

## **No hay vulneración del derecho a la libertad sindical cuando la empresa implanta de manera razonable y justificada un nuevo sistema de comunicación sindical a través de una aplicación informática en sustitución del correo electrónico**

**El TS, con desestimación del recurso interpuesto, confirma la sentencia que entendió que la eliminación por la empresa del sistema tradicional de comunicación sindical a través de correo electrónico, y su sustitución por una aplicación informática para dispositivos móviles y tabletas, no vulneró el derecho a la libertad sindical.**

Señala que tal cambio de sistema de notificaciones es respetuoso con el art. 28 de la CE, y compite ventajosamente con el anterior. Conforme a la doctrina constitucional el empresario puede establecer limitaciones razonables y justificadas al uso de los medios de comunicación electrónicos con que cuente. Tal y como expone la sentencia recurrida, la empresa ha motivado el cambio de notificaciones en virtud de los cambios tecnológicos que normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; las funcionalidades de la aplicación compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; y ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos. A ello se añade que no se ha acreditado que exista una restricción o impedimento para que el sindicato recurrente realice envío de correos electrónicos personalizados.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia 545/2023, de 12 de septiembre de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 100/2021

Ponente Excmo. Sr. ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

En Madrid, a 12 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Cámara Cervigón, contra la sentencia n.º 3/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 2 de febrero, en autos n.º 471/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la entidad Allianche Healthcare España, S.A. (ALLIANCE), sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por vulneración de libertad sindical.

Ha comparecido en concepto de recurrida la entidad Allianche Healthcare España, S.A. (ALLIANCE), representada y defendida por el Letrado Sr. Gimeno Morán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT) interpuso demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por vulneración de libertad sindical del que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Tras exponer los hechos y fundamentos de

derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1) *Se declare el derecho de FeSP-UGT a la utilización del Correo Corporativo de ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A, para el envío de Correos Electrónicos de carácter sindical tal y como se ha venido haciendo durante años hasta el mes de Junio de 2020.* 2) *Se declare el Derecho de FeSP-UGT al acceso de la lista de distribución de la herramienta de correo corporativo de ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. para poder remitir los correos electrónicos de carácter sindical a todos los empleados de los distintos centros de trabajo de la empresa en España.* 3) *Se indemnice a mi representado con 6.251 Euros en concepto del resarcimiento por los daños y perjuicios morales producidos al haber lesionado su derecho a la libertad sindical por infracción muy grave en relación con el artículo 40.1.c de la LISOS.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por vulneración de libertad sindical, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha de 2 de febrero de 2021 se dictó sentencia ahora recurrida, con el siguiente fallo: "Desestimamos las excepciones de falta de competencia objetiva territorial y desestimamos la demanda formulada por representante legal de FEDERACIÓN DE EMPLEADAS Y EMPLEADOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE UGT (FeSPUGT) en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por vulneración de libertad sindical contra ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A., habiendo sido citado el MINISTERIO FISCAL, absolvemos a los demandada de las pretensión frente a él deducida en demanda. Sin costas".

CUARTO.- Dicha sentencia declara probados los siguientes hechos:

"1.º.- UGT es Sindicato Más Representativo a nivel nacional. La implantación que tiene en la empresa en el periodo de 1-8-2016 a 31-7-2020, respecto a los representantes unitarios elegidos en ALLIANCE son de un total de 52 Delegados, 15 de UGT, es decir, el 28,84% de la representación (descriptor 4).

2.º.- La empresa cuenta con centros de trabajo repartidos en varias Comunidades Autónomas, entre ellas, Cataluña, Madrid, Aragón ó Andalucía (descriptor 1).

3.º.- Hasta junio de 2020 se venía tolerando el uso de las listas de difusión (descriptor 11).

4.º.- La Empresa aprobó la Normativa Interna "Sobre el Uso de las Herramientas Informáticas", conforme a la cual se declaraba que el uso de Internet y la informática se ha convertido en una herramienta imprescindible para el desempeño de la actividad, estableciendo una serie de normas de conducta que regulan el uso de Internet y correo electrónico en la empresa, así como la utilización de los equipos informáticos que la empresa pone a disposición de los empleados que damos por reproducido (descriptor 9).

5.º.- La dirección de la empresa acuerda da acceso a la app con efectos 3 de junio de 2020, indicando que aunque no sustituye el uso de tablones sindicales y la distribución por los canales habituales de sus comunicados. Sin embargo se pretende evitar el uso incorrecto que del correo electrónico se ha analizado, en particular por la hiperinformación, correo no deseado o incluso inadecuada distribución masiva. El uso de la APP deberá ajustarse a las normas de conducta. Advirtiendo que la quiebra del código de conducta y o el uso irregular de la APP o de las herramientas informáticas, entre las que cita expresamente el correo electrónico dará lugar a sanciones disciplinarias (descriptor 11).

6.º.- Con fecha 9 de junio de 2020 la sección sindical de UGT contesta a la empresa que el escrito sobre acceso a la APP se contradice al afirmar que " el acceso a la APP no sustituye el uso de las labores sindicales y la distribución por los canales habituales de sus comunicados" para a continuación afirmar que " sin embargo su proporción pretende evitar el uso incorrecto que del correo electrónico se ha realizado en varias ocasiones, generando quejas por correo no deseado por hiperinformación o

incluso por inadecuada distribución masiva ", advirtiendo que el uso irregular de la APP o de las herramientas informáticas ( por el correo electrónico dará lugar a sanciones disciplinarias. Por tanto dice UGT que la empresa les dice que están incurriendo en algún ilícito susceptible de ser sancionado por la Dirección (descriptor 12).

7.º.- El número de usuarios que utiliza la app en la actualidad es de un 90% (descriptor 42 y testifical de Micaela).

8.º.- La aplicación tiene diversas funcionalidades de aplicación como el acceso a informaciones que da la compañía sobre la existencia de vacantes internas que se publica los lunes, un portal para el empleado en el que puede acceder a la nómina, un stock on line para la compra de productos, un apartado de noticias de ponte al día, un acceso a grupos de información sindical (descriptor 44 y testifical).

9.º.- La aplicación estaba activa desde 2018, la empresa llevó a cabo una campaña de promoción en la plantilla para fomentar su uso e introduce la aplicación como medio preferente cuando existía ya en el año 2020 más de 600 usuarios en la misma (testifical).

