

STC 281/2005, de 7 de noviembre, sobre CORREO ELECTRÓNICO

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados

ha pronunciado
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 874-2002, promovido por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO), representada por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina Álvarez Pérez y asistida por el Letrado don Alejandro Cobos Sánchez, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en recurso de casación núm. 1142-2001, de fecha 26 de noviembre de 2001, contra la pronunciada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 6 de febrero de 2001 en procedimiento núm. 115-2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y se ha personado don Juan Ignacio Ávila del Hierro, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., asistido por el Letrado don Martín Godino Reyes. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 15 de febrero de 2002 la Procuradora de los Tribunales doña Cristina Álvarez Pérez, actuando en nombre y representación de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO), interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial de la que se hace mérito en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El día 2 de noviembre de 1995 el grupo BBVA dirigió a las unidades relacionadas con correo electrónico una orden sobre la descripción de las diferentes utilidades que aporta el sistema de e-mail del grupo BBVA.

Dentro del "Programa 2000", bajo la denominación "La semana más práctica", última semana de enero de 1999, con el objetivo de conseguir generar hábitos de gasto útil, se envió a la plantilla una serie de mensajes informáticos, como el relativo a "utilizar el correo electrónico tanto interna como externamente". En la semana del 12 al 17 de mayo, como

continuación de lo anterior, con el propósito de eliminar burocracia y fomentar las actuaciones prácticas a fin de mejorar la eficacia del grupo BBVA, en relación con los gastos de fotocopias se estableció "no usar papel para notas y cartas, sí el correo electrónico (E-mail)". Por otra parte, para colaborar en la mejora de la eficacia, se fijó la "Semana práctica" del 4 al 9 de octubre, con la indicación de utilizar el correo electrónico o e-mail en lugar del teléfono, para reducir los costes de consumo tanto internamente como en las relaciones con la clientela.

b) Desde el día 2 de febrero de 1999 el sindicato demandante de amparo vino enviando por correo electrónico, desde el servidor externo de COMFIA.NET y a través del servidor interno del grupo BBVA, mensajes de información sindical a sus afiliados y trabajadores de la empresa, sin oposición de ésta. El 13 de febrero de 2000, entre las 9 y 10 horas, envió nuevos mensajes que fueron rechazados por el servidor de la empresa, lo que también ocurrió con otros de fechas posteriores de ese mismo mes de febrero. Idéntica circunstancia se produjo el día 17 de noviembre de 2000. La decisión de la empresa estuvo fundada en la avalancha de correos masivos procedentes de la dirección COMFIA.NET recibidos en los días y horas antes referidos. Ante el desmesurado tamaño de las colas de espera el grupo BBVA decidió filtrar la entrada desde aquella dirección, siendo rechazados los mensajes, con notificación al remitente.

Los mensajes enviados por correo electrónico desde el exterior del grupo BBVA 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.

c) El 26 de septiembre de 2000 la empresa dictó normas de actuación para el uso racional del correo electrónico y fomento del mismo, entre las que cabe resaltar las "Prácticas a evitar", que se formulan en los términos siguientes: "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 éstos 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".

d) Por la representación de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) se planteó demanda de conflicto colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho de su pretensión, se terminaba suplicando que se

dictara sentencia en la cual se declarase el derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (e-mail).

e) La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó Sentencia con fecha 6 de febrero de 2001. Reconoce en ella los evidentes beneficios que informática e Internet prestan a sus usuarios en el campo de la comunicación, con un manifiesto ahorro económico por la sustitución de otros soportes de información (papel, correo postal, teléfono, fax, etc.), y enuncia una constatación fáctica que deduce de los hechos probados y que acredita 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 eficacia del grupo, en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales. Esas razones, dice la Sala, condujeron al sindicato a utilizar 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 con su conducta ninguna alteración en la actividad productiva. El desarrollo de la información transmitida por el sindicato CC OO desde el 2 de febrero de 1999, dentro de un ambiente de normalidad y respeto del uso específico empresarial, responde, así pues, a un *ius usus* inocui que respeta el derecho del titular al uso para el que instaló el sistema. Por lo demás (prosigue la Sentencia), la exigencia de cumplimiento de las normas de actuación para el uso racional del correo electrónico dadas por el grupo BBVA iba dirigida a los empleados de la empresa, sin que dichas normas expresamente se refirieran al impedimento del uso sindical.

Sin embargo, razona también la resolución, si la utilización rebasa la normalidad se produce una trasgresión de la situación jurídica creada por la utilización inocua por parte del sindicato del servicio telemático, y todo ello sería revelador de la necesidad de ordenar por convenio colectivo o pacto de empresa, o a través de otra norma, el derecho de los sindicatos y trabajadores a la utilización de la red de la empresa para transmitir información sindical, tanto más cuando no cabe reconocer con base en los artículos de la Constitución citados en la demanda, ni a tenor de los invocados de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), el derecho a utilizar el correo electrónico a través del servidor de la empresa para el ejercicio de la actividad sindical en la misma o para recibir la información que remita el sindicato.

Con base en lo expuesto estima parcialmente la demanda y, en consecuencia, declara 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 (e-mail), aunque con la mesura y normalidad inocua con las que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno de la empresa.

f) Frente a dicha Sentencia el BBVA, S.A., interpuso recurso de casación, formalizando diversos motivos, entre ellos, al amparo del art. 205 e) LPL, el que denunciaba infracción por interpretación errónea de los arts. 18, 20 y 28 de la Constitución española, art. 8 LOLS y art. 3.1 del Código civil.

