

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense
de Madrid*

Letrado de la Seguridad Social

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Juris-
prudencia y Legislación*

(Comentario a la STC, de 7 de noviembre de 2005, núm. 281/2005) *

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional (TC) ha dictado una sentencia, la 281/2005 de 7 de noviembre, que reviste gran importancia habida cuenta de la materia que trata (utilización del correo electrónico por las organizaciones sindicales para transmitir información laboral y sindical a los trabajadores) y del incremento de la participación de los trabajadores, a través de sus representantes, en las cuestiones relativas a la gestión y marcha de la empresa, según las últimas normas aprobadas en materia de sociedades mercantiles (normativa comunitaria y nacional relativa a la sociedad anónima europea ¹ y comunitaria referente a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital).

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 275, marzo 2006.

¹ Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad anónima Europea (SE), y Directiva 2001/86/CE del Consejo de 8 de octubre por la que se completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. En el ordenamiento jurídico interno español aquel Reglamento comunitario ha sido desarrollado por Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, estándose a la espera de la adaptación de nuestro derecho interno al contenido de la Directiva 2001/86. Sobre las fusiones transfronterizas de sociedades de capital ha de tenerse en cuenta la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, terminando el plazo de adaptación a la misma el 15 de diciembre de 2007.

La resolución del Alto Tribunal, además, tercia en la polémica desatada entre la precedente sentencia de la Audiencia Nacional (AN), Sala de lo Social, de 6 de febrero de 2001, y la del Tribunal Supremo (TS), Sala de lo Social, de 26 de noviembre del mismo año, que, estimado el recurso de casación interpuesto contra la primera la revoca. El TC resuelve aquella contraposición doctrinal anulando la STS (contra la que se interpone el recurso de amparo), y fija la doctrina que ha de seguirse en cuanto a la transmisión de información por los sindicatos a sus afiliados y a los trabajadores en general ², en materia sindical y laboral mediante correo electrónico, en el lugar y durante la jornada de trabajo.

La sentencia objeto de comentario no sólo es importante por la que trata sino también, valga la paradoja, por la que deja, consciente y deliberadamente, de tratar (el derecho al secreto de las comunicaciones) no obstante ejercitarse la pretensión oportuna en la demanda de amparo, so capa de determinados obstáculos e inconvenientes procesales, pudiéndose cuestionar si acaso el Alto Tribunal dando pábulo a las excepciones procesales opuestas a la demanda no está vulnerando su propia doctrina en la materia y, en todo caso, afirmar que era al menos oportuno, si no necesario, tratar de aquella materia.

Ciertamente la demanda de amparo imputaba a la STS, antes citada, de 26 de noviembre de 2001, vulneración de los artículos 18.3 y 28.1 CE. No obstante el TC, por razones estrictamente procesales, invocadas por el Ministerio Fiscal, no entra en la posible vulneración por aquella resolución judicial (en cuanto que no lo amparó) del derecho al secreto de las comunicaciones, limitándose a considerar la vulneración del Derecho a la libertad sindical. La argumentación del Alto Tribunal en lo que hace a la vulneración del último de los derechos fundamentales antes aludidos (libertad sindical) es, sin duda, sólida, incluso brillante no obstante el voto particular del Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas, extendiéndose a otros derechos fundamentales conexos como el de propiedad. Pero aquella resolución jurisdiccional pierde su consistencia argumentativa cuando rechaza entrar en la cuestión de la vulneración del artículo 18.3 CE.

II. ANTECEDENTES

Preciso es realizar una, siquiera breve, referencia a los hechos de los que traía causa la demanda de amparo. Al respecto la sentencia objeto de comentario recoge los aspectos esenciales de los hechos declarados probados en la sentencia citada de 26 de noviembre de 2001 de la Sala Cuarta del

² Vid. MARÍN ALONSO, I., «La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general», *Aranzadi Social*, núm. 1-2001; LUJÁN ALCARAZ, J., *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid 2003, págs. 83 y ss., especialmente págs. 87-88; MONEREO PÉREZ, J.L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid 1992, especialmente págs. 247-248; AA.VV., *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, (GARCÍA LASO, A. y SANGUINETTI RAYMOND, W., eds.), E. Universidad de Salamanca, Salamanca 2002.

TS, la cual, a su vez, recogía sustancialmente los establecidos en la sentencia de 6 de febrero de 2001 de la Sala de lo Social de la AN ³. Según la relación fáctica contenida en la resolución jurisdiccional citada del TS:

- «El 2-XI-95 el "Grupo Banco B., S.A." dirige a las Unidades relacionadas con correo electrónico una orden sobre la descripción de las diferentes utilidades que aporta el sistema de correo electrónico del "Grupo Banco B., S.A.", (...), y a su vez la empresa el 26-9-2000 dicta normas de actuación para el uso racional del Correo Electrónico y fomento del mismo, entre las que cabe resaltar las prácticas a evitar: "El correo electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como *-spam-*) es una práctica rechazable, y, dependiendo de las circunstancias que concurran, puede llegar a ser perseguible"».
- «El "Grupo Banco B., S.A.", dentro del Programa Dos mil, anticipando el futuro, bajo la denominación de "La Semana Más Práctica", última semana de enero de 1999 (del 25 al

³ Que eran los siguientes: «Primero. El 2 de noviembre de 1995 el G.B. dirige, a las unidades relacionadas con correo electrónico, una orden sobre la descripción de las diferentes utilidades que aporta el sistema de correo electrónico del G.B., (...), y a su vez la empresa el 26 de septiembre de 2000 dicta normas de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo, entre las que cabe resaltar las prácticas a evitar, "El Correo Electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como *spam*) es una práctica rechazable y, dependiendo de las circunstancias que concurran, puede llegar a ser perseguible". Segundo. El G.B., dentro del programa (...), anticipando el futuro, bajo la denominación de (...), con el objetivo de conseguir hábitos de gasto útil, dentro de distintas áreas, señala el uso del correo electrónico entre otros, por lo que envía a la plantilla personal del grupo, en dicha semana una serie de mensajes literales informáticos como el relativo a "utilizar el correo electrónico tanto interna como externamente". En la semana del 12 al 17 de mayo como continuación a lo anterior, con el propósito de eliminar burocracia y ser prácticos para mejorar la eficiencia del G.B., en relación con los gastos de fotocopias se establece "no usar papel para notas y cartas, sí el correo electrónico (e-mail)". En el de comunicaciones para colaborar en la mejora de la eficiencia indicada se fija la (...) con la indicación de utilizar el correo electrónico/e-mail en lugar del teléfono para reducir consumo tanto internamente como con la clientela, archivar electrónicamente, aparte de otras indicaciones sobre el uso del teléfono fijo y móvil, MEMO habitualmente (fax, GSM, télex, notas...) y sólo el teléfono cuando sea necesario. Tercero. Desde el 2 de febrero de 1999 el sindicato (...), desde el servidor externo (...), a través del servidor interno de la empresa, envía a los trabajadores de la empresa por correo electrónico mensajes de información de acción sindical, sin oposición de ésta al no perjudicar el servicio de la misma hasta el (...) de 2000, en cuya fecha en la hora comprendida entre 9 y 10, envió los mensajes relacionados en los documentos (...), que fueron rechazados por el servidor de la demandada, así como los (de) fechas posteriores de ese mes de febrero y horario (...). El día (...) de 2000, a las 11:18 el sindicato (...) envía un mensaje por correo electrónico y fue rechazado por el servidor de la empresa. Cuarto. Ante la avalancha de correos masivos procedentes de la dirección (...) correspondiente al sindicato (...) recibidos en los días y horas antes referidos, con el tamaño que resulta de los contenidos en los documentos mencionados (...), y ante el desmesurado tamaño de las colas de espera, la empresa decidió filtrar la entrada desde aquella dirección siendo rechazadas, con notificación al remitente del rechazo. Quinto. Los mensajes enviados por correo electrónico desde el exterior del G.B. sólo se identifican por la dirección que lo envía. En el sistema de correo electrónico implantado en la empresa no se pueden borrar correos sin abrirlos antes».

30) con el objetivo de conseguir hábitos de gasto útil, dentro de distintas áreas, señala el uso del correo electrónico entre otros, por lo que envía a la plantilla personal del Grupo, en dicha semana una serie de mensajes literales informáticos como el relativo a "utilizar el correo electrónico tanto interna como externamente". En la semana del 12 al 17 de mayo, como continuación a lo anterior, con el propósito de eliminar burocracia y ser prácticos, para mejorar la eficacia del "Grupo Banco B., S.A.", en relación con los gastos de fotocopias se establece "no usar papel para notas y cartas, sí el correo electrónico (e-mail)". En el de comunicaciones para colaborar en la mejora de la eficacia indicada se fija la Semana Práctica del 4 al 9 de octubre con la indicación de utilizar el correo electrónico/e-mail en lugar del teléfono para reducir consumo tanto internamente como con la clientela, archivar electrónicamente, aparte de otras indicaciones sobre el uso del teléfono fijo y móvil, MEMO habitualmente (Fax, GSM, Télex, Notas...) y sólo el teléfono cuando sea necesario».

- «Desde el 2 de febrero de 1999 el Sindicato (...), desde el Servidor Externo (...), a través del Servidor Interno de la Empresa, envía a los trabajadores de la empresa por correo electrónico mensajes de información de acción sindical, sin oposición de ésta al no perjudicar el servicio de la misma hasta el 13-2-2000, en cuya fecha en la hora comprendida entre 9 y 10, envió los mensajes relacionados (...), que fueron rechazados por el servidor de la demandada, así como los que, en fechas posteriores de ese mes de febrero y horario, (...). El día 17 de noviembre de 2000, a las 11:18 el Sindicato (...) envía un mensaje por correo electrónico y fue rechazado por el servidor de la Empresa».
- «Ante la avalancha de correos masivos procedentes de la dirección (...) correspondiente al Sindicato (...). recibidos en los días y horas antes referidos, con el tamaño que resulta de los contenidos en los documentos mencionados (...), y ante el desmesurado tamaño de las colas de espera, la Empresa decidió filtrar la entrada desde aquella dirección, siendo rechazadas, con notificación al remitente del rechazo».
- «Los mensajes enviados por correo electrónico desde el exterior del "Grupo Banco B., S.A." sólo se identifican por la dirección que los envía. En el sistema de correo electrónico implantado en la Empresa no se pueden borrar correos sin abrirlos antes».

