

La garantía de indemnidad por ejercicio de cargo sindical: a propósito de la STC 326/2005, de 12 de diciembre

Dra. Esther Sánchez Torres
Profesora de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho
de ESADE- Universitat Ramon Llull

I. Introducción

El reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical trae su causa en una demanda contra el Ayuntamiento de Fuengirola, interpuesta por un delegado sindical, que ostenta la categoría de jefe de inspección de medio ambiente, a propósito de una serie de conductas que, a su juicio, son contrarias a los arts. 14 y 28 CE.

Se discuten, en concreto ciertos cambios en sus condiciones de trabajo, en la exigencia de comunicación y visado previo del uso de horas sindicales, así como la supresión de un complemento salarial de puesto de trabajo. Así, en fecha de 21 de septiembre de 2001 se le comunicó que realizaría su trabajo bajo la supervisión del jefe de servicio de gestión e inspección tributaria, cambio que se aprovechó para cambiar el sistema de control del uso del crédito horario, de forma que ya no podía remitir la hoja de visado directamente al Departamento de Personal, sino que debía previamente enviarla a su inmediato superior, y una vez sellada por éste, entregarla a los servicios centrales de personal. Igualmente, mediante escrito de 25 de octubre de 2001, se le comunicó que debido a su condición de liberado sindical, se le dejaría de abonar el complemento de puesto de trabajo. El trabajador ostentaba el cargo de representante desde el año 1994, si bien la condición de liberado fue concedida con efectos de 1 de octubre de 2001, sin que desde enero del 2000 ningún miembro del Comité de empresa hubiera ostentado esta condición.

Se da la circunstancia, además, que el trabajador pertenecía a una plataforma ciudadana que había realizado diversos actos de protesta en contra del Ayuntamiento, que a la mujer del trabajador se le abrió un expediente disciplinario el 3 de octubre de 2001, posteriormente archivado y que se le denegó la posibilidad de asistir a un curso de formación.

La demanda de instancia, así como el recurso ante el TSJ de Andalucía, desestimaron la pretensión del trabajador, al admitir las razones esgrimidas por la empresa. En relación con el complemento de puesto de trabajo, porque se aportaron dos sentencias del TSJ que privaban del abono de dicho complemento a los liberados que no tuvieran asignado

un puesto de trabajo, y porque el trabajador no pudo acreditar que existieran liberados a los que se les hubiera concedido el plus y porque, en todo caso, era en un procedimiento ordinario en el que debía discutirse su impago. En relación con los cambios de puesto de trabajo, ambos Tribunales estimaron que obedecían a una facultad legítima de movilidad funcional, de modo que se acreditaba suficientemente la desconexión con cualquier ánimo discriminatorio, vengativo o de represalia.

II. Conducta antisindical y acoso sindical

El Tribunal Constitucional realiza en su sentencia un análisis separado de cada una de las conductas discutidas, en línea con la interpretación realizada en sede ordinaria y posiblemente como consecuencia de los propios términos de la demanda, pese a que el trabajador aportó como panorama indiciario de discriminación por motivos sindicales, el conjunto de modificaciones sufridas por él y su cónyuge, también trabajadora del Ayuntamiento.

Es ésta segmentación de los hechos y la valoración de la conducta empresarial de acuerdo con la tesis tradicional en materia de libertad sindical y con una interpretación estricta de los términos en los que opera la inversión de la carga de la prueba, lo que lleva a la estimación, sólo parcial, del recurso de amparo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional argumenta que *“hemos señalado la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no puede reducirse a la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir que se deduzca la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5; 21/1992, de 14 de febrero, FJ 3; 266/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 180/1994, de 20 de junio, FJ 2; y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4). La ausencia de prueba trasciende así el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4). En definitiva, el demandante que*

invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación. Alcanzado, en su caso, el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas)”.

Con este punto de partida, concluye que “los órganos jurisdiccionales han realizado una adecuada ponderación del derecho constitucional invocado, lo que descarta la existencia de la vulneración que se denuncia. En efecto, las resoluciones judiciales, y en particular la Sentencia de instancia, consideran que ha quedado acreditada la existencia de un clima de enfrentamiento entre el Ayuntamiento y el demandante desde el desarrollo por éste de sus actividades sindicales y representativas, constituyendo las diversas manifestaciones de este enfrentamiento indicios suficientes para que opere la inversión de la carga de la prueba. No obstante, examinando consecuentemente la justificación de las concretas medidas adoptadas y su proporcionalidad, concluyen que las dos medidas cuestionadas aparecen justificadas por razones ajenas a una persecución o discriminación sindical, sin que se aprecie que las mismas ocasionen tampoco limitación o perjuicio alguno al trabajador. Así, por lo que se refiere al cambio de la dependencia jerárquica de su puesto de trabajo, consideran que ello no supone una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, ni afecta a las funciones desarrolladas, ni implica un traslado de centro de trabajo, constituyendo una mera decisión organizativa que no vulnera el derecho de libertad sindical del demandante, decisión derivada de las propias necesidades de funcionamiento administrativo del Ayuntamiento y coherente con el dato de que en ese mismo Departamento y dependiendo igualmente del Jefe de servicio de gestión se encuentra ubicado el Jefe de medio ambiente. Y en cuanto a las modificaciones introducidas en el procedimiento de justificación de la utilización del crédito horario, concluyen también que se trata en todo caso de modificaciones justificadas tanto por la facultad empresarial de realizar un control del número de horas utilizadas como por el cambio de dependencia jerárquica ya analizado, sin que nada de ello represente menoscabo o limitación alguna al ejercicio del derecho”.