10.º.- El número de trabajadores de la empresa es de unos 1200 (testifical). Se han cumplido las previsiones legales".

QUINTO.- Contra la expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de Su Letrado, Sr. Cámara Cervigón, en escrito de fecha 9 de marzo de 2021, formalizó el correspondiente recurso, basándose en los siguientes motivos: PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS, por error de hecho en la apreciación de la prueba obrante en autos y, en concreto, pretendiendo la adición de hechos probados según consta en los documentos aportados en la prueba de la demanda. OCTAVO.- Al amparo del art. 207.d) LRJS la eliminación del hecho probado séptimo por ser contradictorio respecto a los documentos aportados en la demanda. NOVENO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por vulneración del art. 28 CE, en relación con el art. 2 Convenio 135 OIT, art. 10 Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y arts. 2, 6 y 8 LOLS. DÉCIMO.- Al amparo del art. 207.e) LRJS, por vulneración de los arts. 182 y 183 LRJS en relación con los arts. 8 y 40 LISOS.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SÉPTIMO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de septiembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.

Surge el presente procedimiento como consecuencia de la demanda interpuesta por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT; UGT) contra la empresa, al hilo de los derechos de comunicación e información. Se trata de un conflicto colectivo en el que aparece invocada la libertad sindical, de modo que se está siguiendo la modalidad procesal habilitada para la defensa de ese y otros derechos fundamentales.

1. Demanda de conflicto colectivo.

Como siempre que conocemos de una casación clásica, resulta especialmente relevante atender a los términos en que se ha impetrado la tutela judicial en la instancia.

Con fecha 28 de octubre de 2020 el representante de la Federación de Empleadas y Empleados de los Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT) presenta demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Expone que la cuestión suscitada afecta a centros de trabajo radicados en diversas Comunidades Autónomas y que la controversia surge porque Alliance ha eliminado el sistema tradicional de comunicación sindical a través del correo electrónico y lo ha sustituido por una aplicación informática para dispositivos móviles y tabletas ("app"). Invocando las previsiones del art. 183 LRJS, así como jurisprudencia constitucional y ordinaria, acaba solicitando una resolución mediante la cual:

- 1) Se declare el derecho de FeSP-UGT a la utilización del Correo Corporativo de ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A, para el envío de Correos Electrónicos de carácter sindical tal y como se ha venido haciendo durante años hasta el mes de Junio de 2020.
- 2) Se declare el Derecho de FeSP-UGT al acceso de la lista de distribución de la herramienta de correo corporativo de ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. para poder remitir los correos electrónicos de carácter sindical a todos los empleados de los distintos centros de trabajo de la empresa en España.
- 3) Se le indemnice con 6.251 euros en concepto del resarcimiento por los daños y perjuicios morales producidos al haber lesionado su derecho a la libertad sindical por infracción muy grave en relación con el artículo 40.1.c de la LISOS.

## 2. Trasfondo fáctico del conflicto.

Con independencia de la revisión fáctica interesada, que de inmediato abordaremos, la crónica de los hechos revela lo siguiente:

A) Tradicionalmente, la empresa admitía el uso de las listas de difusión por parte de los sindicatos, que podían remitir libremente información a la plantilla (unas 1200 personas). Desde 2018 la empresa promovió el uso de la app como medio preferente de comunicación interna.

B) El 3 de junio de 2020 la Empresa aprobó la Normativa Interna "Sobre el Uso de las Herramientas Informáticas", referida a Internet, correo electrónico y equipos informáticos. La justificó porque un mal uso de estas herramientas conlleva serios problemas de seguridad informática y de rendimiento, además de que diversas normas novedosas lo aconsejaban. Como objetivo principal indica reducir el riesgo de sanciones administrativas así como de posibles perjuicios económicos que puedan derivar de una utilización inapropiada de Internet y de las herramientas informáticas.

C) Mediante esa "Normativa Interna" la empresa da acceso a la app, indicando que aunque no sustituye el uso de tablones sindicales y la distribución por los canales habituales de sus comunicados, pretende evitar el uso incorrecto que del correo electrónico se ha analizado, en particular por la hiperinformación, correo no deseado o incluso inadecuada distribución masiva. El uso de la APP deberá ajustarse a las normas de conducta. Advirtiendo que la quiebra del código de conducta y o el uso irregular de la APP o de las herramientas informáticas, entre las que cita expresamente el correo electrónico dará lugar a sanciones disciplinarias (descriptor 11).

D) El número de usuarios de la app gira alrededor del 90%. La aplicación permite el acceso a las vacantes internas, a la nómina personal, compra de productos, noticias y grupos de información sindical.

## 3. SAN 3/2021 de 27 enero.

Mediante su sentencia 3/2021 de 2 de febrero la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional desestima la demanda, descartando tanto la falta de competencia territorial (excepcionada por la empleadora) cuanto la vulneración de derechos fundamentales. Expone que el cambio de sistema electrónico de notificaciones es respetuoso con el artículo 28 CE. A tal efecto reproduce extensamente las

consideraciones de nuestra STS (Pleno) 14 junio 2006 (rec. 5111/2004, *Prosegur*). Su decisión está basada en las siguientes valoraciones:

- \* La utilización de las apps se enmarca dentro del devenir habitual de la sociedad y en el caso concreto que nos ocupa, ha quedado acreditado que el uso de la app por los trabajadores es masivo.
- \* No consta que haya dificultades en el acceso, sino más bien lo contrario.
- \* Tampoco se ha acreditado que la app muestre menos o distintos contenidos, sino al contrario, son numerosas las funcionalidades con los distintos apartados que en la app se contienen, entre los que se encuentra con un fácil acceso los relativos a la información sindical.
- \* Respecto de la protección de datos, no consta que en la dimensión del derecho a la libertad sindical exista diferenciación alguna entre el uso de listado de correos electrónicos en masa y el uso de la app.

#### 4. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 9 de marzo de 2021 el Abogado y representante de UGT formaliza el recurso de casación que ahora resolvemos, estructurado en diez motivos. Los ocho primeros, al amparo del art. 207.d) LRJS por error en la apreciación de la prueba. Los siguientes, encauzados por el artículo 207.e) LRJS, denunciando infracción de los preceptos ya indicados en la demanda.

B) Con fecha 17 de marzo de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional suscribe escrito considerando que ni pueden prosperar los motivos de revisión fáctica ni existe vulneración alguna de la libertad sindical.

