



Roj: **STSJ AND 8280/2022 - ECLI:ES:TSJAND:2022:8280**

Id Cendoj: **29067340012022100906**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2022**

Nº de Recurso: **402/2022**

Nº de Resolución: **956/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **RAUL PAEZ ESCAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Málaga, núm. 11, 23-12-2021 (proc. 799/2021),
STSJ AND 8280/2022**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MALAGA

Avenida Manuel Agustín Heredia nº 2ª planta

N.I.G.: 2906744420210010273

Negociado: **RM**

Recurso: Recursos de Suplicación 402/2022

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA

Procedimiento origen: Derechos Fundamentales 799/2021

Recurrente: Aureliano

Representante: ANTONIO JURADO PEREZ

Recurrido:

Representante: SANTIAGO SATUE GONZALEZ

Sentencia Nº 956/22

ILTMO. SR. D. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ

En la ciudad de Málaga a veinticinco de mayo de dos mil veintidós.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA , compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Aureliano contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 11 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo. Sr. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D/Dª Aureliano sobre Derechos Fundamentales siendo demandado y M. FISCAL habiéndose dictado sentencia



por el Juzgado de referencia en fecha 23 de Diciembre de 2021 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

I.- D. Aureliano viene prestando servicios laborales para la empresa , desde octubre de 2011, con categoría profesional de "teleoperador especialista", a jornada parcial de 32 horas/semana, si bien, con reducción de 1/8 de la misma, quedando así en 28 horas /semana, por cuidado de familiares. El salario mensual, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, es de 1.023,14 euros.

Es aplicable el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector contact center (BOE 12/07/2017), así como el Acuerdo de modificación del anterior (BOE 14/08/2020).

-Hechos no controvertidos-

II.- En el sistema retributivo de la empresa, además de conceptos fijos (salario base, pagas extraordinarias, pluses que correspondan), existen conceptos variables consistentes en comisiones por ventas e incentivos por trabajo, así como premios por no absentismo y premio por volumen de ventas.

-Hecho no controvertido-

III.- El Sr. Aureliano es miembro de la sección sindical del sindicato Comisiones Obreras, sindicado al que está afiliado. Por esta razón hace uso de los llamados "créditos sindicales", esto es, uso de determinadas horas de permiso retribuido para ejercer la actividad sindical.

El demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.

-Hechos no controvertidos-

IV.- El demandante percibe en sus nóminas las comisiones e incentivos generados por la misma, incluyendo los correspondientes a los créditos sindicales.

La compensación es mensual y automática, mediante un sistema que efectúa el cálculo del promedio de incentivo/comisiones por hora de trabajo efectivo del demandante, el cual se extrapola a las horas dedicadas a la actividad sindical.

-Docs. n.º 5, 6 y 10 de la parte demandada. Docs. n.º 1 a 27 y 33 de la parte actora. Testifical de D. Donato -.

V.- En la empresa hay dos trabajadores liberados sindicalmente a jornada completa, por formar parte de la mesa negociadora del convenio colectivo nacional, a los que aquella abona una cuantía fija mensual en concepto de comisiones por ventas e incentivos.

-Hecho no controvertido-

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha desestimado la demanda formulada por D. Aureliano frente a la entidad I , en la que reclamaba del Juzgado la declaración de haber padecido lesión de derechos fundamentales, en particular del derecho a la libertad sindical, a la no discriminación y a la indemnidad, y ello derivado de la actuación denunciada en autos de la entidad demandada consistente en la falta de abono durante el tiempo que despliega su actividad sindical y hace uso de su crédito horario de las cantidades correspondientes a comisiones por ventas e incentivos.

Y frente a dicha sentencia se alza el actor a través del recurso de suplicación que ahora nos ocupa, a través del cual solicita la revocación de la sentencia dictada y que se dicte otra en la que se estime en su integridad la demanda rectora de las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- A tal efecto el recurrente articula un primer motivo, al amparo del artículo 193.b) de la Ley de la Jurisdicción Social, mediante el cual reclama revisar el apartado de hechos probados de la sentencia, en concreto para suprimir una concreta mención contenida en el hecho probado 4º y para modificar el contenido del hecho 5º.

Y lo cierto es que en desestimación de tal pretensión revisora pocos condicionantes se revelan precisos, teniendo en cuenta para ello lo siguiente:



1.- en relación al hecho 4º, que no solo reconoce el propio recurrente que la certeza del extremo ahora contrariado la extrae el Juzgado de una prueba de índole testifical, irrevisable por la presente vía, sino más aún cuando falta de prueba de tal hecho la viene a sustentar en un amplísimo cúmulo de documentos, que invoca además de manera genérica y completamente indiscriminada, no denotándose de ello más que una lícita discrepancia con la valoración probatoria efectuada por el Juzgado.

2.- y por lo que atañe al hecho 5º, la concreta mención que trata de adicionar carece por completo de incidencia a los efectos modificativos del fallo judicial impugnado, no afectando además a la certeza de lo realmente indicado en el mismo, que no es otra cosa que la existencia de un sistema de abono de comisiones por ventas e incentivos de particular aplicación a los liberados sindicales a jornada completa, condición ésta que no reúne el demandante.

TERCERO.- Y tras lo anterior se articulan por el actor tres últimos motivos destinados al examen crítico de las normas, con adecuado amparo procesal en el artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social, a través de los cuales denuncia haber incurrido la sentencia en diversas infracciones normativas.

