

REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: retribución del crédito horario: aplicación del principio de omniequivalencia retributiva; incentivo a la producción: devengo en su totalidad sin que deban computarse, a efectos del absentismo laboral, las ausencias por el ejercicio de funciones representativas: Boletín Oficial del Estado.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 4597/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés

El TSJ **desestima** el recurso de suplicación interpuesto por el organismo público demandado, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid, el 10-06-2004, en autos promovidos en reclamación de tutela del derecho de libertad sindical.

En la Villa de Madrid, a ocho de octubre de dos mil cuatro, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978,

EN NOMBRE DE SM EL REY Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación número 4597/04 formalizado por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 10-6-04, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid, en sus autos número 425/04, seguidos a instancia de D. Santiago y D. Javier frente a Boletín Oficial del Estado y Ministerio Fiscal, en reclamación por Tutela de Derechos Fundamentales, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. Juan Miguel Torres Andrés, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

«VII.–Se ha agotado la vía previa».

TERCERO

En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: « Que estimando la demanda formulada por D. Santiago y D. Javier contra Boletín Oficial del Estado, debo declarar y declaro contrario a la libertad sindical de los actores la actuación del Organismo demandado, por la que se les ha retribuido durante el año 2003 en concepto de incentivo a la producción en cuantía menor a la de otros trabajadores de su misma unidad y categoría profesional, por hacer uso de su crédito horario sindical, condenado al Boletín Oficial del Estado a cesar en dicha conducta antisindical y a abonar a los actores las diferencias siguientes:

A D. Santiago, 1.252,63 euros.

A D. Javier, 652,19 euros».

CUARTO

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por el Sr. Abogado del Estado, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 9-9-04, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 22-9-04 señalándose el día 6-10-04 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO

En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, estimó en su integridad las demandas de los dos actores que rigen estas actuaciones, dirigidas contra el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo, BOE), declarando «contrario a la libertad sindical de los actores la actuación del Organismo demandado, por la que se les ha retribuido durante el año 2003 en concepto de incentivos a la producción en cuantía menor a la de otros trabajadores de su misma unidad y categoría profesional, por hacer uso de su crédito horario sindical, condenando al Boletín Oficial del Estado a cesar en dicha conducta antisindical y a abonar a los actores las diferencias siguientes: A D. Santiago, 1.252,63 euros.–A D. Javier, 652,19 euros». Recurre en suplicación el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, instrumentando un único motivo, con adecuado encaje procesal y ordenado al examen del derecho aplicado en la resolución judicial combatida, en el que censura como infringidos la Disposición Adicional Primera del [Convenio Colectivo del BOE para los años 2000 \(LEG 2003, 138\)](#) a 2004 y los artículos 14 y 37 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) .

SEGUNDO

La cuestión que nos ocupa ya fue abordada por esta Sala en su sentencia de 30 de enero de 2004 – [recurso núm. 6085/03 \(AS 2004, 2277\)](#) –, por mucho que en aquella ocasión fueran los actores quienes recurrieran, llegando a la misma conclusión que la sentada en la sentencia impugnada y, por ende, contraria a la tesis que defiende el Abogado del Estado. Razones de seguridad jurídica y el necesario respeto al principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley conducen a mantener dicho criterio, máxime cuando, a la luz de lo argumentado en el único motivo del recurso, ninguna razón existe para su reconsideración.