Argumentaba el banco que, como todo derecho, también el de libertad sindical es limitado, de manera que, cuando el ejercicio del mismo implica la imposición de cargas a un tercero, ha de estarse a su configuración legal, pues no cabe sostener el sacrificio ilimitado de los intereses y derechos del empresario en aras del ejercicio del derecho fundamental. En ese sentido el art. 8 LOLS establece cuáles son las cargas que se imponen a la empresa para facilitar el ejercicio del derecho a la actividad sindical por parte de las secciones sindicales, en un precepto que, claramente, y en lo que se refiere a las obligaciones empresariales, tiene carácter de *numerus clausus*, señalando con claridad los medios materiales que la empresa debe poner a disposición del sindicato para el desarrollo de su actividad sindical. Resultando evidente que ninguna norma impone el deber de facilitar una herramienta estrictamente empresarial para el desarrollo de las funciones sindicales cuando fue creada específicamente para el desempeño de la actividad productiva, no puede deducirse que el BBVA tenga tal obligación sin la existencia de norma o de acuerdo que así lo determine.

En la impugnación de COMFIA-CC OO al recurso de casación se ponía acento en la política de fomento del uso del correo electrónico llevada a cabo por la entidad bancaria, en detrimento de los medios más tradicionales de comunicación, circunstancia que ocasionó que el sindicato optara, siguiendo las consignas del grupo bancario y en detrimento de los medios tradicionales, por el correo electrónico. Resaltaba además que las normas internas para un uso racional del correo electrónico no recogían referencia expresa "al impedimento del uso sindical", y que, a mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha establecido que la transmisión de noticias de interés sindical permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de una democracia y de un pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial en la concreción del derecho fundamental a la libertad sindical.

Por Sentencia de 26 de noviembre de 2001 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. Razona al efecto que la Sentencia de la Audiencia Nacional adolece de falta de precisión, pues al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce sería imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se está 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 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 Tribunal Supremo, podría conducir a la declaración de nulidad de la Sentencia, aunque por razones de economía procesal aborda el examen del motivo de fondo.

Señala 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; que no existe pacto, ni individual ni colectivo, ni manifestación unilateral de la empleadora que hayan otorgado el derecho al sindicato a utilizar tal herramienta de trabajo de la demandada, y que, no obstante, el sindicato ha utilizado el medio durante cerca de un año. Esto así, tras descartar la adquisición del derecho por consentimiento en su ejercicio, considera que no existe 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. La utilización de este sistema, prosigue, 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 la demandada. La 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.

3. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la que imputa la vulneración de los arts. 28.1 y 18.3 CE.

COMFIA-CC OO considera que el derecho de los sindicatos a transmitir información sindical, en cuanto manifestación de la acción encaminada a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art.7 CE), así como el derecho de los trabajadores a recibir la información transmitida forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). Y que este derecho no se limita ni restringe a que la información

se transmita mediante comunicados escritos, sino que alcanza a todos los medios materiales, incluidos los nuevos medios técnicos o informáticos que están sustituyendo como instrumento de difusión informativa a los papeles o documentos escritos.

En coherencia con ello la LOLS dispone que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 d)] y que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a ejercer la actividad amparada por ésta en la empresa o fuera de ella [art. 2.2 d)]. Por otra parte el art. 8 LOLS reconoce manifestaciones específicas del ejercicio del derecho de libertad sindical en relación con la comunicación y la información en la empresa. Así, en su apartado 1 c), establece un derecho pasivo, en el plano individual del trabajador afiliado, a recibir la información que le remita su sindicato "en el ámbito de la empresa o centro de trabajo". De igual forma, en el apartado 2, respecto de los sindicatos más representativos y aquellos con representación en la empresa, se establece un derecho a difundir los avisos que puedan interesar a los afiliados y a los trabajadores en general. Son dos planos del mismo derecho; el individual de los afiliados a un sindicato a recibir, en la empresa o centro de trabajo, la información que remita su sindicato, y el colectivo referido a los afiliados y trabajadores en general, que también tienen derechos a la información en la empresa o centro de trabajo.

Los derechos a informar y a ser informados se han venido ejerciendo tradicionalmente en el grupo BBVA, a través de los medios clásicos de comunicación, en los centros de trabajo y en el horario de trabajo. La cuestión estriba, pues, en determinar si es posible el ejercicio del derecho a través del correo electrónico, que es un útil de trabajo y que, como ocurre con otros medios de comunicación, es también un sistema susceptible de uso social, de forma que se configura como un domicilio del trabajador, el domicilio informático, utilizable en el lugar de prestación de servicios por terceros, ajenos a la producción o a los servicios de la empresa, para comunicarse con aquél. Además se trata de un instrumento cuyo coste de utilización resulta nulo para el empleador si los mensajes se envían desde un servidor externo, y que se puede utilizar sin interrupción alguna de la actividad laboral, abriendo el correo al finalizar la jornada o durante alguna de las pausas existentes, lo que determina la razonabilidad y proporcionalidad de su uso, pues su utilización como medio de comunicación no ha alterado (salvo en un único caso, desconociéndose las causas de ello) el uso productivo de esta nueva herramienta de la organización empresarial.

