

# EL CONTROL EMPRESARIAL DE LA ACTIVIDAD DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** control empresarial, crédito horario, acción sindical, libertad de expresión, nuevas tecnologías

El control empresarial de la actividad de los representantes de los trabajadores se limita básicamente (1) a la utilización, por parte de éstos y con fines representativos y sindicales, de los medios de *información y comunicación* de los que dispone la empresa; y (2) al efectivo empleo del *crédito horario* con el que cuentan los representantes de los trabajadores (y que tiene carácter retribuido) para fines exclusivamente representativos y sindicales. De esta forma, respecto de estos dos aspectos de las actividades de los representantes de los trabajadores, sobre los que inciden sobremanera los cambios tecnológicos (en particular, en relación con los recursos de información y comunicación en la empresa) y organizativos en los que se enmarca este estudio monográfico de las facultades de control empresarial, se analizan cuáles son en cada caso los límites y garantías que permiten conciliar los intereses empresariales con los derechos de representación colectiva de los trabajadores y el derecho fundamental de libertad sindical.

**ABSTRACT**      **Key Words:** business control, time credit, union action, freedom of expression, new technologies

The business control of the activity of workers' representatives is essentially limited (1) to the use by workers and for representative and trade union purposes of the means of information and communication available to the undertaking; and (2) the effective use of the hourly credit available to workers' representatives (and which is paid) for exclusively representative and trade union purposes. Thus, with regard to these two aspects of the activities of workers' representatives, on which technological changes (in particular in relation to information and communication resources in the company) and in which this monographic study of the faculties of business control is framed, it analyses what limits and guarantees are in each case that allow to reconcile the business interests with the rights of collective representation of the workers and the fundamental right of freedom of association.

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA
2. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LAS COMUNICACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN SINDICAL: SUS LÍMITES
  - 2.1. Los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores en la empresa
  - 2.2. La obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación de la empresa con fines representativos
    - 2.2.1. Medios de comunicación tradicionales y telemáticos: especial referencia a la STC 281/2005
    - 2.2.2. Regulación convencional de la obligación de facilitar los recursos comunicativos de la empresa con fines representativos
  - 2.3. Control empresarial y límites a los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores
    - 2.3.1. Protocolos y requisitos de utilización de los canales comunicativos de la empresa con fines representativos
    - 2.3.2. El control empresarial de los comunicados de los representantes de los trabajadores: control del “uso” y control del “contenido”
      - a) Control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación por razones técnicas, productivas o económicas
      - b) Control empresarial del “contenido” de la información sindical y prohibición de censura empresarial previa
      - c) El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la utilización de los medios de comunicación de la empresa con fines representativos
3. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
  - 3.1. El crédito horario como presupuesto de la actividad representativa y como ausencia justificada del trabajo
  - 3.2. El carácter multiforme de las actividades representativas y sindicales y la presunción de legitimidad en la utilización del crédito horario
  - 3.3. El control de la utilización abusiva y del uso indebido del crédito horario
    - 3.3.1. Control empresarial y facultad disciplinaria
      - a) El control empresarial del uso del crédito horario: la prohibición de vigilancia singular
      - b) Facultades disciplinarias del empresario frente al uso indebido del crédito horario
    - 3.3.2. Control por los propios trabajadores y por los órganos representativos de los trabajadores

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las facultades empresariales de vigilancia y control, que se insertan dentro del poder de dirección del empleador y que encuentran su fundamento en una relación contractual, la relación individual de trabajo, se pueden ejercer también sobre las actividades de los representantes de los trabajadores. Desde esa doble condición, contractual y representativa, el desempeño por parte del “trabajador-representante” de sus funciones representativas en el seno de la empresa, en el marco de una relación laboral, se legitima la posibilidad de un control empresarial de tales actividades, en todo caso sujeto a unos límites y al respeto de los derechos colectivos de los trabajadores, del mismo derecho de representación y del derecho fundamental de libertad sindical.

De entre las garantías que el artículo 68 TRET reconoce para el ejercicio de sus funciones representativas y la acción sindical tanto a los representantes unitarios como a los representantes sindicales de los trabajadores en la empresa<sup>1</sup>, hay dos sobre las que especialmente puede incidir el control empresarial: la libertad de expresión (derecho de información y comunicación) y el derecho a un “crédito horario” para el desempeño de sus funciones representativas.

## 2. EL CONTROL EMPRESARIAL DE LAS COMUNICACIONES DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN SINDICAL: SUS LÍMITES

La inserción del ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito de la empresa conlleva ciertas limitaciones, pues dicho derecho debe coexistir con otros intereses jurídicamente protegidos. De este modo, los representantes de los trabajadores, como consecuencia misma de la organización productiva en la que están insertos, penetran legítimamente en la esfera privada del empresario, y tienen acceso a información empresarial. Así, “dicho ámbito de privacidad, junto a la imagen de la empresa y a su viabilidad en el mercado, son elementos dignos de tutela jurídica que justificarían la imposición de límites a su divulgación”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Aunque, en sentido estricto, los derechos de representación colectiva de los trabajadores atribuida a los denominados *representantes unitarios* (Comités de empresa y Delegados de personal) tienen una protección jurídica (y, obviamente, constitucional) diferente a la actividad de las *representaciones sindicales en la empresa* (Secciones sindicales y Delegados sindicales), en virtud de la consideración de la acción sindical como contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, advertimos que en más de una ocasión nos vamos a referir de forma genérica, y en sentido impropio o traslativo, a *las actividades representativas como actividades sindicales*. Y es que, dada la generalizada “sindicalización” de los órganos de representación unitaria (que lleva incluso a denominar como “elecciones sindicales” lo que en sentido propio no son más que elecciones a Comités de empresa o Delegados de personal), las actividades de la representación unitaria y de la representación sindical en la empresa están íntima y estrechamente vinculadas.

<sup>2</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, página 134.

## 2.1. Los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores en la empresa

El derecho de los representantes de los trabajadores a expresar con libertad “sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa” (artículo 68.d TRET) se conecta con el derecho de los delegados de personal y del comité de empresa a disponer en la empresa, siempre que sus características lo permitan “de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores” y de disponer con ese misma finalidad informativa y comunicativa de “uno o varios tablones de anuncios” (artículo 81 TRET); con el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a distribuir información sindical “fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa” y “recibir la información que le remita su sindicato” (artículo 8.1.b y c LOLS); y con el derecho de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos de representación unitaria (1) a un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en el lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores “con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general” (artículo 8.2.a LOLS), y (2) a un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades en empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, los sistemas telemáticos, internet, intranet, las redes sociales corporativas, los blogs, los foros, los correos electrónicos, whatsapp, etcétera, queda en evidencia la obsolescencia de tales previsiones legales relacionadas con la libertad de expresión sindical<sup>3</sup>. Aunque las previsiones legales solo reconocen el derecho de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales) a disponer de un local adecuado y tablones de anuncios, una interpretación teleológica y evolutiva avalaría también el reconocimiento de los nuevos recursos telemáticos como instrumentos idóneos para el ejercicio del derecho de información y comunicación sindical.

<sup>3</sup> Respecto a las ventajas que ofrecen estos medios telemáticos y redes sociales para transmitir información y comunicaciones sindicales de forma inmediata y masiva, *vid.* Navarro Nieto, F.: “El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, páginas 51 a 55, que no solo considera desfasado el marco jurídico regulador, sino en contradicción con la finalidad promocional de la acción sindical.

## 2.2. La obligación empresarial de facilitar los medios de comunicación de la empresa con fines representativos

### 2.2.1. Medios de comunicación tradicionales y telemáticos: especial referencia a la STC 281/2005

Es cierto que en sentido estricto el empleador solo estaría obligado legalmente a facilitar un local y un tablón de anuncios<sup>4</sup>, pero la finalidad y el objetivo que subyace en dicha regulación es el facilitar la acción sindical y la mayor eficacia en la difusión de la información y de las comunicaciones, por lo que el empleador, siempre que cuente ya con un sistema telemático y de comunicación para su actividad empresarial y cuando las características de la empresa o de la actividad lo permita, debería facilitar también los medios y recursos mejor adaptados al nivel de desarrollo actual de las tecnologías de la información y de la comunicación.

Las dudas interpretativas que pudieran suscitar la ausencia de ese reconocimiento legal (o convencional) *expreso* de la obligación empresarial de facilitar los nuevos medios tecnológicos para la difusión de información y comunicados de los representantes de los trabajadores (y en particular, de los representantes sindicales) con sus representados han sido resueltas por el Tribunal Constitucional a través de la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que declara que la negativa de la empresa a permitir la utilización con fines representativos de la misma herramienta de correo electrónico que ya tiene instaurada y en funcionamiento, vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical. En síntesis, se argumenta lo siguiente<sup>5</sup>:

1. Distinción entre *contenido esencial* y *contenido adicional de la libertad sindical*. Con carácter general, el derecho fundamental de libertad sindical comprende el derecho de los sindicatos a desarrollar las actividades que se dirigen a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, y a desplegar los medios de acción necesarios para cumplir con las funciones que constitucionalmente les corresponden mediante el desarrollo de sus actividades sindicales en la empresa o fuera de ella. Pero

<sup>4</sup> Y en este sentido, la jurisprudencia se había mostrado contraria a extender, por analogía, la obligación legal del empresario de poner a disposición de los representantes de los trabajadores un local para actividades representativas y un tablón de anuncios para difundir informaciones también a poner a su disposición los medios telemáticos con fines representativos. Como ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9213/2001) argumenta que “no hay norma jurídica alguna” que conceda al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa “para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales”. La utilización de dicho sistema informático de la empresa “podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida”. El artículo 8 LOLS “consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo”.

<sup>5</sup> Dicha doctrina del Tribunal Constitucional es recogida de forma clara y sintética por la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019).

junto a ese núcleo mínimo e indisponible del derecho de libertad sindical (contenido esencial), los sindicatos pueden ostentar además otros derechos adicionales que les atribuyan las normas legales o convencionales (contenido adicional)<sup>6</sup>.

