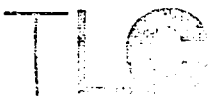


TRIBUNAL LABORAL DE CATALUNYA	
	ENTRADA NUM.
	21 FEB. 2005
	001 750-25
CODI: PAB 25-25	18

LAUDO ARBITRAL

DECRETADO EL DIA 21 DE FEBRERO DE 2005, POR JOSE IGNACIO GARCIA NINET. MIEMBRO DEL CUERPO DE ARBITROS DEL TRIBUNAL LABORAL DE CATALUNYA, COMO VIA DE SOLUCIONAR EL CONFLICTO EXISTENTE ENTRE LA EMPRESA "INAGASA" DE SANT ANDREU DE LA BARCA (BAIX LLOBREGAT) DE LA PROVINCIA DE BARCELONA Y DON PEDRO LLORET PAREDES, DELEGADO DE PERSONAL DE LA MISMA, EXPEDIENTE PAB 25/2005.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El día 11 de enero de 2005, a las 18, 45 horas (Registrado el día 12 de enero de 2005), en la sede del Tribunal Laboral de Catalunya, delegación de Barcelona, tuvo entrada "Escrit introductorio al tràmit de conciliació i mediació", por parte de D. Pedro Lloret Paredes, que se dice Delegado de Personal de la empresa INAGASA, con domicilio en Ctra. Nacional II, Km, 592, 5, D.P. 08740, de Sant Andreu de la Barca, en el Baix Llobregat (Barcelona), y alegando los siguientes extremos:

- 1º) Que la empresa obliga a recuperar el tiempo de trabajo en los permisos no retribuidos.
- 2º) Que la empresa, ante la falta de medidas de seguridad, quiere aplicar sanciones y que recuperemos el tiempo de trabajo.
- 3º) Que cuando el Delegado de Personal utiliza las horas sindicales de su crédito horario mensual sufre discriminación económica, y
- 4º) Incumplimiento del convenio provincial en materia de categorías profesionales.

SEGUNDO.- El día 18 de enero de 2005, a las 10 horas, ante el Tribunal Laboral de Catalunya, Delegación de Barcelona, compuesto por D. Fernando Albisu Codina (Presidente), Don José Fernández Pascual (Vocal) y D. Xavier Escudero López (Secretario), tuvo lugar el intento de Conciliación-Mediación en el expediente antes reseñado PCB-18/2005.

Al acto comparecieron:

-Don Xavier Ramis Fontarnau, Gerente de INAGASA, en representación de la Empresa CITADA, cuyos datos se reseñan ut supra y

- D. Pedro Lloret Paredes (en su calidad de afectado y Delegado de Personal de la Empresa), D. Felipe Trigueros Gil (en calidad de Asesor de CCOO) y Don José Antonio Jiménez Oya (en calidad, asimismo, de asesor de CCOO).

TERCERO.- Abierto el acto y llevado a cabo el procedimiento de Conciliación/Mediación en la fecha antes indicada, se dió por finalizado el mismo con el siguiente ACUERDO, que literalmente se transcribe:

"PRIMERO.- La Empresa cumplirá estrictamente el contenido del Convenio Colectivo de aplicación en materia de Permisos no Retribuidos, todo ello sin perjuicio de los acuerdos que, por necesidades de la Empresa, se puedan establecer con los trabajadores.

"SEGUNDO.- En relación al punto segundo del escrito introductorio, la Empresa deja constancia expresa de que no se producirá sanción económica alguna derivada de las actuaciones disciplinarias incoadas con anterioridad al día de hoy.

"TERCERO.- **Convenio Arbitral**

a) Ambas partes se someten expresamente al trámite de arbitraje previsto en los arts. 15 y siguientes del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Catalunya, y a tales efectos nombran por unanimidad a D. José Ignacio García Ninet, árbitro del Cuerpo Laboral de Arbitros del tribunal Laboral de Catalunya....

b) La cuestión a dirimir que es objeto del arbitraje al que se someten ambas representaciones se concreta en lo siguiente:

Determinar, si de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación y Pactos existentes en la Empresa, procede o no el descuento que la Empresa efectúa al Delegado de Personal del incentivo establecido, cuando hace uso de su crédito horario para las funciones propias de su cargo.

CUARTO.- Las relaciones laborales entre la entidad mercantil y sus trabajadores se rigen, aparte de por la normativa genérica laboral, por el XIV Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2003-2006, aprobado el 18 de junio de 2003 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya num. 3923-11-7-2003, pags. 13817 y ss.), que entró en vigor el día 1 de enero de 2003, aparte de por otros pactos y acuerdos entre la Empresa y los trabajadores, como el que está en el fondo de este asunto.

QUINTO.- El arbitraje al que se someten las partes tiene la calidad de arbitraje de derecho.

SEXTO.- Ambas representaciones eran sabedoras acerca de que podrían aportar en el preceptivo trámite de audiencia las argumentaciones que estimaran convenientes para la defensa de sus respectivos puntos de vista, pudiendo hacer entrega, en el propio acto, al árbitro designado por las partes, de los escritos en donde se reflejaran sus posiciones y argumentaciones.

SEPTIMO.- En todo caso, ambas representaciones dejaron constancia escrita y firmada de que el Laudo Arbitral que en su día se dictara como consecuencia del arbitraje al que se someten expresa y voluntariamente, tendría efectos vinculantes de acuerdo con la legislación vigente, comprometiéndose a estar y pasar por lo que en él se establezca.

