

Huelga feminista y premio por presencia: el tiempo empleado en una huelga no puede ser considerado absentismo a tales efectos, en ausencia de especificación expresa en el convenio colectivo.

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Vulnera el derecho de huelga la empresa que computa las horas que no se va a trabajar por ejercer el derecho fundamental de huelga como horas de absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el convenio colectivo.*

Palabras clave: *Huelga. Absentismo. Premio de presencia.*

Abstract: *A company that counts the hours that are not worked due to the exercise of the fundamental right to strike as hours of absence from work for the purposes of accrual of the attendance bonus regulated in the collective agreement violates the right to strike.*

Keywords: *Strike. Absenteeism. Attendance award.*

I. Introducción

La STS de 9 de febrero de 2023 considera que para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus de asistencia es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo debe interpretarse en el sentido más favorable para el derecho fundamental y no puede interpretarse como una autorización para que la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo a los efectos de la percepción del complemento o plus de asistencia. La sentencia continúa, así pues, con la doctrina de la Sala más sensible al derecho de huelga -exigiendo que la previsión del absentismo por huelga se especifique expresamente a fin de poder ulteriormente comprobar el grado de impacto en el derecho- que la mantenida en esta concreta materia por el propio Tribunal Constitucional.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Cuarta).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 128/2023, de 9 de febrero.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 2354/2020.

ECLI:ES:TS:2023:712.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El sindicato CGT convocó huelga general de 24 horas el día 8 de marzo de 2018 cuyo objetivo reivindicativo consistía en reclamar del Gobierno medidas concretas contra las violencias machistas, la supresión de la brecha salarial y la desigualdad en las pensiones, la eliminación del acoso y otra serie de medidas relacionadas con la mujer trabajadora. Varias personas trabajadoras de la empresa IVECO España SL se sumaron a la huelga. La empresa computó las ocho horas que no fueron a trabajar como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el art. 41 del convenio colectivo de la empresa (Iveco España). Contra tal actuación la Confederación General del Trabajo, en su propio nombre y en representación de diecisiete trabajadores afiliados que habían ejercido el derecho de huelga, interpuso demanda por la modalidad de tutela de los derechos fundamentales por vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga.

La demanda fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid quien declaró que la conducta empresarial objeto de enjuiciamiento vulneraba el derecho de acción sindical y de huelga del sindicato accionante y de los afiliados demandantes. Tras declarar la nulidad radical de la conducta de la empresa, ordenó el cese en el comportamiento discriminatorio y antisindical, la reposición de los trabajadores accionantes en su derecho de modo que no se computaran a efectos de absentismo las horas de ejercicio del derecho de huelga, y condenó a la empresa a pagar al sindicato demandante una cuantía de 12.000 euros en concepto de indemnización.

La empresa interpuso recurso de suplicación que fue estimado por el TSJ Madrid quien revocó la sentencia del juzgado de lo social y desestimó la demanda. La sentencia afirma que "en el presente caso no se ha producido una vulneración del derecho de huelga, al no haber existido ningún impedimento por parte de la empresa para que aquella se desarrollara". Y entiende que la cuestión del "cómputo del tiempo de ejercicio del derecho de huelga a los efectos de la valoración del absentismo para el devengo del premio por presencia, es una cuestión de legalidad ordinaria", sin que el TSJ pueda entrar en esa cuestión de legalidad ordinaria, al haberse utilizado la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y, de conformidad con el artículo 178.1 LRJS, "el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad".

Contra dicha sentencia el sindicato interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

La Confederación General del Trabajo invoca de contraste la sentencia de esta Sala 4ª del Tribunal Supremo 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), y denuncia la infracción del artículo 28.2 CE y del artículo 6.1 y 2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

La empresa Iveco España, S.L. impugna el recurso por entender que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, solicitando, en todo caso, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida. Se plantea también si era adecuada la modalidad procesal utilizada de tutela de derechos fundamentales.

El Ministerio Fiscal interesa también la desestimación del recurso por entender que no existe la contradicción exigida.