C) Mediante escrito fechado el 31 de marzo de 2021 la empresa demandada, representada y asistida por Abogado, formaliza su impugnación al recurso. Advierte que la revisión de hechos interesada no se ajusta a las exigencias jurisprudenciales, además de instar la adición de uno nuevo, basado en la aportación de documento al amparo del artículo 233 LRJS y valoración de otros ya existentes en los autos.

D) Con su escrito de 7 de septiembre de 2021 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 214.1 LRJS. Considera que el motivo subsidiario de oposición al recurso no puede prosperar, pues el documento aportado al efecto tampoco era admisible. Se opone al éxito de la revisión de hechos, por no ajustarse a las exigencias legales y jurisprudenciales. Respecto de los motivos de fondo, entiende que deben desestimarse pues así se desprende de la doctrina de esta Sala.

#### SEGUNDO.- Revisión de hechos probados.

El artículo 207.d) LRJS admite la posibilidad de que se articule un recurso de casación fundado en el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios". En concordancia, el artículo 210.2.b) LRJS dispone que "en los motivos basados en error de hecho en la apreciación de la prueba deberán señalarse de modo preciso cada uno de los documentos en que se fundamente y el concreto extremo a que se refiere, ofreciendo la formulación alternativa de los hechos probados que se propugna".

#### 1. Doctrina general sobre el motivo (por vía de recurso o de su impugnación).

A) Queda claro, pues, que la Ley no permite la reconsideración plena del material probatorio. Se limita, por el contrario, a posibilitar un reexamen excepcional de la declaración de hechos probados cuando a la luz de ciertas pruebas (de carácter documental), se acredite que algún extremo de la misma es, sin duda, equivocado. Las consecuencias de esta configuración legal son múltiples puesto que condiciona las posibilidades reales de que la revisión de hechos probados se produzca en casación.

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican las limitaciones legales y jurisprudenciales existentes en orden a la revisión de hechos probados. La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas. Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTS 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012), 25 marzo 2014 (rec. 161/2013), 2 marzo 2016 (rec. 153/2015) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).
2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.
3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.
4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].
5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas
6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.
7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.
8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

B) En diversas ocasiones, como recuerda la STS 684/2022 de 20 julio (rec. 111/2022) hemos puesto de relieve que el escrito de impugnación del recurso: 1) Puede alegar motivos de inadmisibilidad del recurso, interesar rectificaciones de hecho o formular causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia. 2) Dichas alegaciones han de efectuarse cumpliendo los requisitos establecidos para el escrito de interposición del recurso. 3) Solo puede interesar la inadmisibilidad del recurso o la confirmación de la sentencia recurrida, no solicitar la nulidad de la misma, ni su revocación total o parcial. 4) La naturaleza del escrito de impugnación no es similar a la del recurso, por lo que no cabe plantear por esta vía lo que hubiera podido ser objeto de un recurso específico. 5) La impugnación eventual no puede sustituir al propio recurso ni puede agravar por sí

misma la condena inicial, y en consecuencia no es posible la reformatio in peius por la sola circunstancia de haberse formulado una impugnación eventual a cargo de la parte recurrida. Aunque tenga algunos elementos en común o responda a finalidades similares, no sustituye al recurso que las partes deben interponer si interesa a su derecho.

Por otra parte, en el recurso de casación las alegaciones eventuales o subsidiarias de la parte recurrida tienen una regulación con matices diversos de la que es aplicable a la suplicación. En este último caso ( art. 197.1 LRJS) se permite a la parte recurrida al impugnar el recurso, con análogos requisitos a los requeridos para la formalización de los motivos de suplicación homólogos, alegar "eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la Sentencia". En el recurso de casación ( art. 211.1 párrafo segundo LRJS) cabe incluir en el escrito de impugnación "otros motivos subsidiarios de fundamentación del fallo de la sentencia recurrida o eventuales rectificaciones de hechos que, con independencia de los fundamentos aplicados por esta, pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte impugnante".

En definitiva, tal como admitió la STC 4/2006, el impugnante del recurso podrá solicitar no solo la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, sino también invocar en su escrito de impugnación al recurso argumentos jurídicos de refuerzo de la sentencia que no fueron empleados por esta, e incluso cuestiones jurídicas que planteadas en la instancia no fueron estimadas por el órgano judicial "a quo", aunque finalmente el resultado le fuera favorable. Pero aun siendo ello así y aunque resulte obvio reseñarlo, existe una diferencia esencial entre la posición del recurrente y la del impugnante, pues la finalidad del escrito de impugnación no es otra que lograr la confirmación de la resolución recurrida, ya sea por hechos nuevos o por fundamentos jurídicos diferentes, pero lo que nunca se podrá solicitar por este cauce es la revocación del fallo y su sustitución por otro ( STC 227/2002).

2. Delegado en el Comité de Empresa Europeo (Motivo 1.º del recurso).

A) En su primer motivo de recurso, el sindicato UGT pretende la incorporación de un nuevo HP para completar el relato de instancia del siguiente modo:

FeSP-UGT cuenta con, un Delegado Europeo en la Empresa ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. dentro del Comité de Empresa Europeo (EWC) del GRUPO WALGREENS BOOTS ALLIANCE, en la persona de D. Teodoro ".

B) El recurrente invoca documento acreditativo de su pretensión y afirma que es "sumamente importante" este dato por los efectos que pudiera tener en lo que se refiere al acceso a la lista de distribución.

C) El motivo no puede prosperar, puesto que se limita a afirmar, pero sin explicación alguna, la trascendencia que el dato posee en orden al éxito del recurso.

La parte parece confundir la importancia que ella misma concede a la utilización del correo electrónico con arreglo a las pautas precedentes con la relevancia que ha de poseer la rectificación de la crónica judicial en orden a la casación de la sentencia de instancia.

El HP que se desea incorporar carece de trascendencia desde la perspectiva del artículo 207.d) LRJS. La vulneración del derecho de libertad sindical existirá con independencia del uso que de la herramienta informática se realizare en la práctica. En todo caso, la circunstancia de referencia podría tomarse en cuenta a la hora de aquilatar el alcance de los daños y perjuicios sufridos, pero no para revertir el pronunciamiento que ha descartado la propia lesión del derecho fundamental.