Es obvio que para cualquier análisis del derecho de información sindical hay que tener en cuenta las nuevas tecnologías que no fueron

tomadas en consideración por el legislador cuando redactó la LOLS en 1985, año en el cual no estaban implantados en nuestro país ni el correo electrónico ni Internet, avances que han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en las relaciones sociales y económicas, tanto a nivel personal como laboral y comercial. Esto así, es desde una perspectiva de utilización normal que no afecta al uso específico empresarial, y desde la propia voluntad del BBVA de fomentar el uso del correo electrónico como medio de comunicación interno y externo, hasta el extremo de establecer, como principio general, que todo documento debe comunicarse en forma electrónica a sus destinatarios, como se debe enfocar el análisis de los preceptos legales y constitucionales que amparan el derecho postulado, a la luz de la realidad social en que han de ser aplicados, siempre con el límite de no alterar su uso empresarial, como con acierto dispone la Sentencia de instancia.

Por ello la Audiencia Nacional hizo una ponderación adecuada de los derechos de libertad sindical y de libertad de empresa en conflicto, mientras que el Tribunal Supremo, al convalidar la decisión obstativa del BBVA, no ha observado el principio de proporcionalidad contenido en múltiples Sentencias del Tribunal Constitucional.

Finalmente, por lo que se refiere al derecho fundamental que dimana del art. 18.3 CE, el BBVA, S.A., ha vulnerado tal derecho al interceptar y filtrar los mensajes enviados desde el servidor de CC OO, pues para ello tuvo previamente que ver los mensajes y determinar, en función del interlocutor, los que había de rechazar. Ello implica conocer "la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales", conducta que la doctrina constitucional ha considerado vulneradora del derecho reconocido en el art. 18.3 CE, y supone, además, "la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación)", lo que entraña igualmente la vulneración del derecho denunciado, al margen de que su infracción esté tipificada en el art. 197 del Código penal. La empresa, para tal fin, debió utilizar los cauces previstos en la propia Constitución: la autorización judicial.

Con base en lo expuesto solicita la recurrente el otorgamiento del amparo, la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho del sindicato y de sus secciones sindicales en las empresas del grupo BBVA, S.A., a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (e-mail), en los términos recogidos en el fallo de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2001.

4. Mediante providencia de 4 de junio de 2004 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Público plazo común de diez días para que formularan alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda (art. 50.1.c LOTC).

El Fiscal evacuó el trámite conferido formulando sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 24 de junio de 2004, en el que interesaba la inadmisión de la demanda por falta de contenido constitucional. Según el Ministerio público lo que se discute en el presente caso no es el derecho del trabajador afiliado a un sindicato a distribuir información sindical, derecho que fue reconocido en sus más amplias formulaciones por la STC 94/1995, sino el contemplado en el art. 8.1.c LOLS, es decir el derecho de los afiliados a "recibir la información que les remite su sindicato" en su empresa o centro de trabajo, y la consiguiente obligación empresarial de entregar al trabajador destinatario la correspondencia que el sindicato pueda remitirle. La actuación sindical enjuiciada en el presente caso no encaja, sin embargo, en dicho precepto, pensado para la comunicación escrita o correspondencia, pues lo que aquí se cuestiona es el derecho del sindicato a utilizar como medio de comunicación con sus afiliados una herramienta de producción de la empresa, lo que ha provocado en alguna ocasión trastornos. No se trata, añade el Fiscal, de efectuar una interpretación de la norma existente actualizada a la transformación experimentada por los medios de comunicación. La imposición al empresario de esa obligación, en horas de trabajo y al servicio del derecho de los trabajadores a recibir información de su sindicato, no es simplemente una interpretación actualizada de una normativa obsoleta, sino una imposición inexistente en la normativa cuya obsolescencia se predica. En suma, la resolución recurrida, que remite a las partes a la negociación, no puede ser tildada de vulneradora del derecho de acción sindical, pues lo que la demandante pretende es el ejercicio de su derecho fuera del marco legal en el que está regulado.

A juicio del Ministerio público, tampoco 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, notificándoselo al remitente, pues ello no comporta interceptación de ninguna índole, al identificarse los mensajes únicamente por la dirección del remitente.

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 24 de junio de 2004 la representación procesal de la demandante de amparo efectuó alegaciones que no pueden entenderse referidas al presente recurso.

5. En providencia de 10 de febrero de 2005 la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del mismo, acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda presentada por la Procuradora doña Cristina Álvarez Pérez en nombre y representación de Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las CC OO.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC acordó dirigirse a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y a la de la Audiencia Nacional a fin de que, habiéndose solicitado previamente la remisión de copia de las actuaciones, tuvieran conocimiento de la admisión del recurso a los efectos oportunos, solicitando a la Audiencia Nacional el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 20 de abril de 2005 el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Ávila del Hierro, actuando en nombre y representación del BBVA, S.A., solicitó que se le tuviera por personado y parte en el procedimiento.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda, de 19 de mayo de 2005, se accedió a lo solicitado por el Procurador don Juan Ignacio Ávila del Hierro, acordándose, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, al Ministerio público y a las partes personadas para que, dentro de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

7. En escrito registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2005 la representación procesal de la parte recurrente cumplimentó el trámite de alegaciones, remitiéndose íntegramente a las realizadas en su demanda de amparo.