V. Normativa aplicable al caso

- Art. 28.2 CE.
- Arts. 6.1 y 2 RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

VI. Doctrina básica

Vulnera el derecho de huelga la empresa que computa a las personas trabajadoras las horas que no fueron a trabajar como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia regulado en el convenio colectivo. Para que el tiempo de huelga pueda incidir de manera negativa en el cómputo del correspondiente complemento o plus es preciso que así se haya hecho constar expresamente en el convenio de aplicación, por lo que el silencio del convenio colectivo no puede interpretarse como autorización para que, a los efectos de la percepción del complemento o plus, la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la CGT, se casa y anula la sentencia de suplicación y se resuelve el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso interpuesto por Iveco España, S.L. confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social, sin condena en cosas en el recurso de casación para la unificación para la unificación de doctrina.

VIII. Pasajes decisivos

- “fue adecuada la utilización de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, pues se trata de una cuestión de claro relieve constitucional directamente relacionada con el derecho de huelga -puede disuadir del ejercicio del derecho-”

- "cuando el convenio colectivo aplicable no contiene previsión alguna respecto a la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y en el coeficiente corrector (en el presente caso es el premio por presencia), complementos ambos que tienen por finalidad reducir el índice de absentismo".

- "interpretar este silencio (del convenio colectivo) como pretende la empresa demandada supone una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo y, el carácter de fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución, tal interpretación no puede mantenerse y todo ello sin negar que en convenio colectivo pueda llegar a acordarse lo contrario".

- “Pero, de conformidad con la doctrina de la Sala, que no desconoce la STC 189/1993, 14 junio de 1993 (...) el acuerdo del convenio colectivo tiene que ser expreso en tal sentido, como sucedía precisamente en el supuesto examinado por la citada sentencia”

IX. Comentario

La STS unifica doctrina ratificando la ya mantenida en su STS de 19 de abril de 2004, rec. 36/2003 que se ofrecía como contradictoria por el sindicato. A diferencia de lo alegado tanto por la empresa como por el propio Ministerio Fiscal, la Sala de lo social rechaza la falta de contradicción y considera que concurre. Para el TS en ambos casos, a los trabajadores que participaron en la huelga la empresa les computa ese tiempo a los efectos de un plus de asistencia o premio por presencia previsto en los dos supuestos en el convenio colectivo empresarial y, en ambos casos, los sindicatos denunciaban la infracción del artículo 28.2 CE y del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Mientras que en la sentencia de contraste se estimó la demanda por vulnerar el

derecho de huelga, en la recurrida de suplicación se consideró que no se vulneraba el derecho alegado. Es decir, "en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se ha llegado, así, a pronunciamientos distintos, por lo que la doctrina necesita ser unificada". Para el TS, por lo demás, no obsta a la existencia de contradicción que la sentencia recurrida la demanda se canalizara por la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y en la sentencia de contraste por la modalidad de conflicto colectivo, "toda vez que ello no quiebra la afirmada identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones".

Seguidamente el TS entra en las cuestiones planteadas. La primera de ellas, la relativa a si la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales utilizada era la correcta. La sentencia recurrida afirmaba que "en el presente caso no se ha producido una vulneración del derecho de huelga, al no haber existido ningún impedimento por parte de la empresa para que aquella se desarrollara". Para el TS se parte de una premisa errónea, porque lo que denunciaba el sindicato era la infracción del derecho de huelga por parte de la empresa, "no porque hubiera impedido que se desarrollara la huelga (alegación que en ningún momento esgrimió), sino porque la empresa computó como absentismo el tiempo del ejercicio del derecho de huelga a los efectos del devengo del premio por presencia", único objeto del proceso, directamente relacionado con el derecho de huelga, y al que no se le acumuló ninguna otra acción de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamento diverso a la tutela del derecho de huelga. Para el TS el cómputo como absentismo del tiempo del ejercicio del derecho de huelga no constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria, sino una cuestión de claro relieve constitucional directamente vinculada a la protección del derecho de huelga y, en consecuencia, a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales pues, como señalaba la STS 26 de abril de 2004 (rec. 36/2003) "no cabe admitir la existencia de unos incentivos disuasores del ejercicio del derecho de modo que se prime la no realización de (la) huelga."