3. Intervención del Delegado Europeo de UGT en la negociación del convenio colectivo estatal (Motivo 2.º del recurso).

A) El segundo motivo del recurso pretende la incorporación de otro HP para completar el relato de instancia del siguiente modo:

El Delegado Europeo de FeSP-UGT en la Empresa ALLIANCE HEÁLTHCARE ESPAÑA, S.A. forma parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos constituida el 13-2-2019.

B) El recurrente basa el motivo en el tenor del Acta constitutiva de la Comisión Negociadora correspondiente y afirma que se trata de algo trascendente porque afecta a los derechos laborales y económicos de los trabajadores.

C) Son del todo reproducibles en este caso las observaciones que hemos realizado respecto del motivo anterior, pero agravadas. La formulación del recurso dista mucho de cumplir con las exigencias que la LRJS ha acuñado para que sea pertinente corregir el relato de hechos elaborado por el tribunal de instancia.

El motivo incide en la misma confusión que el primero y omite cualquier razonamiento sobre el modo en que su éxito podría conducir a cambiar el resultado del litigio.

#### 4. Remisión empresarial de escritos al Delegado Europeo de UGT (Motivo 3.º del recurso).

A) El tercer motivo del recurso pretende la incorporación de otro HP para completar el relato de instancia del siguiente modo:

Que los escritos de fecha 3 y 8 -de junio de 2020 de la Empresa ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. son remitidos al Delegado Europeo de FeSP-UG en la Empresa, y fue a quien se le notificaron.

B) El recurrente basa el motivo en documentos aportados por ambas partes litigantes y proclama su relevancia porque lo perseguido es poder seguir enviando la información a través del correo corporativo.

C) Al igual que los dos anteriores, este motivo pretende la adición de un nuevo HP (sin indicarse orden de inclusión) por entender que el éxito del conflicto colectivo favorecería el mantenimiento del método tradicional de remitir la información sindical.

En términos procesales, la intrascendencia de lo pretendido es palmaria. El recurrente insiste en identificar su propio interés (del todo legítimo) con las exigencias del artículo 207.d LRJS (véase el apartado 1 del presente Fundamento).

El conflicto suscitado versa sobre eventual vulneración de la libertad sindical como consecuencia de las decisiones empresariales sobre uso del correo electrónico y de la aplicación informática ("app") posteriormente implementada. Que el uso sea a uno u otro efecto no resulta decisivo para cambiar el signo de la solución.

#### 5. Avatares del convenio sectorial (Motivo 4.º del recurso).

A) El cuarto motivo del recurso pretende la incorporación de otro HP (igualmente sin numerar) para completar el relato de instancia del siguiente modo:

Que mediante Acta del SIMA de 23 de junio de 2020 se llegó a un Preacuerdo en el bloqueo de las negociaciones del Convenio Sectorial y procedió a desconvocar la huelga anunciada en el Sector de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos.

B) El recurrente basa el motivo en el Acta albergadora del Preacuerdo y proclama su relevancia porque acredita que la decisión empresarial se adopta en un escenario de conflictividad.

C) Al igual que los tres anteriores, este motivo pretende la adición de un nuevo HP, pero ahora para asociar el cambio en el sistema electrónico de comunicaciones a los avatares del convenio sectorial. Y



también en este caso el recurso identifica el interés propio con el carácter decisivo de la adición instada, lo que no podemos aceptar.

Lejos de resultar decisivo, lo que este HP presupone es toda una valoración por completo ayuna de prueba. Pretende el motivo que la "Normativa Interna" es una especie de represalia asociada al curso de las negociaciones del convenio colectivo sectorial. Sin embargo: 1) El escenario negociador y el del cambio de sistema de comunicaciones son por completo diversos, sin acreditarse la conexión. 2) Queda acreditado que la app está operativa desde años atrás. 3) Como soporte del motivo aparece un Preacuerdo que no solo indica algo opuesto a conflictividad, sino que además tiene como partes a sujetos diversos de los que ahora litigan. 4) El dato que quiere introducirse en el pleito no resulta relevante para el signo del fallo. 5) Por descontado, el recurrente no evidencia error alguno en la valoración del material probatorio, sino que está queriendo redactar un relato acorde a sus convicciones.

6. Desarrollo de las negociaciones del convenio estatal (Motivo 5.º del recurso).

A) El quinto motivo del recurso insiste en la incorporación de otro HP (igualmente sin numerar) para completar el relato de instancia del siguiente modo:

Que el 5-6-2020 estaban produciéndose las negociaciones del convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos y según los sindicatos USO, CCOO y UGT, tal y como indican en su comunicado n.º 22, las posturas entre ambas partes estaban muy alejadas.

B) El recurrente basa el motivo en el documento sindical que fue el último remitido por correo electrónico a toda la plantilla de la empresa. Considera que se trata de hecho relevante porque el comunicado indica que las posturas estaban alejadas y que quizá fuera necesario recurrir a la huelga.

C) Al igual que los anteriores, este motivo pretende la adición de un nuevo e innominado HP, pero cuya trascendencia para la resolución del litigio no atisbamos.

Son varias las razones de ello: 1) La trascendencia del nuevo HP aparece afirmada, pero no explicitada. Resulta del todo inadecuado que esta Sala construya el recurso, atribuyendo deducciones o significados específicos-. 2) No se debate ahora sobre la actitud empresarial en el marco de las negociaciones sectoriales, por lo demás con trayectoria del todo usual (incluyendo comunicados de discrepancia, llamadas a una posible movilización, comparecencia en el SIMA, etc.). 3) El eventual indicio que quizá quiere aportarse (para trasladar a la parte demandada la carga probatoria sobre legitimidad de su cesión) ha sido sobradamente desvirtuado por las cuatro líneas argumentales de la SAN recurrida (véase el apartado 3 de nuestro Fundamento Primero).

7. Suspensión por ERTE asociado a la COVID-19. (Motivo 6.º del recurso).

A) Manteniendo el común denominador de los motivos precedentes, el sexto interesa que la crónica judicial quede completada del siguiente modo:

La Empresa ALLIANCE HEALTHCARE ESPAÑA, S.A. registró un ERTE por fuerza Mayor el 27 de abril de 2020.

B) El motivo invoca prueba documental y afirma que su trascendencia deriva de que permite acreditar la existencia de conflictividad a nivel de empresa.

