

**Alcance del derecho de crédito horario de los representantes de los trabajadores.
Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2005 (Rso de Casación nú., 207/2004)**

Dr. Xavier Solà i Monells
Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. Hechos

En algunas de las unidades del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza donde se trabaja en régimen de turnos rotatorios se aplica un mecanismo denominado “*solape*”, que fuerza a los trabajadores a prolongar su jornada ordinaria diaria en diez minutos para tramitar los partes de cambio de turno, mediante los cuales se informa a los trabajadores que se incorporan de las incidencias que se hayan producido. Osakidetza no reconoce esos diez minutos a los representantes de los trabajadores que prestan servicios en dichos turnos rotatorios cuando hacen uso de su crédito horario.

El mecanismo anteriormente referido se halla previsto en el artículo 22 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del personal del Osakidetza, donde se establece que “*la determinación de los turnos rotatorios en los que deba implantarse el solape, entendido como tiempo efectivo de trabajo consistente en la prolongación de diez minutos de la jornada diaria y destinados a la transmisión de los oportunos partes de cambio de turno así como el personal que deba realizarlo, deberá ser objeto de negociación a nivel de cada Organización de servicios entre la Dirección de la misma y la representación del personal en atención de la necesidad de que el mismo se deba realizar efectiva y justificadamente*”.

El 20 de julio de 2004 el Sindicato de Auxiliares de Enfermería presenta demanda de conflicto colectivo frente al Servicio Vasco de Salud, la Unión General de Trabajadores, Comisiones Obreras, LAB, ELA-STV, SATSE-Sindicato de Enfermería y SME-Sindicato Médico. En dicha demanda solicita que se declare el derecho de los representantes unitarios, delegados sindicales y delegados de prevención que presten servicios en régimen de turnos rotatorios en Unidades, Departamentos o Servicios del Osakidetza a que se les computen los diez minutos diarios correspondientes al solape como tiempo efectivo de trabajo, reflejándose en las carteleras horarias correspondientes y con todas las consecuencias que de ello deriven, tanto económicas como de otro orden.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, mediante sentencia de 19 de octubre de 2004, estima íntegramente la demanda y reconoce el derecho demandado. Osakidetza interpone recurso de casación al amparo del artículo

205.e) del TRLPL e invocando aplicación indebida del artículo 14 de la Constitución Española, del artículo 11.e in fine de la Ley 9/1987, del artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, del artículo 1 del Convenio número 135 de la OIT en relación con los párrafos 10.1 y 11.2 de la Recomendación 143 de la OIT, todo ello en relación con el artículo 28.1 de la Constitución Española.

2. Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma íntegramente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco con fundamento en una argumentación bastante simple que paso a resumir.

La argumentación del Tribunal Supremo se inicia con un repaso a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad sindical, señalando que el artículo 28.1 de la Constitución Española integra, además de la vertiente organizativa sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos, entre los cuales se inserta el crédito de horas sindicales, entendido como *“el derecho de los representantes a disponer de un determinado número de horas retribuidas para el ejercicio de las funciones sindicales”*. También se recuerda que el derecho de libertad sindical incluye una garantía de indemnidad que impide diferencias de trato por razón de afiliación o actividad sindical e implica que tal derecho se ve lesionado si una u otra generan consecuencias negativas al sujeto que las ejerce.

Tras este breve recordatorio el Tribunal Supremo se centra en el caso analizado y constata: primero, que el tiempo de solape se considera tiempo de trabajo efectivo según la norma convencional que lo regula; segundo, que el no reconocimiento se limita a los representantes de los trabajadores que ejercitan el crédito horario; y tercero, que la razón de dicha negativa radica en la no prestación efectiva de servicios durante esos diez minutos. Y en base a ello concluye que *“si el representante de los trabajadores, en ocasión del uso de las horas sindicales, está exento de la prestación de servicios efectivos, sin que pueda exigírsele la recuperación de la jornada correspondiente a tales horas, lo mismo ha de concluirse en cuanto al tiempo de solape, puesto que tiene la consideración de tiempo efectivo de trabajo”*. La argumentación se refuerza señalando que cualquier otra solución *“produciría para el representante un trato perjudicial respecto de sus demás compañeros de trabajo en las operaciones de reajuste de la jornada a efectos del cumplimiento de la jornada anual”*, trato desigual que *“afecta a la libertad sindical, en cuanto tiene su fundamento en la actividad de representación desarrollada por el trabajador”*.