Si bien el propio Tribunal alerta sobre la falta de soporte fáctico en el relato de los hechos probados, entendemos que los Tribunales deberían haber diferenciado lo que constituye una mera conducta antisindical, de lo que podría calificarse como acoso sindical, en línea con las previsiones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de

noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Así, se señala por el citado texto normativo que *“El acoso constituirá discriminación a efecto de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con (el factor especialmente protegido, en este caso el ejercicio de la actividad sindical) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo”*.

Ello difiere sensiblemente de la definición de conducta antisindical utilizada por el Tribunal Constitucional, en la que cobran especial relevancia, en primer lugar, la protección de la actividad sindical (dimensión colectiva) y, en segundo término, la vertiente más patrimonialista –en el sentido cuantitativo- de la protección del representante de los trabajadores (dimensión individual).

Se entiende que, en la medida en que los cambios de funciones y del sistema de control del crédito sindical, están justificados y no representan -en sí mismos- menoscabo o limitación alguna al ejercicio de la actividad sindical, no puede considerarse que integren una conducta contraria al art. 28 CE.

Desde nuestro punto de vista, debería haberse procedido a un análisis global, a fin de valorar hasta qué punto podría existir un plan estratégico de desgaste personal, consistente en una serie de conductas de persecución individual reiteradas en el tiempo, y ello, con independencia de que incidieran en el corto plazo en el desarrollo de la actividad sindical o afectaran inmediatamente al estatuto profesional del trabajador. Siendo ello así, sería igualmente irrelevante la mayor o menor legitimidad de las facultades de organización y dirección de la empresa, puesto que la doctrina judicial en materia de acoso moral –extrapolable al acoso sindical- admiten que en la secuencia de conductas de desgaste se integren –entre otros marcadamente contrarios al ordenamiento jurídico- actos de modificación de las condiciones de trabajo ajustadas a derecho.

III. Conducta antisindical y discriminación sindical

Otra de las cuestiones abordadas en la sentencia es la vinculación entre el art. 14 CE y el art. 28 CE.

Es reiterada doctrina constitucional que las diferencias de trato por razones sindicales, al no poder vincularse directamente a ninguna de las causas expresamente referidas en el

art. 14 CE, deben subsumirse en el art. 28 CE. Así lo han declarado, entre otras, las SSTCO 55/1983, de 22 de junio, 197/1990, de 6 de mayo, 202/1997, de 25 de noviembre, 87/1998, de 21 de abril, 191/1998, de 29 de septiembre, 308/2000, de 18 de diciembre o 44/2001, de 12 de febrero.

Con ello, el Tribunal Constitucional sienta una suerte de *vis atractiva* hacia el art. 28 CE, ante cualquier diferencia de trato por motivos sindicales, aunque en su valoración utilice la doctrina sobre discriminación directa e indirecta construida a partir del art. 14 CE, hecho que le permite afirmar que *“la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo o a la indagación de factores psicológicos y subjetivos, siendo este elemento intencional irrelevante si se constata la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo para el bien o derecho objeto de tutela (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; y 80/2005, de 4 de abril, FJ 5)”*.

Esta doctrina facilita la actividad probatoria, a la vez que racionaliza la tutela constitucional. En una controversia que tenga por objeto las diferencias entre trabajadores ordinarios y trabajadores que ostenten cargo representativo, el núcleo del debate no es si ambos colectivos deben tener las mismas condiciones laborales, sino el hecho de que las diferencias que perjudiquen a los segundos, acaban actuando como elemento disuasorio que afecta a la actividad sindical e impide, con ello, el papel de los representantes de los trabajadores como agentes compensadores de la desigualdad entre contratantes, inherente -con carácter general- a la relación laboral.

Igualmente, en un contencioso en el que se discuta la diferencia de trato entre trabajadores que representan a diversas formaciones sindicales, el centro del debate deberá situarse no en términos de paridad, sino en el análisis sobre hasta qué punto esta diferencia obstaculiza la actividad de una determinada organización sindical, afectando con ello el pluralismo garantizado por el art. 28 CE.

Plantear los términos de la demanda en torno al art. 14 CE, provoca que necesariamente la pretensión se acabe desestimando, ya no sólo en base a los argumentos jurídicos antes esgrimidos, sino en base a otros tan peregrinos –como en el caso que nos ocupa- como que el trabajador demandante no acreditó que otros liberados sindicales percibieran el complemento salarial discutido.