OCTAVO.- Aceptado el encargo del arbitraje por quien esto suscribe, en la ciudad de Barcelona, el día 21 de enero de 2005, se dispuso que el trámite de audiencia tuviera lugar el día 26 de enero de 2005, pero debió de aplazarse **in extremis**, a instancia de las dos partes en conflicto, según documento de fecha de 25 de enero de 2005.

NOVENO.- Formulada nueva convocatoria para las 9,30 horas del día 3 de febrero de 2005, ésta tuvo finalmente lugar a las diez horas, por retraso de los afectados, que no del Sr. Arbitro, teniendo lugar la sesión de audiencia en los locales de la sede del T.L. de Catalunya, según lo prevenido en el art. 16.6.e) del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Catalunya, correspondiente al procedimiento de arbitraje, expediente PAB 25/2005, debiendo significar que, abierto el turno de intervenciones, primero por parte del demandante y después de la parte demandada, ambas partes se ratificaron en sus posiciones, sin ser posible llegar a un acercamiento de las posturas, dando por finalizado este trámite con el resultado de SIN ACUERDO, no sin antes significar que el Sr. Arbitro solicitó de las partes que aportaran, como máximo hasta el próximo día 10 de febrero, la documentación que a continuación se detalla:

1º) Escrito en el cual ambas representaciones reglamenten y desarrollen las

condiciones de aplicación del Pacto verbal al que las mismas han hecho alusión en el presente Acto.

2º) Nóminas del Delegado de Personal, desde el pasado mes de Noviembre de 2003 hasta la fecha, y justificantes que acrediten, en lo posible, las ausencias motivadas por el desarrollo de su cargo como Representante de los trabajadores.

DECIMO.- En su virtud, el Laudo Arbitral deberá ser dictado en el plazo improrrogable de 7 días hábiles, a partir del momento en que obre en poder del Arbitro la documentación solicitada a ambas representaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La cuestión a dirimir que es objeto del arbitraje al que se someten ambas representaciones se concreta en lo siguiente:

Determinar, si de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación y Pactos existentes en la Empresa, procede o no el descuento que la Empresa efectúa al Delegado de Personal del incentivo establecido, cuando hace uso de su crédito horario para las funciones propias de su cargo.

SEGUNDO.-Las cuestiones que se plantean, pues, son las siguientes:

a) Verificar la naturaleza y alcance del pacto verbal creador del incentivo económico cuestionado, de conformidad con lo prevenido en los art. 3 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), especialmente en su art. 26.3 y demás preceptos constitucionales y legales concordantes, así como en el XIV Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2003-2006, aprobado el 18 de junio de 2003 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya num. 3923-11-7-2003,pags. 13817 y ss.), que entró en vigor el día 1 de enero de 2003.

b) Verificar en la realidad las funciones sindicales desarrolladas por el demandante y los créditos sindicales disfrutados, valorándolo todo de conformidad con lo prevenido en los art. 62 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, especialmente en su art. 68 e), y demás preceptos constitucionales y legales concordantes, así como de conformidad con el mencionado XIV Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Barcelona para los años 2003-2006.

c) Verificar si el pago o no, total o parcial, del incentivo económico, al Delegado de Personal cuando estaba haciendo uso del crédito de horas sindicales se ajusta o no a la legalidad internacional, constitucional, legal y convencional de aplicación al caso.

TERCERO.- El art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), dispone que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado;

b) Por los convenios colectivos y

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

Las partes tienen inicial y sucesivamente la posibilidad de fijar ex novo o modificar posteriormente el concreto contenido de la prestación, siempre que el objeto del contrato siga siendo lícito, posible y determinado o determinable. Supone lo anterior que dentro del respeto a la ley, a los convenios colectivos y al resto del ordenamiento jurídico laboral las partes del contrato pueden, de modo expreso o tácito (por hechos concluyentes que pueden ir sucediéndose a lo largo del tiempo, siempre que subsista la libre aceptación por ambas partes) ajustarse sus respectivas prestaciones y contraprestaciones dentro del margen legal y convencional.

En todo caso ha de tenerse en cuenta, además, de conformidad con lo que manda la Constitución Española de 1978 lo siguiente: a) Que, según el art. 9.1 de nuestra Carta Magna... "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

b) Que el art. 10.2, asimismo de la Constitución, remarca con absoluta claridad que... "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En este sentido es de recordar la Sentencia 78/1982, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre de 1982 (BOE de 15 de enero de 1983), de la que fue Ponente el Magistrado Excmo. Sr.D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, en cuyo F.J. 4º nos dejó dicho: "La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto Y, añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental".

En esta misma línea la Sentencia 84/1989, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 10 de mayo de 1989 (BOE de 13 de junio de 1989), de la que fue Ponente el Magistrado Excmo. Sr.D. Vicente Gimeno Sendrá, nos diría en su F.J. 5º: "Este Tribunal ha reafirmado en reiteradas ocasiones la validez de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y el alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E.; señalando, concretamente de los Convenios de la OIT, su carácter de textos invocables al respecto".

c) Que, el art.28.1, también del texto constitucional, y que se enmarca en el Capítulo II (Derechos y libertades) señala que..."Todos tienen derecho a sindicarse libremente", con todo lo que ello comporta, de conformidad con la doctrina constitucional y de la O.I.T., de políticas activas de los poderes públicos para remover los obstáculos existentes que dificulten o impidan su plenitud y facilitar así la participación de todos los ciudadanos, incluidos los trabajadores, en la vida política, económica, cultural y social y, por descontado, en la vida sindical (acción sindical en la empresa a través de los Delegados de Personal y Comités de Empresa).

d) Que todavía dentro de la Constitución, en su Título VII (que trata de Economía y Hacienda), el art. 129.2 previene..."Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en las empresas...", para cuyo desarrollo ha de estarse al Título II del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que trata "De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa" (arts. 61-81, ambos inclusive), de los que tienen singular trascendencia para este Laudo los arts. 62 y 68, por lo que después veremos.

e) Que el Convenio num. 135 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), aprobado en 1971 y ratificado por España el 8 de noviembre de 1972 (BOE de 4 de julio de 1974), "Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa", dispone en su art. 1º. "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor".

f) Que la Recomendación num. 143 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), aprobada en 1971, "Sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa", aclara los siguientes extremos en su punto 10.1º. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían disfrutar, sin pérdida del salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa.

