



Roj: STS 3236/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3236

Id Cendoj: 28079140012017100611

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 24/07/2017

Nº de Recurso: 245/2016

Nº de Resolución: 661/2017

Procedimiento: Auto de aclaración

Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Sindicatos de Banca, Bolsa, Ahorro, Entidades Financieras, Seguros, Oficinas y Despachos de la Confederación General del Trabajo (FESIBAC-C.G.T.), representada y asistida por la letrada D^a. Lourdes Torres Fernández contra la sentencia dictada el 13 de julio de 2016, por la **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional, en el procedimiento 138/2016, en actuaciones seguidas en virtud de demanda a instancia de FESIBAC-CGT contra SINDICATO STIC, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, COMISIONES OBRERAS, TECNOCOM S Y A, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS SL, siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios. Han comparecido en concepto de recurridos las empresas TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.A., TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS, S.L. y TECNOCOM SYA representadas y asistidas por el letrado D. Gregorio Nevado García, y la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT) representada y asistida por el letrado D. José Antonio Mozo Saiz.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa María Virolés Piñol

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de FESIBAC-C.G.T. se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dicte sentencia en la que: «estimando íntegramente la presente demanda, se declare la nulidad de los siguientes preceptos legales del I Convenio Colectivo de las empresas Tecnocom España Solutions, Sl., Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom, S y A, suscrito entre las empresas y las secciones sindicales de UGT y CCOO, con fecha 10 de abril de 2.013, que fue publicado en el BOE mediante Resolución de 14 de junio de 2.013 el día 28 de junio de 2.013 y del Acta del Acuerdo de Modificación del Convenio colectivo de Tecnocom España Solutions, Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom, S y A, suscrito entre las empresas y las secciones sindicales de UGT y CCOO, y publicado en el BOE de 11 de abril de 2.014

1) La nulidad de las expresiones señaladas en negrita de la cláusula número 4.3 del I Convenio Colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2.013, (BOE 28 de junio de 2.013), cuyo tenor literal es *"En las reducciones de jornada se estará a lo dispuesto en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores . El empleado podrá solicitar a la Dirección de la Compañía, y teniendo en cuenta lo previsto legalmente, el horario continuado. **La Compañía** , en consideración a la conciliación de la vida laboral y profesional, **y atendiendo siempre a la organización y necesidades en la prestación de los servicios podrá:***

a) Denegar dicha solicitud, justificando las causas por escrito. En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, el empleado podrá volver a solicitar de nuevo el horario continuado



b) Aprobar la solicitud. **En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, la Compañía podrá anular dicha jornada en horario continuado, justificando las causas por escrito**

Todos aquellos empleados que actualmente vienen realizando esta jornada continuada podrán seguir disfrutando de este derecho, salvo que anulen la citada reducción de jornada. Si el empleado solicitase de nuevo una reducción de jornada, ésta se regulará por lo previsto en el apartado anterior, por contravenir lo dispuesto en el artículo 37.7 del Estatuto de los Trabajadores, procediendo a su supresión.

2) La nulidad de la Clausula 7, apartado D) del I Convenio Colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2.013, (BOE 28 de junio de 2.013), cuyo tenor literal es: *"La empresa, previamente a autorizar el uso de las listas, deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones"*, procediendo a su supresión.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la que consta el siguiente fallo: «Desestimando la demanda interpuesta por FSIBAC- CGT a la que se ha ADHERIDO CCOO frente a SINDICATO STIC, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA, TECNOCOM S Y A, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS SL, sobre impugnación de Convenio Colectivo ABSOLVEMOS A LOS MISMOS DE LOS PEDIMENTOS FORMULADOS DE CONTRARIO.»