2. *El derecho de información sindical como contenido esencial de la libertad sindical.* El derecho a informar a los trabajadores, sean o no afiliados, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical garantizado constitucionalmente, porque la transmisión de noticias y el flujo de información es fundamento de la participación y se configura como un elemento esencial para su efectividad. Por tanto, la información y comunicación de los representantes de los trabajadores con sus representados constituye una manifestación fundamental de la función representativa y de la acción sindical, y por consiguiente, forma parte del *contenido esencial de la libertad sindical*<sup>7</sup>.
3. *No hay obligación legal que expresamente exija al empleador disponer de herramientas informáticas para fines representativos y sindicales,* creándolas *ex novo* y específicamente para ello. Aunque los instrumentos necesarios para el ejercicio de derecho de información sindical se recogen en el artículo 8 LOLS, esta recepción legal expresa de instrumentos comunicativos (tales como un local o un tablón de anuncios) no supone que sean las únicas fórmulas que pueden utilizar los sindicatos para comunicarse con los trabajadores, al contrario, constituye un legítimo ejercicio de la libertad sindical la utilización de otros mecanismos de comunicación fuera de las horas de trabajo que no perturben la actividad normal de la empresa<sup>8</sup>. Para ello el legislador ha impuesto ciertas obligaciones al empresario para que colabore en facilitar los medios necesarios que permitan la difusión de la información sindical. Pero entre las cargas asumidas por la empresa “no puede incluirse la obligación de crear una herramienta de comunicación electrónica para facilitar esa actividad sindical”<sup>9</sup>. Si el legislador no lo ha dispuesto expresamente, no cabe considerar que forme parte del derecho de libertad sindical

<sup>6</sup> Como la imposición de obligaciones y cargas concretas a la empresa para facilitar y promover la acción sindical (*vid.* STC 173/1992, de 29 de octubre).

<sup>7</sup> *Vid.* STC 94/1995, de 19 de junio. En cambio, el que para dicha comunicación sindical se utilicen los recursos tradicionales o las nuevas tecnologías de las que dispone la empresa, formaría parte de su contenido esencial.

<sup>8</sup> En esta misma línea, la citada STC 94/1995, de 19 de junio, insistió en que el hecho de que existan unas concreciones legislativas de los medios e instrumentos con los que se ejercitan los derechos de información de los sindicatos “en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores; por el contrario, 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”.

<sup>9</sup> Aclara el Tribunal Constitucional que aunque ese derecho “podría encontrar fundamento en el art. 8.1 c) LOLS, que no adjetiva el medio a través del cual aquellos afiliados podrán recibir en la

el de exigir a la empresa el establecimiento de un determinado sistema telemático con esa finalidad. No pudiéndose aplicar analógicamente a estos efectos las previsiones sobre los tablones de anuncios del art. 8 LOLS, a modo del derecho a una especie de tablón de anuncios digital, porque no hay norma legal que imponga la creación de otros canales o sistemas de comunicación e información diferentes a los previstos legalmente.

4. Pero dicho lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye reconociendo el *derecho del sindicato a utilizar con fines representativos y sindicales un sistema telemático preexistente en la empresa y creado con fines productivos*<sup>10</sup>. De este modo, “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”. Por tanto, este planteamiento se inscribiría directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho de libertad sindical, en la medida en que vulneran ese derecho los actos negativos, arbitrarios e injustificados tendentes a limitarlo<sup>11</sup>. En suma, sobre el empresario pesa el deber de mantener

empresa la información de su sindicato”, sin embargo “la hipótesis de la configuración de la considerada como 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, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo. Ni de la norma se desprende inequívocamente esa obligación de la empresa, ni una interpretación de ese estilo puede fundarse en que la garantía de la comunicación depende de ello, toda vez que el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan a sus afiliados”. Por tanto, “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”.

<sup>10</sup> No obstante, esta STC 281/2005, de 7 de noviembre, cuenta con un Voto Particular que considera artificiosa la distinción que se establece entre “la inexistencia de una obligación empresarial de dotarse de una infraestructura informática para uso sindical” y el “potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa”, en cuanto se utiliza realmente como base para diferenciar entre la inserción de la primera obligación, negada, en el contenido adicional del derecho fundamental, y por el contrario insertar el aludido derecho potencial del sindicato en el contenido esencial del derecho, sobre la base de calificar la actuación empresarial impeditiva del uso sindical del sistema informático de su propiedad como “actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical”. De este modo, en este Voto Particular no se considera adecuado que el uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación de propiedad de la empresa “pueda insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad, precisada para la existencia de una determinada base normativa o convencional”.

<sup>11</sup> De este modo, la STC 281/2005, de 7 de noviembre, tras recordar que “las organizaciones sindicales 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

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 respeten determinados límites y reglas de uso (cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso). En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo.

Con independencia de tales interpretaciones más o menos extensivas de la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores recursos informáticos y de comunicación alternativos, los medios de difusión tradicionales (y en particular, el tablón de anuncios) se seguirán usando, pero es un hecho que, allí donde los hay, la información de los representantes de los trabajadores y los comunicados sindicales se difunden y transmiten de forma generalizada a través de esos recursos telemáticos, lo que ha provocado cierta conflictividad<sup>12</sup>.

En resumen, la jurisprudencia ha fijado los siguientes criterios para la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa con fines sindicales, y en concreto para tener derecho a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico para la difusión de información sindical<sup>13</sup>: 1) solo existe obligación empresarial si lo exige un precepto legal o convencional; 2) si no existe dicha previsión normativa no es exigible a la empresa la creación *ex novo* o el desarrollo de una aplicación informática específica, pero si la empresa ya cuenta con medios telemáticos adecuados y su uso sindical no supone costes económicos y de gestión adicionales, estaría obligada a facilitar su utilización por los representantes de los trabajadores; y 3) por tratarse de una herramienta configurada para la producción, la empresa podría condicionar el uso sindical de sus recursos telemáticos si ello conllevara una perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados, asumiendo en tal caso la empresa la carga probatoria.

En este mismo sentido, la reciente STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), partiendo de la doctrina sentada por la STC 281/2005, reitera lo sigui-

la empresa (contenido adicional) aunque, conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación"; advierte que "no puede confundirse la ausencia de una obligación promocional que grave al empresario fuera de aquellos ámbitos con la posibilidad de que éste adopte decisiones de carácter meramente negativo, disuasorias o impeditivas del desarrollo del derecho, dirigidas únicamente a entorpecer su efectividad".

<sup>12</sup> La SAN de 27 de mayo de 2014 (ROJ SAN 2224/2014) pone de relieve cómo "la introducción en las empresas de medios de comunicación electrónicos en paralelo a los tradicionales o en sustitución de los mismos ha derivado en frecuentes litigios sobre los derechos de los trabajadores en tales nuevos contextos de organización".

<sup>13</sup> Sintetizando los criterios que, tras el análisis de la jurisprudencia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria, destaca Navarro Nieto, F.: "El ejercicio de la actividad sindical a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones", *op. cit.*, páginas 59 y 60.

ente: 1) que no hay ninguna previsión legal que imponga a la empresa la obligación de crear herramientas de comunicación electrónica para facilitar la transmisión de información por parte de los representantes de los trabajadores, de manera que, si esa obligación no se desprende tampoco de lo pactado convencionalmente, la negativa a su instauración no vulnera el derecho a la libertad sindical<sup>14</sup>; y 2) que por el contrario, incurre en conducta antisindical que infringe el derecho de libertad sindical, la injustificada negativa de la empresa a permitir la utilización del sistema de correo electrónico ya preexistente que pudiere haber desarrollado para el uso empresarial, cuando queda acreditado que no se perturba con ello el normal funcionamiento de su actividad, y no supone la imposición de mayores cargas, gravámenes, o incremento de costes. Y es que lo que en definitiva proscribiera el Tribunal Constitucional es la conducta injustificada de la empresa que niega a los sindicatos la posibilidad de utilizar las herramientas de correo electrónico que ya tiene instauradas, cuando no hay razones de carácter productivo o económico que pudieran justificar esa decisión.

### 2.2.2. *Regulación convencional de la obligación de facilitar los recursos comunicativos de la empresa con fines representativos*

Como ya hemos señalado, no hay previsiones legales que reconozcan expresa y claramente la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores los medios telemáticos de la empresa (ni unitarios ni sindicales). Pero si que hay significativas *manifestaciones en la negociación colectiva* que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, configuran como un auténtico derecho, y correlativamente, como una obligación empresarial, el facilitar a los representantes de los trabajadores los medios telemáticos con los que ya cuenta la empresa para la difusión de información y comunicados. Sirva como ejemplo paradigmático el artículo 62 (Comunicaciones sindicales) del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016), cuando reconoce 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, habilitado para cada Sindicato, en el que puedan difundir las comunicaciones que periódicamente dirijan

<sup>14</sup> En esta misma línea interpretativa, la STS de 17 de mayo de 2012 (ROJ STS 4297/2012) negaba el derecho a disponer de medios informáticos con fines sindicales porque lo que en realidad se estaba pretendiendo era que el empleador facilitara cuentas de correo a los trabajadores e implantase un sistema de comunicación electrónica inexistente hasta la fecha, concluyendo que “no estamos, pues, ante la valoración de si el uso del sistema de comunicación puede ser aprovechado para la información sindical, sino frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático ex novo, sin apoyo en mandato convencional alguno”, pues el convenio colectivo aplicable (en este caso Convenio estatal de Contact Center) se limita en su artículo 78 a la regulación clásica del tablón de anuncios en cada centro de trabajo.

a sus afiliados y trabajadores en general, dentro de su ámbito de representación”<sup>15</sup>; e igualmente, para facilitar la comunicación, las empresas “proporcionarán una cuenta específica de correo corporativo” a cada una de las secciones sindicales legalmente constituidas, de los sindicatos que ostenten la condición de más representativos en el ámbito sectorial, si así lo solicitan. En cualquier caso, concluye dicho precepto convencional, “en correspondencia con esta facilidad, en el ámbito de la empresa, se suprimirán los tablones de anuncios, excepto en aquellos centros de trabajo en donde no se tenga acceso a la intranet. Las secciones sindicales, en la medida en que utilicen estos sistemas, deberán reducir en consonancia el volumen de comunicaciones remitidas por los medios tradicionales (fotocopias, notas en soporte papel, teléfono, etc.)”.