CUARTO.- En virtud, pues, de todo lo anterior, las partes pueden pactar, de modo plural o singular, mejoras sobre las condiciones ya previstas en los textos legales o convencionales de aplicación en la empresa, e incluso nuevos derechos no previstos inicialmente en las normas de aplicación. Pero, en todo caso, en ambos casos, las mejores condiciones y/o las nuevas condiciones han de respetar el contenido, sentido y alcance de las normas internacionales, de los tratados y convenios internacionales, de las disposiciones legales, de las disposiciones reglamentarias del Estado y de los convenios colectivos de aplicación, pues ni pueden ser menos favorables, ni contrarias a esos órdenes normativos. Solamente cabe, pues, mejora sobre lo anterior, o mejora por pactarse ex novo una materia no contemplada hasta entonces en los preceptos legales y/o convencionales. Nos encontramos ante lo que se conoce por la doctrina como pactos o acuerdos informales de empresa, pues no sólo es que no existen reglas claras acerca del procedimiento de elaboración de dichos pactos, sino que las más de las veces no están ni previstos en el propio Estatuto de los Trabajadores, pese a que la norma concreta aluda a la negociación colectiva y de modo subsidiario al contrato individual, dejando implícitamente de lado esta figura intermedia.

QUINTO.- El art. 26.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, dispone, entre otros extremos, los siguientes de interés para este Laudo:

"Mediante la negociación colectiva, o en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán

conforme a los criterios que a tal efecto se pacten".

Dentro de los complementos por el trabajo realizado cabe englobar -siguiendo las pautas del derogado art. 5 b) del Decreto 2380/1973-, los complementos de puesto de trabajo como penosidad, toxicidad, peligrosidad, suciedad, máquinas, vuelo, navegación, embarque, turnos, trabajos nocturnos, etc., o cualquier otro que deba percibir el trabajador por razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad profesional, que comporte concepción distinta del trabajo corriente; asimismo cabrá incluir los de calidad o cantidad de trabajo, tales como primas e incentivos, pluses de actividad, **asistencia o asiduidad**.

Tenemos, pues, dos alternativas: a) la consideración de lo pactado como un pacto de empresa informal, o b) como una condición más beneficiosa de alcance plural. En ambos casos lo pactado o lo establecido parece reunir los requisitos de capacidad y legalidad, no observándose vicios ni en la prestación del consentimiento, ni en su objeto ni en su causa, habiéndose aplicado sin más patologías que las que ahora son objeto de este Laudo Arbitral.

Como ha señalado la mejor doctrina laboralista cabe preguntarse, cuando el ET remite a la **negociación colectiva** o, en su defecto, al contrato de trabajo, ¿cuál es el papel o posibilidad de existencia del acuerdo de empresa?, y hay que responder que la alusión a la negociación colectiva y no al convenio colectivo en particular parece tener un sentido amplio por dos razones: 1ª) porque se contempla como vía de regulación que por su carácter colectivo se contrapone al acuerdo individual, sin necesidad de mayores precisiones, y 2ª) porque no parece fundado excluir el acuerdo de empresa, aunque no tenga la categoría de convenio colectivo típico, en una materia que sin ser estricta o necesariamente individual, puede ser regulada por contrato de trabajo.

SEXTO.- Respecto del sentido y alcance del complemento salarial establecido (PLUS DE ASISTENCIA), hay que significar los siguientes extremos de interés, partiendo del pacto verbal alcanzado en 1987, y que sigue en vigor y que textualmente, una vez formalizado por ambas partes, dice así:

"La Empresa se compromete a abonar a sus trabajadores la cantidad de 6,01 euros por cada día que estos trabajen efectivamente las 8 horas de su jornada laboral, quedando excluidos de este abono aquellos casos en los que los trabajadores disfruten de permisos, tanto retribuidos como no retribuidos, así como cualquier otra circunstancia que les impida realizar las 8 horas efectivas de trabajo. Dicha cantidad se reflejará en la hoja de salarios en concepto de

incentivos.

Firmado en Sant Andreu de la Barca el 8 de febrero de 2005 por Pedro Loret Paredes (Delegado de Personal) y Javier Ramis Forntarnau (Administrador de la Empresa)."

Como antes ha quedado dicho, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral pueden regularse, aparte de por las disposiciones legales, disposiciones reglamentarias del Estado y por los convenios colectivos, por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados (art.3.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Las partes de la relación laboral pueden, pues, acordar, tanto de modo expreso como tácito (libertad de forma en virtud del art.8 del propio E.T.) el establecimiento de condiciones relativas al régimen jurídico de su relación, siempre que se den las notas indicadas anteriormente, o sea: licitud y mayor favorabilidad para el trabajador, sin que sean admisibles renunciaciones expresas o tácitas a derechos, especialmente si se trata de derechos fundamentales y colectivos que en última instancia favorecen a la colectividad de los representados y no solo al Delegado de Personal.