La Sala de lo Social de la AN tras una relevante argumentación ⁴ falló en el sentido de que procedía «estimar parcialmente la demanda, y en consecuencia declarar el derecho del Sindicato y

⁴ Mereciendo ser recogidos sus fundamentos jurídicos nucleares, y que fueron los siguientes: «Tercero. De los ordinales fácticos (...) se deduce la voluntad de la empresa, por razones económicas de ahorro y de rapidez, de estimular en sus trabajadores el uso del correo electrónico interno y externo como servicio telemático para mejorar la eficiencia del grupo, en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales, que sin duda fueron utilizados por el sindicato actuante para transmitir información sindical a sus trabajadores, todo lo cual condujo a que el sindicato mediante la identidad de C (...) utilizara el correo electrónico como medio de comunicación sindical para transmitir información desde un servidor externo al servidor interno de la empresa, sin que al efecto existiera pacto o acuerdo expreso, aunque sin originar el sindicato con su conducta usuaria ninguna alteración en la actividad productiva de la empresa, es decir, que el desarrollo de la información transmitida por el sindicato (...), desde el 2 de febrero de 1999, dentro de un canal de normalidad y respeto del uso específico empresarial, envuelve un *ius usus inoqui* que respeta el derecho del titular al uso para el que lo instaló, la mejora o mayor eficiencia del G.B., con el propósito de eliminar burocracia y ser prácticos, ahora bien, en un momento determinado, la empresa observa la ocupación excesiva del correo electrónico en el servidor

de sus secciones sindicales en las empresas del G.B. (...) a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (e-mail) con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando (...) hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes, (...), que colapsó el servidor interno de la empresa». Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, la Sala de lo Social del TS, mediante sentencia de 26 de noviembre de 2001, tras una argumentación no menos importante que la de la correlativa Sala de la AN estimó el recurso de casación⁵. La sentencia de la Sala de lo Social del TS, como se indicó, estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social de la AN, porque, a su entender, esta última adolecía de falta de precisión, «pues al no delimitar de manera clara los con-

interno por las emisiones del servidor externo (...), concretamente el 13 de febrero de 2000 y fechas posteriores, lo que motivó la decisión empresarial de filtrar la entrada desde esta dirección (...)— lo que dio lugar a que los mensajes recibidos a partir de la instalación del filtro fueran rechazados por poner en peligro la disponibilidad del servicio, en horas punta, (...). Cuarto. En las normas de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo, dadas por el G.B., en las que se impone bajo la rúbrica "Prácticas a evitar" se lee: "El Correo Electrónico es una herramienta de productividad que el Grupo pone a disposición de sus empleados, para el desarrollo de las funciones que les tiene encomendadas. Los usos ajenos a estos fines son por tanto considerados inapropiados y en el límite podrían configurar falta laboral. En particular la remisión a uno o varios usuarios, de correos no solicitados, especialmente si esto se hace de forma masiva (actividad conocida como *spam*) es una práctica rechazable y, dependiendo de las circunstancias que concurren, puede llegar a ser perseguible", por tanto la exigencia de cumplimiento de esta norma va dirigida a los empleados de la empresa en el uso interno del correo electrónico sin que expresamente se refieran al impedimento del uso sindical, ahora bien, si esta utilización rebasa la normalidad, así como la emisión externa del correo electrónico, en la forma en que venía utilizándose antes de las colas masivas de envíos desde la misma dirección remitente es claro que tales conductas de los sindicatos, de sus secciones sindicales, constituyen una transgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua por el sindicato del servicio telemático mediante la comunicación realizada por esta vía, sin que el contenido jurídico de la facultad ejercida por aquél le permita una utilización mayor del medio de comunicación facilitado por la empresa, pues pretender la declaración de un derecho con un componente superior por este tipo de procedimiento de conflicto jurídico es inadecuado porque las partes tendrían que crear la norma dentro del cauce de la negociación colectiva o bien que una disposición de rango legal lo reconociera con la amplitud deseada, como ha sucedido en otras materias por la progresiva extensión de las telecomunicaciones en las sociedades contemporáneas (...) todo ello es revelador de la necesidad de ordenar, bien por convenio colectivo, acuerdo de empresa, *ratione materiae* o norma de la jerarquía legal que corresponda, el derecho de los sindicatos y trabajadores a la utilización de la red de la empresa por correo electrónico para transmitir información sindical, más el artículo 3.º 1 del Código Civil en el que se establecen los elementos interpretativos de las normas jurídicas no permiten reconocer en términos absolutos, con base en los artículos de la Constitución, y (...) de la LOLS de 2 de agosto de 1985 el derecho a utilizar el medio del correo electrónico a través del servidor de la empresa para el ejercicio de la actividad sindical en la misma o recibir la información que le remita su sindicato, sin olvidar que el artículo 53.1 de la Ley Básica del Estado, dispone que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, con respeto de su contenido esencial, como así lo hizo en cuanto a la Libertad Sindical la Ley Orgánica precitada».

- ⁵ Que deben ser recogidos en su literalidad, siendo los siguientes: «PRIMERO. 1. La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de C.O. (...), desde el 2 de febrero de 1999, estuvo remitiendo mensajes de información a su Sección Sindical en el «Banco B., S.A.», a través del Servidor interno de la empresa, que los estuvo distribuyendo a sus destinatarios hasta el 13 de marzo de 2000. En esta fecha y en los días posteriores, se produjo una avalancha de correos masivos, de desmesurado tamaño, procedentes del Sindicato C.O., a través del servidor (...) produciéndose "colas de espera". Ante esta situación la empresa demandada decidió filtrar la entrada desde aquella dirección rehusando los mensajes y notificando al remitente el rechazo. 2. El sindicato presentó demanda, por el cauce procesal de conflicto colectivo, en la que acababa solicitando se dictara sentencia por la que "se declare el derecho del Sindicato y de sus Secciones Sindicales en las empresas del "Grupo Banco B., S.A." a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y trabajadores a través del correo electrónico (e-mail)". Pese a la generalidad de los términos del suplico, lo que se discutió en el pleito fue el derecho del Sindicato a efectuar las referidas comunicaciones a través del servidor de la empresa, pues obviamente nadie había negado el derecho a transmitir como tuviera conveniente, a sus expensas y por sus propios medios. (...) SEGUNDO. Pretende el primer motivo del recurso que se modifique el apartado tercero del relato de hechos probados de la recurrida, para que se haga constar que el uso que el sindicato accionante hizo del sistema de transmisión

tornos del derecho que reconoce sería imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se (estaba) llevando a cabo de acuerdo con lo resuelto siempre que una de las partes no estuviera conforme con la decisión de la contraria respecto a la frecuencia y extensión de las comunicaciones. Si se tiene en cuenta que la sentencia recurrida remite al uso seguido en el pasado, sobre cuyo extremo

objeto del debate fue sólo "en alguna ocasión esporádica". (...) Ciertamente en la documental designada no hay rastros de que las comunicaciones fueran regulares y continuas. No hay constancia de remisión de mensajes de forma reiterada. No obstante, el motivo no puede prosperar. De una parte, la conclusión no está totalmente avalada, pues los documentos (...), no son exhaustivos en tanto no se sabe si son o no los únicos remitidos a través del servidor informático de la empresa. Pero es que, además, la precisión es irrelevante, en la medida en que lo que esta sentencia habrá de decidir es si el Sindicato tiene derecho a exigir que tal vía de comunicación le sea forzosamente aceptada. Para ello no es trascendente que el uso del medio telemático del que se sirvió en tiempo pretérito fuera esporádico o regular, en cuanto no se pretende deducir el derecho de una reiteración en el uso. TERCERO. Pretende el segundo motivo la nulidad de la sentencia recurrida por infracción del mandato de precisión del artículo 218 de la LEC. Este precepto, al igual que su precedente artículo 359 de la Ley de 1881 exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes. Y entiende el recurrente que el pronunciamiento que realiza la Sala de instancia carece de la precisión necesaria. Condena el fallo al grupo bancario demandado a reconocer al Sindicato actor el derecho a transmitir noticias de interés sindical, por el medio discutido, "con la mesura y normalidad inocua con la que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes el 13-2-2000, que colapsó el servidor interno de la empresa". Es esta forma de ejercicio del derecho reconocido en la sentencia el que el recurrente estima que vulnera el mandato legal de precisión de las resoluciones judiciales. La doctrina interpretó siempre el requisito interno de precisión de las sentencias como la exigencia de que estas resoluciones expresen, fijen y determinen con toda la claridad lo que se manda, de modo que, cuando se trata de las sentencias de condena, la precisión entraña la posibilidad de que se pueda ejecutar directamente sin necesidad de operaciones intermedias. En las sentencias declarativas –como las dictadas en procesos de conflicto colectivo– la precisión del fallo debe permitir dilucidar, de manera clara, si es o no correcta y adecuada la conducta que la parte lleve a cabo en cumplimiento de lo ejecutoriado. Desde esta óptica, la sentencia recurrida adolece de falta de precisión. Al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce, será imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se está llevando a cabo de acuerdo con lo resuelto, siempre que una de las partes no esté conforme con la decisión de la contraria respecto a la frecuencia y extensión de las comunicaciones. Decisión que no puede quedar al arbitrio unilateral de ninguna de ellas. Si se tiene en cuenta que la sentencia remite al uso que se hizo en el pasado, sobre cuyo extremo ya han manifestado las partes su desacuerdo, y en los hechos probados no se precisan los contornos de tal uso, no es aventurado temer que en ejecución podrían darse conflictos de difícil solución. Lo antes expuesto podría conducir a la declaración de nulidad de la sentencia. Pero un principio de economía procesal obliga a examinar el motivo en el que se polemiza la cuestión de fondo. Si se reconoce que el Sindicato tiene derecho a exigir el medio de comunicación discutido, deberá decretarse la nulidad o establecer los límites precisos de su ejercicio. Si, por el contrario se concluye que tal derecho es inexistente, la imprecisión de la sentencia recurrida carece de relevancia al ser anulado el pronunciamiento. CUARTO. Finalmente plantea la recurrente la cuestión de fondo denunciando la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 18, 20 y 28 de la CE y artículo 8.º (LOLS) y 3.º 1 (CC). En el desarrollo pone de relieve tres datos de hecho que son admitidos por ambas partes: a) El Banco estableció el correo electrónico como una herramienta de trabajo que puso a disposición de los empleados para el desarrollo de las funciones que tienen encomendadas, al servicio de la empresa. b) No existe pacto ni individual ni colectivo, ni manifestación unilateral de la empleadora, que haya otorgado el derecho al Sindicato a utilizar tal herramienta de trabajo de la demandada. c) No obstante, el Sindicato ha utilizado el medio durante cerca de un año. Ni la sentencia recurrida, ni el demandante, derivan el posible derecho del Sindicato a la utilización del servidor informático de la demandada, de una adquisición por el uso pacífico durante el período en que fue meramente tolerado, mientras no produjo trastornos en el funcionamiento de las comunicaciones internas de la empresa. Y, descartada la adquisición del derecho por el consentimiento de su ejercicio, es lo cierto que no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales. Como puso de relieve la sentencia que se recurre, la utilización del sistema que hoy se niega podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada. El artículo 8.º (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, como en caso similar al presente estableció ya esta Sala en su Sentencia de 13 de octubre de 1995 (...). Consecuencia de lo expuesto es que, (...), hayamos de estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y desestimar la demanda».

ya han manifestado las partes su desacuerdo, y que en los hechos probados no se precisan los contornos de tal uso, no es aventurado temer que en ejecución podrían darse conflictos de difícil solución». Esa circunstancia, añade el TS, «podría conducir a la declaración de nulidad de la sentencia, aunque por razones de economía procesal aborda el examen del motivo de fondo».