En algunos casos, ambos sistemas de difusión de información sindical o de mensajes y comunicados de los representantes de los trabajadores, los tradicionales locales y tablones de anuncios y los actuales sistemas informáticos de comunicación, conviven en la regulación convencional. Así, el artículo 47 (Locales y comunicación sindical) del Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, Airbus Operations, Airbus Helicopters España y EADS Casa Espacio (BOE de 4 de abril de 2017) exige la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de un local y un tablón de anuncios<sup>16</sup> y además, “la empresa facilitará y regulará los medios informáticos precisos para realizar su labor”.

Aunque la libertad de expresión y los derechos de información y comunicación inherentes a la función representativa se reconocen tanto a la representación unitaria como a la representación sindical de los trabajadores, en la negociación colectiva se aprecia una tendencia a facilitar en mayor medida la utilización de los sistemas telemáticos con fines representativos a las secciones sindicales. Así, el artículo 63 (Ejercicio de los derechos de representación) del Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos (BOE de 23 de noviembre de 2018) reconoce a la representación del personal, tanto al comité de empresa como a las secciones sindicales, el derecho a un local adecuado y el derecho a un tablón de anuncios para difundir información y comunicados, pero únicamente reconoce a la representación sindical “los medios informáticos precisos para realizar su labor, es decir, un ordenador con impresora de red con acceso a correo electrónico a través

<sup>15</sup> Precisando que “estas zonas particulares serán recursos independientes de gestión documental, de acceso público de la plantilla y, exclusivamente, de consulta para el personal, con posibilidad de aviso de novedad dentro del propio portal sindical. El mantenimiento de las publicaciones será responsabilidad de los administradores que cada Sindicato designe al efecto y de acceso restringido a tal fin”.

<sup>16</sup> En concreto, dispone que “en cada centro de trabajo se habilitará un local, donde pueda reunirse el Comité de Empresa, de acuerdo con las posibilidades de cada Centro. En este local habrá material y mobiliario de oficina, y podrán utilizar la fotocopidora del centro de trabajo”. Igualmente “se autorizan los tablones de anuncios que deberán tener un cristal y llave, y siempre una persona responsable del contenido de lo que se exponga”. Esta persona que tendrá la llave de dichos tablones “puede ser quien ocupe la secretaría del Comité. De todo lo que se vaya a publicar se le dará, previamente, una copia a la Dirección del centro”.

de la red corporativa, un buzón propio, acceso libre a Intranet y a las páginas Web de Internet incluidas en listado prefijado<sup>17</sup>.

### **2.3. Control empresarial y límites a los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores**

#### *2.3.1. Protocolos y requisitos de utilización de los canales comunicativos de la empresa con fines representativos*

La utilización de los recursos informáticos de la empresa con fines sindicales y de representación de los trabajadores está sujeta a una serie de restricciones y límites para no perjudicar la actividad de la empresa ni conllevar un coste económico desproporcionado<sup>18</sup>.

Las empresas que en mayor medida utilizan sistemas tecnológicos de la información y de las comunicaciones son las que normalmente cuentan con criterios y reglas de uso específicos, en su mayor parte negociados con la representación de los trabajadores. De esta forma surgen *Protocolos* o *Manuales de utilización* de los sistemas telemáticos de las empresas con fines sindicales. Como ejemplo, el “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja” de 3 de abril de 2007 (que ha sido posteriormente revisado y actualizado), suscrito por la empresa y la representación de los trabajadores, regula la utilización de las herramientas y medios técnicos de la empresa puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para la transmisión o difusión de información sindical, y en concreto, el acceso a Internet, Intranet y el uso del correo electrónico. Igualmente, el Grupo Airbus, fruto de una negociación previa, publicó un manual denominado “Uso aceptable de los sistemas de información del Grupo Airbus” que contenía reglas específicas sobre uso del correo electrónico para fines sindicales: 1) los empleados podrán utilizar el correo electrónico para comunicarse con su sindicato y en general con sus representantes en el seno de la empresa; 2) los sindicatos y comités de empresa disponen de una página web en la Intranet que les permite publicar sus comunicados tanto a sus miembros como al resto de trabajadores (podrán utilizar el correo electrónico para comunicar la existencia de nuevos comunicados, mientras que el contenido de los mismos se difundirá publicándolos en dicha página web, la

<sup>17</sup> No obstante se recuerda 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 de virus o *correo basura*, determinarán la pérdida de esta facilidad, y en su caso, la aplicación del régimen disciplinario”.

<sup>18</sup> Dejamos a un lado la regulación del uso del correo electrónico y los medios informáticos por parte de los propios trabajadores, para uso estrictamente laboral, para realizar su prestación de servicios, un uso individual de los recursos telemáticos de la empresa.

cual deberá respetar los principios éticos y normas de uso establecidas en general para todos los empleados); 3) la empresa establecerá límites y reglas de uso del correo electrónico para asegurar que los sistemas no se vean perjudicados en su funcionamiento; y 4) cada Sección Sindical deberá designar una persona responsable de dicha sección sindical, que será igualmente la responsable del contenido de lo que se difunda mediante email y página web sindical provistos por la empresa (en caso de no recibir comunicación al efecto, la empresa se reserva el derecho de inhabilitar la cuenta de correo de la sección sindical y bloqueo de la página web sindical hasta que la Sección Sindical subsane tal defecto).

De este modo, y como también hemos tenido ocasión de comprobar en el punto anterior, la negociación colectiva es un instrumento adecuado para fijar las condiciones de utilización de los recursos telemáticos de la empresa con fines representativos o sindicales. Sirva nuevamente como ejemplos el ya citado artículo 62 (Comunicaciones sindicales) del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016) cuando dispone 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”; o con mayor extensión y detalle, el artículo 168 (Utilización del correo electrónico e Internet) del Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España y Telefónica de Informática y Comunicaciones (BOE de 21 de enero de 2016)<sup>19</sup>, empresa que ya contaba con un Protocolo específico denominado “Utilización del correo electrónico por la representación unitaria de los trabajadores y por los Sindicatos”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Aunque es cierto que dicho precepto se centra en regular el uso y utilización del correo electrónico e internet por los empleados y no específicamente por los representantes de los trabajadores, las reglas y limitaciones que imponen condicionan también la función representativa, por cuanto están incluidos mensajes y comunicados de los trabajadores con sus representantes unitarios y sindicales. Así, expresamente se reconoce que “los empleados podrán 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”. En cualquier caso establece las siguientes reglas de utilización: 1) siempre que precisen realizar un uso de estos medios que exceda el habitual, envíos masivos o de especial complejidad, utilizarán los cauces adecuados, de acuerdo con su jefe inmediato, para no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la Red Corporativa; 2) con carácter general, los empleados, no podrán utilizar el correo electrónico, la Red Corporativa, ni Internet para fines particulares; 3) como usos terminantemente prohibidos, se determina que bajo ningún concepto podrán los empleados falsificar mensajes de correo electrónico, enviar mensajes por correo o imágenes de material ofensivo, inapropiado o con contenidos discriminatorios por razones de género, edad, sexo, discapacidad, etc., aquellos que promuevan el acoso sexual o moral o inciten a la violencia; y 4) también se prohíbe utilizar estos medios en perjuicio de la empresa, para realizar envíos masivos de mensajes, enviar mensajes con anexos de gran tamaño (capacidad), ni realizar cualquier tipo de envío sin relación alguna con el desempeño profesional, que interfiriera las comunicaciones del resto de empleados o perturbe el normal funcionamiento de la Red Corporativa.

<sup>20</sup> Establecido en virtud de la Cláusula 12.2 del Convenio Colectivo de Telefónica de España (BOE de 2 de julio de 2001), cláusula sobre la que ha habido interesantes pronunciamientos jurisprudenciales, y en el que se reconoce a tales representaciones: 1) un tablón sindical virtual (existe en la empresa un portal al que se accede por la intranet, denominado *e.domus*, o portal del empleado; y uno de sus

No obstante lo dicho, y sin perjuicio de la negociación de criterios específicos de utilización, corresponde también a la empresa controlar y en su caso limitar el uso abusivo o impropio de sus sistemas telemáticos con el objetivo de garantizar el funcionamiento de la empresa y de los propios sistemas informáticos, la productividad y la proporcionalidad de costes y sacrificios.

### 2.3.2. *El control empresarial de los comunicados de los representantes de los trabajadores: control del “uso” y control del “contenido”*

El control empresarial de los comunicados sindicales, y en particular de los llevados a cabo a través de sistemas telemáticos, como correo electrónico o intranet, debe justificarse por razones técnicas o meramente formales, pues de lo contrario se trataría de una injerencia empresarial que vulneraría los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores. En este sentido, dicho control está legitimado en cuanto al uso de los recursos informativos y de comunicación de la empresa, pero se deben tomar especiales cautelas y garantías respecto al control del contenido de los mensajes y comunicados sindicales. Por tanto, se debe distinguir entre el control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación (*formal*) y el control de los “contenidos” (*de fondo*).

#### a) Control empresarial del “uso” de los medios de información y comunicación por razones técnicas, productivas o económicas

La referida STC 281/2005, de 7 de noviembre, aludía a determinadas razones o causas justificativas de la limitación que pueda realizar el empleador respecto del uso de los recursos empresariales de información y comunicación con fines representativos. Así, como recuerda la SAN de 27 de mayo de 2014 (ROJ SAN 2224/2014), en el juicio de ponderación de los intereses en juego, y por tanto para apreciar si ha existido o no una “obstaculización” de las funciones representativas

canales, el “tablón sindical”, está a disposición de los sindicatos que tengan representación en el Comité Intercentros; desde él se puede acceder directamente a las páginas web de dichos sindicatos, donde publican y difunden las comunicaciones e informaciones que consideren; y también los empleados pueden acceder al mismo desde los ordenadores que tienen en su puesto de trabajo); y 2) la posibilidad de realizar comunicaciones masivas para los temas de “especial consideración” (Negociación Colectiva, elecciones sindicales y otros eventos singulares) por medio del servicio Infobuzón y que todos los empleados reciban esta comunicación. En cualquier caso, se precisa que “al objeto de no causar daños en el desarrollo normal de las comunicaciones y en el funcionamiento de la red corporativa y servicios, no se podrá realizar el envío de comunicaciones masivas desde internet a las direcciones de correo internet asignadas por la empresa a sus trabajadores, quedando de esta forma recogidos los cauces necesarios que favorecen la comunicación y acción sindical y, a su vez, deben disminuir los comunicados por medios tradicionales (fotocopias, fax, etc.), en la misma proporción que tenga difusión dicho servicio”.

del sindicato “sin provecho alguno”, se ha de tener en cuenta: a) si la comunicación sindical a través de tales medios de la empresa puede “perturbar la actividad normal” de la misma; b) si el uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa es compatible con el “objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto”; y c) si, “no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento”, el uso sindical de tales medios genera “gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes”.