Si no fuera que nos halláramos ante un pacto informal/verbal de empresa, nos hallaríamos, como apuntan la doctrina y la jurisprudencia, ante la formulación legal del principio de respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual, lo cual supone que las condiciones contractuales-expresas o tácitas- resultan inatacables por el empresario y subsisten, en principio, aunque se altere el cuadro normativo estatal o convencional de referencia. O con otras palabras: el empresario está obligado (o queda obligado) a respetar, y los trabajadores tienen el derecho de exigir que se mantengan las condiciones de trabajo que, siendo mejoras sobre las mínimas aplicables (por ley, reglamento o convenio colectivo), se hayan incorporado al nexo contractual.

La fuerza de obligar de la condición más beneficiosa, tanto sea fruto del acuerdo expreso de las voluntades de ambas partes, como fruto de una decisión unilateral del empresario más favorecedora para el trabajador, se asienta en la aplicación de la doctrina del respeto a los propios actos, ya que la buena fé implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. En otras palabras, la necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que sólo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, y no contradictorio, con el comportamiento anterior, sobre todo si dicho comportamiento ha sido

rectilineo a lo largo de un plazo prolongado de tiempo y ha afectado a varios sujetos. Por ello el ordenamiento jurídico y la clara y contundente construcción jurisprudencial condenan y reprueban cualquier actuación contradictoria con los propios actos largamente consolidados.

Una posible pretensión empresarial de dejar sin efectos unilateralmente lo por el establecido resultaría jurídicamente inadmisibles, lo mismo que una interpretación/aplicativa retorcida y contra legem. Lo que fue creado unilateralmente no puede, en cambio, ser destruido unilateralmente, ni utilizado para fines torticeros, pues frente a su intento podrán los trabajadores oponerse deteniendo o enervando la pretensión, salvo que se acuda a las vías legales de neutralización de las mejoras como posteriormente veremos.

-Como dijera el T.S. (Sala 4ª) en su sentencia de 20 de abril de 1966 (Ar/2666) es principio básico que...

"cualesquiera condiciones más beneficiosas que las estrictamente exigibles según la normativa aplicable que las Empresas otorguen o reconozcan de hecho, se incorporan al correspondiente nexo de trabajo y han de ser por las mismas respetadas (respeto no solo formal, sino especialmente material) como derecho adquirido en tanto subsista la relación contractual, y ello incluso cuando las expresadas condiciones más beneficiosas resulten afectadas por una distinta regulación emanada con posterioridad de un convenio colectivo,..ello no implica que sea lícito, apoyándose en ella, desconocer o lesionar situaciones exteriores (sic) consolidadas al amparo de pactos, usos o prácticas singulares que por su índole de atribución personal y específica hacen innecesaria una cláusula de mantenimiento dentro del texto de la nueva normación paccionada, sino que subsisten de modo implícito".

-En esta misma línea insiste el T.S.(Sala 4ª), en su sentencia de 29 de abril de 1970 (Ar/2406) cuando estima que...

"es principio fundamental del Derecho laboral, que lo configura como tuitivo de los trabajadores, aún con detrimento de la rigurosa bilateralidad de prestaciones y situaciones contractuales, el de que cualquier condición más beneficiosa que las estrictamente exigibles, según las normas legales aplicables, que las empresas otorguen a sus productores se incorporen al correspondiente nexo de trabajo, y han de ser respetadas por la parte que las otorgó....y aunque los convenios colectivos, una vez aprobados tengan el carácter de derecho necesario, ello no implica que les esté permitido desconocer o lesionar situaciones anteriores consolidadas al amparo de pactos, usos o preceptos preexistentes y que por su índole de atribución personal y específico no requieren cláusula expresa de mantenimiento dentro de las generales establecidas, sino que subsisten de modo implícito".

En sentido idéntico se manifiesta la también sentencia del T.S.(Sala 4ª) de 15 de marzo de 1971 (Ar/1277).

Las anteriores tesis se refuerzan por el propio T.S. (Sala de lo Social), cuando en su vieja sentencia de 10 de marzo de 1976 (Ar/1787) ya nos advertía que...

"..el respeto al principio de la condición más beneficiosa para el trabajador, o el derecho adquirido por el mismo, quiebra toda jerarquía de sus normas, puesto que los beneficios o mejoras adquiridos individual o colectivamente, han de ser respetados en cualquier caso por las disposiciones legales del rango que sea, como privilegio a favor del trabajador en su relación contractual libremente pactadas"

Como nos dirá el T.S.(Sala de lo Social) en su sentencia de 14 de noviembre de 1979 (Ar/3386)...

"la condición más beneficiosa presupone la existencia de un pacto individual, expreso o tácito, usos o preceptos preexistentes que singularizan al trabajador en sus relaciones individuales con el empresario o empresa...o de una situación de hecho preexistente, surgida de pactos, usos o costumbres que quedan incorporados al nexo laboral y que deben ser respetados, exigiéndose para su modificación obtener la debida autorización de los órganos laborales competentes, quedando excluida su alteración por decisión unilateral de la empresa".

Ya más próximamente leemos, en nueva Sentencia del T.S.(Sala de lo Social), de 1 de julio de 1988 (Ar/ 5735),que...

"es principio básico del Derecho Laboral, que cualesquiera condiciones más beneficiosas que las estrictamente exigibles según la normativa aplicable que las Empresas otorguen o reconozcan de hecho, se incorporen al correspondiente nexo de trabajo y han de ser por las mismas respetadas como derecho adquirido en tanto subsista la oportuna relación laboral".

Esta misma línea la observamos en la Sentencia del T.S.(Social) de 9 de noviembre de

1989 (Ar/8029) cuando apunta que...