Los presupuestos fácticos sobre los que asienta la controversia material que separa a las partes son claros y lucen en la inatacada versión judicial de los hechos, pudiendo resumirse en: 1.–Los dos actores, que prestan servicios por cuenta y bajo la dependencia del Boletín Oficial del Estado con las circunstancias laborales que figuran en el ordinal primero del relato fáctico, son miembros del órgano de representación unitaria de los trabajadores tras haber sido elegidos en las elecciones sindicales que tuvieron lugar en 21 de diciembre de 2001 –hecho probado segundo–. 2.–En 1 de octubre de 2002 la Comisión Negociadora de la norma convencional aplicable al personal laboral del [BOE \(LEG 2003, 138\)](#) durante los años 2000 a 2004 adoptó Acuerdo en desarrollo de la disposición adicional del citado Convenio Colectivo por la que se estableció un plan de incentivo a la producción, disposición en la que, entre otras cosas, se hacía referencia a la necesidad de incrementar los niveles de producción, la orientación a resultados, la mejora de la calidad de los productos y servicios, y la reducción del absentismo, todo ello mediante un sistema de incentivos económicos –hechos probados tercero y cuarto–. 3.–El apartado octavo del referido Acuerdo dice así –hecho probado cuarto–: «Índice de contribución individual: Este índice mide la contribución real de cada trabajador a la consecución de los objetivos, durante el período de devengo, según el número de días laborables efectivos. En este cómputo se tendrá también en cuenta el incumplimiento del horario de entrada y salida y la inasistencia por salidas desde el lugar de trabajo debido a razones particulares del trabajador. Se exceptúan de este cómputo las vacaciones reglamentarias, los días por asuntos propios y los casos de accidente de trabajo. El porcentaje de incentivo que percibirá cada persona por este concepto será el siguiente, en el caso de que el porcentaje de éxito de los objetivos sea del 100%. *Si asiste al trabajo todos los días del mes devengará todo el incentivo de ese mes. *Si falta un día en el mes, percibirá el 80% del incentivo en ese mes. *Si falta dos días en el mes, percibirá el 60% del incentivo en ese mes. *Si falta tres días en el mes, percibirá el 30% del incentivo en ese mes. *Si falta cuatro días en el mes, no percibirá incentivo alguno. *Si falta entre 1 y 7 horas al mes, se le descontará un 4% por hora no trabajada». Y por último, 4.–Este incentivo, que se abona trimestralmente, no fue satisfecho en su integridad a los demandantes durante el año 2003 pese a que sus únicas ausencias al trabajo, salvo lo que luego se dirá, obedecieron al ejercicio de las labores de representación que tienen legalmente atribuidas –hecho probado quinto–. En este punto, hacer notar que el actor Don Javier sí faltó al trabajo los días 1 y 2 de diciembre de 2003 debido a la intervención quirúrgica de un familiar, si bien ya tuvo en cuenta tal dato a la hora de fijar la cuantía del incentivo de producción que, a su entender, debió percibir ese mes, cual se deduce del hecho sexto de la demanda.

TERCERO

Como es natural, nadie cuestiona el derecho a hacer uso del crédito de horas sindicales retribuidas que ostentan los vocales del Comité de Empresa que demandan, en virtud de lo previsto en el artículo 68 e) del Texto Refundido de la Ley del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#) , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. La cuestión que enfrenta a los litigantes estriba en determinar si las faltas de asistencia al trabajo, sin duda justificadas, producidas con motivo del ejercicio de las labores de representación que les son propias pueden ser consideradas como computables a efectos de absentismo laboral para el cálculo del incentivo a la producción a que hace méritos el Acuerdo de 1 de octubre de 2002, que en este punto sólo excluye expresamente las vacaciones anuales, los días por asuntos propios y las ausencias debidas a accidente laboral. El hecho de no figurar aquel supuesto entre las excepciones que en su día fueron pactadas, y la calificación del incentivo en cuestión como concepto retributivo extraordinario, son los argumentos en que se apoya el recurso para instar la revocación de la sentencia de instancia, criterios que, sin embargo, la Sala no puede compartir.