C) Nuevamente estamos ante un hecho al que el recurrente asigna una valencia subjetiva pues dista de acreditar conflictividad el que una empresa se viera afectada por las consecuencias de la pandemia y considerase subsumible el supuesto en la fuerza mayor tipificada a tal efecto por la legislación de emergencia. Máxime cuando ni siquiera consta que la decisión empresarial de referencia fuera

cuestionada sindicalmente, censurada por la Administración Laboral o considerada ilegal por los tribunales.

Pese a ello, siendo apreciable de oficio la existencia de cosa juzgada y conociendo esta Sala sus propias decisiones, debemos recordar que nuestra STS 464/2022 de 19 mayo (rec. 8/2022) entendió que la resolución administrativa impugnada, que no constató la concurrencia de fuerza mayor COVID en empresa distribuidora de productos farmacéuticos, causada por la suspensión de visitas comerciales a las farmacias, no se ajustó a Derecho. Pero no apreciamos en esa resolución dato alguno que pudiera asociar la errónea decisión empresarial sobre la causa de su minoración de actividad con el debate acerca del correo electrónico.

8. Denuncia ante la Inspección de Trabajo. (Motivo 7.º del recurso).

A) En su séptimo motivo de recurso, el sindicato UGT pretende la incorporación de un nuevo HP para completar el relato de instancia del siguiente modo:

Que con fecha 1 de julio de 2020 se presentó Denuncia a la Inspección de Trabajo en relación con la conducta de la empresa en lo que a la utilización del correo electrónico corporativo se refiere, por parte del delegado del Comité Europeo de FeSP-UGT, D. Teodoro.

B) El motivo invoca la prueba documental en que se basa y reafirma la relevancia de la adición pues el Delegado consideraba que la empresa estaba vulnerando la libertad sindical.

C) Este motivo incurre en los defectos procesales de los anteriores, si acaso con mayor claridad todavía. Carece de trascendencia que la parte promotora del presente conflicto colectivo presentara con anterioridad una denuncia ante la Inspección de Trabajo por los mismos motivos que ahora reitera. La denuncia no es un antecedente de la decisión empresarial, sino protesta frente a la misma, de manera que ni siquiera podría valer como indicio.

Esa inocuidad, en términos procesales, impide que el motivo pueda tener éxito.

9. Implantación porcentual de la app. (Motivo 8.º del recurso).

A) En su octavo motivo de recurso, el sindicato UGT pretende la eliminación del HP Séptimo, cuyo tenor conviene recordar:

7.º.- El número de usuarios que utiliza la app en la actualidad es de un 90% (descriptor 42 y testifical de Micaela).

B) El Descriptor invocado por la SAN indica que la empresa contaba con 1139 personas empleadas y el recurso advierte que el testimonio invocado choca con el gráfico (Descriptor n.º 43) aportado por la propia empresa donde aparecen unas 700 personas como usuarias.

C) La valoración de la prueba testifical no puede revisarse a través de un recurso extraordinario como es el de casación, aunque sí cabe corregir los errores del juzgador cuando queden patentes mediante invocación de prueba documental.

De manera leal, el sindicato recurrente advierte que construye su motivo con base en una prueba que no reconoció como válida en el acto del juicio, pero que sirve para acreditar que el número de usuarios en enero de 2021 rondaba los 700 y no los más de mil que supondría el 90% de 1200 personas.

El recurso quiere acreditar las contradicciones e insuficiencias del mismo documento que toma como base para cuestionar la validez del testimonio invocado por la SAN a la hora de construir el HP de referencia. Lo que sucede es que, de ese modo, está socavando los propios cimientos de su tesis: si el documento en cuestión carece de fiabilidad y el testimonio sí la ha merecido (sin que se haya tachado

por motivo válido alguno) resulta difícil de sostener que el tribunal ha incurrido en el error grosero que exige el que alteremos su ponderación del material probatorio.

El Ministerio Fiscal ha puesto de relieve todo ello cuando concluye que "los hechos probados de la sentencia ya toman en consideración y valora los documentos en que pretenden sustentarse estos motivos y lo único que realiza la parte recurrente en una distinta valoración e interpretación de esos hechos, desde un punto de vista subjetivo e interesado que no puede sustituir la imparcial valoración realizada por el tribunal sentenciador. En todo caso esa modificación o adición en los hechos probados resulta intrascendente para el fallo y en ningún aportan elementos distintos a los de la sentencia para entender que la conducta empresarial constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical, en su faceta de garantizar el deber de información. Pese a la extensión de su redacción la parte recurrente no justifica en esos motivos la relevación que las modificaciones propuestas puede tener de cara a la fundamentación y al fallo de la sentencia".

Por otro lado, la impugnación al recurso pone de relieve el alcance de los diversos documentos aportados, que no poseen el valor unilateral pretendido por el recurso tanto por referirse en ocasiones a otras empresas del grupo cuanto por venir datados en momentos diversos. Es decir, la mención aislada de un documento gráfico no permite considerar que el tribunal juzgador haya incurrido en el error que la LRJS establece como presupuesto para su corrección.

10. Tolerancia empresarial respecto del correo electrónico (Adición postulada por la empresa impugnante).

A) En su escrito de impugnación del recurso la empresa interesa la adición de un HP para reforzar el tenor de la sentencia recurrida. Conforme al mismo:

Undécimo.- la empresa no ha limitado el uso del correo electrónico con fines sindicales para comunicaciones individuales de los sindicatos con sus afiliados.

B) El motivo persigue acreditar que la restricción en el uso del correo electrónico impuesta por la empresa no se refiere a comunicaciones selectivas, entre el sindicato y los afiliados, sino solo a la remisión de comunicaciones generales. Invoca al efecto diversos escritos obrantes en autos así como, al amparo del art. 233.1 LRJS, un escrito posterior a la celebración del juicio.

C) Debemos recordar que nuestro Auto de 8 de julio de 2021 declinó la pretendida incorporación del citado documento: Por lo pronto, da cuenta de algo que ha sucedido tras la celebración del juicio, de modo que su admisión comportaría reabrir el trámite de práctica probatoria y conclusiones. En segundo lugar, no se trata de algo decisivo para la resolución del litigio, que en modo alguno plantea la imposibilidad de utilizar la nueva aplicación informática. En tercer lugar, es perfectamente compatible el uso de la nueva aplicación por parte de UGT y la pretensión de que se haya vulnerado su libertad sindical al no proseguir el régimen de utilización del correo corporativo.