Por tanto, y siguiendo dicha línea interpretativa, entendemos que el control empresarial del uso y utilización de los recursos informativos y comunicativos de la empresa, y su eventual limitación o restricción para fines representativos y sindicales ha de estar justificada por razones técnicas, productivas y económicas que pudieran causar un perjuicio a la empresa.

En primer lugar, el control empresarial de la utilización de los sistemas telemáticos de la empresa por los representantes de los trabajadores se justifica por *razones técnicas*. El sistema telemático de la empresa no puede verse colapsado, bloqueado o ralentizado por su uso representativo y sindical. De esta forma, como ya hemos señalado, tanto en la negociación colectiva<sup>21</sup> como en los acuerdos específicos sobre regulación del uso de los sistemas informáticos de la empresa con fines representativos encontramos previsiones generales sobre el uso correcto de los medios telemáticos para difundir información sindical. Así, el ya citado “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja”, tras recordar que la gestión de los medios técnicos corresponde a la empresa, fijando ésta los criterios y prioridades necesarios para garantizar el normal funcionamiento de la red corporativa, regula el uso del correo electrónico por las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria, exigiéndoles un “uso adecuado”, en atención al interés empresarial en prevenir colapsos o saturaciones de la red, y fijando unos requisitos técnicos exigibles<sup>22</sup>.

En segundo lugar, la empresa puede alegar *razones productivas*, probando la existencia de un perjuicio para el funcionamiento de la empresa por la utilización

<sup>21</sup> Por ejemplo, el citado artículo 62 del Convenio Colectivo del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016) recuerda 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”.

<sup>22</sup> Así, entre otras muchas reglas y limitaciones, respecto de las comunicaciones masivas (entendiendo por tales aquellas que se envíen a más de 50 usuarios o con un tamaño en su creación de más de 1000 kb), se exige que se publicarán en cada una de las Webs de las secciones sindicales, y la comunicación a los empleados se realizará mediante un correo electrónico que tenga como texto el enlace a dicha publicación dentro de las Webs sindicales, por lo que dichos correos solo tendrán texto (no imágenes ni anexos) y respetarán un máximo de 1000 caracteres. Se establece un número máximo de correos electrónicos masivos a la totalidad de la plantilla (un solo correo por cada día hábil). Y se concreta un horario para la utilización de los medios y el envío de los mensajes.

irregular de los sistemas puestos a disposición de los representantes de los trabajadores para difundir información y comunicarse, prevaleciendo de este modo el interés empresarial al interés sindical. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), tras recordar que la información y comunicación sindical no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, advierte “que no cabe admitir ese efecto por el solo hecho de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador tenga lugar en horario de trabajo”. Igualmente reconoce que al ser un medio de comunicación electrónico que ha sido creado como herramienta de la producción, no deberá perjudicarse el uso empresarial preordenado para el mismo, ni puede pretenderse que prevalezca el interés del uso sindical, por lo que deberá de utilizarse de manera que permita armonizarlo con el objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento. Y en caso de conflicto “deberá prevalecer siempre el interés de la empresa, que está facultada para pre-determinar las condiciones de su utilización para fines sindicales, siempre que no las excluya en términos absolutos”.

Y por último, la empresa también puede alegar *razones económicas*, motivadas por el excesivo coste que puede suponer el mantenimiento de las plataformas y sistemas telemáticos para fines sindicales. De este modo, y puesto que no cabe imponer a la empresa una carga que no se encuentre expresamente prevista en el ordenamiento jurídico, la utilización de ese instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente, la asunción de mayores costes (*vid.* la misma STS de 21 de febrero de 2019, ROJ 790/2019).

La jurisprudencia ha refrendado este control que el empleador puede ejercer sobre el uso de los medios y recursos empresariales con fines representativos y sindicales, limitando o negando su utilización cuando existan causas técnicas, productivas o económicas que lo justifiquen. De esta forma nos encontramos con que han sido varios los pronunciamientos judiciales que han negado (o, en cambio, han reconocido) el derecho de los representantes de los trabajadores a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico, en función de que pudiese o no considerarse un gravamen excesivo para la empresa no previsto en la normativa convencional y que suponga la asunción de costes económicos y de gestión que el empleador no está obligado a afrontar.

De esta manera, la STS de 22 de junio de 2011 (ROJ STS 5684/2011) niega el derecho a utilizar los medios informáticos de la empresa con fines representativos porque no está garantizado “el uso sindical de los medios de comunicación de la empresa sin perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de intercambio de información para los que fueron creados”. Y consta, además, que “en las circunstancias del caso, la puesta a disposición de tales medios para los sindicatos comporta costes adicionales significativos para la empresa”. En el mismo sentido, la STS de 3 de mayo de 2011 (ROJ STS 3070/2011) admite “que se demostró la existencia de problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema

informático), sin que se hubiere prohibido en realidad el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical”. Siguen esta misma línea la STS de 13 de septiembre de 2016 (ROJ STS 4198/2016), que entiende que las concretas instrucciones empresariales sobre el uso de los medios informáticos no violan el derecho de libertad sindical ni el derecho a la intimidad; y la STS de 24 de marzo de 2015 (ROJ STS 2109/2015), que no considera lesivo del derecho de libertad sindical el que el sistema informático cuente con un filtro que bloquea el acceso de las cuentas que realicen envíos masivos con incumplimiento de las normas de funcionamiento del sistema.

En cambio, la STS de 23 de julio de 2008 (ROJ STS 5119/2008) estima la pretensión de la sección sindical demandante porque la empresa no había probado la imposibilidad de atender a ese derecho por los cambios que estaba efectuando en el sistema informático, ni el perjuicio económico que pudiese suponerle el traslado a otro soporte informático, sobre lo que “ninguna actividad probatoria se ha llevado a cabo, o al menos con resultados, tendente a demostrar que, de existir esas transformaciones, efectivamente imposibilitaban lo reclamado”, mientras que por el contrario, estaba permitiendo esa utilización del correo electrónico a otros sindicatos.

En cualquier caso, y en relación con esto último, aunque el empleador puede por razones justificadas limitar el uso y utilización de los medios telemáticos empresariales con fines representativos y sindicales, *la carga probatoria corresponde a la empresa*. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2016 (ROJ STS 4000/2016) manifiesta que corresponde a la empresa “la carga de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con los trabajadores, de tal manera que de acreditarse esos perjuicios no le sería exigible cumplir con tal obligación, a lo que no puede en cambio negarse cuando no haya constancia de los problemas que pudiese suscitarle la utilización con esa finalidad de la aplicación de correo electrónico ya instaurado, sin que pueda exigirse la creación o desarrollo de una aplicación informática con esta finalidad, sino tan solo, la pacífica y compatible utilización de la ya preexistente”.

b) Control empresarial del “contenido” de la información sindical y prohibición de censura empresarial previa

En principio, el control empresarial de los mensajes y comunicados sindicales se circunscriben a los *requisitos de utilización o uso* de los medios y canales de comunicación de los que dispone la empresa. Pero, con carácter ciertamente restrictivo

y para salvaguardar otros derechos (derechos al honor, a la intimidad, a la integridad moral, a la no discriminación, etc.) y otros intereses en juego, se admite también un control mínimo *sobre el contenido de dicha información*. Aquí colisiona el ejercicio del control empresarial de sus recursos comunicativos para fines representativos con el derecho de secreto de las comunicaciones sindicales, derecho que, como decíamos, también debe ser ponderado con respecto a otros derechos e intereses.

Tanto la negociación colectiva como los acuerdos específicos sobre utilización de los medios telemáticos de la empresa con fines sindicales suelen establecer unas exigencias mínimas respecto de los contenidos, prohibiendo expresamente algunos. Por ejemplo, el anteriormente citado “Acuerdo sobre el uso de los medios tecnológicos corporativos de Unicaja” excluye expresamente: 1) los contenidos ilegales (racismo, xenofobia, terrorismo, etc.); 2) los contenidos ofensivos (atentados contra el honor o dignidad) o difamatorios, relativos a circunstancias personales relacionadas con el credo, ideología, afiliación política o sindical, o que promuevan acoso moral o sexual; y 3) los programas que alteren el sistema informático de la empresa.

En este sentido, la STS de 28 de marzo de 2003 (ROJ STS 2162/2003), y ante la previsión particular de control empresarial de las “comunicaciones masivas sindicales” (que según el convenio colectivo aplicable deben reservarse exclusivamente para temas de “especial consideración” o “eventos singulares”), considera que “en modo alguno se ha quebrantado por la empresa demandada el secreto de las comunicaciones” al que, como derecho fundamental, se refiere el artículo 18.3 de la Constitución. Para llegar a tal conclusión, argumenta que si el “modus operandi” convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial (en este caso, la Dirección General de Recursos de la empresa) 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 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, considera que será algo razonable que la empresa “pueda constatar de qué envíos se trata”.

Sin embargo dicha interpretación jurisprudencial ha de situarse en un contexto *necesariamente restrictivo* por resultar afectado el derecho fundamental a la libertad sindical. Un *control previo generalizado* del contenido de los mensajes y comunicados sindicales constituiría *una forma de censura* y una injustificada injerencia empresarial en la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores y en sus derechos de información y comunicación con sus representados. De este modo, aunque pueda haber un control sobre el contenido de los mensajes, la empresa, *si no hay causa justificativa que prevalezca*, no se puede negar a la publicación o difusión de los comunicados sindicales.

