

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7781 *Sala Segunda. Sentencia 100/2014, de 23 de junio de 2014. Recurso de amparo 1883-2012. Promovido por don José Manuel Mateo Navarro en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Almería desestimatorias de su demanda sobre reconocimiento de complemento de productividad. Vulneración del derecho a la libertad sindical: abono de complemento de productividad en cuantía inferior a la reconocida judicialmente en defensa de la libertad sindical.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asúa Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro González-Trevijano Sánchez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1883-2012, promovido por don José Manuel Mateo Navarro, representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor García Montes y asistido por el Abogado don Juan Manuel Flores Díaz, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 30 de enero de 2012, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería de 16 de septiembre de 2008. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 de marzo de 2012 don José Manuel Mateo Navarro presentó en el Registro General de este Tribunal recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, por la que se estimó el recurso de apelación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería de 16 de septiembre de 2008, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 6 de marzo de 2008 de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía, por entender el recurrente que se han vulnerado sus derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, relevantes para su resolución, son los siguientes:

a) El demandante de amparo es funcionario del cuerpo de técnicos de grado medio de la Junta de Andalucía, adscrito desde el año 200 al Servicio de protección civil de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería. Es miembro de la Junta de personal de los servicios periféricos de la Junta de Andalucía en Almería, siendo elegido representante por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía.

b) El Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía solicitó de ésta permiso para la realización de funciones sindicales o de representación del personal por parte de don José Manuel Mateo Navarro. La Consejería de Justicia y Administración Pública, delegación provincial de Almería, por resolución de 10 de mayo 2007 concedió «permiso a tiempo total –140 horas, liberado sindical– para la realización de funciones de representación sindical para el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía a D. José Manuel Mateo Navarro, permaneciendo en la Administración de la Junta de Andalucía en situación de servicio activo, conservando todos los derechos profesionales que le sean de aplicación, incluidos los de carácter retributivo».

El demandante de amparo es también presidente-coordinador del Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, además de Presidente de la Junta de personal de funcionarios de los servicios periféricos de la Administración general de la Junta de Andalucía.

c) Por resolución de la Delegación de Gobierno de Almería de 3 de octubre de 2006 se le concedió como complemento de productividad, en cuanto personal adscrito al Servicio de protección civil de dicha Delegación, la cantidad de 156,11 € correspondientes al segundo cuatrimestre de 2006.

d) Disconforme con dicha asignación, el demandante de amparo promovió recurso contencioso-administrativo por el que interesaba, entre otros pronunciamientos, que se le reconociera como productividad correspondiente al segundo cuatrimestre de 2006 la cantidad de 1.561,51 €, considerando el recurrente que el importe atribuido constituye una represalia por pertenecer al Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, siendo el secretario general del mismo y el delegado sindical de la Delegación del Gobierno en Almería de la Junta de Andalucía.

e) Según consta en la certificación emitida por el Secretario General de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería el 22 de mayo de 2008, la asignación económica del recurrente en amparo por el complemento de productividad comenzó a ser inferior que la del resto de sus compañeros destinados en el mismo Servicio a partir del primer cuatrimestre de 2006. Así, de una cuantía media superior a los 1.200 € en concepto de complemento de productividad, que venía percibiendo el recurrente en amparo desde el segundo cuatrimestre de 2003, pasa a percibir una cuantía media de 150 € a partir del primer cuatrimestre de 2006 (segundo cuatrimestre de 2003: 1.303,52 €; tercer cuatrimestre de 2003: 1.297,50 €; primer cuatrimestre de 2004: 1.249,17 €; segundo cuatrimestre de 2004: 1.221,75 €; tercer cuatrimestre de 2004: 1.325,50 €; primer cuatrimestre de 2005: 1.339,57 €; segundo cuatrimestre de 2005: 1.274,23 €; tercer cuatrimestre de 2005: 1.413,04 €; primer cuatrimestre de 2006: 146,96 €; segundo cuatrimestre de 2006: 156,15 €; tercer cuatrimestre de 2006: 151,87 €; primer cuatrimestre de 2007: 153,65 €; segundo cuatrimestre de 2007: 148,32 €; tercer cuatrimestre de 2007: 156,24 €).