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Las empresas demandadas y las secciones sindicales de CCOO y UGT suscribieron el día 10-4-2.013 el I Convenio colectivo de dichas empresas, que fue publicado en el BOE el día 28 de junio de 2.013, dando cumplimiento a la Resolución de la Dirección General de Trabajo del día 13 de junio de 2013. Igualmente, y mediante Resolución del día 31-3- 2.014 se registró y publicó el Acta de acuerdo de Modificación de dicho Convenio, suscrito entre las mismas partes negociadoras y publicado en el BOE de 11-4-2.014. CGT, aunque no suscribió el Convenio formó parte de la Comisión Negociadora, así como de la denominada Comisión de Homologación.- pacífico-

SEGUNDO.- En su apartado 1.8 el convenio establece bajo la rubrica: "Plazo de vigor, duración y vigencia. " *El presente convenio colectivo, con independencia de la fecha de su inscripción en el Registro por las autoridades laborales competentes, entrara en vigor, a todos los efectos, el 1 de enero de 2013, salvo las cláusulas cuya fecha de efecto se especifique de forma expresa en el apartado correspondiente.*

La duración del convenio será de dos años a partir de su entrada en vigor, hasta el 31 de diciembre de 2014, prorrogándose en sus propios términos, de año en año, siempre y cuando no se denuncie su vigencia por una de las partes firmantes del mismo.

La denuncia del presente convenio deberá realizarse por escrito y ser comunicada a la otra parte con una antelación mínima de un 1 mes y máxima de 3 meses, al vencimiento del plazo de vigencia antes señalado y/ o de cualquiera de sus prorrogas.

La parte que formule su denuncia, y para que esta se considere válida a los efectos señalados en el apartado anterior, deberá remitir a la otra parte, en el plazo máximo de los dos meses siguientes al de la denuncia, propuesta concreta sobre los puntos y contenido que comprenda la revisión solicitada. Caso de incumplirse este requisito, se tendrá por no hecha la denuncia. De esta comunicación y de la propuesta se enviará copia, a efectos de registro, a la Dirección General de Trabajo "- descriptor 20-

TERCERO.- En el art. 2.1 se establece que: *"El horario laboral oficial de las oficinas de TES, TTE y T Sy A será:*

a) Verano- *Del 1 de julio al 31 de agosto, ambos incluidos Horario*

· *De 8 00 a 15 00 de lunes a viernes.*

b) Resto del año. Horario

· *De 8 30 a 18 00, de lunes a jueves. Existirá una hora para la comida, excepto en aquellos centros donde se pacte expresamente otra duración. La Comisión de Interpretación y Vigilancia será informada de estos casos*

· *De 8.30 a 14 30, los viernes." - descriptor 20-*

CUARTO.- El art. 4.3 dispone lo siguiente: Armonización de la vida laboral y familiar.-

"En las reducciones de jornada por guarda legal/cuidado de familiares, se estará a lo establecido en el art 37 del ET

El empleado podrá solicitar a la Dirección de la Compañía, y teniendo en cuenta lo previsto legalmente, horario continuado. La Compañía, en consideración a la conciliación de la vida laboral y profesional, y atendiendo siempre a la organización y necesidades en la prestación de los servicios podrá:

a) Denegar dicha solicitud, justificando las causas por escrito En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, el empleado podrá volver a solicitar de nuevo horario continuado

b) Aprobar dicha solicitud. En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, la Compañía podrá anular dicha jornada en horario continuado, justificando las causas por escrito

Todos aquellos empleados que actualmente viene realizando esta jornada continuada podrán seguir disfrutando de este derecho, salvo que anulen la citada reducción de jornada Si el empleado solicitase de nuevo una reducción de jornada, esta se regulara por lo previsto en el apartado anterior."- descriptor 20-

QUINTO.- El art. 7.2 dispone: Acceso al correo.- *"La RLT tiene derecho a*

a) Usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad sindical- enviar y recibir correos, interna y externamente

b) Enviar correos electrónicos a todos los empleados de su ambito o a colectivos de los mismos dentro de la empresa.

Normas de uso

a) El contenido de los envíos no podrá atentar contra el honor de las personas que integran la compañía No podrán contener comentarios despectivos, malsonantes o faltos de respeto hacia la compañía o los empleados que la integran, utilizando en todo momento la educación y buenas maneras

b) Se usarán los medios y procedimientos disponibles en cada momento Este derecho deberá ser ejercido de manera razonable

c) Cada Comité de empresa o Sección Sindical tendrá una dirección propia de envío de la cual será responsable la persona que designe el Comité de empresa o Sección Sindical.

d) En caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa interna de la compañía. Previo a la autorización, la Dirección de Personal deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones."