En línea con lo entonces expresado debemos salir al paso de la preocupación empresarial de que se le condene por algo que no ha sucedido. Lo que aquí se discute es la validez de una Normativa empresarial que pone coto al envío masivo de informaciones sindicales a través del correo electrónico. No aparece entre los hechos probados, ni antes ni ahora, algo diverso.

En todo caso, la adición pretendida es inatendible, puesto que comporta una valoración subjetiva y el enunciado de un hecho negativo.

TERCERO.- Utilización sindical de medios telemáticos de la empresa.

Para resolver los temas de fondo suscitados se hace preciso recordar la doctrina sentada sobre la materia, que aparece invocada tanto por la sentencia recurrida cuanto por el recurso y su impugnación o por el Ministerio Fiscal.

## 1. Acomodación del artículo 8.2.a LOLS a la realidad electrónica.

El artículo 8.2.a) LOLS dispone que "Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores". Se trata de norma no solo expresamente invocada por el recurso, sino también relevante para adoptar una premisa concreta en orden a su resolución. No tanto por su literalidad (al aludir a un tablón de anuncios) sino por la reinterpretación que hace ya tiempo acogió la jurisprudencia.

Ya nuestra sentencia de 17 mayo 2012 (rec. 202/2011, *Atento Teleservicios*) recopiló la doctrina sobre el particular y ponía de relieve que la obligación de facilitar ese flujo informativo del sindicato hacia "los trabajadores en general" se extendía al uso de los instrumentos electrónicos de comunicación disponibles.

## 2. La STC 281/2005 de 7 noviembre.

Especial relevancia posee la sentencia constitucional 281/2005, de 7 noviembre (caso *BBVA*), extensamente invocada por el recurso y cuya doctrina está presente a lo largo de toda nuestra jurisprudencia. Resulta necesario repasar una vez más, sus trazos fundamentales.

### A) Relevancia del derecho de información para el ejercicio de la libertad sindical en la empresa.

La libertad de información "constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad 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...".

### B) Ejercicio de la libertad sindical respetuoso con la actividad empresarial, de modo que no la perjudique.

"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) Recurso a medios telemáticos que no comporten un gravamen adicional para el empleador:

"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".

### D) Diferencias entre uso de un sistema de correo electrónico preexistente y establecimiento de uno específico

"Frente a ello, 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[...]... 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 " (FJ 5).

### E) Obligación empresarial de permitir el uso razonable del sistema de correo electrónico preexistente

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.

### 3. Tipología aplicativa.

En uniforme aplicación de estos criterios han sido varias las sentencias dictadas por esta Sala que han negado o reconocido el derecho de las secciones sindicales a disponer de una cuenta corporativa de correo electrónico, en función de que pudiere o no considerarse un gravamen excesivo para la empresa no previsto en la normativa convencional y que suponga la asunción de costes económicos o de gestión que el empleador no está obligado a afrontar. Recordemos alguna de ellas.

A) La STS 23 julio 2008 (rec. 97/2007, caso FEVE ) estima la pretensión de la sección sindical demandante porque la empresa no había probado la imposibilidad de atender a ese derecho por los cambios que estaba efectuando en el sistema informático, ni el perjuicio económico que pudiere suponerle el traslado a otro soporte informático, "sobre lo que ninguna actividad probatoria se ha llevado a cabo, o al menos con resultados, tendente a demostrar que, de existir esas transformaciones, efectivamente imposibilitaban lo reclamado", mientras que por el contrario, estaba permitiendo esa utilización del correo electrónico a otros sindicatos.

B) La citada STS 17 junio 2010 (rec. 68/2009, caso Makro ) deniega el derecho al local solicitado por las secciones sindicales, habida cuenta de que a la empresa le comportaría un gravamen económico. Más adelante volveremos sobre ella, dada su relevancia en este procedimiento.

C) La STS 3 mayo 2011 (rec. 114/2010, caso Principado de Asturias ) contiene tres pronunciamientos destacables:

1.º) La empresa no puede oponerse con el argumento de que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produce una perturbación del proceso productivo, porque eso "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".

2.º) Al tratarse de la utilización de una herramienta de la producción no puede perjudicarse el uso específico empresarial, debiendo hacerse 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".

3.º) Habiéndose acreditado la existencia de problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema informático), y que no se prohibido el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical. No se ha vulnerado por tanto el derecho del sindicato a transmitir información a los trabajadores".

D) La STS 22 junio 2011 (rec. 153/2010, caso Leroy Merlin ) desestima la demanda dado que "no está garantizado, al menos en el momento de la interposición de la demanda, el uso sindical de los medios de comunicación de la empresa sin perturbación de la actividad de la misma y de los objetivos de

intercambio de información para los que fueron creados. Y consta, además, que, en las circunstancias del caso, la puesta a disposición de tales medios para los sindicatos comporta costes adicionales significativos para la empresa...".

E) La citada 17 mayo 2012 (rec. 202/2011, *Atento Teleservicios* ) desestima la pretensión sindical pues lo allí pedido equivale a que la empleadora tuviera que dotar a la mayoría de sus trabajadores de un correo electrónico del que carecen. "No estamos, pues, ante la valoración de si el uso del sistema de comunicación puede ser aprovechado para la información sindical, sino frente a la pretensión de que se instaure un cauce informático ex novo, sin apoyo en mandato convencional alguno (el convenio colectivo aplicable -Convenio estatal de Contact Center- se limita en su art. 78 a la regulación clásica del tablón de anuncios en cada centro de trabajo) ".

F) La STS 667/2016 de 14 julio (rec. 199/2015, caso Cruz Roja Española ) declara que la empleadora ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la sección sindical accionante al negarse a facilitarle una cuenta de correo electrónico y el acceso a las listas de distribución de correos masivas, la nulidad radical de esa conducta, obligando al pago de una indemnización de 1.500 euros en concepto de daños y perjuicios.

G) La STS 134/2019 de 21 febrero (rec. 214/2017, caso Airbus ) desestima el recurso empresarial frente a la sentencia condenándola a facilitar una cuenta de correo electrónico a determinada sección sindical, constando que otras ya disponían de ella y sin que la empresa alegue aumento de costes o incidencia negativa en su actividad, sino tan solo la menor representatividad del sindicato.

H) La STS 947/2022 de 30 noviembre (rec. 66/2020, caso UPV/EHU ) legitima el bloqueo del correo electrónico a sindicato que pierde implantación, máxime "cuando el perímetro de aplicación contemplado por los negociadores para el uso de los citados medios electrónicos se ajusta o ciñe a las organizaciones sindicales con implantación o representación en la UPV/EHU, no puede entenderse vulnerador de su libertad sindical".