"conforme a un criterio interpretativo consolidado, que se funda en los arts.9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo y 3.1.c) del E.T., y a salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo lleven a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la regularidad de su disfrute y la persistencia de éste en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquéllas no pueden ser suprimidas o reducidas unilateralmente por el empresario".

En sentido idéntico al anterior se pronuncia la Sentencia del T.S.(Social) de 15 de junio de 1992, la cual agrega que en toda condición más beneficiosa subyace la existencia de...

"una voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia; condición que pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado".

Por su lado, la Sentencia del T.C.T. de 2 de abril de 1986 (Ar/2969) considerará la condición más beneficiosa como...

"expresión del consentimiento obediente a una determinación de la voluntad del que la realiza, (y que) tiene el designio de crear, modificar o extinguir algún derecho..esto es, en el ámbito del contrato de trabajo, que haya quedado definido un derecho mejorador de una condición laboral, que se haya incorporado al nexo contractual que une a las partes y que haya sido auténtica y pacíficamente disfrutado por el trabajador, de suerte que así generada e incorporada ya al contrato escapa de la decisión unilateral del empresario y se convierte en obligatoria."

Los requisitos exigidos para la aplicabilidad de este principio jurisprudencial son dos:

a) Que tales condiciones nazcan del contrato individual de trabajo, de pactos colectivos o plurales o por la voluntad unilateral expresa o tácita del empresario (usos o prácticas prolongadas y consolidadas en el tiempo), y

b) Que dichas condiciones no sean ilícitas, ni resulten menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y/o reglamentarias ni a los convenios colectivos.

Las condiciones han de nacer del contrato de trabajo, pudiendo ser el pacto expreso o tácito. Igualmente pueden proceder de concesiones unilaterales del empresario, o tratarse de usos o prácticas singulares que han ido consolidándose por el transcurso de los años y la repetición de conductas en tal sentido (suerte de suma de acuerdos o concesiones individuales en el mismo sentido).

Cuestión distinta será la de la prueba del pacto, especialmente por lo que se refiere al pacto tácito. Cuando la ventaja o mejora no se haya documentado se exige que la voluntad de la empresa de establecer dicha condición pueda probarse, así como su mantenimiento en el tiempo. Dado que en muchas ocasiones estas mejoras arrancan de una concesión unilateral y voluntaria del empresario (en aras a un mejor clima en la empresa, y sin exigir contraprestación alguna, Al menos aparentemente), por vía de repetición, cada vez que se da el supuesto de hecho previsto explícita o implícitamente en el acto inicial de concesión, se viene entendiendo de modo pacífico por la jurisprudencia y la doctrina laboralista que por tal repetición se incorpora el derecho al contrato de trabajo (individual y/o colectivamente), adquiriendo naturaleza contractual y convirtiéndose de este modo en obligatorio para el empresario, el cual queda de ese momento vinculado y atado por su propia manifestación de voluntad, dado que, como señala el art. 1255 de nuestro Código Civil.."Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público", aparte de que.."La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes " (art.1256 del propio Código Civil), por cuanto.."las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos"(art.1091 del citado Código Civil).

En resumidas cuentas: que aunque las condiciones aplicadas no hayan sido documentadas con carácter general, también tienen naturaleza contractual y fuerza de obligar.

Estas mejoras pueden nacer por otorgamiento o reconocimiento a un trabajador o varios, o a todos los de la empresa o de un mismo centro de trabajo; por tanto, cabe igual su concesión individual como colectiva, generalmente en estos últimos casos mediante convenios o pactos o concesiones colectivas al margen de lo que supone en si mismo el convenio colectivo de empresa.

Como ha señalado la doctrina, el uso de empresa puede surgir de una concesión

inicial del empresario que con continuidad se reitere después; lo que equivale a decir que la condición más beneficiosa adquirida, si la adquisición es colectiva, es una costumbre normativa (ALONSO OLEA). Por lo que atañe al contenido objetivo, y partiendo de que su alcance será el querido por el empleador, se acepta con carácter general que no existe limitación alguna, en principio, acerca de las materias a que puede alcanzar, alcanzando por descontado a las materias salariales.

Como antes dijimos las condiciones más beneficiosas deben no solo ser más favorables que las establecidas en los otros niveles normativos, sino que han de respetar la legalidad y no atacar los topes máximos cuando existan, ni ir contra las prohibiciones legales (por ej. la que se desprende del art. 68 del E.T.), aparte de no resultar discriminatorias. No puede, pues, ser contraria a las normas laborales de derecho necesario absoluto (preceptos intangibles y no negociables por razones de orden público). En tal sentido la Sentencia del T.S. (Sala de lo Social), de 4 de febrero de 1984 (Ar/834), señala... "no son admisibles pactos ni normas contra la de derecho necesario configuradoras de las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo y de las generales del ordenamiento jurídico lo cual sólo está permitido a la Ley formal y a las categorías normativas asimiladas a aquéllas".

SEPTIMO.-La materia salarial es proclive a las actitudes antisindicales, bien de modo directo, bien de modo indirecto, pues en última instancia el trabajador vive de su salario y en su vida laboral se puede encontrar con ciertas reducciones salariales a causa de su comportamiento sindical. El empresario puede verse tentado a utilizar los mecanismos salariales para agraviar al trabajador huelguista o al representante sindical que ha de emplear hora sindicales y durante las mismas no trabaja efectivamente para la empresa. Son, pues, medidas económicas que discriminan negativamente al trabajador que hace uso de su derecho a la huelga (legal, por supuesto), o llevan a cabo sus obligaciones sindicales o de representación de los trabajadores. Y ello se construye, precisamente, a través de las primas antihuelga o de las primas de asistencia o de asiduidad.