En el primero de ellos se invocan como vulnerados los artículos 14 y 28 de la Constitución, el artículo 97.2 de la Ley de la Jurisdicción Social, así como diversa doctrina judicial, si bien la desestimación del mismo resulta evidente desde el momento en que en desarrollo argumental del motivo viene el actor a formular diversas objeciones de marcado carácter procedimental acerca de la actuación del Juzgado de instancia al tiempo de valorar la prueba practicada y fijar el contenido de los hechos probados, respecto de los cuales de manera insistente muestra su contrariedad, mostrando lo que no es más que su particular parecer acerca de los extremos que hubieron -o no, según el caso- de haberse tenido por acreditados en autos.

Tal censura, como es evidente, resulta por completo ajena a un motivo de recurso como el que ahora nos ocupa, exclusivamente destinado al examen crítico de normas sustantivas, y además contraviene de manera frontal el contenido de los hechos tenidos por probados en la sentencia de instancia y refrendados en la presente sentencia, al amparo de los cuales, y por mucho que el actor trate de hacer valer otra cosa, no puede en modo alguno tenerse por acreditado -más bien todo lo contrario- el denunciado impago de comisiones e incentivos durante el tiempo de desempeño de sus funciones sindicales. Las pruebas practicadas en autos son plenamente hábiles y suficientes para fijar los hechos tenidos por acreditados por la sentencia recurrida, y cualquier discrepancia al respecto en modo alguno puede encontrar cobijo y amparo normativo en el motivo de recurso que aquí nos ocupa.

CUARTO.- En el segundo motivo los preceptos que se denuncian como violentados son los artículos 14 y 28 de la Constitución; los artículos 2, 8, 10 y 13 de la LOLS; los artículos 4.2.f) y 68.e) del Estatuto de los Trabajadores; y el artículo 76 del convenio de aplicación.

En desarrollo argumental de tal motivo viene en esencia el recurrente a invocar que la empresa demandada vulnera la libertad sindical y atenta contra su indemnidad retributiva cuando, como indicó en su demanda, y en relación al abono de comisiones por ventas e incentivos, ni se le retribuyen durante el tiempo de disfrute de su crédito horario por el desempeño de sus funciones sindicales ni la empresa tiene establecido sistema alguno en tal sentido, reiterando nuevamente el error en que incurre la sentencia recurrida al tiempo de tener por acreditado lo contrario. Y ante ello, evidente resulta que dicho motivo viene indefectiblemente condenado al fracaso desde el momento en que la recurrente incurre en el vicio procesal jurisprudencialmente denominado "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", y que tiene lugar cuando en desarrollo del motivo se parte de premisas fácticas distintas a las fijadas como acreditadas en la resolución recurrida, desconociendo con ello que no es factible dar por supuestos otros hechos que no sean los declarados probados en la sentencia recurrida.

Y necesariamente entendemos que ello es así cuando, del mismo modo que ya declaramos en nuestra anterior sentencia de 16.02.2022 -recurso número 2137/2021-, la sentencia de instancia es clara y precisa al tiempo de declarar con innegable alcance fáctico que existe en la empresa un sistema retributivo de específica aplicación al demandante, en su condición de miembro de una sección sindical que disfruta en tal condición de crédito horario, a través del cual se viene a paliar de manera equitativa e igualitaria el déficit retributivo que en concepto de comisiones por ventas e incentivos podría derivarse del desempeño de tales funciones sindicales. Dicho sistema viene siendo real y efectivamente aplicado al demandante, que por ello percibe durante el tiempo que dedica a su actividad sindical el importe correspondiente a las comisiones e incentivos generados, según un sistema que prorratea o promedia el importe generado por el actor durante sus horas de trabajo efectivo -hecho probado 4º y fundamento de derecho 3º-. Dicho sistema, además, es uniforme e igualitariamente aplicado a todos los empleados que se encuentran en la misma situación del actor, cumple de manera eficiente la función que le es propia de evitar que el demandante sufra merma retributiva alguna por el desempeño de sus funciones sindicales o representativas, y difiere del instaurado para las personas completamente liberadas del



desempeño de trabajo efectivo por sus funciones sindicales -hecho probado 5º-, a las que se les abona una retribución fija mensual por tales conceptos de incentivos y comisiones por serles de imposible aplicación el mismo sistema previsto para los que despliegan solo a tiempo parcial funciones sindicales.

Consecuentemente, no solo tales extremos citados hacen decaer de manera drástica la reclamación del demandante, que como indicamos se asienta de manera neurálgica en la falta completa de abono de tales incentivos y comisiones durante el tiempo en que se emplean las horas sindicales, sino que además privan por completo de todo alcance y recorrido práctico a la censura jurídica al efecto formulada, que no podrá ser compartida por la Sala.

QUINTO.- Y el anterior pronunciamiento desestimatorio conlleva indefectiblemente el rechazo al último motivo de recurso articulado, en el que se reclama por el actor una condena dineraria a la demandada como indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental invocado.

En los términos antepuestos, no consta en modo alguno acreditado en autos el comportamiento empresarial invocado en la demanda ni con ello la vulneración de derechos fundamentales denunciada, lo que directamente determina que ni puedan tenerse por acreditados los daños y perjuicios reclamados ni mucho menos que pueda imponerse a la empresa el abono de una indemnización por una vulneración de derechos fundamentales inexistente.

SEXTO.- Por lo expuesto, no concurriendo la vulneración normativa denunciada no cabe sino desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sentencia impugnada.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de suplicación interpuesto por D. Aureliano , debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada en fecha 23.12.2021 por el Juzgado de lo Social número Once de Málaga, en sus autos 799/2021 tramitados a instancia del recurrente citado frente a la entidad

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."