

## **Reitera la Sala que vulnera el derecho de huelga incluir el tiempo de ausencia por el ejercicio del derecho fundamental, en el cómputo empresarial del absentismo para percibir el denominado premio por presencia**

**Se revoca la sentencia que entendió que la empresa no había vulnerado el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia por ejercicio de ese derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia.**

Declara el Tribunal que la doctrina de la Sala IV tiene establecido que 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 la empresa considere el tiempo de huelga como ausencia injustificada al trabajo, sino que debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental. En el presente supuesto el convenio colectivo no excluía expresamente la huelga en el cómputo del absentismo para percibir el premio por presencia, tampoco se incluía de forma expresa. Pues bien, de conformidad con la doctrina de la Sala, solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así expresamente, sin que el silencio del convenio pueda interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de hacerse en el sentido más favorable.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

**Sentencia 128/2023, de 09 de febrero de 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2354/2020

Ponente Excmo. Sr. IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

En Madrid, a 9 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Confederación Territorial de Madrid, Castilla La Mancha y Extremadura de la Confederación General del Trabajo, representado y asistido por el letrado D. Francisco Saul Talavera Carballo, contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 994/2019, formulado frente a la sentencia de fecha 1 de agosto de 2019, dictada en autos 247/2019 por el Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, seguidos a instancia del Sindicato Confederación General del Trabajo, contra la empresa Iveco España, S.L., sobre derechos fundamentales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida la empresa Iveco España, S.L., representada y asistida por el letrado D. Angel Olmedo Jiménez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 1 de agosto de 2019, el Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimando la demanda presentada por el

Sindicato Confederación General del Trabajo en su propio nombre y en representación de los siguientes trabajadores afiliados: D. Luis Miguel, D. Jesús María, D. Jesús Carlos, D. Juan María, D. Juan Antonio, D. Jose Ángel, Dña. Blanca, D. Juan Miguel, D. Pedro Antonio, D. Pedro Enrique, D. Marco Antonio, Dña. Celestina, Dña. Eulalia, D. Adolfo, D. Agapito, D. Alexis y Dña. Delfina, en reclamación de tutela de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga, frente a la empresa IVECO ESPAÑA S.L., debo declarar que la conducta empresarial objeto de enjuiciamiento constitutiva de vulneración del derecho de acción sindical y huelga del sindicato accionante y los afiliados demandantes. Declaro la nulidad radical de la conducta de la empresa, consistente el cómputo del tiempo de ejercicio del derecho de huelga a los efectos de la valoración del absentismo para el devengo del premio por presencia, debiendo ordenar y ordeno el cese en el comportamiento discriminatorio y antisindical con condena a la demandada a reponer a los trabajadores accionantes en su derecho a que no se compute a efectos de absentismo las horas de ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, condeno a la demandada a pagar al Sindicato demandante, en concepto de indemnización, un total de 12.000,00 euros".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- La empresa demandada IVECO ESPAÑA S.L. pertenece al sector de la industria del metal. En la citada mercantil existe un Comité de Empresa integrado por 25 miembros, de los cuales, siete pertenecen al sindicato CGT, al menos desde el proceso electoral celebrado el 16 de diciembre de 2014. Además, este sindicato tiene constituida en la empresa desde el 22 de enero de 1999, una sección sindical con un total de tres delegados sindicales, con las facultades y prerrogativas establecidas en el art. 10.3 de la LOLS.

SEGUNDO.- El sindicato CGT convocó huelga general de 24 horas -desde las 00:00 horas hasta las 24:00 horas, del día 8 de marzo de 2018, cuyo objetivo consistía en las siguientes reivindicaciones:

- 1.- Exigencia al Gobierno de medidas concretas y efectivas contra las violencias machistas.
- 2.-Supresión de la brecha salarial y desigualdad en las pensiones.
- 3.- Acceso igualitario a la promoción profesional.
- 4.- Cese de la discriminación en el acceso al empleo y la disminución de la tasa de paro de mujeres.
- 5.- Precariedad laboral: erradicación del acoso sexual laboral, temporalidad y la alta tasa de contratos con jornadas parciales.
- 6.- Medidas de conciliación real y efectiva de la vida laboral, familiar y personal.
- 7.- Igualdad material efectiva de las mujeres migrantes y refugiadas.
- 8.- Equiparación efectiva de las empleadas de hogar.
- 9.- Consideración de las tareas de cuidados como trabajo con derecho a remuneración y prestaciones contributivas independientes.
- 10.- Igualdad efectiva entre funcionarios y funcionarias públicas.