En este sentido, la más reciente STS de 26 de abril de 2016 (ROJ STS 2034/2016) matiza la anterior interpretación jurisprudencial. En este caso, la sentencia considera inaceptable el control empresarial previo del contenido de los comunicados sindicales para acordar, o no, su publicación. La actuación de la empresa bloqueando, censurando y negándose a publicar tales comunicados supone una vulneración del derecho de libertad sindical, y por tanto no considera como admisible la práctica de las empresas de condicionar la publicación de los comunicados sindicales en la herramienta informática establecida a tales efectos, al control previo de su contenido, respecto de su adecuación a la legalidad vigente, a si son o no veraces o a si exceden de los límites informativos. La resistencia empresarial a la difusión sindical de información solo puede fundarse en razones productivas o financieras (como recuerda la SAN de 10 de octubre de 2014, ROJ SAN 3817/2014).

- c) El derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la utilización de los medios de comunicación de la empresa con fines representativos

Por último, y partiendo del presupuesto de que el derecho a la utilización de los medios telemáticos con fines empresariales se circunscribe obviamente a la representación unitaria y a las representaciones sindicales con implantación en la empresa, en virtud del derecho de libertad sindical y del principio de igualdad de trato, las limitaciones que se puedan imponer en el uso de los sistemas telemáticos de la empresa, a los que ya nos hemos referido, no puede conllevar un trato discriminatorio de unas representaciones sindicales respecto de otras, pues en base a tales causas justificativas (técnicas, productivas y económicas) no pueden establecerse limitaciones solo para unos sindicatos y facilitar el uso a otros. En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2019 (ROJ 790/2019), entiende que no hay la menor justificación de las razones por las que la empresa no permite a un sindicato la utilización del sistema de correo electrónico, en los mismos términos que admite por el contrario en favor de los demás sindicatos que actúan en la empresa. Además, respecto de la utilización de tales medios telemáticos por una nueva representación sindical “no consta que debiere de hacer la más mínima modificación en sus sistemas informáticos; ni que esta circunstancia pueda suponer un perjuicio o distorsión en la actividad empresarial; comporte otros gravámenes adicionales, o suponga un incremento de costes”. De esta manera, la negativa empresarial respecto de este sindicato es discriminatoria, pues no se ha probado que “la utilización del correo electrónico por la demandante pudiese suponerle un incremento de costes, o incidir negativamente de alguna forma en su proceso productivo, generar distorsiones o problemáticas que pudiesen suponerle la asunción de mayores cargas en la gestión empresarial”, sino que, bien al contrario, se ha limitado simplemente a

“cuestionar el nivel de representatividad que el sindicato ostenta, y a no reconocerle ese derecho porque se trata de una organización sindical de nueva creación que no se presentó a las últimas elecciones sindicales”.

### **3. EL CONTROL EMPRESARIAL DEL CRÉDITO HORARIO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES**

Las posibilidades de control empresarial sobre el uso que los representantes de los trabajadores hacen del crédito horario, reconocido legalmente como garantía para que éstos puedan desempeñar adecuadamente sus funciones representativas y sindicales, así como la posible sanción que pudiera derivarse de la constatación de un uso indebido y desviado de ese crédito horario para fines distintos, particulares, no de carácter representativo, ha sido ampliamente tratado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina<sup>23</sup>.

#### **3.1. El crédito horario como presupuesto de la actividad representativa y como ausencia justificada del trabajo**

De forma análoga a lo que sucedía con el derecho de información y comunicación sindical, el derecho a un crédito horario a los representantes sindicales en la empresa para el desempeño de sus funciones representativas se inserta en el contenido esencial del derecho de libertad sindical. La STC 40/1985, de 13 de marzo tiene declarado que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes de los trabajadores han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas la prevista en el artículo 68.e TRET, de acuerdo con la cual, los representantes de los trabajadores (Comité de empresa, delegados de personal,

<sup>23</sup> Entre otros, y sin ánimo de ser exhaustivos, Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario* (Introducción y Selección), Tecnos, Madrid, 1996; Marín Alonso, M.I.: “El uso irregular del crédito horario y la potestad disciplinaria del empresario. Comentario a la STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2000”, *Revista Aranzadi Social*, Volumen I, 2000; Martínez Rodríguez, F.: “El despido de los representantes por uso desviado del crédito de horas: tendencias recientes en la jurisprudencia”, *Revista de Trabajo*, núm. 98, 1990; Mendoza Navas, N.: “Sanción a representante de los trabajadores por la comisión de falta laboral muy grave”, *Aranzadi Social (Revista Doctrinal)*, núm. 35, 2010 (BIB 2010/1902); Sáez Lara, C.: “Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical. A propósito de las STS de 13 y 14 de junio de 1990”, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, 1990; Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete, 2005; Torrent Margalef, J.: “El crédito horario de los representantes del personal: criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1991; Tudela Cambronero, G.: “Transgresión de la buena fe, utilización del crédito horario y cumplimiento de deberes laborales por los representantes de los trabajadores”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985; Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, Bomarzo, Albacete, 2017.

delegados sindicales) tendrán “a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala en tal precepto determinada”. Por tanto, la concesión de un crédito horario para el desempeño de la acción sindical *forma parte del derecho a la libertad sindical*.

Por tanto, el crédito horario se halla legalmente configurado como garantía de los representantes de los trabajadores (artículo 68.e TRET) “obediente a facilitarle su función de defensa de los intereses de los trabajadores” y por ello, “no cabe, pues, someter el momento de utilización del crédito horario a previa autorización del empresario, como tampoco incumbe a éste injerirse en la actividad proyectada por el representante, dado que la exigencia de un requisito habilitante en uno u otro sentido no sería conciliable con la libertad sindical”<sup>24</sup>.

Pero el crédito horario no presenta únicamente una vertiente colectiva (representativa o sindical), pues también se inserta en una concreta relación individual de trabajo. Por ello, aunque es innegable que se trata de un presupuesto para la actividad representativa, existe una clara afectación de la relación contractual entre el empleador y el representante (que también es trabajador). En este sentido, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) confirma esa “imbricación” existente entre las funciones representativas y de prestación de la actividad laboral, “por coincidir en una misma persona ambas actividades y desarrollarse las dos dentro del ámbito de la empresa”. El representante del trabajador no puede disociar ambas facetas, al mismo tiempo detenta un derecho colectivo de representación de sus compañeros y es parte contractual en una relación individual de trabajo.

Por eso, para disfrutar del crédito horario se ha exigido preaviso (entendido como “mera comunicación” no como “solicitud de autorización”) y justificación previa como en otros supuestos de ausencias del trabajo justificadas que son retribuidas por el empleador (artículo 37.3 TRET)<sup>25</sup>. En relación con esto, la STS de 18 de mayo de 2016 (ROJ STS 3941/2016), se ha pronunciado sobre un caso en el que la empresa ha establecido unilateralmente un procedimiento para el “control del crédito sindical”<sup>26</sup>, recordando que el crédito horario está sujeto a previo aviso

<sup>24</sup> STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990). En el mismo sentido que consagra que el crédito horario está configurado como una garantía de la función representativa, entre otras muchas, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) o las STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989 y ROJ STS 11417/1989).

<sup>25</sup> En este sentido, Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, op. cit., páginas 149 y 150, consideran que el disfrute del crédito horario se asimila, aunque con régimen especial, a los permisos retribuidos, por lo que el trabajador en el momento en el que decida utilizar el crédito para realizar funciones de representación deberá comunicarlo al empresario con la debida antelación (la que se considere como suficiente).

<sup>26</sup> En comunicado a la plantilla, informaba del nuevo procedimiento que se establece para el uso y disfrute de las correspondientes horas sindicales: 1) preaviso mínimo por escrito de 48 horas, y de no ser así, no se concederán por la empresa, salvo por razones de urgencia; 2) el preaviso puede ser comunicado por escrito o por e-mail, y debe constar en los correspondientes partes de trabajo u hoja de

y justificación, tal y como determina el art. 37.3 TRET, pero poniendo también de manifiesto que el convenio colectivo aplicable “no contiene referencia alguna al preaviso y justificación de las horas sindicales (...) sin que pueda someterse por parte de la empresa a un control rígido que amenace la independencia del representante, señalando asimismo que el permiso que ha de solicitarse del empresario tiene la naturaleza de un simple aviso”.

### 3.2. El carácter multiforme de las actividades representativas y sindicales y la presunción de legitimidad en la utilización del crédito horario

Nos encontramos con una significativa dificultad para identificar y singularizar cuáles son las tareas representativas y acciones sindicales para las que el ordenamiento jurídico reconoce a los representantes de los trabajadores un crédito horario<sup>27</sup>. Tales funciones representativas son *heterogéneas* o, como califica la jurisprudencia, *multiformes*. De esta manera, la actividad de los representantes de los trabajadores se considera *multiforme*, “comprendiendo cualquier actuación que de forma directa o indirecta repercuta en interés de los trabajadores”<sup>28</sup>. A esa heterogeneidad de las funciones representativas se añade el hecho de que tenga que realizar sus funciones y actividades en los lugares más diversos<sup>29</sup>, y así, no solo es que tengan carácter multiforme sino que además un simple examen de las funciones representativas atribuidas legalmente a los representantes unitarios, y por extensión también a los representantes sindicales, evidencian que las actividades representativas conllevan “tanto estudio como elaboración de informes

actividad mensuales; y 3) finalmente, debe presentarse justificación escrita, y a posteriori, del crédito sindical utilizado, indicando la hora y fecha de inicio y de finalización del crédito sindical.

<sup>27</sup> En principio, obviamente tales funciones y actividades representativas incluirían todas aquellas específicamente reconocidas como derechos de información y consulta y como competencias de los representantes unitarios (artículo 64 TRET) y también todas las actividades propias de la acción sindical. En este mismo sentido, también habría que incluir específicamente las actividades que menciona la Recomendación núm. 143 de la OIT, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, de 23 de junio de 1971: “a fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones, deberían disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos o conferencias sindicales” y además dicho tiempo “debería ser otorgado sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales” (párrafos 11.1 y 11.2).

<sup>28</sup> *Vid.* STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990).