8. En escrito registrado el día 16 de junio de 2005 presentó sus alegaciones el BBVA, S.A., interesando la desestimación del recurso. Censura a la federación sindical demandante que se aparte notoriamente de los hechos probados en el proceso, y sostiene, sobre la cuestión de fondo, que cuando los derechos de actividad sindical comportan facultades adicionales de configuración legal, que conllevan paralelas cargas y obligaciones para el empleador, debe atenderse a los términos y límites de la regulación establecida por el legislador. En particular no se trata en esta ocasión de resolver si el sindicato, en el libre ejercicio de su derecho a informar a sus afiliados y a los trabajadores en general, puede utilizar medios no escritos, como son los electrónicos o informáticos, sino de evaluar si el derecho de libertad sindical comprende la imposición de una

carga u obligación empresarial no prevista en la Ley, como es la de poner a disposición del sindicato un instrumento creado específicamente para un uso profesional, cual es el correo electrónico, mediante el acceso a un servidor interno propiedad del banco y a unas direcciones de correo creadas como instrumento de trabajo. A su juicio la respuesta debe ser negativa, toda vez que la determinación de cargas y obligaciones del empresario para facilitar el ejercicio de la actividad sindical es un contenido adicional del derecho fundamental, de configuración legal, a cuyos términos ha de estarse. Ciertamente las actuales previsiones normativas pueden obedecer a un momento en el que el desarrollo de otros medios de difusión de la información, como el correo electrónico, no habían alcanzado la extensión y notoriedad de la que gozan actualmente; pero también es cierto que corresponde al legislador o a la negociación colectiva valorar en su caso tal transformación y modificar el precepto legal que configura el alcance de las obligaciones empresariales en materia de información sindical. Por otra parte, añade el BBVA, S.A., la distribución de información por parte de los sindicatos, a tenor del artículo 8.1 b) LOLS, está sujeta a unas limitaciones que la pretendida utilización del correo electrónico interno de la empresa no respetaría. Al contrario, puede decirse que su empleo perturba la actividad normal de la empresa, en cuanto introduce en un instrumento de uso profesional un flujo de información que se superpone de forma imperativa y a la que es necesario acceder en todo caso.

Respecto de la queja de vulneración del art. 18.3 CE, dice el banco que, ni ha accedido al contenido de los mensajes remitidos por las CC OO, ni tampoco ha identificado a los interlocutores de éstos. Como se declaró probado, 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, ni hay aprehensión física del soporte del mensaje, ni se capta el proceso de comunicación, ni se accede a datos confidenciales de la comunicación, descartándose con ello la lesión invocada.

9. El día 15 de junio de 2005 presentó sus alegaciones el Fiscal, solicitando la desestimación del recurso. Además de reiterar las efectuadas con ocasión de la audiencia del art. 50.3 LOTC, insiste en subrayar que la central sindical no tiene en cuenta que los derechos adicionales de libertad sindical deben ser ejercitados en el marco de su regulación; que, aun cuando en la actualidad se hayan generalizado nuevas formas de comunicación, las empresas disponen de dichos medios como instrumentos de producción; y que cabe apreciar, en la pretensión de actualizar la interpretación de la LOLS, que existen medios de comunicación coetáneos a la misma que tampoco fueron contemplados en ésta al efecto de imposición

de obligaciones al empresario para que el sindicato remitiese información a los trabajadores. En consecuencia, siendo de configuración legal el derecho a examen, y debiendo ser ejercitado en el marco de su regulación, la decisión judicial impugnada no puede tildarse de vulneradora del derecho a la libertad sindical, ni de no haber efectuado una adecuada ponderación de los bienes y valores constitucionales en el caso concreto.

En cuanto al art. 18.3 CE sostiene el Ministerio público que su vulneración no fue aducida en el proceso. Por consiguiente, dado que la demandante no planteó su lesión, ni en la demanda inicial ni en ningún otro momento procesal, la queja debe ser inadmitida.

10. Por providencia de 3 de noviembre de 2005 se señaló, para deliberación y votación de la presente Sentencia, el día 7 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente resolución el recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2001 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que estimó el recurso de casación interpuesto por el Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), contra la Sentencia de 6 de febrero de 2001 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que había estimado parcialmente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato ahora recurrente contra la citada empresa.

Entiende COMFIA-CC OO que la Sentencia del Tribunal Supremo ha vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), al revocar la Sentencia de la Audiencia Nacional que declaró su derecho a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico de la empresa con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno. Con ello se impide la utilización de un instrumento actual, idóneo y sin coste alguno para la empresa, limitando de forma desproporcionada el ejercicio de su derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE). Asimismo el sindicato recurrente denuncia que la Sentencia dictada en casación ha desconocido su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), que fue vulnerado por el BBVA, S.A., al interceptar y filtrar los mensajes enviados desde el servidor del sindicato.

Por el contrario tanto el Ministerio público como la representación procesal del BBVA, S.A., interesan la desestimación del recurso, conforme a las alegaciones recogidas con detalle en los antecedentes de esta Sentencia.

2. Antes de entrar a analizar si realmente se han vulnerado en el presente caso los derechos fundamentales invocados, como afirma la federación sindical recurrente, debemos detenernos en la objeción 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). De confirmarse esta circunstancia la presente demanda de amparo quedaría limitada a la denuncia restante, relativa a la vulneración del art. 28.1 CE, incurriendo en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) LOTC, en relación con el art. 44.1 c) del mismo texto legal, la queja primeramente aludida. Como ha señalado en otras ocasiones este Tribunal, 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 (por todas, STC 172/2004, de 18 de octubre, FJ 2).