I) Las limitaciones que la empresa viene imponiendo a la libertad sindical con su negativa a facilitar la cuenta de correo electrónico aparecen sin el contrapeso de una justificación objetiva y razonable, lo que comporta su desajuste jurídico, por utilizar el enfoque de la STS 1033/2020 de 25 noviembre (rec. 39/2019, caso Teleperformance ).

J) Se vulnera la libertad sindical si le empresa deniega a la Sección Sindical una cuenta de correo electrónico con acceso a la lista de distribución de toda la plantilla, basándose en el tenor de una ambigua norma convencional y sin invocar onerosidad o gravamen especiales ( STS 71/2023 de 25 enero, rec. 62/2021, *AYESA Ingeniería y Arquitectura* ).

CUARTO.- Vulneración de la libertad sindical (Motivo 9.º del recurso).

Sobre las expuestas bases (sintetizadas por los apartados finales de los dos Fundamentos precedentes) vamos a abordar ya frontalmente la resolución del recurso, en sentido desestimatorio. A ellas añadimos ahora una doble consideración sobre la relevancia de la libertad sindical y la distribución de la carga probatoria.

#### 1. Formulación del motivo.

El motivo se interpone al amparo del artículo 207.e) LRJS por infracción del artículo 28 de la Constitución en relación con el artículo 135 del Convenio de la OIT, artículo 10 de la Directiva Europea 2009/38 CE y los artículos 2, 6 y 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

En el desarrollo del motivo se incluyen otros preceptos como los artículos 7 y 10.2 de la Constitución.

#### 2. Relevancia del derecho en cuestión.

La libertad sindical garantiza a los Sindicatos un ámbito de actuación para autoorganizarse por medio de instrumentos adecuados para la efectividad de su acción sindical, como las secciones y delegados sindicales, a tenor del art. 8.1 a) LOLS, con capacidad para ejercer las actividades en defensa y protección de los trabajadores, tal y como dispone el art. 2.1.d) LOLS.

Resulta pertinente traer a colación la muy conocida doctrina constitucional conforme a la cual los sindicatos pueden ejercer todas aquellas actividades encaminadas a cumplir las funciones que la Constitución y el Ordenamiento Jurídico les atribuye. Conforme a ella, aunque el tenor literal del art. 28,1 CE parece restringir el contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, una interpretación sistemática con el art. 10,2 CE aboca a que su enumeración de derechos no constituye un *numerus clausus* sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional, el derecho a la actividad sindical, 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 ( SSTC, 39/1986, 30/1992 y 173/1992, entre otras). Nuestra STS 1037/2021 de 20 octubre (rec. 98/2020, caso CASBEGA ) la ha sintetizado del siguiente modo.

El derecho reconocido en el artículo 28.1 CE es un derecho complejo o genérico integrado por el conjunto de derechos, libertades y facultades que identifican o hacen reconocible su ejercicio ( STC 11/81 y 70/82). La delimitación del contenido del derecho de libertad sindical debe construirse a la luz de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 CE según el canon hermenéutico del artículo 10.2 CE que remite a los acuerdos y tratados internacionales suscritos por España, destacando en este punto concreto, la necesidad de acudir a los Convenios de la OIT números. 87 y 98 ( SSTC 105/92; 164/199; 145/1999 y 198/2004, entre muchas otras). En atención al sujeto titular de cada derecho tal como se desprende directamente del artículo 28.1 CE, es posible distinguir una doble vertiente de la libertad sindical: la individual y la colectiva.

Por lo que aquí interesa, el derecho a la libertad sindical, en su vertiente colectiva, comprende, además de la literalidad que se desprende del artículo 28.1 CE, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, lo que supone el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros ( SSTC 4/1983; 127/1989; 30/1992; 168/1996; 145/1999 y 17/2005, entre otras). Aun cuando del tenor literal del artículo 28.1 CE parece deducirse la restricción del contenido del derecho de libertad sindical a una faceta o vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, el contenido de tal precepto no constituye un *numerus clausus* sino que integra, también, la vertiente funcional del derecho; esto es el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en definitiva, a desplegar los medios de acción necesarios para cumplir las funciones que constitucionalmente le corresponden ( SSTC 105/1992; 173/1992; 308/2000; 281/2005 y 108/2008, entre otras).

Consecuentemente en el artículo 28.1 CE se integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva del ejercicio de todos los medios lícitos a tal fin y sin indebidas interferencias de terceros ( SSTC 94/1995; 127/1995; 107/2000; 121/2001; 213/2002 y 198/2004, entre otras). Por tanto, el ejercicio de esa acción sindical confiere al sindicato un amplio margen de actuación, más allá, incluso de las vertientes más propias y significativas del derecho (negociación colectiva, Huelga, conflictos colectivos) que comprende cualquier forma lícita de actuación que las organizaciones sindicales consideren adecuadas a los fines a las que están llamadas ( SSTC 1423/1991; 1/1998; 213/2002; 185/2003 y 198/2004, entre otras).

En coherencia con dicho contenido constitucional, este derecho fundamental tiene su desarrollo en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de libertad sindical (LOLS), donde se establece que, en el plano

colectivo, el derecho de libertad sindical comporta que las organizaciones sindicales, en el ejercicio de la libertad sindical, tengan derecho al "ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella" [ art. 2.2 d) LOLS ]. Por tanto, la libertad sindical se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical.

Pero el derecho fundamental a la libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por otros derechos o facultades adicionales atribuidos por la propia Ley Orgánica de libertad sindical y otras normas o convenios - participación institucional, facultad de los sindicatos para promover y participar en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores, nombrar en su caso los correspondientes delegados sindicales, etc.-, de forma que los actos contrarios a este contenido adicional, en el marco de su regulación infraconstitucional, son también susceptibles de infringir el art. 28.1 CE (n. 39/1986; 51/1988; 30/1992; 292/1993; 132/2000; 257/2000 y 281 /2005 entre otras muchas).

### 3. Carga probatoria pertinente.

En esta materia es imprescindible traer a colación la regla del artículo 181.2 LRJS, cuya denuncia también desarrolla el recurso: "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

Como recuerda la STS 954/2022 de 13 diciembre (rec. 40/2021, caso Capgemini España ) nuestra doctrina viene insistiendo en la necesidad de distinguir entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba.

