unitaria. Dado el deber de informar a sus representados que recae sobre la misma —art. 64.1.12.º E.T. en relación con el art. 81 E.T.— es factible la extensión a ella de la doctrina constitucional teniendo el cuenta que ya los convenios colectivos al reconocer el derecho al uso de los medios informáticos lo hacen tanto a la representación unitaria como a la sindical <sup>15</sup>.

#### 4. BREVE REFERENCIA AL VOTO PARTICULAR

Esta sentencia viene acompañada de un voto particular <sup>16</sup> que comparte la posición mantenida por el Tribunal Supremo y que se refleja en el fundamento 4.º de la anterior sentencia de 26 de noviembre de 2001. En esta sentencia, el Tribunal Supremo descartó el derecho del sindicato a usar el correo electrónico dado que no había —ni hay— norma jurídica que conceda al sindicato tal derecho, ni el mismo había sido adquirido por su uso pacífico durante el espacio de un año. Para que tal derecho existiera, el Tribunal consideró que era necesario el consentimiento expreso de la demandada mientras no hubiera, al menos, norma convencional o acuerdo de cualquier tipo.

Para adoptar esta posición el Tribunal fijó como presupuestos que el medio informático era una herramienta de trabajo a disposición de los trabajadores para el desenvolvimiento de las funciones laborales encomendadas y que no había pacto alguno sobre su uso sindical.

Al posicionarse de esta manera, el voto particular considera artificiosa la distinción establecida entre dos supuestos: aquél en que no hay medios informático en la empresa y entonces no hay obligación empresarial de dotarse de tales medios para facilitarlos al sindicato y aquel otro en que sí los hay, en cuyo caso recae sobre el empleador la carga de facilitárselo, considerando que lo primero, es decir, la no obligación, forma parte del contenido adicional, mientras que la segunda obligación se inserta en el contenido esencial. Estima el voto que tal obligación de permitir el uso merecería la calificación de adicional y requeriría de alguna norma, no constitucional, que la reconociera. Sólo sobre la base de un derecho de uso reconocido por una norma puede limitarse el derecho de propiedad del empresario sobre los medios informáticos.

<sup>15</sup> Vid. CORREA CARRASCO, M., *op. cit.*, págs. 75 y ss.

<sup>16</sup> Dicho voto fue formulado por el magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

Si no se ha justificado este derecho de uso sobre una base jurídica inequívoca, la negativa de la empresa no puede afectar al derecho de libertad sindical y esta base jurídica —termina el voto— «falta por completo en nuestra sentencia».

Como señala el voto particular se trata de un medio, propiedad de la empresa, que pasa a ponerse a disposición del sindicato y, efectivamente, falta una norma que contemple esta obligación de puesta a disposición; sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional va más allá y, reconociendo la laguna normativa, trata de salvarla. Y para ello resalta que el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical<sup>17</sup> y que el ejercicio de este derecho necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del mismo<sup>18</sup>. De esta manera, el Tribunal fundamenta el derecho del sindicato a usar medios de la empresa para dar información laboral o sindical considerando atentatorio al derecho de libertad sindical todo acto impeditivo del mismo, salvando así la ausencia de norma. Está claro que, de otra manera, el uso dependería de la concesión graciable del empresario, lo que no es una solución satisfactoria.

Consideramos que el Tribunal hace un esfuerzo ímprobo por dar una solución moderna a un problema generado por normas obsoletas; obsolescencia que lleva a la ausencia de normas sobre el nuevo problema<sup>19</sup>.

Es cierto que no deben ser los Tribunales quienes subsanen las lagunas normativas; de ahí que postulemos «*de lege ferenda*» la intervención del poder legislativo y, por supuesto, una regulación convencional.

<sup>17</sup> Vid. STC de 19 de junio de 1995 (RTC 94/1995).

<sup>18</sup> Vid. SSTC de 29 de octubre de 1992 (RTC 173/1992); 23 de marzo de 2004 (RTC 44/2004).

<sup>19</sup> Es conocido que el Grupo Parlamentario Mixto del Senado presentó el 9 de Mayo de 2001 una Proposición de Ley sobre uso del correo electrónico en la empresa, siempre que estuviera implantado, que, sin embargo, fue rechazada por el Partido Popular y Convergencia y Unión por la generalidad de la norma sin admitir la propuesta de Izquierda Unida de que se reconociera el derecho y se dejara su regulación concreta a la negociación colectiva. (BOCG de 1 de octubre de 2001. Senado. VII Legislatura, Serie III A núm. 13 (a)). Después no ha procedido por el Gobierno a desarrollar ninguna legislación al respecto.