El requisito de invocación previa tiene la doble finalidad, por una parte, de 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, y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo (SSTC 133/2002, de 3 de junio, FJ 3, o 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas). En relación con ello hace notar el Ministerio público que, ni en la demanda rectora del proceso, ni en las sucesivas fases del mismo, fue alegada la infracción del art. 18.3 CE y que, por lo tanto, el requisito del art. 44.1 c) LOTC no ha sido cumplido.

El argumento merece favorable acogida. De la lectura de las actuaciones se desprende que la cuestión relativa a la pretendida vulneración por el BBVA, S.A., 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. La demanda iniciadora del proceso no contenía referencias, ni al art. 18.3 CE, ni a los contenidos que tutela. En el escrito de ampliación de la demanda, de 15 de septiembre de 2000, se citaba el art. 18 CE de manera conjunta con los arts. 20 y 28, pero lo hacía la parte demandante desde la perspectiva de la vulneración del derecho del sindicato a la utilización del correo electrónico como instrumento de la 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 de las CC OO, como ahora aduce. Finalmente en

el acto del juicio se hizo por primera vez una referencia específica al art. 18.3 CE, acompañada de la cita de una Sentencia de este Tribunal (STC 114/1984, de 29 de noviembre) 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, pero nada se decía sobre su proyección al caso o sobre su conexión con las pretensiones deducidas en la demanda.

Es cierto que para que pueda declararse la total ineficacia de una alegación por su invocación extemporánea no basta con que se haya efectuado una 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 esta última noción la que resume la ratio o finalidad del presupuesto que se examina (SSTC 55/1991, de 12 de marzo, FJ 2, y 78/2003, de 28 de abril, FJ 3). 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 art. 18.3 CE, o se formuló con un carácter meramente retórico, sin resultar apoyada en razonamiento alguno sobre el particular (escrito de ampliación de la demanda) o, como ocurrió en el acto del juicio, no fue acompañada de una mínima concreción desde la perspectiva que ahora se plantea en amparo (esto es, una oposición al filtro e interceptación de los mensajes por parte del banco), limitándose la parte a citar una Sentencia de este Tribunal sin vincular a ello ninguna pretensión procesal autónoma, ni menos aún una petición deducida en los términos en los que ahora se efectúa en este proceso constitucional.

En cualquier caso, incluso si se aceptara a efectos puramente dialécticos el cumplimiento de dicho requisito, la queja referida a la lesión del art. 18.3 CE tampoco habría satisfecho todas las exigencias del art. 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 art. 44.1 a) LOTC sobre el agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

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 inadmisión del art. 50.1 a) LOTC.

3. Planteada por COMFIA-CC OO la vulneración de su derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) al habersele impedido la utilización de un

instrumento de difusión de la información sindical, en cuanto actividad encaminada a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, debemos comenzar por recordar nuestra doctrina acerca del contenido de este derecho.

Aun cuando del tenor literal del art. 28.1 CE pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España -en este caso, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98, señaladamente-, que 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 (por todas, SSTC 94/1995, de 19 de junio, FJ 2; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, y 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).

Las anteriores 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 Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) establece que la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical [art. 2.1 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. 2.2 d)].

Junto a los anteriores 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 esencial, sino también por ese contenido adicional y promocional, de modo que los actos contrarios a este último son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE (entre tantas otras, por ejemplo, SSTC 173/1992, de 29 de octubre, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; 1/1994, de 17 de enero, FJ 4; 13/1997, de 27 de enero, FJ 3, o 36/2004, de 8 de marzo, FJ 3). 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 (SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; y 44/2004, de 23 de marzo, FJ 3).

El contenido del derecho no se agota en ese doble plano, esencial y adicional de fuente legal o convencional, dado que pueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132/2000, de 16 de mayo, y 269/2000, de 13 de noviembre). 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 art. 28.1 CE, puesto que (como dicen aquellos pronunciamientos constitucionales) 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 (STC 269/2000, de 13 de noviembre, FJ 5).

Como es obvio el 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 a los comprendidos en el contenido esencial del art. 28.1 CE, pero puede también quedar referido a los derechos y facultades que integran ese núcleo mínimo e indisponible del derecho fundamental, articulando, más que nuevos derechos sindicales, ventajas y posibilidades complementarias, esto es, 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.

En definitiva, las organizaciones sindicales tienen derecho a que el empresario asuma las obligaciones y cargas que las normas legales o pactadas o sus previos actos le impongan para promocionar la eficacia del derecho de libertad sindical en la empresa (contenido adicional) aunque,

conforme a lo dicho, al mismo tiempo, no pueden demandar actos positivos de esa naturaleza promocional si no existe una fuente generadora de tal obligación. Claro que (y este elemento resultará decisivo en el presente caso) 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.

4. Ese abanico de condiciones y límites, así como de fuentes de atribución de los derechos y facultades que integran el derecho fundamental a la libertad sindical, obliga a definir de qué hablamos cuando lo hacemos del derecho a la transmisión de información sindical.

Pues bien, como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un "elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical" (STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 3), una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental.