CUARTO

Es doctrina jurisprudencial totalmente consolidada, en la que coinciden la de suplicación y la científica, que la retribución de los Delegados Sindicales y de los representantes unitarios de los trabajadores cuando ejercen funciones inherentes a sus cargos haciendo uso del crédito horario no pueden sufrir disminución alguna en relación con la que habrían percibido de haber prestado servicios efectivos, principio de omniequivalencia retributiva que también es aceptado comúnmente por los operadores jurídicos. En efecto, conforme tiene declarado la jurisprudencia, de la que, como exponente, cabe citar las [sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1983 \(RTCT 1983, 3757 \)](#) y 3 de diciembre de 1990: «El crédito de horas mensuales retribuidas que tienen los representantes de los trabajadores reconocido en los artículos 37.3 e) y 68 e) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#) , ha de ser utilizado sin que sufran merma alguna en las percepciones salariales, es decir, que cobren lo mismo que si estuviesen prestando servicios en su puesto de trabajo», lo que igualmente resulta predicable si el personal de que se trata hubiera acumulado horas sindicales de otros representantes hasta el punto de quedar relevado de sus funciones laborales.

QUINTO

De igual forma se ha pronunciado la doctrina constitucional, llegando a tildar de lesiva del derecho fundamental de libertad sindical la conducta empresarial de abonar durante el ejercicio de funciones sindicales o de representación legal una remuneración inferior a la que habría correspondido de haber trabajado. Como pone de manifiesto la [sentencia del Tribunal Constitucional 87/1998, de 21 de abril \(RTC 1998, 87 \)](#) , con cita de la [anterior 74/1998, de 31 de marzo \(RTC 1998, 74 \)](#) : «(...) dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de "indemnidad" que veda "cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores". En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda "perjudicado" por el desempeño legítimo de la actividad sindical». En sentido parejo e, incluso, más directamente relacionado con el supuesto que nos ocupa, la [sentencia del Tribunal Constitucional 191/1998, de 29 de septiembre \(RTC 1988, 191 \)](#) , a cuyo tenor: «(...) un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo. Lo anterior puede constituir un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en la representación sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos». Dicha doctrina aparece corroborada en la [sentencia del mismo Tribunal 30/2000, de 31 de enero \(RTC 2000, 30 \)](#) .

SEXTO

Sentado cuanto antecede, estamos en condiciones de abordar ya el examen de las diversas denuncias jurídicas que el recurso evidencia, partiendo para ello de que cualquier interpretación que no tienda a favorecer el ejercicio efectivo y eficaz del derecho de libertad sindical puede comportar una vulneración del mismo. Sostiene el Abogado del Estado que al no figurar en el Acuerdo de 1 de octubre de 2002 el uso del crédito de horas sindicales para el ejercicio de la actividad de representación que tienen atribuida los actores entre las excepciones al cómputo del absentismo laboral en orden a determinar la cuantía del incentivo a la producción, el tiempo de ausencia al trabajo por tal motivo debe ser computado a efectos de fijar el índice de contribución individual, lo que, desde luego, no puede aceptarse, pues tal criterio supone un manifiesto obstáculo de carácter objetivo a la actividad sindical, tiene innegables efectos disuasorios en cuanto a su realización como se encarga de señalar la doctrina constitucional antes transcrita y, comporta, además, una penalización de tan repetida actividad. Por ello, el dato de que no se hiciera constar de manera explícita tal supuesto entre las excepciones recogidas en el apartado octavo del Acuerdo de 1 de octubre de 2002 no quiere decir que, conforme a una interpretación ajustada a la [Constitución \(RCL 1978, 2836 \)](#) , el ejercicio de la actividad de representación de constante cita haya de ser necesariamente computable como absentismo para la cuantificación del incentivo a la producción, puesto que existen preceptos, constitucionales y de legalidad ordinaria, que conducen a conclusión radicalmente dispar; así, desde la constitucionalización como fundamental del derecho de libertad sindical, hasta el carácter retribuido, sin distinciones, de las horas sindicales a favor de los representantes unitarios o de los Delegados Sindicales a que hacen méritos el [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#) y la [Ley Orgánica de Libertad Sindical \(RCL 1985, 1980 \)](#) . Téngase en cuenta que cualquiera que sea la conceptualización jurídica que se otorga a las labores representativas de los componentes del Comité de Empresa, las mismas están

en estrecha relación con la actividad sindical en sentido amplio y, por otra parte, no podrían ser objeto de un trato desigual en relación con el alcance de las que tienen atribuidas los representantes sindicales al estar legalmente equiparadas.