Además fundamenta la Sala de lo Social del TS la estimación del recurso de casación en que «el banco calificó el correo electrónico como una herramienta de trabajo que ponía a disposición de los empleados para el desarrollo de las funciones encomendadas al servicio de la empresa», en que «no (existía) pacto, ni individual ni colectivo, ni manifestación unilateral de la empleadora que (hubiese) otorgado el derecho al sindicato a utilizar tal herramienta de trabajo de la (empresa)», y en que «no obstante, el sindicato (habiendo) utilizado el medio durante cerca de un año (...) no (existía) norma jurídica alguna que (concediese) al sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las secciones sindicales». Precizando la aludida STS que la utilización de este sistema, «puede ser objeto de negociación colectiva o de acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras dicho acuerdo no se obtenga, su empleo debe ser expresamente consentido» por el empresario, pues la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) «consagra el derecho de los afiliados a recibir la información sindical, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para su perfeccionamiento».

III. EL CUESTIONABLE RECHAZO, POR LA SENTENCIA OBJETO DE COMENTARIO, DE LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 18.3 CE (DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES) POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2001 (EN CUANTO QUE NO LO PROTEGE), CON FUNDAMENTO EN UNA CUESTIÓN PROCESAL

La STC objeto de comentario antes de entrar a analizar la posible vulneración de los derechos fundamentales que se dicen infringidos en la demanda de amparo de que se hace mérito, se detiene en la «objección de carácter procesal articulada por el Fiscal, quien en su escrito aduce la existencia de una causa de inadmisibilidad consistente en la falta de invocación formal en la vía judicial previa del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)», pues, según el TC, «de confirmarse esta circunstancia la (...) demanda de amparo quedaría limitada a la denuncia restante, relativa a la vulneración del artículo 28.1 CE, incurriendo en la causa de inadmisión prevista en el artículo 50.1 a) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en relación con el artículo 44.1 c) del mismo texto legal», respecto de la presunta vulneración del artículo 18.3 CE, y sin que la admisión a trámite de la demanda hubiera determinado la subsanación del tal vicio o causa de inadmisión procesal ⁶.

⁶ Según la propia sentencia objeto de comentario y es reiterada doctrina constitucional, que «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte».

Recordando el Alto Tribunal que el requisito de la invocación previa ⁷ no constituye una exigencia meramente ritual, u óbice de procedibilidad meramente formal, sino que tiene una «doble finalidad», a saber:

- a) «Que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y reestablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria».
- b) «Preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo».

Pero semejante objeción no se compadece con lo acontecido en la vía judicial previa. Según el Ministerio Fiscal el derecho al secreto de las comunicaciones no se había alegado como vulnerado ni en la demanda inicial ni en las sucesivas fases del mismo, lo cual no se corresponde con la realidad, a pesar de que la Sala *a quo* del TC considere que «el argumento merece favorable acogida».

La sentencia que se comenta tras señalar que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) «no ha sido planteada en la fase judicial previa, lo que explica que no haya habido pronunciamiento sobre ella en ninguna de las dos resoluciones dictadas en autos», sorprendentemente indica que si bien «la demanda iniciadora del proceso no contenía referencias, ni al artículo 18.3 CE, ni a los contenidos que tutela. *En el escrito de ampliación de la demanda (...), se citaba el artículo 18 CE de manera conjunta con los artículos 20 y 28*». No obstante, apostilla, y aquí está la clave en buena medida de su argumentación pretextando el rechazo a entrar en el análisis de tal imputación:

«Pero lo hacía la parte demandante desde la perspectiva de la vulneración del derecho del sindicato a utilizar el correo electrónico como instrumento de acción sindical, sin referencia alguna a la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones por razón de la interceptación y filtro de los mensajes enviados desde el servidor (del sindicato) como ahora se aduce.»

Reconoce la sentencia que se comenta que «*en el acto del juicio se hizo por primera vez una referencia específica al artículo 18.3, acompañada de la cita de una Sentencia de este Tribunal (...) en la que se tratan algunos perfiles del precepto constitucional que podrían conectar con el enfoque que ahora se da a la queja en el recurso de amparo*», añadiendo, para justificar su rechazo a entrar en el fondo de la posible vulneración del artículo 18.3 CE por la sentencia del TS aludida, «*pero nada se decía sobre la proyección al caso o sobre su conexión con las pretensiones deducidas en la demanda*».

⁷ Es sistemática la jurisprudencia constitucional alusiva a la necesidad de la invocación de la vulneración constitucional en la vía ordinaria previa al recurso de amparo, pudiéndose citar entre las más sobresalientes al respecto las SSTC 107/1995, de 3 de julio, y 139/1996, de 16 de septiembre.

Como resulta de los párrafos que anteceden el Alto Tribunal incide en su discurso no irrefragable, pues primero dice que ni en la demanda ni en las actuaciones posteriores se cita la infracción del artículo 18.3 CE ni se alega como vulnerado su contenido, y después precisa que efectivamente en el escrito de ampliación de la demanda y en el acto del juicio efectivamente se imputó a la actuación empresarial la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, con cita expresa del artículo 18.3 CE, e incluso apoyo en concreta doctrina jurisprudencial constitucional.

Por último, a modo de argumento subsidiario para justificar su rechazo a entrar en la posible vulneración del artículo 18.3 CE por la sentencia del TS, precisa la sentencia objeto de comentario, que aun cuando se admitiera el cumplimiento del requisito procesal constitucional de la alegación previa en vía judicial del derecho cuya vulneración se imputa en vía constitucional, dado que en ninguna instancia el órgano judicial competente se pronunció sobre semejante vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, el demandante en amparo debería haber deducido la correspondiente pretensión por incongruencia omisiva. Punto en el que el discurso del Alto Tribunal no es coherente ni respetuoso con su propia doctrina en torno al principio de legitimación procesal⁸.

Esto es, si en la instancia precedente el órgano jurisdiccional competente (el TS) no se pronunció sobre la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, no obstante haberlo aducido el sindicato demandante en la primera instancia (ante la AN), ¿ante qué órgano judicial ordinario debería haber denunciado el sindicato que interpuso la demanda la incongruencia omisiva si no interpuso el recurso de casación y la denuncia la hace precisamente de la sentencia de casación (el recurso de casación no lo interpuso el Sindicato accionante en amparo, sino el empresario demandado)? ¿Estaba legitimado el sindicato, que no era recurrente sino únicamente recurrido en casación, para impugnar la SAN por incongruencia? Ciertamente podía haber recurrido la SAN que sólo estimó parcialmente su demanda, pero no tenía que hacerlo, en todo caso la vulneración se achaca a la sentencia de casación. ¿Cómo podría haber imputado incongruencia a la SAN el Sindicato demandante en amparo, si no interpuso contra la misma el recurso de casación, esto es, si no era el recurrente en casación? ¿Acaso no está negando, pura y simplemente, el TC la posibilidad de amparo por incongruencia omisiva de la sentencia de casación, que es precisamente lo que denuncia el sindicato demandante en amparo al señalar que aquella sentencia vulneró el artículo 18.3 CE al no pronunciarse sobre el mismo, por más que no cite en su recurso el artículo 24.1 CE?

⁸ Por todas STC 171/1994, de 9 de junio. Como indica la jurisprudencia ordinaria, SSTS, Sala Cuarta, de 26-4-1989, 22-11-1989, 8-6-1999 y 21-2-2000, en términos de esta última, «la legitimación para interponerlo (el recurso) la tiene aquella (parte procesal) que ha resultado perjudicada por la parte dispositiva de la decisión del Juez o Tribunal *a quo*. La verdadera causa del recurso es el interés del recurrente, siempre que sea un interés personal, objetivo y directo; tal interés se encuentra en el hecho de haber sido perjudicado por la resolución judicial contra la que se recurre; por lo tanto, la condición que determina la causa del recurso es el vencimiento en la instancia o instancias judiciales precedentes; de ahí, que el vencido pueda siempre recurrir, si la ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del Juez o Tribunal inferior».

El trámite del recurso de amparo era la única ocasión en que el Sindicato recurrente podía haber alegado la falta de respuesta en la sentencia de 26 de noviembre de 2001 del TS a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 CE⁹, y así lo hizo, indicando lo siguiente:

«Que el empresario vulneró aquel derecho fundamental "al interceptar y filtrar los mensajes enviados desde el servidor (del sindicato), pues para ello tuvo previamente que ver los mensajes y determinar, en función del interlocutor, los que había que rechazar". Esto es, que semejante actuación del empresario, supuso que entrase a conocer "la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales" lo cual supuso "intercepción, en sentido estricto, (aprensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación)".»

Por todo ello, a juicio del recurrente en amparo, el empresario en su actuación vulneró el artículo 18.3 CE, al margen de que también hubiese incidido en la infracción tipificada en el artículo 197 Código Penal. Para no incurrir en aquellas infracciones, apostilla el recurrente, «la empresa, para tal fin, debió utilizar los cauces previstos en la propia Constitución: la autorización judicial».

⁹ Al respecto precisa la STC 103/2005, de 9 de mayo: «Como decía, por todas, nuestra Sentencia 91/2003, de 19 de mayo, FJ 2, una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio* como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurre la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, (...) se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero)».