Los empleados tienen el derecho a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con la RLT, de acuerdo a las normas internas establecidas en los procedimientos de utilización de los sistemas."- descriptor 20-

SEXTO.- En los años 2015 y 2016, 27 trabajadores han reducido su jornada y la han desempeñado en horario continuado por acuerdo entre ellos y la empresa.- descriptor 26-

SÉPTIMO.- No consta que la dirección de personal de la empresa haya vetado comunicado sindical alguno difundido a través de las listas de distribución corporativas. La empresa suele llevar a cabo las peticiones de distribución de comunicación por esta vía en el plazo de 24 a 48 horas desde la solicitud del sindicato- testifical practicada a instancias de la empresa.-

OCTAVO.- En el procedimiento de utilización de listas de distribución masivas el sindicato utiliza la herramienta SIEVEL, reclama el nº, se envía un correo a RR. HH. adjuntando el comunicado y RR.HH. lo autoriza.- PACÍFICO-

Se han cumplido las previsiones legales. »

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de FESIBAC-C.G.T. siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la representación de TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGÍA, S.A., TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS, S.L. y TECNOCOM SYA , se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar la improcedencia del recurso, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBANC-CGT), se



formula demanda de impugnación de Convenio Colectivo contra el SINDICATO STIC, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA , TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA , COMISIONES OBRERAS , TECNOCOM S Y A , UNION GENERAL DE TRABAJADORES , CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA , TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS SL , siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en la que interesa se declare la nulidad de los siguientes preceptos legales del I Convenio colectivo de las empresas Tecnocom España Solutions S.L, Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom SA, suscrito entre las empresas y las secciones sindicales de CCOO y UGT con fecha 10-4-2.013, que fue publicado en el BOE mediante Resolución de 14 de junio de 2.013, el día 28 de junio de 2013 y del Acta de del Acuerdo de Modificación del Convenio Colectivo de Tecnocom España Solutions S.L, Tecnocom Telecomunicaciones y Energía y Tecnocom SA, suscrito entre las empresas y las secciones sindicales de CCOO y UGT y publicado en el BOE de 11-4-2.014:

1) la nulidad de las expresiones señaladas en negrita de la cláusula número 4.3 del I Convenio colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2.013, BOE 28 de junio de 2013), cuyo tenor literal es " *En las reducciones de jornada se estará a lo dispuesto en el art. 37 del estatuto de los trabajadores* .

El empleado podrá solicitar a la dirección de la compañía, y teniendo en cuenta lo previsto legalmente, el horario continuado. La Compañía, en consideración a la conciliación de la vida laboral y profesional, y atendiendo siempre a las necesidades de la prestación de servicios podrá:

a) *Denegar dicha solicitud, justificando las causas por escrito. En caso de que cambien las circunstancias de asignación proyecto o cliente, el empleado podrá volver a solicitar de nuevo el horario continuado.*

b) *Aprobar la solicitud. En caso de que cambien las circunstancias de asignación de proyecto a cliente, la compañía podrá anular dicha jornada en horario continuado, justificando las causas por escrito.*

Todos aquellos empleados que actualmente vienen realizando esta jornada continuada pueden seguir disfrutando de este derecho, salvo que anulen la citada reducción de jornada. Si el empleado solicitase de nuevo una reducción de jornada.Ésta se regulará por lo previsto en el apartado anterior"; por contravenir lo dispuesto en el art. 37.7 del Estatuto de los Trabajadores , procediendo a su supresión .

2) La nulidad de la Cláusula 7, apartado D) del I Convenio colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2013 (BOE de 28 de junio de 2013), cuyo tenor literal es:" *La empresa, previamente a autorizar el uso de las listas, deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones*".

Argumenta la demandante en su demanda, respecto de la primera de las peticiones, que supeditar la concreción horaria únicamente al interés empresarial, colisionaba con lo dispuesto en el 37.7 E.T. Y en cuanto a la segunda petición, que la misma vulneraba el derecho a la libertad sindical, reconocido en el art. 28 CE y desarrollado en el art. 8.1 de la LOLS , invocando asimismo el secreto de las comunicaciones del art. 18 CE .

CCOO adhirió a la petición de la actora.

2.- La Sala Social de la Audiencia Nacional, en sentencia de 13 de julio de 2016 (procedimiento 138/2016) desestima la demanda. Argumenta la sentencia que es ajustado a la norma legal (art. 34.8 ET) supeditar el cambio de jornada partida a continuada por razones de conciliación en base a necesidades del servicio; y que en tanto se garantice el uso ordinario del correo electrónico sin control por parte de la empresa, el hecho de supeditar el uso de las listas de distribución masiva de correos a la previa autorización de la empresa con conocimiento del contenido del correo, no supone una vulneración del derecho a la libertad sindical.