En los lugares de trabajo ese contenido esencial informativo tiene ciertas concreciones en la legislación sindical. Vienen a especificarse fundamentalmente en el art. 8.1, 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 la información que les remita su sindicato. El legislador debe garantizar y garantiza con esas previsiones normativas la libre difusión de este tipo de comunicaciones sindicales en la empresa. En el bien entendido que, como subrayó nuestra STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 4, que existan esas concreciones legislativas de los derechos de información de los sindicatos "en modo alguno autoriza a concluir que sólo a través de ellos pueden comunicarse con los trabajadores; por el contrario, siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental" (STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 4). Aquella regulación legal, por tanto, no agota las posibilidades de ejercicio del derecho a la información sindical, comprendido en el contenido esencial del art. 28.1 CE. En ese sentido, en particular, que el art. 8 LOLS

se refiera al derecho de los afiliados a recibir información de su sindicato, como decíamos al reproducir la STC 94/1995, no permite situar extramuros del contenido esencial del derecho fundamental la información que se transmita y el derecho a informar a los trabajadores no afiliados.

El legislador 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 hace 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 con más de doscientos cincuenta trabajadores, regulados en los apartados a) y c) del art. 8.2 LOLS.

Se concluye, en suma, que la información sindical forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, que el sindicato puede hacerla efectiva a través de los cauces previstos en la ley y también por medio de otros que libremente adopte siempre que respete la normalidad productiva, y que el empresario tiene que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo.

5. Pues bien, en el presente caso la resolución judicial recurrida no cuestiona que la conducta del sindicato recurrente (remisión de información a los afiliados y trabajadores en general a través de una infraestructura informática) se enmarque en el derecho de información sindical. Lo que niega es que la empresa esté obligada a facilitar los medios materiales pretendidos (su sistema de correo electrónico) para llevar a cabo esta función, en ausencia de obligación legal o de acuerdo entre las partes sobre ella, por desbordar la pretensión sindical avanzada al respecto las previsiones del art. 8 LOLS. Sitúa con ello la cuestión en los terrenos del contenido adicional del derecho a la libertad sindical, dado que, como establecía nuestra STC 173/1992, de 29 de octubre, FFJJ 4 y 6, "la imposición de cargas a la empresa derivada de la actuación sindical implica la promoción de la actividad del sindicato en la empresa o en el centro de trabajo, que parece 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 ... Estas ventajas y prerrogativas dirigidas a promocionar

la actividad sindical en los lugares de trabajo, no integran el contenido esencial de la libertad sindical".

Desde esta perspectiva promocional a cargo de terceros es preciso compartir con el Ministerio público que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS, partiendo de que sus previsiones habrían quedado obsoletas como consecuencia de los avances tecnológicos. Resulta 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, pues sólo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual. Una lectura extensiva de ese estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional de la libertad sindical, según la cual "no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo (STC 61/1989), ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline a priori por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental" (STC 18/2001, de 29 de enero, FJ 2).

Bajo esas circunstancias, en efecto, que el tenor literal del art. 8.2 LOLS permitiera 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 que ha efectuado el Tribunal Supremo. Especialmente porque una lectura semejante del precepto legal para definir las obligaciones empresariales no se traduciría tanto en el derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el art. 8.2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la empresa para una finalidad sindical. Frente a ello, visto que el tenor literal de la norma permite una interpretación como la realizada en la Sentencia recurrida, y siendo patente que el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos, la interpretación extensiva del precepto que se propone no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental, resultando posible otra distinta, como la realizada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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 art. 8.1 c) 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, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo. Ni de la norma se desprende inequívocamente esa obligación de la empresa, ni una interpretación de ese estilo puede fundarse en que la garantía de la comunicación depende de ello, toda vez que el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan a sus afiliados.

No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical.

6. Ahora bien, esa perspectiva de análisis acogida por la Sentencia recurrida sitúa la controversia en el marco de los derechos propios del contenido adicional de la libertad sindical. Como se ha visto el derecho de información sindical puede llevar aparejadas cargas y obligaciones de tal estilo, aunque no sea éste el caso.

Sin embargo no es esa la única expresión del problema que se nos plantea. La controversia procesal y su dimensión constitucional central radican, por el contrario, en el potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa, creado para un fin productivo, y en su caso con qué límites. O, dicho en términos negativos, no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento.

Planteamiento que es ciertamente ajeno al contenido adicional del derecho fundamental, pues ya se ha dicho que no hay obligación de acción positiva del empresario en orden al establecimiento para uso sindical del sistema informático, pero que se inscribe directamente en el ámbito del contenido esencial del derecho, habida cuenta de que los actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical, como se expuso más atrás, son contrarios a ésta, salvo que encuentren una justificación ajena a la simple voluntad de entorpecer su efectividad.

Pues bien, según se dijo, el derecho a transmitir información sindical, 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 art. 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. Insistiendo en la idea que subrayábamos anteriormente, en la STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, recordábamos que: "el ejercicio de esa acción sindical confiere al sindicato un amplio marco de libertad de actuación, cuyas vertientes más significativas son el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y al planteamiento de conflictos individuales y colectivos (art. 2.2.d LOLS), cuyo ejercicio dentro de la empresa se regula en los arts. 8 a 11 de esa misma ley, pero cuyo contenido no se agota ahí, sino que -consagrándose constitucionalmente un ámbito de libertad- comprenderá también cualquier otra forma lícita de actuación que [los sindicatos] consideren adecuada para el cumplimiento de los fines a los que están constitucionalmente llamados. Entre otras, y por lo que atañe a la resolución de este caso, la utilización como instrumento de acción sindical de los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información (así lo hemos reconocido, entre otras, en SSTC 143/1991, de 1 de julio, FFJJ 5 y 6; 1/1998, de 12 de enero, FJ 6; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4)".