<sup>29</sup> La STS de 7 de mayo de 1986 (ROJ STS 2273/1986) declara que “la actividad que han de desplegar estos representantes y delegados ha de ser entendida en el sentido amplio porque las funciones de representación, con muy extenso abanico de posibilidades y realizaciones pueden llevarse a cabo en la calle, en bares, o en establecimientos públicos y privados y sólo cuando conste notoriamente la desviación podrán ser objeto de sanción”. Por tanto, dicha actividad representativa “no puede ajustarse a prescripciones rígidas tanto en los viajes que sean necesarios como en la duración, que han de admitirse con criterios flexibles, ni menos aún puede fiscalizarse el contenido de las actividades que de serlo perderían su indispensable independencia y libertad en el ejercicio de su función representativa”.

que pueden realizarse en lugares muy varios y privadamente, como actividades de relación social con compañeros que son susceptibles de realizarse en lugares de esparcimiento, comidas, etc.<sup>30</sup>. Además, el tiempo de la inasistencia al trabajo motivada por el uso del crédito horario del artículo 68.2 TRET, “normalmente es superior (...) al de la duración estricta de la reunión sindical o de la actividad representativa llevada a cabo por el interesado, por cuanto que siempre han de existir tiempos intermedios necesarios para desplazamientos, viajes, preparación de las actuaciones o intervenciones, etcétera<sup>31</sup>”.

Consecuencia de esa dificultad para concretar las funciones y actividades representativas para las que se concede a los representantes de los trabajadores el crédito horario es que la utilización del crédito horario para funciones representativas y sindicales *se presume legítima*. Este denominado “principio de probidad<sup>32</sup>” configura una presunción *iuris tantum* de que el representante está empleando correctamente el tiempo del que dispone como garantía legal para llevar a cabo su actividad representativa, esto es, para la finalidad representativa por la que se le concede dicho crédito horario. Correspondería en cualquier caso a quien alegue un uso abusivo o incorrecto del crédito horario probar esa desviación y destruir dicha presunción<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), que además añade que “la complicación de la vida moderna y la variedad y diversidad de actividades implicadas en la función representativa lleva a los delegados de personal a tener que realizar no sólo en lugares múltiples sus tareas, sino también en tiempos y ocasiones varias, privándoles si estos tiempos y ocasiones no coinciden con horas de trabajo, de dedicación familiar y personal que es legítimo sean compensadas en parte, haciendo uso del crédito de horas (...), pues éste es para el ejercicio de sus funciones, pero no para ejercerlas con un horario que pueda controlar el empresario”. En este mismo sentido, la STS de 14 de abril de 1987 (ROJ STS 2669/1987) o las STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) admiten que la actividad representativa “puede, y a veces tiene, que realizarse en bares, reuniones informales con los compañeros, etc., que no puede exigirse un cómputo escrupuloso en el tiempo empleado, el cual ha de ser flexible y ha de preservarse la independencia del representante”.

<sup>31</sup> Por todas, STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991).

<sup>32</sup> La jurisprudencia ha mantenido reiteradamente “que existe la presunción de probidad en el desempeño de sus funciones” y que “la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por presunción de probidad, destruible mediante prueba en contrario”. Entre otras muchas, *vid.* STS de 29 de septiembre de 1989, STS de 2 de octubre de 1989, STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), STS de 10 de febrero de 1990, STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990) y STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990). En el mismo sentido, manteniendo esta misma línea interpretativa a favor de la presunción del empleo correcto del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores, entre otras, la STS de 13 de junio de 1990 (ROJ STS 4562/1990); la STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990); o la STS de 28 de junio de 1990 (ROJ STS 5020/1990).

<sup>33</sup> De esta forma, la STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990), en la misma línea que la STS de 14 de abril de 1987 (ROJ STS 2669/1987) y la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), ha declarado que “la actuación representativa realizada durante el tiempo de utilización del crédito horario se halla amparada por presunción de probidad, destruible mediante prueba en contrario, lo que supone que cuando, cual es el caso, se alega dicho inadecuado uso, con consiguiente transgresión de la buena fe, corresponda al que con tal fundamento decide el despido una cumplida demostración de la veracidad de su aserto”.

### 3.3. El control de la utilización abusiva y del uso indebido del crédito horario

Como decíamos, esta presunción de legitimidad del uso del crédito horario por parte de los representantes de los trabajadores decae en el caso de que se pueda probar un uso indebido del mismo. No basta con probar la mera permanencia del trabajador en establecimientos públicos o incluso en su propio domicilio (pues ya hemos constatado que el lugar donde puede desarrollar el representante de los trabajadores sus actividades representativas y sindicales, dada la heterogeneidad de éstas y su carácter multiforme, es irrelevante), es necesario probar que el trabajador-representante utilizó el crédito horario en su propio beneficio e interés, demostrando que la realización de actividades manifiestamente incompatibles con el desempeño de tales funciones representativas y sindicales. De este modo, la carga de la prueba corresponde al empleador, requiriéndose en todo caso “una prueba directa y no un mero indicio del empleo abusivo del crédito horario” y que se pruebe que se trate “de una conducta sostenida de empleo en propio provecho del crédito horario, o por la acreditación de una infracción grave del deber de representación”<sup>34</sup>.

No obstante, la heterogeneidad y multiformidad de las funciones representativas y sindicales dificultan que pueda considerarse como abusiva la utilización del crédito horario, pero no elimina dicha posibilidad. Sin embargo, como se ha recordado, no existe en el ordenamiento jurídico una definición de *abuso en el ejercicio de la función representativa*, ni siquiera se concretan las notas configuradoras del mismo, pero sí que existen delimitaciones jurisprudenciales que califican de utilización abusiva del crédito horario “toda conducta deliberada donde el crédito horario se utilice para una finalidad particular o personal al margen de las labores propias de la representación”<sup>35</sup>. No obstante, esta aproximación conceptual sigue siendo problemática pues la definición de lo que pueda ser un uso correcto, y por consiguiente, de lo que pueda ser un uso abusivo conlleva la interpretación caso por caso de si se adecua o no a las finalidades para las que se reconoció, lo que supone “una interpretación finalista aparentemente sencilla en lo teórico pero de una complejidad práctica inasumible” por lo que es más adecuada una aproximación negativa en base a la cual será un uso correcto el que no sea un uso abusivo, entendiendo por tal el uso desviado “en provecho propio o con infracción general del deber de representación”<sup>36</sup>. Por este motivo, precisamente la jurisprudencia ha reconocido la presunción *ius tantom* de legitimidad en el uso del crédito horario, a la que ya

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.* Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 153; y STS de 13 de junio de 1990 (ROJ STS 4562/1990).

<sup>35</sup> *Ibid.*, página 152, citando expresamente la STS de 25 de marzo de 1983.

<sup>36</sup> Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, páginas 78 y 79, citando la STS de 2 de octubre de 1989.

nos hemos referido. De este modo, a quien ejerce funciones representativas es a quien se le reconoce la libre disponibilidad del crédito horario para decidir “tanto sobre el momento adecuado para su uso, cuanto respecto de la actividad a realizar durante el tiempo que abarca el citado crédito, existiendo incluso presunción *iuris tantum* favorable a que dicha utilización es acorde con la finalidad de representación y defensa de los intereses de los trabajadores”<sup>37</sup>.

### 3.3.1. Control empresarial y facultad disciplinaria

- a) El control empresarial del uso del crédito horario: la prohibición de vigilancia singular

En principio, el fundamento del posible control que el empresario pudiera realizar sobre las funciones y actividades desarrolladas por los representantes de los trabajadores residía precisamente en el carácter retribuido del crédito horario, en el hecho de que las ausencias del trabajo motivadas por funciones representativas o sindicales eran remuneradas por el empleador. La justificación se encontraba en la propia relación individual de trabajo, en el ámbito contractual. Sin embargo, también la facultad de control empresarial se ha fundamentado en virtud del derecho del empleador a disponer de un canal de representación eficaz, en el ámbito propio de las relaciones colectivas de trabajo<sup>38</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia reconoce esa posibilidad de control por parte del empresario de la utilización que hace el representante de los trabajadores de su crédito horario. La STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990) considera que el ejercicio de la actividad representativa se injerta en el desarrollo de un contrato de trabajo, y de ahí que no quepa excluir absolutamente a la empresa del control sobre el ejercicio de dicha actividad representativa-sindical y del consiguiente crédito horario establecido al efecto, pues si es evidente que un mal uso de este último transgrede la buena fe y lealtad debida al colectivo de trabajadores representado, también lo hace en relación a la lealtad debida a la empresa cuyo sacrificio de horas de trabajo debido no se ve adecuadamente correspondido o compensado.

Por tanto, la presunción de legitimidad del uso del crédito horario para la realización de las funciones representativas y sindicales para las que está previsto

<sup>37</sup> STS de 12 de febrero de 1990 (ROJ STS 1186/1990 y ROJ STS 17111/1990).

<sup>38</sup> Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, op. cit., páginas 82 y 83, pone de manifiesto la evolución jurisprudencial en esta materia. Desde una concepción privatista del crédito horario sindical (que parte de la consideración del crédito horario como mero permiso retribuido) se evoluciona hacia el reconocimiento de principios publicistas que definen el crédito horario como una garantía para el ejercicio de derechos colectivos de representación de los trabajadores.

es compatible con el control empresarial de su correcta utilización. Sin embargo, dicho control debe ser respetuoso con el derecho de representación colectiva de los trabajadores y con el derecho a la libertad sindical, de ahí que no sea ilimitado, sino que tenga carácter excepcional y restrictivo, cuando haya razones fundadas de un uso abusivo o desviado, para otros fines distintos a los meramente representativos. La dificultad reside justo en determinar cuándo nos encontramos ante un legítimo control del crédito horario por parte del empresario y cuándo ese control empresarial se ha excedido y supone una intromisión inadmisibles en la actividad representativa y en la actividad sindical<sup>39</sup>.

De ahí que se impongan necesariamente límites a ese control empresarial, y en concreto, *no es posible un control o una vigilancia singular* sobre el representante de los trabajadores. La jurisprudencia ha declarado que los representantes de los trabajadores tienen derecho a desempeñar sus funciones sin ser sometidos a esa vigilancia singular, ya que ello supone una traba o limitación a su derecho de libertad sindical o libre ejercicio del cargo<sup>40</sup>.