Continuando la meritada resolución de la justicia constitucional que «por ello hemos advertido igualmente que, para determinar si existe incongruencia omisiva en una resolución judicial, no basta genéricamente con confrontar la parte dispositiva de la Sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), a fin de comprobar si el órgano judicial dejó imprejuizada alguna cuestión, sino que, además, "es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva" (SSTC 5/2001, de 15 de enero, 237/2001, de 18 de diciembre, y 27/2002, de 11 de febrero). Pues la exigencia de congruencia "no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo" (STC 182/2000, de 10 de julio). Además, en los asuntos en los que, pese a la falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obliga a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que fueran objeto del litigio (...), en defecto de una respuesta judicial completa, hay un vicio de incongruencia».

Naturalmente discrepa de semejante manera de ver las cosas la representación empresarial, según la cual «ni (se) ha accedido al contenido de los mensajes remitidos (por el Sindicato recurrente en amparo) ni (se) ha identificado a los interlocutores de éstos», (pues) lo que «se impidió fue el acceso al servidor interno desde la dirección del sindicato cosa que de por sí excluye el conocimiento del destinatario de la comunicación y, por supuesto, del contenido de la misma». Por tanto, concluye la representación procesal del empresario, «ni hay aprehensión física del soporte del mensaje, ni se capta el proceso de comunicación, ni se accede a datos confidenciales de la comunicación».

Únicamente el Ministerio Fiscal consideró que no se alegó como vulnerado el artículo 18.3 CE en la vía judicial previa, efectuándose su alegación *per santum* ante el TC, no reparando en la imposibilidad jurídica, e incluso material o física, de que hubiera sido alegada aquella vulneración constitucional por el sindicato recurrente hasta la interposición del recurso de amparo.

Probablemente por ello, y no obstante la invocación de aquella excepción procesal, aquel Ministerio Fiscal entra en la cuestión de la posible vulneración de tal derecho fundamental¹⁰, y se cuida en señalar que no «puede apreciarse la existencia de lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por el hecho de que la empresa rechace los correos remitidos por la organización sindical, notificándose al remitente, pues ello no comporta interceptación de ninguna índole, el identificarse los mensajes únicamente por la dirección del remitente».

No obstante la imputación efectuada en la demanda de amparo y las alegaciones de las demás partes personadas en las actuaciones, el Alto Tribunal acoge el óbice de procedibilidad manifestado por el Ministerio Fiscal y no entra en el análisis de la supuesta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, no dando respuesta, sin justificación suficiente, a la controversia planteada en este punto, por lo que puede afirmarse que con la sentencia objeto de comentario el TC, paradójicamente, vulnera la Constitución, *ex* artículo 24.1 CE.

Para intentar salvar su no irreprochable discurso, el Alto Tribunal utiliza una argumentación que pretende ser convincente, pero que no lo logra. La Sala *a quo* pretende justificar la estimación del óbice procesal y el no entrar en el fondo de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones con un discurso que siguiendo una determinada y muy definida estrategia, sin embargo es más que cuestionable, articulándolo y estructurándolo de la siguiente manera:

- a) En primer lugar reitera su propia doctrina, precisando: «es cierto que para que pueda declararse la total ineficacia de una alegación por su invocación extemporánea no basta con que se haya efectuado un vez transcurrido el primer momento procesal en que hubo ocasión de realizarla, sino que la circunstancia a considerar fundamentalmente es la de que esa alegación tardía haya impedido al órgano judicial su examen y consideración, pues es ésta, la última noción, la que resume la ratio o finalidad del presupuesto que se examina».
- b) En segundo lugar, afirma que el supuesto analizado en absoluto cumple con las exigencias de aquella doctrina, acudiendo para ello a un discurso acusadamente voluntarista, que pretende ser persuasivo, interesante y atractivo, pero que no lo consigue pues no es razonable conside-

¹⁰ Sin advertir que lo hace cautelarmente por si no se estimase su objeción o excepción procesal.

rar, como hace la Sala *a quo*, que las referencias efectuadas en las instancias judiciales al artículo 18.3 CE y a su contenido, fueron ¡«meramente retóricas»!¹¹. Indicando lo siguiente:

- «Pues bien, resulta esta vez manifiesto que la invocación no se produjo en forma que permitiera al órgano judicial apreciar la existencia de una pretensión conectada con ese derecho fundamental. Señaladamente porque cuando se realizó efectivamente la alegación del artículo 18 CE, o se formuló con carácter meramente retórico, sin resultar apoyada en razonamiento alguno sobre el particular (escrito de ampliación de las demandas) o, como ocurrió en el acto del juicio, no fue acompañada de una mínima concreción desde la perspectiva que ahora se plantea el amparo (esto es, una oposición al filtro e interceptación de los mensajes del banco), limitándose a citar una Sentencia de este Tribunal sin vincular a ello ninguna pretensión procesal autónoma, ni menos aún una petición deducida en los términos que ahora se efectúa en este proceso constitucional.»

c) En tercer lugar, aceptando «a efectos puramente dialécticos» el cumplimiento del requisito de la alegación en la previa vía judicial, indica la sentencia objeto de comentario que «en cual-

¹¹ Baste con la cita de la STC 42/2004, de 22 de marzo, según la cual, «es sabido que el sentido más profundo del requisito exigido por el artículo 44.1 c) LOTC, "reside en facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función tutelar de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional o bien la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándoles la oportunidad de argumentar y pronunciarse sobre la cuestión que luego puede ser objeto del recurso último y subsidiario de amparo" (SSTC 203/1987, de 18 de diciembre, 201/2000, de 24 de julio, FJ 3) y que esta finalidad es la que orienta la interpretación de dicho requisito. En tal sentido recuerda la STC 42/2004, que la jurisprudencia constitucional "ha rechazado toda interpretación literal o excesivamente rígorista (del art. 44.1 c, LOTC), aunque el rechazo a dicho entendimiento excesivamente formalista no ha llegado ni puede llegar a un vaciamiento absoluto de un precepto legal, cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que se desprende claramente del artículo 53.2 CE, de modo que el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho" (SSTC 75/1988, de 25 de abril, FJ 1; 77/1989, de 27 de abril, FJ 1; 168/1995, de 20 de noviembre, FJ único). Por ello, en numerosas resoluciones, que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado, hemos declarado que si bien la invocación formal exigida por el artículo 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclama el derecho o derechos supuestamente vulnerados, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, ha de efectuarse, sin embargo, de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito (STC 203/1988, de 2 de noviembre, FJ 2), lo que significa que se ha de ofrecer base suficiente para que, en la vía judicial, pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones después aducidas en el recurso de amparo, lo que requiere, al menos, una delimitación del contenido del derecho que se dice vulnerado o, en otras palabras, que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 1; 176/1991, de 19 de septiembre, FJ 2; 219/1991, de 25 de noviembre, FJ 1; 97/1994, de 21 de marzo, FJ 3). Continúa la indicada resolución de la justicia constitucional indicando que "así, se ha señalado que lo decisivo para entender cumplido el mencionado requisito procesal es dar oportunidad a los órganos judiciales para que puedan argumentar dialécticamente y pronunciarse sobre la cuestión o el tema que posteriormente puede ser tratado como causa y fundamento del recurso último y subsidiario de amparo" (SSTC 46/1983, de 27 de mayo, FJ 4; 77/1989, de 27 de abril, FJ 2; 168/1995, de 20 de noviembre, FJ único; 121/1998, de 15 de junio, FJ 3; ATC 284/1991, de 5 de septiembre), de modo que, siempre que ello sea posible, no se plantee por vez primera o *per saltum* ante el Tribunal Constitucional (STC 53/1983, de 20 de junio, FJ 2; AATC 173/1984, de 21 de marzo; 289/1984, de 16 de mayo) y hemos afirmado que este requisito sólo se cumple "si esta invocación se hace efectivamente en el curso del proceso y si el derecho que se dice vulnerado es el mismo que aquí se pretende hacer valer ante nosotros y la vulneración se argumenta también por las mismas razones, pues, de no ser así, la pretensión deducida en amparo tendría un contenido distinto a la que se hizo valer ante los órganos del Poder Judicial y el recurso de amparo perdería el carácter de subsidiariedad que la Constitución y la LOTC le atribuyen, convirtiéndolo en un remedio alternativo e independiente, mediante el que los ciudadanos podrían traer ante nosotros directamente sus agravios, sustrayéndolos al conocimiento de los órganos del Poder Judicial que es quien en primer término ha de remediarlos" (por todas, STC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3)».

quier caso (...) la queja referida a la lesión del artículo 18.3 CE tampoco habría satisfecho todas las exigencias del artículo 44 LOTC. En efecto, como quiera que no hubo respuesta judicial sobre la eventual vulneración de ese derecho en ninguna de las instancias, el recurrente tendría que haber denunciado la existencia de incongruencia omisiva a través de los cauces previstos para ello en el ordenamiento procesal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1 a) LOTC sobre el agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

Concluyendo la sentencia que se comenta y respecto de la alegada vulneración del artículo 18.3 CE, que «por consiguiente no se ha respetado la subsidiariedad de la jurisdicción de amparo y la demanda está incurso, en este punto, en la causa de inadmisibilidad del artículo 50.1 a) LOTC».

Realmente más bien parece que la resolución de la justicia constitucional objeto de comentario opera como generalmente se hace en los razonamientos judiciales. Esto es, *se formula el fallo a modo de fórmula sentencial que pretende aparentar un cálculo proposicional a base de reglas de inferencia, cuando no deja de ser, en el mejor de los casos, una mera intuición más o menos afortunada de titular del órgano jurisdiccional que, posteriormente ese mismo titular «justifica», arma o viste más o menos arbitrariamente, con olvido del mandato constitucional contenido en los artículos 24.1 CE y 120.3 CE*¹².

Preceptos constitucionales que envuelven un mandato de «motivación» racional o lógica, que no es «simple o mera justificación». Esto es, en correcta hermenéutica jurídica o inteligencia, la prescripción de que *«las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón»* [como expresa el ejemplar art. 218.2 (LEC)]¹³.

¹² Según este precepto exige expresamente «las sentencias serán siempre motivadas».

¹³ La jurisprudencia constitucional es contundente en orden a la exigencia de motivación de las sentencias determinando precisamente su alcance. Así en la STC 172/2004, de 18 de octubre, se indica que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende «el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

Se añade a todo lo expuesto que la sentencia objeto de comentario desatiende una cuestión de oportunidad y de lógica inseparabilidad o inescindibilidad de cuestiones que, de por sí, deben enjuiciarse conjuntamente, so pena de un resultado insuficiente e incompleto, susceptible de innumerables y fundadas dudas.