Los diecisiete trabajadores-accionantes ejercieron su derecho de huelga.

TERCERO.- La empresa ha procedido a computar a los trabajadores que secundaron la huelga del día 8 de marzo, las ocho horas de huelga como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia que regula el art. 41 del convenio colectivo.

CUARTO.- La demandada se rige en sus relación con los trabajadores por el Convenio Colectivo de IVECO ESPAÑA, Centro de Trabajo de Madrid 2017-2019.

QUINTO.- En fecha 25 de febrero de 2019 se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de esta ciudad, por el proceso especial en materia de tutela de derechos de libertad sindical - tutela del derecho a la huelga. Dicha demanda tuvo entrada en este Juzgado el 28 de febrero".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa IVECO ESPAÑA SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 39 de los de Madrid el 1 de agosto de 2019, en autos número 247/2019, seguidos a instancia del sindicato CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra la recurrente en materia de tutela del derecho de libertad sindical, y en su consecuencia revocamos aquella, y dcsestiuun" is la demanda formulada. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la Confederación Territorial de Madrid, Castilla La Mancha y Extremadura de la Confederación General del Trabajo, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2004, rc. 36/2003.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 14 de diciembre de 2022, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 8 de febrero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuestión planteada y la sentencia recurrida

1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es, de un lado, si la empresa -parte recurrida en el actual recurso- ha vulnerado el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia por ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia. Y, de otro, si era adecuada para denunciar esa vulneración la modalidad procesal utilizada de tutela de los derechos fundamentales.

2. El sindicato CGT convocó huelga general de veinticuatro horas el día 8 de marzo de 2018, cuyo objetivo consistía en las reivindicaciones que se detallan en el hecho probado segundo.

Iveco España, S.L., procedió a computar a los trabajadores que secundaron la huelga del día 8 de marzo las ocho horas de huelga como absentismo laboral a los efectos de devengo del premio por presencia que regula el artículo 41 del Convenio colectivo de Iveco España, centro de trabajo de Madrid, 2017-2019.

3. 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.

La demanda fue estimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid 289/2019, 1 de agosto de 2019 (autos 247/2019).

La sentencia del juzgado declaró que la conducta empresarial objeto de enjuiciamiento era constitutiva de vulneración del derecho de acción sindical y huelga del sindicato accionante y los afiliados demandantes. Y declaró, asimismo, la nulidad radical de la conducta de la empresa, consistente en el cómputo del tiempo de ejercicio del derecho de huelga a los efectos de la valoración del absentismo para el devengo del premio por presencia; ordenó el cese en el comportamiento discriminatorio y antisindical con condena a la demandada a reponer a los trabajadores accionantes en su derecho a que no se computaran a efectos de absentismo las horas de ejercicio del derecho de huelga; y condenó a la demandada a pagar al sindicato demandante, en concepto de indemnización, un total de 12.000 euros.

4. Iveco España, S.L., interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social. El recurso fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid 140/2020, 3 de marzo de 2020 (rec. 994/2019).

La sentencia del TSJ revocó la sentencia del juzgado de lo social y desestimó la demanda.

SEGUNDO. El recurso de casación para la unificación de doctrina, su impugnación, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción

1. La Confederación General del Trabajo ha interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 140/2020, 3 de marzo de 2020 (rec. 994/2019).

El recurso invoca de contraste la sentencia de esta Sala 4.<sup>a</sup> 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.

2. El recurso ha sido impugnado por Iveco España, S.L.

La impugnación, que entiende que no hay contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, solicita, en todo caso, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la desestimación del recurso por entender que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste.