Especialmente problemática es la prueba obtenida mediante la utilización de *detectives privados* para constatar el uso regular o irregular del crédito horario por parte del representante de los trabajadores. Aunque inicialmente la prueba obtenida a través de detectives era la práctica habitual en los casos de sanción empresarial al representante de los trabajadores por uso indebido del crédito horario, la jurisprudencia se decantó por una interpretación más rigurosa y restrictiva, no admitiendo en todos los casos el informe del detective como medio de prueba adecuado. Conforme a esta interpretación restrictiva del control empresarial en el uso del crédito horario, numerosos pronunciamientos judiciales han considerado que, en sí mismo, el recurso a detectives privados constituyen una forma de “vigilancia singular o desproporcionada”, una vigilancia que atenta contra la

<sup>39</sup> En este sentido, Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, *op. cit.*, página 30, destaca cómo es aceptada por la jurisprudencia “la tutela por el empresario de sus intereses económicos en el desarrollo del crédito horario por el representante, pero exige que esta tutela no prive de virtualidad a este instrumento de garantía para la acción sindical”.

<sup>40</sup> STS de 29 de septiembre de 1989. En esta misma línea, la STS de 2 de octubre de 1989, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989), la STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ STS 11417/1989), la STS de 10 de febrero de 1990 o la STS de 5 de junio de 1990 (ROJ STS 4275/1990), manifiestan que “los representantes tienen derecho a desempeñar sus funciones sin estar sometidos a una vigilancia singular”. Igualmente, Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, *op. cit.*, páginas 87 y 88, destaca cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que “someter el actuar de los representantes a un control rígido podría amenazar su independencia y constituir un acto de injerencia en las funciones de representación” (STS de 3 de julio de 1989). Ejemplos de vigilancia singular sobre el representante serían *el acompañamiento a dicho trabajador de un vigilante jurado de la empresa en los actos de la misma a los que acude para el ejercicio de sus funciones representativas* (STS de 29 de septiembre de 1989) o la comprobación visual que realiza el propio empresario con el fin de averiguar si el representante ha acudido a la sede de su sindicato durante el tiempo que dura el crédito horario (STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2007, rec. 2354/2007). Por otro lado, “el control o fiscalización empresarial del correcto uso del crédito horario, en cualquier caso, debe efectuarse con posterioridad al empleo de las horas de crédito y dentro de límites razonables” (STS de 14 de junio de 1990).

libertad sindical. Y consiguientemente, solo sería admisible excepcionalmente una vigilancia o control, incluso mediante detectives privados, cuando hubiera motivos consistentes o evidencias de un uso fraudulento del crédito horario. De esta forma, la STS de 13 de marzo de 2012 (ROJ STS 4632/2014) admite excepcionalmente la prueba obtenida mediante detectives privados que acredita un uso impropio del crédito horario y destruye la presunción de legitimidad de su utilización, alegando que no se efectuó una vigilancia singular, sino una vigilancia ordinaria, y que el seguimiento que realizó el detective fue proporcionado<sup>41</sup>. También en la doctrina se ha defendido la legitimidad del recurso a detectives privados para controlar el uso del crédito horario, siempre y cuando no se trate de una vigilancia especial y desproporcionada<sup>42</sup>. De este modo, la cuestión se resolverá caso por caso, en función de que las circunstancias concurrentes demuestren que no ha habido tal vigilancia especial y que ésta no haya sido desproporcionada.

b) Facultades disciplinarias del empresario frente al uso indebido del crédito horario

En consonancia con este contexto dominado por una interpretación restrictiva del control empresarial del uso del crédito horario, también resulta limitada la facultad disciplinaria del empresario frente a supuestos de uso irregular y fraudulento del crédito horario. Tras una jurisprudencia anterior mucho más permisiva, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 2669/1989) supuso un punto de inflexión,

<sup>41</sup> Dicha sentencia desestima el recurso del trabajador argumentando, que “la empresa no contrató a los detectives para vigilar al trabajador una vez que éste solicitó los días para actividades sindicales, sino que el trabajador una vez que recibía la llamada del *cliente* haciéndole un pedido, es cuando solicitaba los días para actividades sindicales, por lo que la empresa ya tenía conocimiento de que ninguna actividad sindical iba a desarrollar el trabajador, simplemente necesitaba probarlo y es en este contexto (y no en otro) en el que ha de valorarse la prueba practicada”. Por tanto, “ninguna vigilancia singular se llevó a cabo; sólo una vigilancia ordinaria para constatar que el trabajador, dueño de un negocio similar al del empresario solo cuando recibía un pedido, solicitaba el crédito sindical para poder atenderlo”. Además, entiende que la proscripción de la prueba de detectives que realizan otros pronunciamientos judiciales solo tiene sentido cuando es desproporcionada y se lleva a cabo con vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, “en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes ha de estimarse que la vigilancia mediante detectives fue proporcionada, pues se limitó a los dos días en los que la empresa sospechaba que la ausencia anunciada estaba motivada por los propios intereses del trabajador, sin rebasar la hora de conclusión de la jornada de trabajo”.

<sup>42</sup> En este sentido, Ureña Martín, A.: *El crédito horario sindical*, op.cit., páginas 89 y siguientes, considera “totalmente legítimo” que la empresa pueda controlar mediante detectives privados si un representante de los trabajadores utiliza indebidamente o de forma abusiva el crédito horario al que tiene derecho, “especialmente cuando la prestación de servicios se desarrolla fuera del centro de trabajo y por lo tanto alejada de la tradicional supervisión empresarial”. Puesto que los detectives privados tienen como función legalmente establecida la aportación de pruebas sobre conductas de índole laboral, parece lícito contratarles para destruir la presunción de probidad en el empleo del crédito horario, al menos si existen indicios o sospechas fundadas de un uso fraudulento del crédito horario. En todo caso, considera pertinente recordar que los detectives privados no pueden aportar información sobre conductas desarrolladas en domicilios o lugares reservados, pero sí en lugares públicos.

ya que a partir de ella se ha seguido un criterio restrictivo en el despido de los representantes de los trabajadores por un empleo inadecuado del crédito horario y, ello “porque este crédito está concedido fundamentalmente para el servicio del colectivo de trabajadores quien es su titular, porque su actividad se despliega en lugares muy variados y en acciones muy diversas, y tienen derecho a realizar su función sin ser sometidos a vigilancia singular”, de tal forma que sólo procede el despido disciplinario cuando su conducta sea “manifiesta y habitual y ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados”.

De forma reiterada y recurrente, los posteriores pronunciamientos judiciales han mantenido una idéntica argumentación. En síntesis, ésta es recogida por una de los más recientes: la STS de 15 de octubre de 2014 (ROJ STS 4632/2014), que se pronuncia sobre la cuestión de si el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación unitaria o sindical durante el uso del crédito horario constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que puede justificar el despido, incluso en los supuestos habituales en los que la justificación aportada no coincida con la realidad<sup>43</sup>. Para ello sigue la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, y considera que el presunto incumplimiento, en todo o en parte, de las funciones propias de la representación de los trabajadores durante el uso del crédito horario, detectada incluso por la petición previa del mismo y la posterior justificación inexacta aportada<sup>44</sup>, *no constituye por sí solo una trasgresión de la buena fe contractual que pueda justificar el despido*, puesto que la presunción de que las horas solicitadas para el ejercicio de las tareas representativas son empleadas correctamente conduce a *interpretar de modo restrictivo la facultad disciplinaria del empresario, que sólo podrá alcanzar el despido en supuestos excepcionales en los que el empleo en propio provecho del crédito horario concedido por el art. 68.e TRET a los representantes de los trabajadores sea manifiesto y habitual, es decir con una conducta sostenida que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a que los representantes formen cuerpo coherente con los representados y que esta conducta esté acreditada con pruebas que no hayan empleado una vigilancia que atente a la libertad de su función*.

<sup>43</sup> Se discutía también sobre la falsedad que se le imputa a la representante de los trabajadores porque la certificación aportada en justificación de la utilización del crédito horario no se ajustaba a la realidad. Y es que la representante de los trabajadores entregó en la empresa certificado de asistencia suscrito por el responsable de la Escuela de Formación Sindical, realizado los días 20 y 27 de enero de 2012, de 9 a 14 horas, al curso de formación sindical denominado “Curso Básico de Formación Sindical”, aunque en realidad la sesión formativa fijada para la mañana del día 27 de enero de 2012 no llegó a celebrarse por haber sido previamente suspendida (aunque como alegaba la representante de los trabajadores se fijó en su lugar una reunión informativa para dicha tarde en el Sindicato para tratar asuntos sindicales).

<sup>44</sup> Entiende que ni la posible discrepancia sobre la realización de actividad representativa un único día, ni la posible disparidad entre el certificado aportado sobre dicho día y lo realmente acontecido, tienen la entidad suficiente para entender que la conducta de la trabajadora constituye un supuesto de trasgresión de la buena fe contractual justificativo del despido.

Por tanto, los requisitos y condicionantes que legitiman excepcionalmente la sanción, y en su caso el despido, del representante de los trabajadores por un uso abusivo o indebido del crédito horario son: 1) que el abuso o utilización desviada para otros fines particulares ajenos a la función representativa quede *probado*<sup>45</sup> y sea *manifiesto*, y por tanto que no haya duda alguna de ese uso irregular del crédito horario, pese al carácter heterogéneo y multiforme de tales funciones representativas; 2) que esa utilización incorrecta del crédito horario sea *habitual*,<sup>46</sup> que sea *continuada*; 3) que para la constatación de la infracción *no se haya efectuado una vigilancia singular injustificada* que pudiera lesionar los derechos de representación colectiva de los trabajador; y 4) que la correspondiente sanción sea *razonable y proporcionada* en atención a los hechos concurrentes (principio de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción impuesta).

Respecto de esto último, respecto del principio de proporcionalidad de la sanción impuesta, se ha discutido si debe proceder en todo caso el despido o si lo adecuado sería otra sanción alternativa. Consideramos que si de lo que se trata es de sancionar la conducta irregular del representante de los trabajadores en el uso de su crédito horario con despido, además se debe añadir un quinto requisito o condicionante: *la gravedad* de la infracción<sup>47</sup>. Y es que tal y como exige el artículo 54 TRET, el despido disciplinario solo está previsto para los incumplimientos contractuales *graves y culpables* del trabajador, encuadrables en los supuestos que expresamente enumera dicho precepto.