SEGUNDO.- Disconforme con la resolución de instancia, por la demandante se formula el presente recurso de casación, articulando dos motivos de recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 207 e) de la LRJS , denunciando la vulneración de las normas del ordenamiento jurídico y doctrina jurisprudencial, en concreto:

En el primero, la infracción de lo dispuesto en el artículo 37, apartados 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores , y del artículo 38.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 39 CE . Y en el segundo, la infracción de lo dispuesto en los artículos 7 y 28.1 CE , en relación con el art. 8.1 LOLS 11/1985 de 2 de agosto .

TERCERO.- En relación al primer motivo del recurso, en el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 37, apartados 6 y 7 ET y art. 38.4 ET , ha de señalarse lo siguiente:

1.- Las normas de aplicación al caso a considerar son:

El art. 4.3 del I Convenio de las empresas demandadas aplicable dispone bajo el título de Amortización de la vida laboral y familiar que:

"En las reducciones de jornada por guarda legal/cuidado de familiares, se estará a lo establecido en el art 37 del ET



El empleado podrá solicitar a la Dirección de la Compañía, y teniendo en cuenta lo previsto legalmente, horario continuado. La Compañía, en consideración a la conciliación de la vida laboral y profesional, y atendiendo siempre a la organización y necesidades en la prestación de los servicios podrá:

- a) Denegar dicha solicitud, justificando las causas por escrito En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, el empleado podrá volver a solicitar de nuevo horario continuado*
- b) Aprobar dicha solicitud En caso de que cambien las circunstancias de asignación a proyecto o cliente, la Compañía podrá anular dicha jornada en horario continuado, justificando las causas por escrito*

Todos aquellos empleados que actualmente viene realizando esta jornada continuada podrán seguir disfrutando de este derecho, salvo que anulen la citada reducción de jornada Si el empleado solicitase de nuevo una reducción de jornada, esta se regulara por lo previsto en el apartado anterior."

Los apartados 6 y 7 del art. 37 E.T

"6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria . No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social .

7. Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias."

Y finalmente, el art. 34.8 ET que dispone que:

"El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas".

2.- Ninguna duda cabe, que el precepto convencional impugnado, relativo a la "armonización de la vida laboral y familiar", en relación a las reducciones de jornada que contempla, tiene una directa remisión a lo dispuesto en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores , y a la norma estatutaria ha de estarse, sin que la norma convencional contravenga la misma ni pueda hacerlo.

Ahora bien, no es menos cierto que artículo 34.8 del ET reconoce al trabajador el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la personal, familiar y laboral, lo es en los términos que se establezcan en la negociación colectiva, que supone, en este supuesto, la aplicación de la norma convencional discutida. En el caso, consta acreditado que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 de la dicha norma convencional, la jornada ordinaria de trabajo (excepto en los meses de julio y agosto) es partida, siendo de lunes a viernes de 8,30 a 18 horas con una hora de interrupción para la comida.

El precepto convencional transcrito por su contenido y enunciado, evidencia su aplicación a los supuestos de reducción de jornada en relación a las situaciones de guarda legal y cuidado de familiares, lo cual no



significa que concedida la reducción automáticamente pueda convertirse la jornada en continuada, pues la reducción como refiere la sentencia recurrida operará sobre la jornada ordinaria del trabajador sin cambiar la conceptualización de ésta. La conversión en jornada continuada de la que no lo es, así como el horario flexible u otros modos de organizar el tiempo de trabajo y los descansos que permitan una mayor compatibilidad entre los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en la empresa, habrá de ampararse en lo dispuesto en el art. 34.8 ET, y su éxito estará supeditado lo que se establezca en la negociación colectiva o acuerdo entre empresario y trabajador con respeto a la norma legal.

En consecuencia, la claridad del precepto impugnado, con remisión a la norma legal que no puede obviarse ni evitarse, ha de estimarse ajustado a derecho. Ello conduce a la desestimación del primer motivo de recurso, sin necesidad de examinar la sentencia de esta Sala IV/TS que cita el recurrente de 16 de julio de 2014, por cuanto se refiere a supuesto no parangonable de impugnación de un acuerdo extraestatutario.