La cuestión de fondo más relevante es la de si la empresa vulneró el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia utilizado en el ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia. Y declara que existió vulneración apoyándose en doctrina de la Sala 4ª (con cita de la STS 19 de abril de 2004, rec. 36/2003 que servía de contradictoria), afirmando que "cuando el convenio colectivo aplicable no contiene previsión alguna respecto a la incidencia de la huelga en el plus de asistencia y en el coeficiente corrector (en el presente caso es el premio por presencia), complementos ambos que tienen por finalidad reducir el índice de absentismo", dicha ausencia de previsión no se puede interpretar en el sentido de una equiparación tácita del día de huelga al de ausencia injustificada al trabajo, dado el "carácter de fundamental que el derecho de huelga merece en la Constitución (...) y todo ello sin negar que en convenio colectivo pueda llegar a acordarse lo contrario". Precizando que, en tal caso, el convenio colectivo tiene que ser expreso en tal sentido como sucedía en el caso examinado por la STC 189/1993, 14 junio de 1993.

La solución ofrecida por la presente sentencia del TS resulta conforme con la doctrina constitucional y con la normativa vigente. La STS deja claro que son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por razón de huelga en relación con las debidas a cualquier otro tipo de causa, lo cual parece elemental en tanto dichas ausencias constituyen la consecuencia directa e inmediata del ejercicio de un derecho fundamental de primer nivel como es el de huelga. Por ello, en ningún caso cabe equipararlas a otras inasistencias y en ningún caso el derecho de huelga puede generar una minusvaloración económica de ningún tipo tampoco una merma o no devengo de un premio de asiduidad regulado convencionalmente. Ahora bien, la Sala de lo Social precisa y deja también muy claro que siendo ésta la regla general, cabe alguna excepción vinculada al ejercicio de la negociación colectiva en tanto precisa que la vulneración se produce cuando las faltas de asistencia debidas al ejercicio del derecho de huelga "no se incluyen expresamente en lo convenido"; es decir, cabe que el convenio colectivo estipule expresamente que se incluyen entre las ausencias computables también las debidas al ejercicio del derecho de huelga y,

entonces, en tal caso, la no percepción del premio de asiduidad podría ser perfectamente constitucional.

En realidad, cabe añadir a lo declarado por la Sala Cuarta que no basta con que el convenio colectivo regule “expresamente” que las ausencias por huelga computan también para un premio de asiduidad (matiz importante añadido en su momento por las SSTs de 14 y 19 de abril de 2004), sino que, además y de modo concurrente, se debe exigir que las ausencias por huelga computables negativamente a los efectos de un complemento o premio no sean “relevantes”, es decir, que no jueguen como una vulneración indirecta del derecho fundamental y resulten concreción de un claro principio de proporcionalidad. En estos estrictos límites se consideraba lícito por el TC la inclusión en un convenio colectivo de una prima o complemento de asiduidad en el que se incluían como ausencias computables las producidas por huelga junto con otras muchas causas adicionales que permitían llegar a la conclusión de que aun haciendo huelga se podía cobrar el complemento y, a la inversa, que podía no cobrarse pese a no ejercer el derecho fundamental a la misma. La STC 189/1993, donde se contiene dicha doctrina, se tiene en cuenta por la Sala Cuarta, con independencia de que, de llegar a la Sala Cuarta algún otro caso sobre cláusulas convencionales restrictivas del derecho de huelga, a mi juicio, debiera adoptarse una posición menos complaciente con las mismas y más favorable al derecho fundamental.

En realidad, la crítica no es a la sentencia del TS comentada, absolutamente respetuosa con el derecho fundamental y con la doctrina constitucional, sino más bien con la dictada en su día por el más alto Tribunal: la STC 189/1993. En esa sentencia, el TC examinaba un convenio colectivo en el que una cláusula convencional permite contar a efectos del absentismo la pérdida de horas de trabajo producidas por huelga, haciendo que, al rebasar unos determinados porcentajes, no puedan lucrar los trabajadores el incentivo económico de carácter anual previsto. En la demanda sindical de amparo en aquel caso se alegaba que el derecho de huelga no puede verse sancionado o restringido de forma directa o indirecta a través del mecanismo de gravar al trabajador huelguista con la pérdida o disminución de determinados conceptos retributivos, así como el hecho de que, teniendo el derecho de huelga una titularidad individual dicho derecho no es disponible por la negociación colectiva de modo que las llamadas cláusulas de paz y de tregua (excepción a la no disposición del derecho) sólo vinculan a las partes signatarias de las mismas pero no a terceros. Se argumentaba igualmente que el ejercicio del derecho de huelga lleva aparejada la no percepción del salario correspondiente a la duración de la huelga (y su repercusión sobre los días festivos y las pagas extraordinarias), pero sin que pudiera afectar a otras remuneraciones, pues ello supondría un efecto multiplicador o sancionador incompatible con el derecho fundamental.