3. Valoración

La sentencia objeto de comentario aborda una cuestión importante y polémica: el alcance del derecho de crédito horario de los representantes de los trabajadores. Dicha cuestión ha generado una notable conflictividad a nivel judicial, particularmente en lo que refiere a la retribución de las horas de crédito que utilicen los representantes. El criterio general en base al cual se determina ésta es un principio habitualmente denominado “*equivalencia retributiva*” o “*indemnidad retributiva*”, que implica el derecho a la retribución que el representante hubiese percibido en caso de haber trabajado normalmente. Se intenta de esta forma garantizar que las horas de crédito horario reciban el mismo tratamiento que las horas de trabajo efectivo, para que el representante no resulte perjudicado por el ejercicio de la actividad que le es propia. La aplicación de aquel principio ha llevado a reconocer la retribución correspondiente al salario base, a los complementos salariales de carácter personal y también a los de turnicidad, penosidad, toxicidad o peligrosidad (véanse, entre otras muchas, la STC 95/1996, de 29 de mayo y la STC 191/1998, de 29 de septiembre) e incluso algunas percepciones extrasalariales, como el plus de transporte, cuando se haya dado la circunstancia que determina su devengo (STS de 9 de octubre de 2001 -RJ 2001/9594-). Se excluye, por el contrario, la retribución correspondiente a horas extraordinarias argumentando que éstas sólo se devengan cuando realmente se trabaja (véanse, por ejemplo, la STSJ de Catalunya de 20 de enero de 1997 -RJ 1997/847- y la STSJ de Navarra de 31 de julio de 2002 -RJ 2002/4097-).

La sentencia objeto de comentario también aplica, sin citarlo expresamente, ese principio general de equivalencia o indemnidad, pero no lo limita a la cuestión retributiva. Como he señalado anteriormente, en el caso de autos se discute si debe reconocerse o no a los representantes los diez minutos de prolongación de la jornada ordinaria en los supuestos de cambio de turno rotatorio donde se haya implantado el sistema denominado “*solape*” y se trata de un reconocimiento a todos los efectos, tanto retributivos como de otro tipo. De hecho el Tribunal Supremo centra su argumentación en las negativas consecuencias que en materia de jornada podría tener el no reconocimiento de esos diez minutos, apuntando que los representantes se verían injustamente obligados a trabajar algunas horas adicionales para cubrir el total de jornada ordinaria establecida.

Un dato esencial que en la sentencia comentada pasa un tanto inadvertido es el carácter obligatorio de la prolongación de jornada: el artículo 22 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Osakidetza deja claro que el establecimiento del sistema de solape debe ser negociado entre la parte empresarial y los representantes de los trabajadores y que una vez establecido vinculará a todo el personal afectado, que deberá prolongar su jornada durante diez minutos para elaborar los partes de cambio de

turno. La toma en consideración de este dato es básica para la correcta comprensión de la solución adaptada y para resolver otras situaciones similares, particularmente las relativas a las horas extraordinarias, de una forma más matizada y equilibrada que la seguida tradicionalmente por nuestros órganos judiciales.

Como es bien sabido, el artículo 35.4 del TRLET establece que la prestación de trabajo en horas extraordinarias es, por regla general, voluntaria para el trabajador, aunque admite que se pacte su obligatoriedad por convenio colectivo o contrato de trabajo. Pues bien, en los casos donde se haya suscrito tal pacto y el empresario reclame su realización a los trabajadores del departamento, sección o unidad donde presta servicios el representante lo lógico es que se le reconozcan a éste la realización de las horas ordinarias y las extraordinarias que en cada caso se hubieran realizado, con todas las consecuencias, económicas y no económicas que ello implique. Entre las primeras figuraría la percepción de la retribución prevista para las horas extraordinarias y entre las segundas el cómputo de las hipotéticamente realizadas a efectos del tope anual de horas extraordinarias previsto en el artículo 35.2 del TRLET. Sólo de esta forma queda realmente garantizada la indemnidad del representante y la obtención de un resultado equivalente al que le correspondería si no hubiese ejercitado su derecho de crédito horario.