Efectivamente, enjuiciar la cuestión del uso del correo electrónico por un sindicato, enviando mensajes desde un servidor externo a la empresa, para difundir entre los trabajadores de la misma, durante la jornada de trabajo y en lugar de prestación del mismo, contenidos laborales y sindicales, sin entrar en la cuestión del derecho al secreto de las comunicaciones es cercenar arbitrariamente, sin motivo aparente, una problemática inescindible¹⁴, máxime cuando se trata en la sentencia objeto de comentario la fundamental cuestión del alcance de la propiedad del empresario sobre los medios de producción, telemáticos o informáticos¹⁵.

¹⁴ Ejemplar al respecto es la STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2003, que trata de «los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías en el trabajo», y según la cual «el desarrollo de las nuevas tecnologías, en especial de los sistemas y medios informáticos y telemáticos, está provocando nuevos e interesantes problemas jurídicos. Noticias de prensa y estudios doctrinales recientes se refieren a distintos conflictos con la intimidad que el uso de estas herramientas tecnológicas suscita en los más diversos ámbitos de la vida de los ciudadanos, destacando entre ellos el de la relación de trabajo o empleo. Basta con recordar los más actuales y palpitantes problemas como la realización de exámenes médicos, la utilización o revelación de datos de este tipo, el control de comunicaciones, *correos electrónicos o similares* y los registros del ordenador. Tales conflictos vienen planteándose en los últimos tiempos, cada vez con mayor frecuencia, ante los Tribunales, que se enfrentan a cuestiones en que el ordenamiento es menos completo y preciso que lo que demandaría la realidad social. Deben, por ello, examinarse las líneas argumentales esenciales con que estos temas se empiezan a abordar por la jurisdicción social y por la doctrina constitucional». Partiendo de que «ante todo, es interesante destacar que las novedades informáticas y telemáticas están obligando a una nueva clasificación de los derechos fundamentales, no bastando la distinción entre derechos individuales o libertades y derechos sociales o prestacionales, naciendo así derechos o libertades llamados de "tercera generación", constituidos por las garantías del individuo frente a la contaminación o deterioro que las libertades pueden sufrir por las nuevas tecnologías. Entre esos derechos se incluirían el secreto de las comunicaciones informáticas y telemáticas, la intimidad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, formando un conjunto que (se puede) denominar de "libertades informáticas"; Vid. VAL ARNAL, J.J., «El correo electrónico en el trabajo y el derecho a la intimidad del trabajador», *Aranzadi Social*, núm.17-2000.

¹⁵ Pone en evidencia semejante relación la STSJ de Andalucía de 9 de mayo de 2003, cuando indica que el secreto de las comunicaciones informáticas y telemáticas «puede originar conflictos en el trabajo, así con los registros de correo electrónico. De una parte, puede entenderse que el artículo 18.3 de la CE, que garantiza "el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial", se refiere a todas las comunicaciones, porque las referencias específicas son meramente ejemplificativas, abarcando, así, a las realizadas por el citado medio del correo electrónico». Concluyendo que «no puede el empresario registrar el correo electrónico de sus empleados», y que «por razones elementales de orden lógico y de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma sin expresa autorización de ésta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio». Añadiendo que no obstante «unos y otros razonamientos son armonizables, atendiendo al contenido del derecho constitucional y a sus límites en ponderación con las obligaciones laborales. Por un lado, el artículo 18.3 de la CE garantiza la impenetrabilidad desde fuera en el proceso de comunicación por terceros, públicos o privados, ajenos (STC 114/1994). Cuando nos referimos a medios o sistemas de comunicación de la empresa, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide. Cuestión distinta sería que el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, pues en este caso sería aquél un mero tercero no facultado para la intromisión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia, siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico». No obstante, precisa «si el empresario investiga en ordenadores propios el correo de los empleados y revela el contenido de sus comunicaciones, puede merecer el reproche de quien revela cualquier comunicación propia si el contenido afecta a la intimidad del trabajador, esto es, no vulneraría el artículo 18.3 de la CE, pero sí puede atacar al derecho reconocido en el artículo 18.1 de la CE. Ello sucedería cuando la comunicación conocida carece de toda relevancia a los fines disciplinarios u organizativos y se refiere a datos personales, físicos, económicos, familiares o profesionales propios de la intimidad del trabajador». Discurre también la sentencia largamente sobre «la intimidad informática», que si bien no hace directamente al caso de la sentencia objeto de comentario, sin embargo no deja de tener un claro entronque indirecto con la misma.

IV. SÍNTESIS GENERAL DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

La sentencia que se comenta limita su enjuiciamiento, por las razones anteriormente expuestas, a la cuestión de la vulneración por la sentencia de 26 de noviembre de 2001 de la Sala Cuarta del TS del derecho fundamental de libertad sindical (en cuanto que no lo protege). Parte el TC de un recordatorio exacto, breve y conciso de su doctrina sobre el contenido del derecho de libertad sindical ¹⁶, indicando que:

«Aun cuando del tenor literal del artículo 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, (...), en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7.º y 28 CE, efectuada según canon hermenéutico del artículo 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España –(...), Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente–, (...) la enumeración de derechos efectuada en el primeramente referido precepto constitucional no se realiza con el carácter de numerus clausus, sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden.»

Distinguiendo entre el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, otros contenidos adicionales (de origen legal o convencional o por concesión unilateral del empresario) de la libertad sindical, y ventajas o posibilidades complementarias de aquel derecho y libertad ¹⁷, en los siguientes términos:

- a) *Contenido esencial.* Las «expresiones» del derecho fundamental, organizativas o asociativas y funcionales o de actividad, constituyen su núcleo mínimo e indisponible, el contenido *esencial* de la libertad sindical. En particular, en coherencia con la vertiente funcional del derecho la LOLS establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.º 1 d)] y, de otra parte, que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de su libertad sindical, tienen derecho a desarrollar actividades sindicales en la empresa o fuera de ella [art. 2.º 2 d)].

¹⁶ Vid. PERSIANA, M., *Diritto Sindicale*, (3.ª ed.) CEDAM, Papua 1992; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español* (5.ª ed.), Tecnos, Madrid 1994; OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical* (7.ª ed.) Tecnos, Madrid 1995.

¹⁷ Vid. ÁLVAREZ ALCOLEA, M., «Participación del trabajador en la empresa y Constitución», en *El trabajo en la Constitución* (AA.VV.), Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1982; AMADIEU, J.F., «Les tendentes au syndicalisme d'entreprise en France: quelques hypothèses», *Droit Social*, núm. 6, 1986; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Civitas, Madrid 1991; AGUT GARCÍA, C., *El sindicato en la empresa*, Tirant lo Blanc, Valencia 1997.

- b) *Contenido adicional de origen legal o convencional.* «Junto a los anteriores (derechos y facultades esenciales) los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades *adicionales*, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. Así el derecho fundamental se integra, no sólo por su contenido mínimo e indisponible, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE (...). Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical».
- c) *Contenido adicional con origen en la voluntad unilateral del empresario.* «El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que también pueden existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan una fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (...). En estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, éste podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Ello no implica, sin embargo, que las decisiones empresariales de ese estilo (supresión de concesiones unilaterales previas que incrementen los derechos y facultades de las organizaciones sindicales) resulten ajenas a todo control constitucional desde la perspectiva del artículo 28.1 CE, puesto que (...) también la voluntad empresarial se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente concedido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical».
- d) *Otras prerrogativas y poderes sindicales,* que merecen ser considerados separadamente ¹⁸. De entre aquellas prerrogativas pueden destacarse «*ventajas o posibilidades complementarias*», que «puede(n) (...) quedar referida(s) a los derechos y facultades que integran (el) núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, (...) precondiciones para un ejercicio efectivo e instrumentos de acción positiva para el favorecimiento y la mayor intensidad de los derechos que integran el contenido esencial de atribución constitucional directa. Lo que significa que la libertad de las organizaciones sindicales para organizarse a través de los instrumentos de actuación que consideren más adecuados podrá venir acompañada y favorecida por cargas y obligaciones de terceros, como el empresario, dirigidas a una efectividad promocional de los derechos y facultades que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical».

¹⁸ De manera un tanto confusa la sentencia objeto de comentario parece incluirlas en el contenido adicional del derecho de libertad sindical, al indicar lo siguiente: «Al contenido adicional del derecho fundamental, ya sea de fuente legal o convencional, ya tenga origen en una atribución unilateral del empresario, puede añadir prerrogativas y poderes sindicales distintos de los contenidos en el artículo 28.1 CE».

Concluyendo la resolución de la justicia constitucional que se comenta lo siguiente:

«En definitiva, las organizaciones sindicales tiene derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional) aunque, (...), al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación. Claro 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.»

V. EL DERECHO A LA TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN SINDICAL EN CUANTO «EXPRESIÓN DE LA ACCIÓN SINDICAL». DEFINICIÓN Y JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. SU PROYECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA

La sentencia objeto de comentario se plantea, como cuestión preliminar a su discurso, tanto el «definir de qué hablamos cuando lo hacemos del derecho a la transmisión de información sindical» como la justificación misma de su procedencia.

En relación con la definición del derecho a la transmisión de información sindical la sentencia objeto de comentario no se procura una noción explícita del mismo, que únicamente puede inferirse de la incardinación que de aquel derecho efectúa en el más amplio de libertad sindical, pudiéndose proponer la siguiente:

«El derecho a la transmisión de información sindical es el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, que es fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y el pluralismo sindicales.»

Respecto de la justificación del derecho mismo a la transmisión de información sindical la sentencia objeto de comentario sí la procura, estableciendo su fundamentación teleológica, de la siguiente manera:

«El derecho a la transmisión de información sindical constituye un derecho de las organizaciones sindicales en el ejercicio de sus funciones representativas en la empresa, que se justifica sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral.»

Solventados los aspectos preliminares o previos, la sentencia objeto de comentario se centra en configurar la facultad de transmisión de aquella información, en cuanto «expresión de la acción

sindical», como «elemento esencial del derecho fundamental de libertad sindical», esto es, en cuanto «expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho de libertad sindical». El derecho de transmisión de información sindical, dice la sentencia que se comenta:

«En sí mismo considerado, más allá de que se concrete adicionalmente en unos u otros términos, es decir, en la imposición de unas u otras cargas para el empresario, forma parte del contenido esencial del derecho del artículo 28.1 CE y tiene que definirse por ello, antes que desde planos de irradiación y concreción infraconstitucional, desde su configuración propiamente constitucional, atendiendo a su contenido esencial.»