Como sabemos, las primas de asistencia y de puntualidad (y en su caso antihuelga) tienen como finalidad aparente solamente la de combatir el absentismo laboral, aunque en su aplicación puede llevarse por delante otros derechos como los sindicales.

Esta acción discriminatoria y antisindical se da sea el que sea el procedimiento que se emplee, pues, como veremos, el art. 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto de 1985, se refiere tanto a los pactos individuales, como a las decisiones unilaterales del empresario y a las cláusulas de los convenios colectivos.

Aquí no se trata de primar por el hecho de no ir a la huelga, que ya es una clara conducta

sancionadora del legítimo ejercicio de huelga, que se puede ejercitar o dejar de ejercitar a voluntad, pero no mediante estas medidas claramente antisindicales, aquí estamos tratando de un pacto que, aparte de otras finalidades, que en principio parecen legítimas, pretende no que deje de ejercitarse un derecho individual de ejercicio colectivo, cual es la huelga, sino que deje de cumplir con sus obligaciones legales inherentes al cargo el mismo Delegado de Personal, pues si las ejercita y echa mano del tiempo o crédito sindical perderá parte de esta prima salarial, lo cual es una clara invitación a dejar de cumplir con sus obligaciones legales.

OCTAVO.-Acerca de las garantías de los representantes de los trabajadores, o sea de las medidas para que la acción de representación no se vuelvan contra los intereses personales del propio representante, y antes de entrar en las consideraciones de orden legal, doctrinal y jurisprudencial, conviene tener en cuenta, de conformidad con la documentación solicitada y remitida, los siguientes datos, a título de ejemplo, del empleo de las horas por el Delegado de Personal:

1. El día 20 de **octubre de 2003**, de 9 a 13 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 4 HORAS
2. El 6 de **noviembre** de 2003, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.
3. El 5 de **diciembre** de 2003, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.
4. El día 14 de **enero** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.
5. El día 10 de **febrero** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

6. El día 17 de **febrero** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

7. El día 19 de febrero de 2004, de 9 a 14,5 (hora ilegible en la fotocopia remitida) horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 5,5 HORAS ¿?.

8. El día 1 de **marzo** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

9. El día 2 de **marzo** de 2004, de 10,30 a 14,30 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 4 HORAS

10. El día 22 de **marzo** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

11. El día 24 de **marzo** de 2004, de 10 a 14, 20 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 4, 20 HORAS.

12. El día 13 de **abril** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO, acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

13. El día 26 de **abril** de 2004, de 9 a 15 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 6 HORAS.

14. El día 6 de **mayo** de 2004, de 9 a 15 horas, asistió al Curso de Salud Laboral en CCOO,

acogiéndose al art. 19.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se dispone que el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos, ya sea dentro como fuera del horario de trabajo. TOTAL 6 HORAS.

15. El día 21 de **junio** de 2004, de 11 a 14 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 3 HORAS.

16. El día 6 de **julio** de 2004, de 10 a 14 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 4 HORAS.

17. El día 14 de **septiembre** de 2004, de 12 a 14,30 horas, estuvo realizando tareas sindicales, según comunica la Secretaría General de CCCO del Baix Llobregat. TOTAL 2,30 HORAS.

18. El día 28 de **diciembre** de 2004, solicitó permiso a la empresa para ausentarse de la misma para el día 30 de diciembre a partir de las 10 horas, por motivos sindicales. TOTAL 4 HORAS.

En conclusión: entre los meses de octubre de 2003 y diciembre de 2004 se observa lo siguiente:

1º. Que entre octubre de 2003 y mayo de 2004 se han consumido un total de 54 horas en Curso sobre Salud Laboral, sin indicación de qué tipo de curso o nivel, aunque esto no es aquí objeto de controversia, por lo cual no cabe congruentemente pronunciarse sobre este aspecto no cuestionado. No obstante, cabe significar que el art. 35.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone que en las empresas de hasta treinta trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal, estableciéndose en el art. 37.2 las garantías, significando que el tiempo dedicado a su formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos.

2º. Que entre octubre de 2003 y diciembre de 2004 se han consumido un total de 37 horas s.e.u.o., en tareas más estrictamente sindicales en el ámbito de CCOO.

3º. Que, de conformidad con los arts. 37. 3 e) y 68 e) del Estatuto de los Trabajadores, cada Delegado de Personal tiene derecho a disponer de un crédito de 15 horas mensuales

retribuidas para el ejercicio de sus funciones de representación. Entre los meses de octubre de 2003 y diciembre de 2004, si multiplicamos los 14 meses por las 15 horas mensuales, resultaría un total de 210 horas posibles.

4º. Que ni sumando las horas consumidas en los puntos 1º y 2º, que tienen distinta finalidad y régimen jurídico, se alcanzan las 210 horas posibles, pues solo suman 91 horas.

OCTAVO. El principio de indemnidad retributiva, que deriva de la jurisprudencia del anterior Tribunal Central de Trabajo, así como de la normativa interna (art. 68 ET) e internacional (Convenio num. 135 de la O.I.T. y Recomendación num. 143, también de la O.I.T.), consiste en la prohibición de discriminar en materia salarial al representante de los trabajadores por desplegar sus funciones representativas, haciéndole sufrir menoscabos en su nómina por causa del ejercicio de su representación.

Hay que tomar en consideración la referencia que el art. 2 del Convenio 87 de la OIT hace sobre los trabajadores y empleadores "sin ninguna distinción", o sea sin discriminación por razones subjetivas ni de pertenencia a un sector u otro.