Todas estas serias argumentaciones se soslayaban por el TC sobre la base de que la cláusula discutida no podía configurarse como una “cláusula de paz” integrada en el contenido obligacional vinculante sólo para las partes, sino que se trataba de un complemento retributivo con claro carácter normativo de eficacia general (porque regulaba un aspecto de las condiciones de trabajo, sino por tener como destinatarios a todas las relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación de convenio y no sólo a los firmantes). Y la inconstitucionalidad en tal caso, para el TC, sería predicable sólo si la no percepción de la prima por el ejercicio del derecho de huelga se erigiera en una sanción ya que el art. 6.2 RDLRT, que dispone que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario, lo que pretende es limitar al tiempo proporcional a la duración de la inactividad los efectos económicos de la huelga sobre el trabajador, de suerte que la aplicación de una retención salarial superior a la correspondiente a ésta supondría imponer al trabajador una sanción por el ejercicio del derecho de huelga contraria al art. 28.2 de la C.E. Pero para el TC “es obvio que el tipo de incentivo aquí analizado es algo ajeno a las primas anti huelga en la medida en que la prima no está directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga, ni se pierde por el mero hecho de cualquier ausencia por huelga. No es un incentivo que trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor

que el que cabe atribuir en razón a la proporcionalidad de los sacrificios. El incentivo paccionado, antes bien, constituye un instrumento disuasorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga. El número de ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tenga una especial repercusión. Tanto integran el índice de absentismo las bajas intermitentes por enfermedad o accidente como las ausencias debidas a huelga, lucrando de igual modo el porcentaje mínimo de absentismo a efectos de devengar el incentivo controvertido”. Se respetaría el principio de proporcionalidad que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga porque, en la medida en que la pérdida de la prima se condiciona a alcanzar un cierto porcentaje total de ausencias, “es lo cierto que las debidas a huelga puede que no adquieran reflejo alguno en el devengo de ese incentivo, como así ha ocurrido, rompiéndose en ese caso la regla de la proporcionalidad en beneficio del trabajador. De otro lado, cuando se pierde el referido incentivo por superar el umbral mínimo de faltas previsto, no hay por qué cohonestar la pérdida del incentivo con las ausencias por huelga, puesto que éstas solo son una de las causas computables y no necesariamente la única”. Por tales motivos se consideró que aquella cláusula convencional, en tanto que no conllevaba efecto multiplicador alguno o sacrificio adicional a la pérdida de la remuneración correspondiente al tiempo de huelga, no vulneraba el derecho de huelga.

Pero la duda que se suscitaba con aquella sentencia era una de carácter previo a la argumentación esgrimida por el TC, esto es, si el convenio colectivo, aunque sea estatutario, puede regular con eficacia normativa restricciones a un derecho fundamental individual y si la proporcionalidad alegada por el TC en aquél caso no era en puridad una vulneración “indirecta” del derecho constitucionalmente reconocido en la medida en que claramente lleva consigo un “efecto desaliento” del ejercicio de un derecho fundamental de dudosa conformidad con la doctrina internacional. ¿Puede el convenio colectivo regular premios o primas por no usar canales de denuncia, por no hacer críticas empresariales en los medios y redes sociales, limitando el derecho al acceso a los datos de carácter personal, a la salud en el trabajo con riesgo para la vida, discriminar un poquito a cambio de beneficios o de que no eventualmente no se produzca dicho resultado?, es decir, ¿se puede limitar un derecho fundamental como la libertad de expresión, de información, la igualdad y no discriminación, la integridad física o psíquica, por negociadores colectivos cuando no hay delegación legislativa? ¿las limitaciones de los derechos fundamentales no le corresponden solo al legislador, principalmente orgánico?

Debe, por ello, ponerse en valor la doctrina de la Sentencia del TS comentada que expulsa del ordenamiento una cláusula restrictiva del derecho de huelga y auspiciarse una constricción de la actual doctrina constitucional en esta concreta materia que muchas veces tiende a hacer una interpretación el art. 28.2 CE a la luz del RDLRT de 1977 en lugar de proceder a la inversa.