CUARTO.- 1.- En el segundo motivo, denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 7 y 28.1 CE, en relación con el art. 8.1 LOLS 11/1985 de 2 de agosto.

Entiende la recurrente que es ilícita la referencia del apartado D) de la cláusula 7 del Convenio Colectivo, en cuanto que en relación a la utilización de las listas corporativas en el uso del correo electrónico, en cuanto a que exige "la previa autorización de la Dirección de Personal que tendrá que conocer los textos y contenidos de las comunicaciones", por cuanto vulnera el derecho a la libertad sindical (art. 28 CE) y el derecho de las comunicaciones (art. 18 CE).

El art. 7.2 del Convenio Colectivo impugnado establece en relación al acceso al correo que:

"La RLT tiene derecho a

- a) Usar el sistema de correo electrónico corporativo para la actividad sindical- enviar y recibir correos, interna y externamente.*
- b) Enviar correos electrónicos a todos los empleados de su ámbito o a colectivos de los mismos dentro de la empresa.*

Normas de uso

- a) El contenido de los envíos no podrá atentar contra el honor de las personas que integran la compañía No podrán contener comentarios despectivos, malsonantes o faltos de respeto hacia la compañía o los empleados que la integran, utilizando en todo momento la educación y buenas maneras*
- b) Se usarán los medios y procedimientos disponibles en cada momento Este derecho deberá ser ejercido de manera razonable*
- c) Cada Comité de empresa o Sección Sindical tendrá una dirección propia de envío de la cual será responsable la persona que designe el Comité de empresa o Sección Sindical.*
- d) En caso de utilizar las listas de distribución corporativas, será previa petición a la empresa y de acuerdo a los procedimientos establecidos en la normativa interna de la compañía. Previo a la autorización, la Dirección de Personal deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones."*

Los empleados tienen el derecho a usar el correo electrónico corporativo para comunicarse con la RLT, de acuerdo a las normas internas establecidas en los procedimientos de utilización de los sistemas ."-

Como señala esta Sala IV/TS en sentencia de 22 de junio de 2011 (rco. 153/2010) recogiendo la doctrina constitucional, el derecho se fundamenta en la ponderación el reconocimiento del derecho a la acción sindical en el entorno de comunicación electrónica, pero siempre ponderando los intereses en juego, por lo que la respuesta gira en torno a dos ejes, uno relativo a la repercusión en la materia del derecho de libertad sindical y el otro concerniente a los criterios de ponderación de intereses a aplicar en el enjuiciamiento de estas cuestiones.

La repercusión del derecho de libertad sindical en materia de uso sindical de medios electrónicos o informáticos de la empresa, tal como se concibe en la sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, puede resumirse en los siguientes puntos:

- " 1) La actividad sindical en el seno de la organización productiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical de las organizaciones sindicales;*
- 2) Un ingrediente importante de la actividad sindical en la empresa es ciertamente la comunicación y la difusión de información de interés laboral o sindical entre los sindicatos y los trabajadores;*
- 3) El empresario tiene obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones;*



4) En particular, "el flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido" injustificadamente por el empresario;

5) En conclusión, la "negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa... (que)... constituya una mera resistencia pasiva", no justificada "en razones productivas" o en razones financieras, lesiona el derecho de libertad sindical.

El juicio de ponderación que permite en este tipo de casos apreciar si ha existido o no una "obstaculización" de las funciones representativas del sindicato "sin provecho alguno" se ha de establecer, siguiendo la propia sentencia del Tribunal Constitucional 281/2005, mediante un test en el que se pueda apreciar:

a) Si la comunicación sindical a través de tales medios de la empresa puede "perturbar la actividad normal" de la misma;

b) Si, en concreto, el uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa es compatible con el "objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto";

c) Si, "no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento", el uso sindical de tales medios genera "gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes".

Asimismo en la más reciente STS/IV de 26 de abril de 2017 (rco.113/2015), se recuerda que:

"A) El artículo 28.1 CE proclama que "todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

B) El artículo 7 de la Constitución prescribe que "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

C) El artículo 8.1 c) de la LOLS dispone que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo recibir la información que le remita su sindicato.