El art. 12 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical, en la línea avanzada por el art. 17.1 del ET y con absoluta claridad y contundencia nos dice: "Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales".

En esta línea que estamos siguiendo, el art. 1º del Convenio 98 de la OIT preceptúa que los trabajadores deben de gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, debiendo ejercerse tal protección contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar la consecución de un empleo o su mantenimiento a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato (trato discriminatorio por razones sindicales).

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a

causa de su afiliación sindical.

De otro lado, como se indicara "en las SSTC 78/1982 y 83/1982, los Convenios de la OIT y en especial el art. 1 del num. 98 y del 135, establecen el principio de que los representantes de los trabajadores deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos por razón de sus actividades, incluido el despido, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos comunes en vigor. Este régimen especial de protección, que no es en definitiva, mas que una aplicación del principio de no injerencia del empresario en la actividad de los representantes en cuanto tales, reflejado en el art. 2 del Convenio 98 de la OIT. El art. 28.1 CE, al tutelar la libertad sindical, tiene en cuenta los riesgos que asumen, frente al empleador (y a los restantes posibles agentes de opresión), los representantes de los trabajadores en la defensa de los derechos e intereses colectivos".

Como con nitidez ha reiterado el Tribunal Constitucional..."dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuentra...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 y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. Por todo ello nos dirá el Tribunal Constitucional (siguiendo los mandatos del Convenio num. 135 de la OIT, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa), que el trabajador no puede sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional (carrera profesional) o económica en la empresa, de donde se desprende, entre otras cosas, el derecho del trabajador, conocido como liberado o relevado de la prestación de servicios, a mantener la misma retribución que tenía cuando prestaba efectivamente el trabajo, pues lo contrario supondría una fuerte obstáculo para la efectividad del derecho de libertad sindical, que repercutiría no sólo en el representante 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 CE encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquéllos.

En resumidas cuentas: el derecho del trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica por motivo de su afiliación o actividad sindical forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 74/1998, de 31 de marzo y 87/1998, de 21 de abril , 95/1996, de 21 de junio y 30/2000, de 31 de enero). Como señalara la Sentencia 40/1985, de la Sala

Segunda, de 13 de marzo..."El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende--no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas, precisamente, la prevista en el art. 68.e) del ET. La retribución de estas horas será el salario promedio, incluido el de primas, incentivos y destajos, incluso un plus de nocturnidad (STC 95/1996, antes citada).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 191/1998, también mantiene que "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 el representante 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" (en este mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional nº 70/1982 y 37/1983).

En resumidas cuentas: el Tribunal Constitucional llega 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. Hay, pues, un criterio interpretativo favorable a la indemnidad retributiva de los representantes sindicales en cuanto a las partidas salariales generales a salvo de las personalísimas o extraordinarias.

Por su lado el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este aspecto. Así, por ej. en su Sentencia de 20 de mayo de 1992, en su Fundamento Jurídico 2º señala que..."Lo que si se debe sostener es que el representante con derecho a crédito horario retribuido debe percibir el mismo salario que tenía en servicio activo, en evitación de que el cargo representativo suponga para él una sanción". Como señalan la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2001, interpretando el art. 1º del Convenio 135 de la OIT... "el representante con derecho a crédito retribuido debe percibir el mismo salario que tenía en servicio activo, en evitación de que el cargo representativo suponga para él una sanción", debiendo agregarse que el término retribución que utiliza el art. 68 del ET es más amplio que el de salario que se recoge en el art. 26.1 del mismo ET, por lo que las horas sindicales deben ser abonadas por el empresario sin que el trabajador sufra menoscabo de su remuneración ordinaria debiendo rechazarse toda interpretación restrictiva que merme la retribución por ejercer el derecho a las horas de

crédito sindical.

El extinto Tribunal Central de Trabajo reconocía una suerte de principio conocido como "omniequivalencia retributiva" o "indemnidad retributiva", en virtud del cual el representante de los trabajadores debía percibir la misma retribución que percibiría de estar prestando servicios por cuenta ajena, de forma que la realización de las funciones representativas no suponga un perjuicio o una especie de sanción a su condición sindical (SSTCT de 23 de marzo de 1983, de 2 de julio y 24 de septiembre de 1984, de 20 de abril y de 26 de octubre de 1988).

En el ámbito de los tribunales Superiores de Justicia observamos, como precisa la STSJ de Madrid, de 29 de junio de 2001, que..."todo condicionamiento a que un representante sindical quede mermado en el percibo de retribuciones salariales, no personalísimas o extraordinarias, como consecuencia de la asunción del cargo representativo debe ser amparada judicialmente en evitación de elementos disuasorios de la representatividad sindical".

Como dice con absoluta nitidez la STSJ de Catalunya de 24 de enero de 2000..."el crédito horario del que gozan los representantes sindicales se rige por lo dispuesto en el art. 68 del ET, sin que la utilización del mismo en las actividades sindicales, en extensión equivalente a la jornada, pueda menoscabar sus derechos económicos; por ello, si los trabajadores que prestan servicios para empresa perciben la gratificación por la mera circunstancia de no dejar de asistir tres o más días en el periodo que se detalla, la exclusión de la demandante resulta discriminatoria, sin que se le pueda privar de su percepción por el hecho de no haber asistido al trabajo como consecuencia de haber hecho uso del crédito horario, debiendo resaltarse que sobre esta materia existe un principio de protección retributiva o de omniequivalencia retributiva del representante, que cabe asimismo denominar de indemnidad retributiva, consistente en que aquél ha de percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestando trabajo efectivo, pues de otra forma el cargo representativo supondría un perjuicio o incluso una sanción. Y es evidente que el ejercicio de un derecho fundamental no puede suponer perjuicio o sanción alguna para su titular".