En definitiva, la no aportación de indicios, la no aportación de elementos que lleven al juzgador a percibir la apariencia de la presunta violación determinará la inaplicación de la consecuencia prevista en el artículo 181.2, es decir, la no exigencia al demandado de la aportación de la justificación de la objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la medida combatida. Así lo venimos determinando desde antiguo, señalando que ante la inexistencia de indicios o de simple apariencia "de que se haya producido una violación de la libertad sindical de los actores y, por tanto, no es aplicable la especial regla de la carga de la prueba que establece, en tales casos, el artículo 178.2 LPL (hoy 181.2 LRJS ), de que, constatada la concurrencia de tales indicios, se desplaza hacia el demandado la carga de acreditar que la medida adoptada es objetiva, razonable y proporcionada. Al no producirse el presupuesto inicial exigido en el art. 178.2 (hoy 181.2 LRJS ) citado son aplicables las reglas del art. 1214 CC que impone a los demandantes la aportación de la prueba de que han sido discriminados por razones sindicales" ( STS de 27 de septiembre de 1993, rec. 3034/1992 ).

En ese mismo sentido, conviene recordar que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 diciembre, FJ 4 y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es



ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

#### 4. Consideraciones finales.

A) No cabe duda de que el conflicto colectivo (y el recurso) ha activado la protección de un derecho fundamental especialmente tutelado en el terreno de las relaciones laborales, tanto por su ubicación constitucional cuanto por la función asignada al sujeto que lo promueve.

La remisión de informaciones o comunicados tanto a sus afiliados cuanto a la generalidad de la plantilla constituye una manifestación de la libertad sindical que, en cuanto contenido adicional de la misma a la vista del alcance dado al artículo 8.1.1 LOLS, debe tutelarse.

B) De conformidad con la doctrina constitucional, la empresa que posee un sistema de comunicación electrónica con sus empleados debe permitir que el sindicato lo utilice a los efectos recién reseñados. No se trata de un derecho absoluto, pero sus restricciones han de justificarse, sea en el sobre coste para la empresa, sea en la perturbación de la actividad productiva, sea en cualesquiera otras circunstancias que aboquen a su negación o restricción.

En el presente caso la SAN recurrida considera que el nuevo medio de comunicación (la app) compite ventajosamente con el anterior. La carga que pesa sobre la empresa no debe llegar al extremo de obligarle a mantener determinado sistema de comunicación electrónica, pero sí a justificar las restricciones impuestas. La resolución de instancia ha expuesto varios motivos que, a nuestro juicio, son suficientes para considerar cumplido ese deber: 1.º) los cambios tecnológicos normalizan el recurso a las aplicaciones informáticas multifuncionales; 2.º) no constan dificultades en el uso de la nueva aplicación; 3.º) Las funcionalidades de la app compiten ventajosamente con las listas de distribución anteriores; 4.º) ningún menoscabo aparece desde la perspectiva del tratamiento de datos.

A ello cabe añadir que no se ha acreditado, ni enjuiciado, que exista una restricción o impedimento para que el sindicato realice envío de correos electrónicos personalizados.

C) El Ministerio Fiscal advierte que el motivo alberga juicios de valor subjetivos en los que se alega que la actuación empresarial se produce como represalia contra el sindicato demandante y ahora recurrente, pero sin ir más allá de esa genérica denuncia y sin aportar elemento alguno que corrobore o sustente tal afirmación. El motivo se limita a intentar resaltar las diferencias entre las comunicaciones por correo electrónico y las que se realizan conforme al sistema a través de app. De los hechos probados de la sentencia se deriva que ese nuevo sistema de comunicación garantiza ese derecho fundamental o la libertad sindical y que el derecho de información y comunicación no sufre ninguna limitación o norma.

D) La doctrina constitucional expuesta permite que el empresario establezca limitaciones razonables y justificadas al uso de los medios de comunicación electrónicos con que cuente. Tal es lo acaecido en el presente supuesto.

E) Asimismo, los indicios sobre vulneración del derecho de huelga están convincentemente contrarrestados por los datos fácticos y razonamientos de la sentencia recurrida. Subrayemos que las negociaciones del convenio sectorial tienen lugar en un ámbito diverso y que las medidas de presión eventualmente articuladas o los comunicados sindicales van referidos al mismo (principio de correspondencia).

F) En buena parte de sus pasajes, el motivo incurre en una petición de principio: identifica el acceso prioritario al uso de la app y abandono del correo electrónico con la pura negativa empresarial al uso de ese medio de comunicación y la ausencia de alternativa.

Ese error impide que podamos entender vulnerada nuestra doctrina. En el apartado 3 del precedente Fundamento hemos recordado sus trazos fundamentales, que ahora reafirmamos. Y es que el supuesto ahora examinado poco tiene que ver con los reseñados, en especial con el de la STS 667/2016 de 14 julio que invoca el recurrente.

Del mismo modo, la STC 281/2005 incorpora la obligación empresarial de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical. Lo que, precisamente sostiene la SAN recurrida es que, en nuestros días, tan adecuado como el correo electrónico es la aplicación informática. Adicionalmente, digamos que algunos argumentos sobre rastro informativo de la persona que accede a los mensajes sindicales a través del correo (existente, pero no en el caso de la app) juegan en contra de la privacidad y tratamiento de datos que el recurso defiende en otros pasajes.

QUINTO.- Indemnización reparadora (Motivo décimo).

El último motivo del recurso, presuponiendo el éxito del precedente, va dirigido a la fijación de la cuantía indemnizatoria adecuada para reparar la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical.

Al quebrar el presupuesto en que se asienta, debemos desestimarlos sin necesidad de examinar sus concretos términos.

SEXTO.- Resolución.

Por las razones y argumentos que hemos ido exponiendo, de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT).

Dada la condición subjetiva del recurrente, sin embargo, el fracaso de su recurso no comporta que debamos imponerle las costas generadas a la contraparte.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: 1.º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT), representada y defendida por el Letrado Sr. Cámara Cervigón.

2.º) Confirmar y declarar firme la sentencia n.º 3/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 2 de febrero, en autos n.º 471/2020, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la entidad Allianche Healthcare España, S.A. (ALLIANCE), sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, por vulneración de libertad sindical.

3.º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

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

Así se acuerda y firma.