4. Debemos examinar, con carácter previo, si la sentencia recurrida y la referencial son contradictorias. El examen debemos hacerlo en todo caso, pero, adicionalmente, en el presente supuesto, tanto el Ministerio Fiscal como la impugnación del recurso entienden que no existe esa contradicción.

Apreciamos que entre las sentencias comparadas se dan las identidades y la contradicción que legalmente exige el artículo 219.1 LRJS.

En efecto, también en el supuesto de la sentencia de contraste (la STS 19 de abril de 2004, rec. 36/2003), la empresa procedió a computar a los trabajadores que participaron en la huelga general (en este caso de 20 de junio de 2002) ese tiempo a los efectos de la percepción del plus de asistencia, así como de los llamados incentivos en función de las ausencias, previstos en el convenio colectivo empresarial.

Igualmente, en el supuesto de la sentencia referencial, los sindicatos que demandaron a la empresa solicitaban en su demanda que se declarara el derecho de los trabajadores que habían participado en la huelga a percibir íntegramente el plus de asistencia y los incentivos, sin que el tiempo de huelga fuera computado negativamente para percibirlos.

También en el supuesto de la sentencia de contraste los sindicatos denunciaban la infracción del artículo 28.2 CE y del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo.

Y, con estas semejanzas, así como la sentencia referencial de esta Sala 4.<sup>a</sup>, anulando la sentencia de instancia, estimó la demanda, por el contrario, la sentencia recurrida, revocando igualmente la sentencia de instancia, desestimó la demanda.

En mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se ha llegado, así, a pronunciamientos distintos, por lo que la doctrina necesita ser unificada.

No obsta a la existencia de contradicción que en 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.

TERCERO. Cómputo empresarial del absentismo para percibir el denominado premio por presencia que incluye el tiempo de ausencia por ejercicio del derecho de huelga y la adecuación de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales.

1. Según se ha avanzado, la cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es, de un lado, si la empresa vulneró el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia por ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia. Y, de otro, si era adecuada para denunciar esa vulneración la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, que fue la utilizada en el presente supuesto.

Debemos empezar por esto último.

2. La sentencia recurrida 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 -se cierra el razonamiento- 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."

La sentencia del TSJ recurrida parte de una premisa errónea.

En efecto, ocurre que el sindicato demandante -y ahora recurrente en casación unificadora- denunció la infracción del derecho de huelga por parte de la empresa, no porque esta 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. Esto último ha sido en todo momento el objeto del proceso, directamente relacionado con el derecho de huelga, y a él 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.

En el presente supuesto no hay, en consecuencia, una acción dirigida a conocer de la alegada lesión del derecho de huelga y otra -que se acumula- basada en fundamentos diversos de la tutela del mencionado derecho de huelga. Lo que siempre ha existido es una única acción en la que se denunciaba la vulneración del derecho de huelga, a lo que en ningún momento se acumuló ninguna otra que tuviera un fundamento distinto a la de la protección de dicho derecho. En el caso, lo único que ha habido es una acción en la que se alegaba que el cómputo como absentismo del tiempo del ejercicio del derecho de huelga, a los efectos del devengo del premio por presencia, infringe frontalmente dicho derecho.

3. Y el caso es que esta única pretensión del cómputo como absentismo del tiempo del ejercicio del derecho de huelga no es, en modo alguno, una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena a la tutela y protección del derecho de huelga y, en consecuencia, a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales.

Por el contrario, se trata de una cuestión "de claro relieve constitucional", como dijera, respecto de una cuestión sustancialmente igual a la ahora planteada, la STS 1 de diciembre de 1998 (rec. 1747/1998) y recuerda, citándola, la STS 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), que es la sentencia invocada de contraste en el presente recurso.

Ha de tenerse, en cuenta, como concluye, por ejemplo, la STS 26 de abril de 2004 (rec. 36/2003), que "no cabe admitir la existencia de unos incentivos disuasores del ejercicio del derecho de modo que se prime la no realización de (la) huelga."