En su condición de expresión de la acción sindical ¹⁹ la transmisión de información constituye un elemento clave de la misma configuración del Estado Social y Democrático de Derecho ²⁰. Esto es, «los sindicatos, al igual que las asociaciones empresariales, son entes de relevancia constitucional inmediatamente protegidos por la Constitución (...) debe favorecerse, por tanto, el cumplimiento de la función que en un régimen democrático se atribuye a los sindicatos en beneficio, no sólo de los intereses de los trabajadores, sino del interés público, que reclama unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción».

Desde ese marco constitucional el derecho a la transmisión de información sindical se proyecta «en los lugares de trabajo», respecto de los cuales, precisa la sentencia que se comenta, «ese contenido esencial informativo tiene ciertas concreciones en la legislación sindical (que) vienen a especificarse fundamentalmente en el artículo 8.º 1 b) y c), LOLS, según el cual los trabajadores afiliados a un sindicato podrán celebrar reuniones, previa notificación al empresario, y distribuir información sindical fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa, así como recibir información que les remita el sindicato».

Porque el legislador, continúa indicando la sentencia objeto de comentario, «debe garantizar y garantiza con esas previsiones normativas la libre difusión de este tipo de comunicaciones sindicales en la empresa», bien que la existencia de esas concreciones legislativas de los derechos de información de los sindicatos «en modo alguno (autorice) a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse los trabajadores; por el contrario siempre que la fórmula elegida para transmitir

¹⁹ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I., «La representación sindical en la empresa», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid 1990.

²⁰ Vid. FIGUEROA, F.J., *Sindicalismo (síntesis histórica)*, E. PEROT, Buenos Aires, 1958; GRANDIOLE, A. *Storia del sindacalismo*, Giufre, Milán 1957-59; CARERW, A., *Democracia y gobierno de los sindicatos europeos*, Felmar, Madrid 1977; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El sindicato como sujeto político», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, AA.VV., Tecnos, Madrid 1980; RIVERO LAMAS, J., «Configuración y fines de los sindicatos en la Constitución», en *El trabajo en la Constitución*, AA.VV., Universidad de Zaragoza, Zaragoza 1982; DE LA VILLA GIL, L.E., *Materiales para el estudio del sindicato* (2.ª ed.) IELSS, Madrid 1984; PHELPS BROWN, H., *Los orígenes del poder sindical*, MTSS, Madrid 1990; DE LA VILLA, L.E., GARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *Instituciones de derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales* (2.ª ed.) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1991; KÖLLER, H-D, *El movimiento sindical en España: transición, democracia, regionalismo y modernización económica*, Fundamentos, Madrid 1995; JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail* (5.ª ed.), LGDJ, París 1996.

información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye legítimo ejercicio del derecho fundamental». Consiguientemente, precisa la sentencia que se comenta:

«Aquella regulación no agota las posibilidades de ejercicio del derecho a la información sindical, comprendido en el contenido esencial del artículo 28.1 CE, en ese sentido, en particular, que el artículo 8.º LOLS se refiera al derecho de los afiliados a recibir información de su sindicato (...) no permite situar extramuros del contenido esencial del derecho fundamental la información que se transmite y el derecho a informar a los trabajadores no afiliados.»

Además, *el legislador* continúa señalando la sentencia a cuyo comentario se atiende, «no se limita a establecer las prescripciones reseñadas, expresivas de la garantía y tutela legal de la vertiente informativa del contenido esencial de la libertad sindical. Por el contrario *contempla también obligaciones de terceros dirigidas a la promoción de ese derecho* (contenido adicional del derecho a la información sindical), *esto es, acciones positivas favorecedoras (promocionales) de la comunicación entre el sindicato y los trabajadores.*

Lo que hace, precisa esta sentencia constitucional, *imponiendo cargas al empresario*, como la de facilitar en determinados casos a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos o con implantación en la empresa ciertos medios materiales, instrumentales para el mejor desenvolvimiento de la actividad sindical y en particular de la difusión de la información sindical. Así ocurre con los derechos a un tablón de anuncios y a un local adecuado en aquellas empresas o centros de trabajo de más de doscientos cincuenta trabajadores, regulados en los apartados a) y c) del artículo 8.º LOLS».

VI. INEXISTENCIA DE UN DEBER EMPRESARIAL DE DOTARSE DE UNA INFRAESTRUCTURA INFORMÁTICA PARA USO SINDICAL Y DERECHO DEL SINDICATO A UTILIZAR EL SISTEMA PREEXISTENTE EN LA EMPRESA

La sentencia de casación que fue objeto de tacha de inconstitucionalidad por el sindicato recurrente en amparo se basa, en el supuesto que ahora tratamos, en una sólida jurisprudencia constitucional, que la sentencia objeto de comentario reitera ²¹, y a cuyo tenor, siendo posible la presencia de todo sindicato en cualquier lugar de trabajo, las secciones sindicales de empresa tienen una «doble

²¹ Como afirmaciones más destacadas de la STC 173/1992, de 29 de octubre, completando y reiterando doctrina anterior (SSTC 39/1986; 9/1988; 61/1989; 84/1989 y 127/1989) y de interés para el presente comentario, cabe destacar las siguientes:

- a) «Es claro, en este sentido, que el artículo 10.1 LOLS, ni por sí mismo ni en conexión con otros artículos como, por ejemplo, el 8.º 1 a), impide en modo alguno que se constituyan Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas, con independencia de la forma en que éstas se organicen y de las características de su plantilla. De hecho, al no supeditar la constitución de Secciones Sindicales a requisito alguno de representatividad del Sindicato o de tamaño de las empresas o de los centros, se posibilita la presencia de todo Sindicato en cualquier lugar de trabajo».

vertiente», por una parte son «instancias organizativas internas del sindicato», y, por otra parte, son «representaciones externas». En este segundo aspecto «la ley (les) confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa». Esa imposición de cargas a la empresa se deriva de la actuación sindical e implica la promoción de la actividad del sindicato en la empresa o en el centro de trabajo, mostrándose como un instrumento adicional que el legislador puede lícitamente establecer, ordenar y delimitar sin incurrir en inconstitucionalidad puesto que no está incluido en el contenido esencial de la libertad sindical. Esto es, aquellas cargas:

- a) Constituyen «ventajas y prerrogativas dirigidas a promocionar la actividad sindical en los lugares de trabajo que, (...), no integran el contenido esencial de la libertad sindical. En consecuencia, su establecimiento y configuración corresponde, a la libre decisión del legislador» y,
- b) No es dudoso «que los derechos del artículo 10 LOLS suponen correlativas obligaciones para la empresa, en cuanto tal, (que) se sitúa en una perspectiva de promoción del hecho sindical, ajena al contenido esencial de la libertad sindical», correspondiendo al legislador «determinar, en el ejercicio de su libertad de configuración, los límites de la institución».

Desde esa perspectiva promocional, afirma el TC, «la obligación del empresario de permitir comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de un sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada del artículo 8.º 2 LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos». Resultando claro:

«Que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto (art. 8.º 2 LOLS), pues sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios²², que pasaría a considerarse como un tablón virtual.»

- b) «En relación con la representación sindical en la empresa, tal y como se configura en la LOLS, este Tribunal, al referirse a las Secciones Sindicales de empresa, ha subrayado que en ellas concurre una doble vertiente. De un lado, son "instancias organizativas internas del sindicato", y, de otro, "representaciones externas a las que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa".»
- c) «Sólo el aspecto estrictamente organizativo de la representación sindical en la empresa aparece como atinente al contenido esencial de la libertad sindical. De ahí que, como afirman las SSTC 61/1989 y 84/1989, la LOLS no prohíbe su ejercicio a ningún sindicato ni a ninguna Sección Sindical, "ni seguramente podría prohibirlo". Por el contrario, la imposición de cargas a la empresa derivadas de la actuación sindical implica la promoción de la actividad del Sindicato en la empresa o en el centro de trabajo. Aparece así como un instrumento adicional que el Legislador puede lícitamente establecer, ordenar y delimitar sin incurrir en inconstitucionalidad puesto que no está incluido en el contenido esencial de la libertad sindical».
- d) «En efecto, (...), estas ventajas y prerrogativas dirigidas a promocionar la actividad sindical en los lugares de trabajo no integran el contenido esencial de la libertad sindical. En consecuencia, su establecimiento y configuración corresponde, (...), a la libre decisión del Legislador. Pues bien, no cabe duda de que los derechos del artículo 10 LOLS suponen correlativas obligaciones para la empresa y, en cuanto tal, se sitúa en una perspectiva de promoción del hecho sindical, ajena al contenido esencial de la libertad sindical, (...). En consecuencia, al Legislador corresponde determinar, en el ejercicio de su libertad de configuración, los límites de la institución».

²² Como indica la SAN de 5 de abril de 2002, «lo que el citado artículo 8.º 1 c) concede es la utilización del tablón de anuncios "físico" que el precepto dicho prevé y sin perjuicio de lo que se establezca por Convenio Colectivo».

Insistiendo la sentencia objeto de comentario en que «una lectura extensiva de este estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional del derecho de libertad sindical», no resultando constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental, la interpretación de aquel cuerpo normativo haya de inclinarse *a priori* por la aparentemente más beneficiosa para su titular.

En efecto, precisa aquella sentencia, que la circunstancia de que el tenor literal del artículo 8.º 2 LOLS posibilite una interpretación más beneficiosa para el sindicato y más gravosa para el empresario a la vista de las nuevas realidades de la comunicación no permite, *a sensu contrario*, considerar indebidamente restrictiva del derecho fundamental la efectuada por la sentencia de casación:

«Especialmente porque una lectura de semejante precepto legal (art. 8.º 2 LOLS) para definir las obligaciones empresariales no se traduciría tanto en un derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el artículo 8.º 2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la empresa para una finalidad sindical.»

Continuando la sentencia objeto de comentario estableciendo, a modo de argumentación compositiva, la siguiente relación entre enunciados y conclusión mediando la siguiente relación de deducción, inferencia o consecuencia:

- a) que siendo posible una interpretación como la efectuada por la sentencia de casación y
- b) patente que el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, y
- c) no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos,
- d) resulta que la «interpretación extensiva» (propuesta por la parte recurrente en amparo y antes aludida) «no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental, resultado posible otra distinta» (como la realizada en la sentencia de casación).