A tal efecto cualquier aproximación a la base constitucional de la libertad sindical y, por ende, de la acción sindical, debe dejar previamente sentado el carácter promocional de los sindicatos que en la Constitución española asumen los arts. 7 y 28.1, como elemento clave de la configuración del Estado social y democrático de Derecho que persigue el art. 1.1 CE y para la defensa y promoción de los intereses colectivos de los trabajadores. Hemos dicho con reiteración que los sindicatos, al igual que las asociaciones empresariales, son entes de relevancia constitucional inmediatamente protegidos por la Constitución (por todas, STC 229/2002, de 9 de diciembre, FJ 7, y las que allí se citan), y que 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 (STC 99/1983, de 16 de noviembre, FJ 2).

Téngase en cuenta, igualmente, que el contenido esencial de un derecho fundamental se rebasa o se desconoce cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10).

En esos planos del contenido esencial del derecho fundamental se debate la problemática de los límites del derecho a la información sindical, o incluso la vigencia misma de éste si su ejercicio pretende conducirse empleando medios empresariales ya existentes pero no exigidos por una norma para uso sindical.

7. A fin de enjuiciar el derecho del 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 las comunicaciones se realizan en el puesto y durante la jornada de trabajo, será preciso partir de que nos hallamos ante una manifestación del conflicto de intereses y de lógicas jurídicas entre los derechos de los sindicatos y de los trabajadores y los intereses empresariales al funcionamiento de la organización productiva. 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.

En tal orden de consideraciones, al margen ahora de los límites a los que seguidamente nos referiremos, no exige esfuerzo notable establecer tres presupuestos centrales para el examen o ponderación de la funcionalidad de los derechos e intereses enfrentados:

a) El flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido.

b) 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) Tenga o no un deber de colaboración en la promoción del derecho fundamental que venimos considerando 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 dicho derecho.

Siendo ello así, puede concluirse que no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental 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, lo que 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 esa 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 esos 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.

No pueden oponerse a esa conclusión los elementos estructurales de la definición misma del derecho a la propiedad privada. Señaladamente porque la propiedad no resulta en ningún modo desatendida por la utilización sindical de ese tipo de instrumentos empresariales, ya que su uso no la modifica. Que dicho uso no supone por sí mismo una ablación de la propiedad lo demuestra simplemente el hecho de que como consecuencia de él no pierde el empresario su titularidad de la herramienta de producción a través de la cual transmite el sindicato su información a los trabajadores.

A lo hasta aquí expuesto conviene añadir que el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de una economía liberal se ha reducido por razón 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. 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. La Constitución, en suma, no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o

señorío sobre el bien 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 (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2).

En conclusión, sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enunciaremos, cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados.

8. Tratándose de la utilización de medios preexistentes en la empresa y eficaces para la comunicación, pero no requeridos legalmente ni pactados, ni creados para un uso sindical, la cuestión será, según ha quedado anunciado, de los límites a que debe sujetarse dicha utilización, puesto que, como sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado. Entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que deben tenerse presentes al delimitar su contenido figuran, sin duda, derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial (STC 134/1994, de 9 de mayo, FJ 4), en el bien entendido de que deberá igualmente atenderse a la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable para la eficacia y conforme con la esencia de tales derechos (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 3; o 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

Centradas esas premisas respecto del derecho a la información sindical y, en particular, del empleo del sistema de correo electrónico preexistente en la empresa, pueden precisarse sin mayores dificultades una serie de límites de carácter subjetivo y material a dicho empleo.

En efecto, ha de apuntarse, en primer lugar, que el contemplado es 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.

A ello se unen otras condiciones de su ejercicio que vienen dadas por la necesidad de ponderar y atender los intereses empresariales en

presencia, la incidencia que el uso sindical puede acarrear en el funcionamiento del instrumento de comunicación y la colaboración que requiere de la empresa para hacerlo efectivo. Tales condiciones o restricciones son las siguientes:

a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa.

En ese sentido, sin perjuicio del examen particular de las circunstancias específicas de cada caso, no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación. Llegar a esa conclusión permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes.

b) Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, 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, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos.

c) Finalmente, no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el Ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

Respetados todos esos límites, reglas y condiciones de uso, el empleo de instrumentos preexistentes y eficientes para la comunicación sindical resulta amparada por el art. 28.1 CE.

9. Con base en la anterior doctrina, en el examen del caso concreto nos corresponde como Tribunal de garantía o de tutela de derechos fundamentales, ponderar si el sindicato recurrente tiene el derecho de información sindical en los términos que reclama, representando esto el ámbito legítimo y constitucionalmente protegido del mismo, o si las restricciones que pretende el empleador están constitucionalmente justificadas.

A los efectos de ponderar si la pretensión del recurrente se desenvuelve dentro de los márgenes que delimitan el legítimo ejercicio del

derecho a la libertad sindical (en concreto, de los derechos de contenido informativo) se hace necesario traer a colación el específico contexto en el que la reclamación se deduce. Cabe enunciar, en ese sentido, dos premisas: a) que no está en cuestión, porque no constituyó el objeto del proceso, la actuación de la federación sindical recurrente en la fecha en la que remitió correos masivos colapsando el sistema, sino su derecho a emplear el medio telemático existente en el grupo BBVA y, en su caso, con qué límites; b) que el derecho reclamado en el proceso de conflicto colectivo se refiere a la transmisión de informaciones de carácter sindical, revistiendo por ello un estricto interés laboral al afectar a una materia directamente relacionada con los intereses de los trabajadores.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 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 de rapidez, de estimular su uso en sustitución de otros medios o soportes de comunicación tradicionales. Pero indica, sobre todo, que la utilización del correo electrónico como medio de comunicación sindical para transmitir información desde un servidor externo al servidor interno 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 estimaba 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 el 2 de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes que colapsó el servidor interno de la empresa.