SÉPTIMO

En suma, el superior valor de los derechos en juego obliga a concluir que las ausencias al trabajo de los actores con motivo de ejercer funciones de representación colectiva no pueden considerarse como absentismo laboral cuando de determinar el importe del incentivo a la producción se trata, complemento remunerativo cuya cuantía depende exclusivamente de los días efectivos de prestación de servicios y horas trabajadas a lo largo del mes, datos que, por principio, resultan incompatibles con el desempeño simultáneo de labores representativas. Admitir lo contrario equivaldría a imponer a los recurridos un sacrificio adicional por su actividad representativa que ninguna norma legal autoriza o, en otras palabras, penalizar su actividad en defensa de los intereses laborales de sus representados, de lo que se sigue que la conducta empresarial manteniendo la reducción de sus haberes en lo que al incentivo a la producción respecta lesionase efectivamente el derecho de libertad sindical. El incentivo litigioso es un concepto salarial plenamente encuadrable en el artículo 26.1 de la [Ley del Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#) , por mucho que no sea retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, sino complemento salarial establecido en función de las circunstancias atinentes al trabajo realizado. Por ello, no cabe acoger la posición del Abogado del Estado haciendo valer su carácter extraordinario, que no es tal, desde el mismo momento que no responde a ningún exceso o prolongación de jornada, ni a ninguna prestación de servicios de tal índole extraordinaria, y sí simplemente a la asistencia diaria y puntual al trabajo.

OCTAVO

Tampoco la sentencia de esta Sala que el recurso trae a colación, datada en 29 de junio de 2001 – [recurso núm. 2266/01 \(AS 2001, 2820 \)](#) –, puede servir para enervar la conclusión alcanzada, desde el mismo momento que en aquella ocasión el concepto salarial examinado gozaba de un carácter netamente extraordinario, tratándose del plus de seguridad en la conducción existente en la Empresa Municipal de Transportes, finalizando así la resolución judicial mencionada: «(...) Concluido, pues, que se trata de una retribución extraordinaria no queda amparada por la garantía de indemnidad retributiva». Cuanto se deja argumentado conduce al rechazo de de este único motivo y, con él, del recurso en su integridad, debiendo imponerse las costas causadas al Organismo recurrente.

NOVENO

De acuerdo con lo preceptuado en los artículos 53 y siguientes, 199.2 y 216 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) , así como en atención a lo ordenado en los artículos 248.4, 265, 266.1, 270, 271 y 279.3 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 \(RCL 1985, 1578, 2635 \)](#) , notifíquese la presente sentencia a las partes, así como al Ministerio Fiscal de este Tribunal; háganse a los antedichos las advertencias legales en orden a la posibilidad de interponer contra esta resolución definitiva recurso de casación para la unificación de la doctrina; expídanse testimonios de esta sentencia para su constancia en el rollo de recurso de suplicación y en los autos principales, uniéndose por su orden el original de la misma en el Libro de Sentencias de esta Sección de Sala; y, una vez que adquiera firmeza, devuélvanse las actuaciones para su ejecución al Juzgado de lo Social de procedencia. De todo ello se dejará la debida y correspondiente constancia en los Libros de esta Sección de Sala.

Vistos los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberaciones, votación y fallo.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Boletín Oficial del Estado, contra la sentencia dictada en 10 de junio de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Madrid, en los autos núm. 425/04, seguidos a instancia de Don Santiago y Don Javier, contra el Organismo recurrente, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, sobre tutela de los derechos de libertad sindical y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución judicial recurrida. Se imponen las costas causadas al Organismo recurrente, que incluirán la minuta de honorarios del Letrado impugnante, que la Sala fija en 300 euros (trescientos euros).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) , que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta

Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley de 7 de abril de 1995. Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300,51 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, oficina 1006, sucursal de la calle Barquillo, núm. 49, 28004 de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social de Madrid al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2826000000 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Angel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada [Ley de 7 de abril de 1995 \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. –Leída y publicada fue la anterior sentencia el, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.