4. Una vez clarificado que, en el presente supuesto, 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-, es el momento de abordar el examen de la cuestión de fondo planteada por el recurso: si la empresa vulneró el derecho de huelga por incluir el tiempo de ausencia por ejercicio de este derecho en el cómputo del absentismo para percibir el denominado premio por presencia.

Debemos adelantar que la respuesta es positiva (la empresa vulneró, en efecto, el derecho de huelga), de acuerdo con la ya consolidada doctrina de esta Sala 4.<sup>a</sup>, de la que es un exponente significado, precisamente, la STS 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), que es la sentencia referencial del actual recurso.

Como expresa esta STS 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), "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 querido por la empresa.

En efecto, como señala la citada STS 19 de abril de 2004 (rec. 36/2003), "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, como dijera la ya citada STS 1 de diciembre de 1998 (rec. 1747/1998), el acuerdo del convenio colectivo tiene que ser expreso en tal sentido, como sucedía precisamente en el supuesto examinado por la citada sentencia del TC.

En definitiva, la doctrina de esta Sala 4.<sup>a</sup> es que 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. Ese silencio debe interpretarse en el sentido más favorable al ejercicio del derecho fundamental, como señalaran las SSTS 1 de diciembre 1998 (rec. 1747/1998) y 26 de abril de 2004 (rec. 96/2003).

En los términos de la STS 5 de mayo de 1997 (rec. 3310/1996), "puesto que son radicalmente distintas las ausencias al trabajo producidas por razón de huelga de las debidas a cualquier otro tipo de causa, no pueden entenderse comprendidas las primeras en los premios a la asiduidad o en los pluses de asistencia, cuando no se incluyen expresamente en lo convenido."

En el presente supuesto, el convenio colectivo no computaba como absentismo, a los efectos del premio por presencia, el accidente laboral, los permisos especiales por matrimonio, la enfermedad grave o el fallecimiento de un familiar de primer grado y los retrasos en el transporte de la empresa.

Por su parte, en el supuesto de la sentencia de contraste, respecto del complemento de asistencia, el convenio colectivo establecía que no se consideraban ausencias las vacaciones, las horas sindicales y las licencias retribuidas excepto la asistencia al médico de cabecera. Y, respecto del coeficiente corrector de incentivos en función de las ausencias se excluían las ausencias por vacaciones, maternidad y licencias retribuidas, excepto la asistencia al médico de cabecera, así como las horas sindicales.

Ni en el supuesto de la sentencia recurrida, ni en el de la sentencia referencial, la huelga, que no se excluía expresamente del cómputo, tampoco se incluía de forma expresa en dicho cómputo.

Y el caso es que, de conformidad con la doctrina de la Sala que se ha expuesto, de la que es claro exponente precisamente la sentencia de contraste, solo cabría incluir el tiempo de ejercicio del derecho de huelga en el cómputo del absentismo si el convenio colectivo lo hubiera establecido así expresamente, sin que el silencio del convenio pueda interpretarse en el sentido más desfavorable al derecho fundamental, sino que, por el contrario, ha de hacerse en el sentido más favorable al derecho fundamental.

5. Los razonamientos anteriores conducen a la estimación del presente recurso de casación unificadora.

CUARTO. La estimación del recurso

1. De acuerdo con lo razonado, y oído el Ministerio Fiscal, procede: estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina; casar y anular la sentencia recurrida; y resolver el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por la empresa y confirmar la sentencia del juzgado de lo social.

2. Sin costas en el presente recurso de casación unificadora ( artículo 235.1 LRJS). Con costas en suplicación de 800 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Confederación Territorial de Madrid, Castilla-La Mancha y Extremadura de la Confederación General del Trabajo, representada y asistida por el letrado don Francisco Saúl Talavera Carballo.

2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 140/2020, 3 de marzo de 2020 (rec. 994/2019).

3. Resolver el debate de suplicación, en el sentido de desestimar el recurso de tal clase interpuesto por Iveco España, S.L.

4. Confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 39 de Madrid 289/2019, 1 de agosto de 2019 (autos 247/2019).

5. No imponer costas en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Con costas en suplicación de 800 euros.

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

Así se acuerda y firma.