Con esos límites, en efecto, queda asegurado el derecho fundamental, respetándose al mismo tiempo las reglas y condiciones de uso enunciadas. Ciertamente la empresa no está 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, estando en cuestión el derecho de uso del medio telemático y no las vicisitudes que ocasionó en un momento dado su empleo, resulta coherente con el contenido del derecho fundamental supeditar esa facultad sindical a que no se cause perjuicio al grupo bancario, a su actividad productiva y al regular funcionamiento de la herramienta empresarial objeto de controversia, lo que queda asegurado en el fallo de la Sentencia de la Audiencia Nacional en los términos en los que se emite, a saber: el reconocimiento del derecho solicitado por el sindicato "con la mesura y normalidad inocua con que lo venía realizando desde el 2

de febrero de 1999 hasta el momento en que se emitió una cantidad masiva de mensajes [el] 13-2-2000, que colapsó el servidor interno de la empresa". Frente a ello 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 uso sindical, no supone una genérica habilitación al empresario para llevar a cabo un acto de resistencia meramente entorpecedor del derecho, incluso en su ejercicio normal e inocuo, a falta de una justificación objetiva y razonable de su decisión.

10. Las precedentes observaciones conducen necesariamente al otorgamiento del amparo solicitado, si bien es preciso, por último, delimitar el alcance de los efectos de nuestra resolución. Especialmente porque la recurrida sostiene que la Sentencia de la Audiencia Nacional adolece de falta de precisión al no delimitar de manera clara los contornos del derecho que reconoce, lo que haría imposible saber si el cumplimiento del pronunciamiento se está 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.

No podemos compartir tampoco esa consideración, que en otro caso llevaría a retrotraer las actuaciones para un pronunciamiento de alcance más preciso. Si se tiene en cuenta que la Sentencia de primera instancia remite al uso inocuo que se hizo antes del momento en el que tuvo lugar un empleo abusivo del sistema, y que afirma que cuando así (es decir, en condiciones de normalidad) se utilizó la herramienta electrónica no hubo alteración de la actividad productiva, no puede apreciarse a priori un óbice impeditivo de la ejecución del fallo, sin perjuicio de que las discrepancias en la ejecución siempre pueden producirse, existiendo a tal fin mecanismos procesales de composición de tales conflictos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de las Comisiones Obreras (COMFIA-CC OO) y, en consecuencia:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2º Restablecerla en la integridad del citado derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 1142-2001, con fecha 26 de noviembre de 2001.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a siete de noviembre de dos mil cinco.

VOTOS

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 874-2002.

Con el respeto que siempre me merecen los criterios de mis colegas aunque no los comparta, creo conveniente hacer uso de la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC para expresar mi Voto particular discrepante.

Comparto plenamente la argumentación contenida en el fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001 recurrida en este recurso de amparo, y el fallo a que la misma conduce, y consecuentemente entiendo que el recurso de amparo contra ella debía haber sido desestimado.

No puedo compartir la construcción jurídica contenida en los fundamentos jurídicos 6 a 8 de nuestra Sentencia, que me parece que incurren en un voluntarismo carente de base normativa, al tiempo que en un constructivismo ordenancista que me parece impropio de la función jurisdiccional que nos incumbe.

Me resulta artificiosa la distinción que se establece entre la inexistencia de una obligación empresarial de dotarse de una infraestructura informática para uso sindical (FJ 5 in fine), (que me parece absolutamente obvia), y el "potencial derecho de un sindicato a utilizar el sistema preexistente en la empresa" (FJ 6), pues el núcleo de la controversia se centra en esa segunda vertiente, y para resolverla resulta inoperante la previa negativa de lo obvio. Y digo que me resulta artificiosa la distinción, en cuanto se utiliza realmente como base para diferenciar entre la inserción de la primera obligación, negada, en el contenido adicional del derecho fundamental, y por contra insertar el aludido derecho potencial del sindicato en el contenido esencial del derecho, sobre la base de calificar la actuación empresarial impeditiva del uso sindical del sistema informático de su propiedad como "actos meramente negativos tendentes a obstaculizar el contenido esencial (aquí informativo) de la libertad sindical" (FJ 6).

El uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación de propiedad de la empresa no creo que en modo alguno 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.

Y me 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, recurso dialéctico que es el que, creo, se utiliza en la Sentencia.

En ésta se viene a dar por sentado que la preexistencia del sistema informático supone de por sí el derecho a su uso por el sindicato, cuando esa es la base de partida que debiera justificarse.

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. 348 CC) sobre el uso del mecanismo tecnológico por ella establecido, y sólo sobre esa base sería aceptable la calificación como actos negativos impositivos del derecho sindical de lo que, a mi juicio, es puramente un acto de disposición de la empresa sobre los medios de su propiedad.

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

La negativa de la empresa a que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquélla 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 creo que esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en nuestra Sentencia.

Por las razones expuestas creo que la Sentencia debía haber sido desestimatoria del amparo, y en tal sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a siete de noviembre de dos mil cinco.