Lo expuesto, sin embargo, no impide al Alto Tribunal manifestar que «parecería más controvertible la existencia de una obligación legal de establecimiento del sistema o de tolerancia en el uso para la recepción de información sindical a través del correo electrónico por parte de los afiliados a un sindicato. Ese derecho podría encontrar fundamento en el artículo 8.º 1 LOLS, que no adjetiva el medio a través del cual aquellos afiliados podrán recibir en la empresa la información de su sindicato. Pero, incluso con tal planteamiento, 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». Concluyendo lo siguiente:

«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.»

Pues «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 información que remitan a sus afiliados». Consecuentemente:

«No cabe entender 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. Las empresas (...) no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical.»

VII. DERECHO DE UN SINDICATO A UTILIZAR EL SISTEMA (EXISTENTE EN LA EMPRESA) DE CORREO ELECTRÓNICO –VERSUS– EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL EMPRESARIO SOBRE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN Y EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES DE DIRECCIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Se trata de discurrir sobre el derecho de un sindicato a utilizar, para su comunicación con los trabajadores, un instrumento que es propiedad de la empresa y que constituye una herramienta de producción y mediante el cual aquellas comunicaciones se realizan en el puesto y durante la jornada de trabajo.

1. La difícil compaginación de los intereses sindicales y empresariales en los sistemas de economía de mercado.

A propósito de la contraposición existente de intereses en las relaciones industriales ²³ precisa la sentencia objeto de comentario, respecto del uso para fines sindicales y por los sindicatos de bienes afectados a la actividad productiva y de titularidad empresarial, que:

«Nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses y de lógicas jurídicas entre los intereses de los sindicatos y de los trabajadores y de los intereses empresariales al funcionamiento de la organización productiva.»

²³ Vid. MENGONI, L., «Democracia industriale: conflitto o partecipazione?» En *Una legge per la democrazia Industriale* AA.VV., Marsilio, Venecia 1984; MAZZIOTTI, F., *Diritto del Lavoro*, Liguori (3.ª ed.), Nápoles 1992.

A solventar semejante manifestación conflictual ²⁴ se dispone la doctrina contenida en la sentencia objeto de comentario, que parte de que *«la función de autotutela colectiva precisa de instrumentos idóneos para su ejercicio eficaz, lo mismo que la normalidad productiva y la propiedad empresarial imponen límites a la utilización de tales instrumentos, que no puede ser ilimitada o irrestricta»*, fijando tres «presupuestos centrales» en la ponderación de semejante contraposición. A saber:

- a) Que el flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es destruido.
- b) Que la garantía del contenido esencial del derecho fundamental, consistente en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable, no es ajena al empresario, en la medida en que la actividad sindical se desarrolle en el seno de su organización productiva.
- c) Que tenga o no un deber de colaboración en la promoción del derecho fundamental de libertad sindical conforme a la ley, los pactos o sus posibles concesiones previas, el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de ese derecho.

Partiendo de aquellos presupuestos la sentencia objeto de comentario resuelve aquella concreta manifestación del conflicto en las relaciones industriales, afirmando lo siguiente:

«Que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental (derecho de libertad sindical) una negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados.»

Continuando la indicada resolución de la justicia constitucional que aquella incompatibilidad «sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en la hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio provecho alguno. Una consideración diversa olvidaría el marco en el que tiene lugar la acción sindical en estos casos (la empresa), marginaría la función de contrapoder que tiene el sindicato en la defensa de los intereses de los trabajadores en ese espacio empresarial, que la Constitución promueve, y, en definitiva, lejos de respetar el derecho fundamental, dificultaría su efectividad más allá de lo razonable, lesionando con ello su contenido esencial».

²⁴ Vid. DUNLOP, J.T., *Sistema de relaciones industriales*, Península, Madrid 1978; BAYLOS GRAU, A. y APARICIO TOVAR, J., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid 1992; BIAGI, M., *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, MTSS; Madrid 1992.

Conclusión a la que no pueden oponerse, a juicio del TC, los elementos mismos estructurales de la propiedad privada, porque:

- a) «La propiedad privada no resulta en ningún modo desatendida por la utilización de ese tipo de instrumentos empresariales, ya que su uso no la modifica» y,
- b) «Dicho uso no supone por sí mismo una oblación de la propiedad», pues el empresario ciertamente no pierde la titularidad de la herramienta de producción a través de la cual transmite el sindicato su información a los trabajadores.

2. Noción de propiedad privada, su alcance y función en los sistemas de economía de mercado, a la altura del siglo XXI.

La sentencia que se comenta de manera un tanto imprevista, pero sin duda atinente al tema según quedó indicado en el apartado anterior, se adentra en el difícil y espinoso tema de la propiedad privada ²⁵, con dudosa fortuna, no obstante lo cual, en todo caso constituye una reflexión general del Alto Tribunal sobre una de las instituciones clave en los sistemas democráticos occidentales, por más que pueda imputársele que no se adentre iusfilosóficamente en la institución quedándose en los ya consabidos perfiles jurídicos doctrinales fruto de las concepciones filosóficas dominantes en el siglo XIX.

La apreciaciones del TC, aun cuando constituyen un discurso lógicamente trabado, pueden ordenarse y separarse en tres grandes apartados, que de por sí son susceptibles de consideración autónoma. Son los siguientes:

- a) Acerca de la «noción constitucional de propiedad privada», el TC no duda en afirmar que *«la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular; sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes»*.
- b) En relación con la denominada «propiedad empresarial», indica que *«el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido por razón*

²⁵ Vid. PIPES, R., *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Turner, Madrid 2002; ATTALI, J., *Historia de la propiedad*, Planeta, Barcelona 1989; RIVERO LAMAS, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, 1986; GARCÍA NINET, I.U., y VICENTE PALACIO, A., «Los derechos fundamentales como límite de las facultades organizativas del empresario (libertad sindical y movilidad funcional). La tutela de la libertad de afiliación sindical: ¿afiliación sindical como señuelo de mejoras profesionales o como causante de la degradación profesional?», *Aranzadi Social*, 1999-V.

de la protección de intereses colectivos de diversa índole, y que la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos».

- c) Sobre la «plasticidad del dominio» y la justificación de la existencia de «diferentes propiedades» o «distintos dominios», señala el Alto Tribunal, continuando el discurso del apartado anterior, *«de ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae».*

Concluyendo que sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en 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 los límites y reglas de su uso. En tales condiciones, prosigue la enuncia objeto de comentario, no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llegase a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados.

En relación con el uso de la propiedad empresarial (medios telemáticos) por el sindicato, la sentencia objeto de comentario conlleva una severa crítica por parte de uno de los Magistrados componentes de la Sala *a quo*²⁶, que no puede ser obviada por su importancia.

Señala el Magistrado discrepante en su voto particular que no comparte los fundamentos de la sentencia (señaladamente del 6 al 8) «porque incurren en un voluntarismo carente de base normativa, al tiempo que en un constructivismo ordenancista (...) impropio de la función jurisdiccional», además le parece «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 del sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa, pues el núcleo de la controversia se centra en esa segunda vertiente, y para resolverla resulta inoperante la previa negativa de lo obvio», afirmando lo siguiente:

«El uso de una determinada herramienta tecnológica de comunicación propiedad de la empresa no creo que 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.»

²⁶ Don Vicente Conde Martín de Hijas.

Añadiendo que le parece un *«inaceptable recurso dialéctico el acudir al contenido esencial, como fuente del pretendido derecho, para soslayar la carencia radical de otra fuente infraconstitucional de aquél»*. Señala también el mismo Magistrado que en la sentencia *«se viene a dar por sentado que la preexistencia del sistema informático supone de por sí el derecho al uso por el sindicato, cuando ésta es la base de partida que debiera justificarse»*, pues *«sólo sobre la base de la existencia previa de ese derecho puede limitarse el derecho de propiedad de la empresa en su facultad de disposición (art. 38 CC) sobre el uso del mecanismo tecnológico por ella establecido, y sólo sobre esa base sería aceptable la calificación como actos negativos impeditivos del derecho sindical lo que (...), es puramente un acto de disposición de la empresa de los medios de su propiedad»*, concluyendo lo siguiente:

«Una cosa es el derecho sindical de información y otra el uso para ello de un determinado medio tecnológico ajeno a su propiedad.»

Por ello considera que *«la negativa de que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquélla (la empresa) sólo puede afectar al derecho sindical si previamente se ha justificado sobre una base jurídica inequívoca el derecho del sindicato al uso de ese instrumento tecnológico, y (...) esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en (la) sentencia.»*

VIII. CONDICIONES Y LÍMITES DE CARÁCTER SUBJETIVO Y MATERIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN A LOS TRABAJADORES POR LOS SINDICATOS, MEDIANTE EL CORREO ELECTRÓNICO (E-MAIL), PREEXISTENTE EN LA EMPRESA Y CREADO COMO HERRAMIENTA DE PRODUCCIÓN

Parte la sentencia objeto de comentario de su reiterada doctrina sobre el carácter no ilimitado de los derechos fundamentales, reafirmado que *«el derecho fundamental de libertad sindical no es un derecho ilimitado»*.

Para delimitar el contenido del derecho de información a los trabajadores por los sindicatos ²⁷, mediante el correo electrónico (e-mail) preexistente en la empresa, deben ponderarse o tenerse en cuenta los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos que puedan colisionar con el mismo, precisa la sentencia objeto de comentario. Así *«entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que deben tenerse presentes (...) figuran, sin duda, (los) derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial»*.

En función de los mismos el TC establece en la sentencia objeto de comentario los caracteres, las condiciones y los límites subjetivos y materiales para el ejercicio de aquel derecho informativo, en los siguientes términos:

²⁷ Vid. COEURET, A., «La nature juridique de la section syndicale d'entreprise», *Droit Social*, núm. 1, 1973, y «Frontières de l'entreprise et institutions représentatives du personnel», *Droit Social*, núm. 5, 2001.

- A) «Es un derecho de las organizaciones sindicales»:
- a) «En el ejercicio de sus funciones representativas en la empresa».
 - b) «Que se justifica sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral».
- B) «La comunicación no podrá perturbar la normal actividad de la empresa».
- C) Por tratarse de un «medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de producción».
- a) «No podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo».
 - b) «Ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical».
 - c) «Debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento».
 - d) «Prevaleciendo esta última (la consecución del objetivo empresarial) en caso de conflicto».
- D) «Resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos».
- E) «La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes» (al no tener fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento).