Como con meridiana claridad se expresa, y es de especial interés para este Laudo Arbitral, la STSJ de Andalucía/Granada, de 20 de septiembre de 2000 (F.J. 7º)..."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" (en el mismo sentido se manifiesta las SSTSJ de Madrid de 30 de enero, 7 de junio y de 8 de octubre de 2004).

Como señala la STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de febrero de 2003..."El art. 68. e) del ET reconoce el derecho a que las horas concedidas a los representantes sindicales para el ejercicio de sus funciones de representación se retribuyan en igual cuantía que las horas realizadas por sus compañeros o por ellos mismos si las trabajaran efectivamente, con la finalidad de evitar que la función representativa de carácter legal, ordenada no en interés individual del representante sino del general o colectivo del grupo representado, se vea gravada con perjuicios patrimoniales para quien la ejerce, fin que hace enteramente razonable la garantía de indemnidad o igualdad retributiva".

No obstante, la omniequivalencia retributiva plantea la cuestión de interpretar el término retribución a efectos de integrar o no determinados conceptos salariales. La jurisprudencia es uniforme sobre la exclusión de la retribución de las horas extraordinarias y de las partidas extrasalariales del principio señalado.

NOVENO.- En reforzamiento de todo lo anterior, de la tutela de los derechos de libertad sindical trata el Capítulo XI, del Libro II (arts., 175-182) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para que en los supuestos en que cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, pueda recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social (el objeto de este proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad, art. 176 LPL).

DECIMO. A mayor abundamiento, el art. 52 d), párrafo segundo, del Estatuto de los Trabajadores, por el que se regula la extinción del contrato por causas objetivas, y, precisamente, al tratar del absentismo, nos dice que no se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, ni el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, entre otros supuestos. Por esta razón, es claro que la negociación colectiva y los pactos individuales o colectivos, no pueden jamás considerar como absentismo el tiempo dedicado a la huelga, siempre que sea legal, ni las horas empleadas en el ejercicio de la representación legal de los trabajadores. Ni son absentismo ni pueden dejar de retribuirse estos tiempos de representación, siempre que se mantengan dentro de los límites legales del art. 68 del ET. No se trata de permisos

conducidos al uso como los enumerados en el artículo 17.1 del artículo que antes hemos analizado, con finalidad atender necesidades singulares o propias, sino de horas que de modo obligatorio han de emplearse para fines de interés colectivo, en defensa y tutela de los representados, por lo que no son empeorables ni renunciables, ni muchos menos pueden volverse contra el salario del trabajador que se decide a presentarse a unas elecciones plenamente legales para representar a sus compañeros como delegado de Personal y que si no tuviera que llevar a cabo tales funciones no se vería en la necesidad de ver mermados sus salarios por este presunto absentismo.

En virtud, pues, de todos los hechos reseñados y de las fundamentaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales que han quedado expuestas, se dicta el siguiente

LAUDO ARBITRAL

POR EL QUE SE ESTIMA:

PRIMERO. QUE NO PROCEDE, de conformidad con lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación y Pactos existentes en la Empresa, **EL DESCUENTO** que la Empresa efectúa al Delegado de Personal del incentivo establecido, cuando hace uso de su crédito horario para las funciones propias de su cargo.

SEGUNDO. QUE PROCEDERIA, pues, el cese inmediato de esta actividad antisindical, sin que tengamos evidencia de que ello haya sido hecho de mala fe, sino más bien por desconocimiento de que ciertos desajustes en las políticas antiabsentismo pueden producir de modo colateral efectos antisindicales, por lo demás fácilmente remediables.

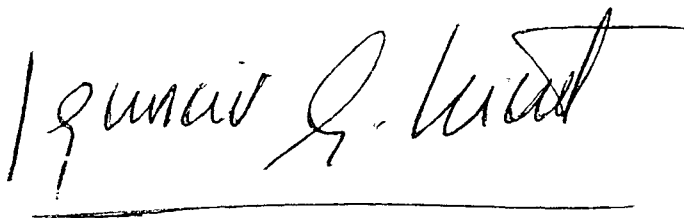
TERCERO. QUE NO PROCEDE NI CORRESPONDE este Arbitro entrar aquí ni hacer mención de las concretas partidas salariales dejadas de percibir hasta el día de la fecha y no prescritas.

El Laudo, que tiene carácter vinculante para ambas partes, de conformidad con el art. 16.11 del Reglamento del Tribunal Arbitral Laboral de Catalunya, únicamente podrá recurrirse ante los Tribunales competentes por cuestiones relacionadas con el procedimiento (falta de citación o de audiencia), aspectos formales de la resolución arbitral (incongruencia) o vulneración de los derechos fundamentales o del principio de norma mínima.

Asimismo, de conformidad con el art. 10.1, párrafo primero, del mismo Reglamento, en el plazo de siete días hábiles a contar desde la notificación de este Laudo, cualquiera de las partes podrá solicitar del Arbitro la aclaración de alguno de los puntos de aquél, que tendrá que facilitarse en el plazo máximo de diez días hábiles.

El trámite de aclaración faculta a cualquiera de las partes a solicitar del Arbitro, única y exclusivamente, la adecuada matización o esclarecimiento de alguno de los puntos contenidos en el Laudo, sin que, en ningún caso, tal facultad pueda ser utilizada para rebatir posicionamientos reflejados en la resolución arbitral.

Barcelona, a 21 de febrero de 2005



Fdo. JOSE IGNACIO GARCIA NINET

Árbitro del Tribunal Laboral de Catalunya