D) El reconocimiento de la libertad sindical tanto en el texto constitucional cuanto en numerosos instrumentos nacionales o en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) ha permitido que exista una rica jurisprudencia constitucional y ordinaria acerca de su alcance.

La interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE, efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE (para enlazar con los Convenios de la OIT 87 y 98), indica que la enumeración de derechos realizada por el art. 28.1 CE no es cerrada, sino que ha de integrarse con su contenido funcional: huelga, conflictos, acción sindical, expresión, negociación, etc. (por todas, STC 308/2000, de 18 diciembre). Puesto que ahora se discute acerca del contenido de la libertad sindical desde la perspectiva del derecho a difundir informaciones u opiniones interesa centrar la atención exclusivamente en tal aspecto.

En este sentido posee especial relevancia la STC 281/2005, sobre determinada vulneración del derecho de libertad sindical que COMFIA-CC.OO. consideraba había llevado a cabo una entidad bancaria, al haberle impedido la utilización de un instrumento de difusión de la información, en cuanto actividad encaminada a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores. En ella se razona del siguiente modo:

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).

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.



El empresario tiene obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad sindical, en cualquiera de sus distintas manifestaciones.

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

La "negativa a la puesta a disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa... (que)... constituya una mera resistencia pasiva", no justificada "en razones productivas" o en razones financieras, lesiona el derecho de libertad sindical.

El juicio de ponderación que permite en este tipo de casos apreciar si ha existido o no una obstaculización de las funciones representativas del sindicato sin provecho alguno se ha de establecer mediante un test en el que se pueda apreciar si la comunicación sindical a través de tales medios de la empresa puede "perturbar la actividad normal" de la misma.

Hay que examinar, en concreto, el uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa es compatible con el "objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto"; si, no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el ordenamiento, el uso sindical de tales medios genera gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

(...) Consideraciones del Tribunal.

A) Como se ha visto, 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 respete la proporcionalidad de sacrificios. En el presente caso:

Se debate sobre el uso de un instrumento informático, no acerca de la creación de nuevos cauces o mecanismos para posibilitar la acción sindical.

En el acuerdo conciliatorio de 27 de diciembre de 2012, la empresa "se compromete a publicar en la Intranet corporativa los comunicados emitidos por las Secciones Sindicales existentes en el banco sin ejercer el veto o control sobre la legalidad de los mismos y/o su veracidad o a si exceden de los límites informativos".

No se ha probado, ni siquiera alegado, por las empleadoras que la difusión de los comunicados rechazados perjudicase el sistema informático.

Se debate acerca de la difusión de documentos que el sindicato desea hacer llegar a los trabajadores por considerarlos hábiles al objeto de cumplir los fines que constitucionalmente le están asignados.

B) El habitual juicio de proporcionalidad que debe realizarse para comprobar si el derecho fundamental que se está ejerciendo ha sobrepasado sus límites esenciales, perjudicando de forma ilegítima otros, en este caso debe ajustarse a la falsilla diseñada por la STC 281/2005 . Su aplicación al caso muestra lo siguiente:

Nada se ha acreditado sobre una supuesta incompatibilidad entre el pretendido uso sindical de los medios de comunicación de propiedad de la empresa por parte de CC.OO. y la finalidad empresarial (productiva) de tales medios.

No aparece un coste adicional derivado de la acción sindical, que pudiera justificar la limitación impuesta por la empresa.

Tampoco se denuncia la posible existencia de virus informáticos, extensión desmesurada ("documentos pesados"), riesgo de colapso en las comunicaciones de la intranet, perturbaciones en el modo de atender a los clientes o de gestionar el trabajo interno, etc.

Además, el uso conflictivo se basa en un fundamento específico (el Acuerdo de 2012) y no solo (al margen de que fuera suficiente) en las reglas genéricas sobre derecho de información sindical. (...)"

D) Resulta pertinente recordar que la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige (SSTC 6/2000 , 49/2001 , y 204/2001), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España , § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997 ; 134/1999 ; 6/2000 ; 11/2000 ; 110/2000 ; 297/2000 ; 148/2001 , etc.).



Como muchas veces se ha dicho, las libertades de expresión e información ejercidas en el marco de la acción sindical, que no son derechos ilimitados y absolutos, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, deben conciliarse con la lícita protección de los intereses empresariales, deducidos éstos conforme a un juicio de ponderación, de manera que las restricciones que hayan de aplicarse habrán de ser adecuadas, imprescindibles y proporcionales a la protección de la libertad de empresa (por todas, STC 198/2004, de 15 noviembre).