Hasta aquí los límites, condiciones y caracteres de la transmisión de información a los trabajadores por el sindicato, durante la jornada de trabajo, utilizando los medios telemáticos (servidor, terminales, pantallas, etc.) de la empresa ²⁸, sin que la sentencia objeto de comentario entre en la cuestión de las posibles responsabilidades (civiles) derivadas del abuso de ese derecho, porque, según la sentencia que se comenta indica «no está en cuestión, (ni) es el objeto del proceso, la actuación de la federación sindical recurrente en la fecha en que emitió correos masivos colapsando el sistema, sino su derecho a emplear el medio telemático existente en el grupo BBVA». Afirmación más que cuestionable, pues basta con detenerse en los Antecedentes de la propia sentencia para comprobar que la defensa efectuada por parte del grupo BBVA, tanto ante la Audiencia Nacional (Antecedente 2 b de la sentencia objeto de comentario y Notas a pie de página del presente comentario núms. 3 y 4) como en el trámite del recurso de casación (Antecedente 2 f de la sentencia objeto de comentario y Nota a pie de página del presente comentario núm. 5) y, desde luego, en las alegaciones efectuadas en amparo (Antecedente 8 de la sentencia objeto de comentario), para concluir que el envío

²⁸ Vid. CORREA CARRASCO, M., «Libertad sindical y libertad de informática en la empresa», *RDS*, núm. 2, 1998.

masivo ²⁹ de mensajes por parte del sindicato accionante, «que colapsó el servidor interno de la empresa» constituyó el *leitmotiv* de la defensa del empresario, y el fundamento de la decisión misma de la STS que fue objeto de recurso de amparo.

Deja pues la sentencia comentada imprejuizada la cuestión de las posibles responsabilidades (civiles) ³⁰, desde una perspectiva constitucional, derivadas de la utilización abusiva, con posible daño para el desarrollo de negocio empresarial, del correo electrónico (e-mail) preexistente en la empresa. Tampoco aborda la sentencia que se comenta si aquel derecho se atribuye únicamente a las organizaciones sindicales con fundamento en el derecho fundamental de libertad sindical, no siendo predicable de las representaciones unitarias de los trabajadores ³¹ (que al tenor de una cicatera y no irreprochable jurisprudencia constitucional, literalista al extremo e incompatible con una mínima prudencia jurídica, no son titulares del derecho de libertad sindical), lo cual sin embargo no excluiría, en ningún caso, que pueda atribuírseles a esas representaciones (comités de empresa y delegados de personal), por vía convencional o unilateralmente por el empresario, el derecho a utilizar ese medio de comunicación (correo electrónico o e-mail), preexistente en la empresa, para transmitir información de carácter laboral, o extralaboral en su caso, a los trabajadores de la empresa ³², ni, desde luego, la posibilidad de que el legislador ordinario establezca semejante derecho ³³.

El derecho a la transmisión de información, como expresión cualificada de la acción sindical que comporta el derecho fundamental de libertad sindical, en que se ampara la utilización del envío de mensajes por el sindicato a los afiliados y a los trabajadores, en general, sobre materias de interés sindical y laboral está sometido a fuertes restricciones, en virtud de lo indicado en los apartados numerados con las letras «B» y «C» precedentes, quedando siempre a la libre decisión de la empresa la determinación de las condiciones en que se podría llevar a cabo un envío masivo de mensajes de aquella utilidad sindical o laboral y siempre que no perturbe el normal desarrollo de la actividad de la empresa.

La sentencia objeto de comentario da pábulos fundamentalmente a la tesis en su momento sostenida por la sentencia de 6 de febrero de 2001 de la AN rechazando la sostenida por la sentencia de 26 de noviembre de 2001 del TS. En esa ratificación de la doctrina de la AN, la sentencia objeto de comentario se refiere tanto a los límites en el ejercicio del derecho de que trata como al fundamen-

²⁹ En cierta medida trata del envío masivo la STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2003.

³⁰ Vid. DE LA PUEBLAS PINILLA, A., *La responsabilidad civil del sindicato: Un estudio de la responsabilidad derivada de la actividad sindical*, La Ley-AUM, Madrid 2000.

³¹ Vid. NAVARRO NIETRO, F.L., «La sindicalización de la representación unitaria y su reflejo jurídico en la jurisprudencia», *Relaciones Laborales*, 1998-I; TARACÓN PÉREZ, E., *Los representantes de los trabajadores en la empresa*, BOMARZO, Albacete, 1999.

³² Vid. GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I., «Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos», *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988.

³³ Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*, Akal, Madrid 1984, y «Los nuevos derechos de información de los representantes legales de los trabajadores», *RT*, núm. 100, 1990; PRADOS DE REYES, F.J., «Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas», *Relaciones Laborales*, 1991-I; FALGUERA BARÓ, M. y SENRA BIEDMA, R., «Marco jurídico competencial de las representaciones sindicales y unitarias: Análisis crítico de la situación actual y propuestas modificativas», *Relaciones Laborales*, 1996-II.

to del derecho mismo, con notable originalidad y ampliamente, por más que ciertamente aclare, sistematice y determine limitaciones ya destacadas en la citada sentencia de la AN, extremos en los que, debe insistirse, la sentencia objeto de comentario, es más que estimable.

La sentencia objeto de comentario cierra su argumentación con un análisis comparativo entre las sentencias de la AN y del TS ya referidas, que perfila definitivamente la posición del TC en la materia de que se trata y la hace, en buena medida, extrapolable a otros conflictos propios de las relaciones industriales (empresarios *versus* trabajadores), y que, por ello, merece ser referida. Al respecto indica la sentencia que se comenta que «la Sala de lo Social de la AN afirma en su sentencia que el sindicato empleó el sistema de correo electrónico respondiendo a la voluntad de la empresa, por razones económicas de ahorro y rapidez, de estimular su uso en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales», precisando que la *«utilización del correo electrónico como medio de comunicación sindical para transmitir información desde un servidor externo al servidor de la empresa no originó ninguna alteración en la actividad productiva hasta que se produjo la remisión masiva de correos que colapsaron el servidor»*.

En esos términos, añade la sentencia objeto de comentario, «estimaba la aludida sentencia de la AN parcialmente la demanda y declaraba el derecho del Sindicato accionante y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados, y a los trabajadores en general, a través del correo electrónico con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde (...) hasta el momento en que se emitió la cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno de la empresa».

Continúa la sentencia objeto de comentario señalando que *«con esos límites, en efecto, (quedaba) asegurado el derecho fundamental, respetándose al mismo tiempo las reglas y condiciones de uso enunciadas»*. Ciertamente, según aquella sentencia de la justicia ordinaria, la empresa no estaba obligada en virtud de su consentimiento previo (visto que hubo excesos que justificaron su reversión) ni tampoco en virtud de norma legal o pacto colectivo a suministrar los medios electrónicos precisos para la comunicación sindical, sin embargo, precisa que estando en cuestión el derecho de uso del medio telemático y no las vicisitudes que ocasionó en un momento dado su empleo, resultaba coherente con el contenido del derecho fundamental supeditar esa facultad sindical a que no se causase perjuicio al empresario, a su actividad productiva y al regular funcionamiento de la herramienta empresarial tratada (e-mail). Todo lo cual, según la sentencia objeto de comentario, quedaba asegurado con el fallo de la sentencia de la AN citada, en los términos en los que se emitió, esto es, «el reconocimiento del derecho solicitado por el sindicato con mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde (...) hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes (...), que colapsó el servidor interno de la empresa».

Frente a ello, precisa la sentencia que se comenta, «la sentencia recurrida en amparo realiza una aproximación limitada a las obligaciones positivas de promoción del empresario, prescindiendo de la consideración de que el hecho de que aquéllas no existan en relación con la creación de un sistema de correo electrónico para su uso sindical, no supone una genérica habilitación al empresario para llevar a cabo un acto de resistencia entorpecedora del derecho, incluso en su ejercicio normal e inocuo, a falta de una justificación objetiva y razonable de su decisión».

IX. CONCLUSIÓN

La sentencia que se comenta, STC 281/2005, de 7 de noviembre, supone un paso más, pero de indudable importancia en la redefinición de la empresa, que va dejando de ser primordialmente un ámbito de ejercicio del dominio o derecho de propiedad del empresario, para pasar a ser relevantes otros extremos relativos a la organización, a quienes la componen y ejercen o participan de manera muy destacada en el ejercicio de la actividad de empresa, los trabajadores (no puede olvidarse que, entre otros, el vínculo de alta dirección es de naturaleza laboral). Esta redefinición de la empresa se observa claramente en ésta la sentencia cuando se contrastan sus consideraciones sobre la propiedad del empresario y el voto particular en ella emitido por uno de los magistrados integrantes de la Sala *a quo*.

Además la sentencia comentada tiene también la virtud de dar por zanjada la polémica suscitada por la existencia de una doctrina contrapuesta entre la Sala de lo Social de la AN y la Sala, también de lo Social, del TS, estableciendo una doctrina clara sobre la existencia, contenido y límites del derecho a transmitir información, de carácter sindical y laboral, a los trabajadores por un sindicato, a través del sistema de correo electrónico (e-mail) preexistente en la empresa desde un servidor externo, sin condicionarlo a que se ejercite fuera de la jornada de trabajo.

Pero la sentencia referida no sólo tiene aspectos positivos, sino también negativos, siendo los más sobresalientes el que no entra en la cuestión del derecho al secreto de las comunicaciones, denunciado por el recurrente en amparo, y el que establece como sujeto del derecho únicamente a las organizaciones sindicales, sin extender el mismo a las representaciones unitarias de personal (comités de empresa y delegados de personal), so capa de que el derecho de libertad sindical es predicable de las primeras pero no de los segundos, en una interpretación desmesuradamente literal de la expresión misma de «libertad sindical», esto es procurando una no irreprochable interpretación del artículo 28.1 CE.

No obstante el saldo del balance entre unos y otros aspectos (positivos y negativos) es netamente favorable a la sentencia objeto de comentario, que debe considerarse como una de las más relevantes, en materia social, de las emitidas por el Alto Tribunal, por más que se lamenten determinadas carencias o se pueda no estar de acuerdo con la doctrina sentada en determinados aspectos.