IV. Libertad sindical y garantía de indemnidad retributiva

Como se apunta en la sentencia, el núcleo gordiano de la litis lo constituyó la supresión del complemento de puesto de trabajo llevada a cabo por el Ayuntamiento cuando el trabajador se liberó sindicalmente.

Ésta es la única pretensión que, a juicio del Tribunal, merece la tutela constitucional. Los argumentos utilizados para estimar el amparo, no son originales, sino que reiteran la doctrina clásica sobre la materia, sentada fundamentalmente por las SSTCO 173/2001, de 26 de julio (en relación con un complemento compensatorio por jornada partida), 30/2000, de 31 de enero (con ocasión de una gratificación por turno rotatorio) y 191/1998, de 29 de septiembre (a propósito de un plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad):

“Desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, hemos venido subrayando que la libertad de afiliarse a un sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores, necesitan de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. En consecuencia, hemos declarado que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra 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 (entre otras muchas, SSTC 44/2001, de 12 de febrero, FJ 3; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 44/2004, de 23 de abril, FJ 3; y 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 4). Se trata de una “garantía de indemnidad retributiva” 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 (por todas, SSTC 17/1996, de 7 de febrero, FJ 4; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 214/2001, de 29 de octubre, FJ 4; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2). 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 (SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 2; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3).

Como recordábamos recientemente en la última de las Sentencias citadas, la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los

representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE. Pues bien, el citado Convenio establece en su art. 1 que dichos representantes “deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales”. Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa —que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STC 38/1981, de 23 de noviembre)— establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función “sin pérdida de salario” (IV, 10.1 y 11.2; STC 92/2005, de 18 de abril, FJ 3).

Desde esta perspectiva, hemos afirmado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye 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 (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 30/2000, de 31 de enero FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3).”

Pese a la contundencia con la que se pronuncia el Tribunal, no cabe duda de que la aplicación práctica de esta obligación de garantía puede ocasionar problemas en aquellas empresas con un sistema retributivo complejo y con un peso relevante de las partidas variables (téngase en cuenta que la doctrina constitucional siempre se ha pronunciado en este tema en relación con partidas fijas, aún vinculadas a un puesto de trabajo). Es por ello, que hubiera sido importante un mayor desarrollo doctrinal por parte de la sentencia.

Resulta claro que la garantía de indemnidad retributiva supone la imposibilidad de que el representante sufra perjuicio alguno en su retribución con motivo de la sustitución del “trabajo productivo” por el ejercicio de “trabajo sindical”. El concepto de retribución, a estos efectos, no se corresponde exactamente con el concepto de salario tipificado en el art. 26 ET, en la medida en que se excluyen sólo algunas percepciones extrasalariales, como las compensaciones por gastos o por desplazamientos, transporte, dietas o indemnizaciones por razón de servicios.

Con respecto a las partidas salariales, hay acuerdo unánime en la doctrina judicial sobre la indemnidad total del salario fijo. Mayores discrepancias aparecen en relación con el salario variable, si bien mayoritariamente se entiende que la garantía de indemnidad alcanzaría también a las primas e incentivos, aplicándose para su cómputo, la misma fórmula que la utilizada para el cálculo del salario regulador a efectos indemnizatorios.

En sede ordinaria se plantean, todavía en la actualidad, problemas con respecto a aquéllos complementos vinculados directamente al esfuerzo o a la dedicación especial del trabajador o a la extensión de la jornada por realización de horas extraordinarias, supuestos en los que podría cobrar relevancia la diferencia entre mero representante de los trabajadores y liberado sindical.

En estos casos, y pese a que la jurisprudencia del TS es clara cuando afirma la imposibilidad de excluir ninguno de los conceptos salariales, los pronunciamientos judiciales no son unánimes, admitiendo en algunos casos el descuento (a modo de ejemplo, STSJ de Cantabria de 27 de enero de 1993), en lógica con lo que ocurre con respecto a las percepciones extrasalariales (como las dietas), asociadas estrechamente a la prestación efectiva de un trabajo en determinadas condiciones.

Y la remisión, sin más, a la negociación colectiva no parece una buena solución, desde el momento en que se rechaza cualquier tipo de cláusula que limite el derecho a la omniequivalencia retributiva (STSJ del País Vasco de 6 de mayo de 2003), bien directamente, bien a través de la no equiparación del crédito sindical al tiempo de trabajo efectivo.

Es cierto que, como justifica la propia sentencia, el principio de subsidiariedad impide al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre una cuestión de legalidad ordinaria. Pero no cabe duda de que “*estando en juego un derecho fundamental sustantivo*”, en la labor de control o verificación del carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, podía haber expresado más explícitamente si existe un supuesto en el que la privación de un complemento no constituya una lesión del derecho a la libertad sindical o, como pone de relieve el Ministerio Fiscal (en palabras del fallo), ello supondría “*desconocer la inconcusa y abrumadora doctrina de este Tribunal que deslegitima cualquier minoración retributiva de los liberados sindicales*”.