(...) El marco constitucional de relaciones laborales obliga a enfocar los problemas como el ahora abordado combinando varias premisas:

La libertad de expresión y de transmisión de informaciones forma parte del contenido de la libertad sindical.

La empresa viene obligada a transmitir información sindical a través de los cauces existentes, salvo que ello comporte un perjuicio claro.

La función constitucional de los sindicatos y la libertad de expresión han de entenderse en sentido amplio, favoreciendo el ejercicio de tales derechos fundamentales".

(...) La jurisprudencia constitucional viene explicando que no todo incumplimiento de cualquier precepto referido al mismo es susceptible de infringir el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE, sino que tal violación del derecho fundamental se dará cuando dichos impedimentos u obstaculizaciones existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos (por todas, STC 30/1992, de 18 marzo). A esta consideración se aferra el recurso para, invocando las SSTC 187/1997 y 164/1993, exponer que no ha habido restricción de la libertad sindical que pueda considerarse arbitraria, contraria a la Ley o injustificada.

(...) La arbitrariedad, ausencia de justificación o ilegalidad de la conducta empresarial opuesta al ejercicio de la libertad de expresión refiere a parámetros diversos a los que utilizan las recurrentes para defender su actuación. En concreto, se relacionan con la existencia de una carga empresarial excesiva (costes económicos, distorsión del sistema productivo, ralentización de las comunicaciones internas, brechas de seguridad informática, deterioro reputacional ante terceros, etc.). Nada que ver con el entendimiento preconizado por el recurso (contenidos extralaborales, afirmaciones inexactas, documentos anexos)".

Aplicada la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, no podemos compartir en este punto la solución de instancia, puesto que la actitud empresarial ha de estimarse que vulnera el derecho a la libertad sindical (art. 28 CE), así como el secreto de las comunicaciones (art. 18 CE) en cuanto en relación a la utilización de las listas corporativas en el uso del correo electrónico, la empresa exige la previa autorización de la Dirección de Personal "que tendrá que conocer los textos y contenidos de las comunicaciones", por entender que la expresión además de vulneradora de derechos fundamentales, es arbitraria y está falta de justificación.

QUINTO.- En consecuencia, y visto el informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse en parte el recurso formulado por FESIBANC-CGT, respecto al segundo motivo de recurso, casando y anulando en parte la sentencia recurrida, y estimando en parte la demanda, declarar " la nulidad de la Cláusula 7, apartado D) del I Convenio Colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2003 (BOE de 28/06/2013) cuyo tenor literal es: "la empresa, previamente a autorizar el uso de las listas, deberá conocer los textos y contenidos de las comunicaciones", que se anula y deja sin efecto, manteniendo el resto de la resolución. Sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1º.- Estimar en parte el recurso de Casación interpuesto por la Letrada D^a Lourdes Torres Fernández, en nombre y representación de la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBAC-CGT), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2016 (procedimiento 138/2016) instada por la FEDERACIÓN DE SINDICATOS DE BANCA, BOLSA, AHORRO, ENTIDADES FINANCIERAS, SEGUROS, OFICINAS Y DESPACHOS DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (FESIBANC-CGT), contra el SINDICATO STIC, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, TECNOCOM TELECOMUNICACIONES Y ENERGIA, COMISIONES OBRERAS, TECNOCOM S Y A, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, TECNOCOM ESPAÑA SOLUTIONS SL, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, en reclamación de Impugnación Convenios. 2º.- Casar y anular en parte la sentencia recurrida y, estimando en parte la demanda, declarar " la nulidad de la Cláusula 7, apartado D) del I Convenio Colectivo de las empresas, con fecha 10 de abril de 2003 (BOE de 28/06/2013) cuyo tenor literal es: "la empresa, previamente a autorizar el uso de las listas, deberá conocer los textos y contenidos de las



comunicaciones", que se anula y deja sin efecto, manteniendo el resto de la resolución. 3º.- Sin que proceda pronunciamiento sobre costas (artículo 235 LRJS). 4º.- Publíquese la presente resolución en el BOE.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada D.^a Rosa María Virolés Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