En este mismo certificado consta que el recurrente en amparo a partir del primer cuatrimestre de 2006 obtuvo una calificación de cero puntos en todos los conceptos evaluables excepto en el concepto asistencia horaria y absentismo en el que fue evaluado con «1». Estas valoraciones fueron otorgadas al recurrente desde el primer cuatrimestre de 2006 hasta el primer cuatrimestre del 2007. A partir del segundo cuatrimestre de 2007, y dado que le fue concedido permiso a tiempo total de liberado sindical con fecha 10 de mayo de 2007, la cuantía del complemento de productividad se ha abonado conforme a la media de las cantidades abonadas durante el año anterior al momento de acceso a la condición de liberado sindical.

f) Por Sentencia de 8 de julio de 2008 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería desestimó el recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales. Contra dicha Sentencia presentó el demandante recurso de apelación. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por Sentencia de 5 de marzo de 2012 estimó el recurso de apelación por entender que «el acto administrativo impugnado infringe claramente lo previsto en el art. 54 de la Ley 30/1992, así como el art. 9.3 de la Constitución, al impedir, que evitando

cualquier tipo de arbitrariedad, se permita a los interesados reaccionar y conocer aquella actividad administrativa que actúa potestades dirigidas a retribuir a sus funcionarios». Además, afirma la Sentencia que «la disminución horaria de la que goza el recurrente no significa que, *per se*, deba tener un menor rendimiento, pues la configuración legal de dicho complemento no lo vincula a la jornada laboral (número de horas trabajadas), sino que tiene una configuración cualitativa, referida a una actividad de especial rendimiento en el trabajo, interés o iniciativa en el mismo, etc., sin que sea, por tanto, indefectible que con una reducción de jornada como la que tiene el actor tenga que verse reducida la cuantía que percibe por dicho complemento».

g) Por resolución de la Delegación de Gobierno de Almería de 6 de marzo de 2008 se le concedió como complemento de productividad, en cuanto personal adscrito al Servicio de protección civil de dicha Delegación, la cantidad de 156,24 € correspondientes al tercer cuatrimestre de 2007.

h) Disconforme con la asignación señalada, el demandante de amparo promovió recurso contencioso-administrativo por el que interesaba, entre otros pronunciamientos, que se reconociera que la productividad que le correspondía por dicho cuatrimestre debía ser la que resultara de la productividad media que se percibiera por los funcionarios del grupo B, técnicos de grado medio, de la unidad administrativa a la que está adscrito y, en consecuencia, interesaba que se le reconociera como productividad correspondiente al tercer trimestre de 2007 la cantidad de 1.542,60 €. Fundaba su demanda en la vulneración del derecho a la libertad sindical en relación con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

i) El recurso contencioso-administrativo fue tramitado por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería que, por Sentencia de 16 de septiembre de 2008, estimó parcialmente el recurso interpuesto y declaró la nulidad de la resolución de 6 de marzo de 2008 por vulneración del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE y condenó a la Administración demandada al abono de la cantidad de 1.406,16 €, después de descontada la cantidad percibida como complemento que le asignó la Administración, en concepto de complemento de productividad correspondiente al tercer cuatrimestre de 2007.

j) Frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo presentó recurso de apelación la Junta de Andalucía. La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, por Sentencia de 30 de enero de 2012 estimó el recurso. La Sentencia fundamentó su fallo en la ausencia de vulneración del derecho de libertad sindical del demandante en amparo. En concreto, señala la Sentencia que esta cuestión ya ha sido contemplada por la misma Sala en anteriores pronunciamientos, entre los que destaca la dictada con fecha 11 de marzo de 2002, cuyo contenido reproduce. Así, señala que «más que la vulneración de la libertad sindical la cuestión sometida a debate se inserta en la determinación de la norma de legalidad ordinaria de pertinente aplicación como son los apartados d) y e) del art. 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, que delimitan el derecho al mantenimiento de la promoción económica y profesional de los funcionarios públicos que tengan atribuido el crédito horario para el desarrollo de funciones sindicales». Recuerda que según la doctrina constitucional el crédito de horas retribuidas que, por remisión al art. 68 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), el art. 10.3 de la Ley Orgánica de libertad sindical (LOLS) reconoce a favor de los delegados sindicales, forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva. Añade, con apoyo en la STC 95/1996, de 29 de mayo, que «la actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores en su condición de tal, se sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de la libertad sindical; ya que el representante unitario y electivo, en tanto que tal, no es titular del derecho fundamental de la libertad sindical —sino su propio sindicato—

conllevando como consecuencia que las infracciones de sus derechos, garantías y finalidades, no puedan ser reparadas, en principio, por la vía constitucional, si en éste se invoca el art. 28.1 CE».