En relación con esto, se evidencia una significativa evolución jurisprudencial. En principio, la jurisprudencia fundamentaba la posibilidad de despido disciplinario por uso indebido del crédito horario en el hecho de constituir una “falta de

<sup>45</sup> Como recuerdan Sempere Navarro, A.V. y Pérez Campos, A.I.: *Las garantías de los representantes de los Trabajadores*, op. cit., página 154, la posibilidad de sancionar un uso abusivo del crédito horario “queda condicionada a que se pruebe efectivamente el abuso”, y lógicamente “dicha comprobación sólo podrá realizarse una vez que el trabajador haya utilizado esas horas, es decir, una vez que se haya constatado la desviación sustancial de la función efectivamente realizada por el representante”.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la STS de 15 de octubre de 2014 (ROJ STS 4632/2014) recurre al *criterio de habitualidad* en el mal uso del crédito horario como exigencia para poder ser considerada causa de despido. Igualmente, siguiendo esta interpretación restrictiva de la facultad disciplinaria del empresario por un uso irregular del crédito horario, la STS de 31 de mayo de 1990 (ROJ STS 4142/1990) admitía que “el empleo en dos ocasiones de las horas del crédito horario en actividades que pueden interpretarse como encaminadas exclusivamente en su propio provecho (...) no reviste los caracteres de habitualidad y de poner en peligro la función propia del representante”, por lo que no se puede calificar como una utilización inadecuada del crédito horario que pueda ser sancionable.

<sup>47</sup> En este sentido, la STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991) entiende que la incorrección o la irregularidad existente en la actuación del representante los trabajadores “consistió en que las comentadas reuniones sindicales duraron dos horas en cada uno de los días mencionados y. sin embargo, él dejó de asistir a su trabajo en la totalidad de esas dos jornadas, que se extendían desde las 14 a las 22 horas, dedicando las horas restantes a fines estrictamente personales”. Es indudable que esta irregularidad o incorrección constituye un incumplimiento contractual por parte del actor, *pero no presenta una gravedad tan intensa ni reviste una importancia tan acusada* como para poder ser tipificada como un supuesto de “transgresión de la buena fe contractual” ni de “abuso de confianza” en el desempeño del trabajo de los que se comprenden y previenen en el artículo 54.2.d TRET.

asistencia injustificada” (artículo 54.2.a TRET). Esta interpretación encajaba en la consideración de que el representante de los trabajadores despedido por no emplear su crédito horario exclusivamente en funciones representativas y sindicales es al mismo tiempo trabajador de la empresa, vinculado con el empleador por una relación contractual, por una relación individual de trabajo. Desde esta perspectiva, la indebida utilización del crédito horario convertía en una falta de asistencia injustificada lo que en principio era una ausencia en el trabajo retribuida y legalmente justificada por la finalidad de desempeñar las funciones representativas que le son propias. Sin embargo, y como hemos comprobado en las sentencias anteriormente analizadas, la jurisprudencia optó finalmente por fundamentar dicho despido disciplinario en la “transgresión de la buena fe contractual” (artículo 54.2.d TRET)<sup>48</sup>.

No obstante, hay pronunciamientos judiciales que consideran que el uso parcial del crédito en provecho propio no puede ser tipificado como transgresión de la buena fe ni abuso de confianza en el desempeño del trabajo, por lo que no es adecuada la sanción de despido, aunque sí otra de menor gravedad<sup>49</sup>.

En esta misma línea, y partiendo de la nítida separación entre *la dimensión contractual* (la relación individual que une al trabajador-representante con el empleador) y *la dimensión representativa* (la relación colectiva de representación de los trabajadores en la empresa), se ha considerado incoherente y desproporcionado “que el representante que ponga en peligro el derecho legítimo de la empresa a disponer de un canal eficaz de representación de sus trabajadores vea extinguido su contrato de trabajo”, pues la proporcionalidad de la sanción conllevaría únicamente la separación de su cargo representativo, con posibilidad, en su caso de detraerle el salario percibido durante su crédito horario y demandarle por los daños y perjuicios<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> También es la posición dominante entre la doctrina. Por ejemplo, Sáez Lara, C.: “Control y sanción por el empresario del uso abusivo del crédito horario sindical”, *op. cit.*, página 451, considera que el uso irregular del crédito horario se configura “como una transgresión de su deber de buena fe contractual, pues su obligación de cumplimiento de su obligación laboral conforme a las exigencias de la buena fe le prohibiría incumplir su prestación laboral en supuestos distintos de los que el ordenamiento jurídico le permite interrumpir su trabajo manteniendo su derecho al salario”. No obstante, encontramos también opiniones que matizan esta interpretación mayoritaria, como la de Tudela Cambroner, G.: “Transgresión de la buena fe, utilización del crédito horario y cumplimiento de deberes laborales por los representantes de los trabajadores”, *op. cit.*, página 82, que, partiendo de esa radical distinción entre la dimensión contractual y la dimensión representativa del crédito horario, sostiene que justificar el despido de un representante en la transgresión de la buena fe contractual supone moverse en el estricto marco de la relación contractual, olvidando la relación representativa, y, lo que es más grave, supone intentar aplicar a esta última, no sólo criterios de ejecución pensados para el cumplimiento de obligaciones contractuales, sino también aplicar a dicha relación efectos jurídicos pensados para el cumplimiento de obligaciones estrictamente contractuales.

<sup>49</sup> Es el caso de la citada STS de 21 de enero de 1991 (ROJ STS 220/1991), cuando, ante un supuesto de utilización indebida del crédito horario que no conlleva la suficiente gravedad, declara improcedente el despido disciplinario del trabajador-representante “con todas las consecuencias legales derivadas de tal declaración, si bien ante el incumplimiento contractual (...) se autoriza a la empresa a que le imponga una sanción, distinta de la de despido, como autor de una falta grave contra la disciplina laboral”.

<sup>50</sup> *Vid.* Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, *op. cit.*, página 27, en referencia a Martínez Rodríguez, F.: “El despido

### 3.3.2. Control por los propios trabajadores y por los órganos representativos de los trabajadores

Tratándose el crédito horario de una garantía para el ejercicio de las actividades representativas y sindicales es lógico que los propios representados, los trabajadores, sean los primeros interesados en que sus representantes se dediquen correctamente a las funciones que les son propias y exigibles. De este modo, la STS de 2 de noviembre de 1989 (ROJ STS 5988/1989) admite que al situarse el crédito horario en el marco de los derechos de representación de los trabajadores “el titular natural del mismo es el colectivo obrero a quien de modo principal está ordenada la actividad representativa de los miembros del comité de empresa y delegados de personal”, colectivo a quien el propio TRET reconoce *facultades revocatorias*<sup>51</sup>.

De este modo se han identificado dos cauces para el ejercicio del control por los propios representados del uso que hace el representante de su crédito horario<sup>52</sup>: 1) la mencionada posibilidad de la *revocación* (que constituye una auténtica garantía de los mandantes frente al mandatario); y 2) la *sanción “política”*, esto es, la modificación del sentido del voto en la siguiente consulta electoral (su “no reelección”). En realidad, desde nuestro punto de vista, más que ante dos cauces o procedimientos de control de los trabajadores a sus representantes, nos encontramos ante dos formas de censurar y sancionar el uso irregular del crédito horario de los representantes de los trabajadores. Son las posibles *consecuencias* de un control previo de los trabajadores que ha constatado el uso indebido del crédito horario.

En todo caso, tales consecuencias serían también predicables respecto de un uso impropio del crédito horario por parte de las *representaciones sindicales en la empresa*. De este modo, conforme a los correspondientes estatutos sindicales, un empleo incorrecto del crédito horario por tales representantes puede conllevar consecuencias negativas en procesos internos de elección de cargos sindicales y la imposición de sanciones (en forma de amonestación, reprobaciones, suspensión de la condición de afiliado, etc.). Así, los estatutos sindicales suelen regular un régimen disciplinario y crear unas Comisiones de Garantía. Por ejemplo, el *Reglamento sobre medidas disciplinarias da las personas afiliadas a la Confederación*

de los representantes por uso desviado del crédito de horas: tendencias recientes en la jurisprudencia”, *op. cit.* En apoyo de esta posición encontramos un único pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo: la STS de 7 de mayo de 1986 (ROJ STS 2273/1986). En ella se reconoce que “la actividad que han de desplegar estos representantes y delegados ha de ser entendida en el sentido amplio (...) y sólo cuando conste notoriamente la desviación podrán ser objeto de sanción en el sentido, entre otros, de devolución de salarios y aun de acciones indemnizatorias”.

<sup>51</sup> El artículo 67.3 TRET dispone que “podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de éstos”.

<sup>52</sup> *Vid.* Seoane García, A.: *El crédito horario de los representantes de los trabajadores*, *op. cit.*, páginas 87 y 88.

*Sindical de CCOO*<sup>53</sup> califica como falta grave de las personas que ejerzan funciones de representación sindical o institucional “la utilización irregular del crédito horario sindical y el de los demás medios disponibles para el ejercicio de la actividad sindical” (artículo 6.2.c) imponiendo como posible sanción la “suspensión de 6 meses a 2 años de los derechos de afiliado o afiliada, bien en su totalidad, bien en aspectos concretos de los mismos” (artículo 8.2: Tipos de sanciones).

No obstante, estas vías alternativas de control en la utilización de crédito horario, tanto las llevadas a cabo por los propios trabajadores como por los propios sindicatos son compatibles y complementarias al control ejercido por el empresario. Como ya hemos destacado, la jurisprudencia, entiende que aunque el titular natural del derecho de representación sea el colectivo de los trabajadores representados, pero ello es sin perjuicio del control del empresario<sup>54</sup> y “que la empresa pueda ejercitar su facultad disciplinaria en supuestos excepcionales en los que quede patente el abuso”<sup>55</sup>, tal y como hemos analizado en las páginas precedentes.

<sup>53</sup> Aprobado en el Consejo Confederal del 19 y 20 de enero de 2016.

<sup>54</sup> La ya mencionada STS de 14 de junio de 1990 (ROJ STS 4613/1990) reconoce que “es cierto que el crédito horario sindical corresponde al trabajador en beneficio exclusivo del colectivo de trabajadores a los que representa y defiende, quienes en definitiva por la confianza depositada en sus representantes elegidos, han de exigir a estos últimos el adecuado uso de aquél crédito horario”, pero que ello no impide el legítimo control empresarial.

<sup>55</sup> Entre otras, la STS de 5 de diciembre de 1989 (ROJ STS 7089/1989, y ROJ 11417/1989) y la STS de 5 de junio de 1990 (ROJ4275/1990).