En consecuencia, estima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería de 16 de septiembre de 2008 y revoca la misma por no existir vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical.

Contra esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se interpone el presente recurso de amparo.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

Como primer motivo de amparo alega la vulneración del art. 14 CE, en conexión con el art. 28 CE. Tras recordar la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad, señala que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 entiende que para el supuesto de autos sería de aplicación el art. 11 d) y e) de la Ley 9/1987, artículo que ha quedado derogado desde la publicación de la Ley 7/2007 del estatuto básico del empleado público. Sin embargo, afirma que aun aceptando el lapsus normativo y entendiendo que la Ley 9/1987 es de aplicación dada la fecha en que se dictó el acto administrativo impugnado, lo cierto es que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 resulta contraria tanto al contenido del art. 11 d) y e) de la Ley 9/1987 como al equivalente en la Ley 7/2007, esto es, el art. 41 d) y e) del referido texto legal, ya que ambas normas prohíben la discriminación retributiva por razones sindicales.

Añade que la propia Sentencia recurrida reconoce que el pacto «entre la Administración del Estado y las organizaciones sindicales —firmado en Sevilla en febrero de 1996— expresamente establece que quienes disfruten de estos permisos permanecerán en situación de servicio activo y conservarán todos los derechos profesionales que les sean de aplicación, incluidos los de carácter retributivo», lo que implica no sólo que el fallo contenido en la Sentencia sea incongruente con la propia fundamentación jurídica, sino también con el contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Asimismo, incide en el denominado «Pacto de 14 de noviembre de 2003 entre la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO., CSIF y USTEA sobre derechos de representación y sindicales». Este pacto ha estado en vigor hasta el 19 de febrero de 2008, y ha dejado de ser de aplicación por cuanto a lo largo de los años 2006 y 2007 se han celebrado nuevas elecciones sindicales en el seno de la Junta de Andalucía que han arrojado nuevos resultados representativos. Por ello, advierte el recurrente, la Administración en su potestad autoorganizativa ha considerado de interés general desarrollar determinados aspectos de los derechos sindicales que faciliten el ejercicio de las funciones de representación y de acción sindical, tal como el denominado tiempo sindical. Así, el 19 de febrero de 2008 se firmó un pacto entre la Administración de la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales sobre derechos de representación y sindicales en el ámbito de la Administración General de la Junta de Andalucía. A juicio del recurrente, este pacto sindical de 19 de febrero de 2008, es un pacto de la mesa sectorial de negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía y no un acuerdo exclusivo entre los firmantes, pues ello es contrario a Derecho y a la Ley 7/2007 del estatuto básico del empleado público. En consecuencia, a su juicio, el pacto sindical de 19 de febrero de 2008 es aplicable a todas las fuerzas sindicales integrantes de la Mesa sectorial, incluyendo el sindicato andaluz de funcionarios de la Junta de Andalucía aunque no haya firmado el pacto, puesto que el mismo constituye un acuerdo mayoritario de la mesa. En consecuencia, considera que la inaplicación de los criterios de los que se benefician los restantes liberados sindicales resulta una clara vulneración del derecho a la libertad sindical, así como una clara discriminación.

Como segundo motivo de amparo, alega el recurrente la vulneración de los arts. 24.1 y 28.1 CE. Aduce que la falta de percibo del complemento de productividad en la cuantía que le corresponde se produce como consecuencia del desempeño de sus labores sindicales. Señala que desde el año 2004 viene compatibilizando su trabajo como asesor técnico de emergencias con la labor representativa de sus compañeros funcionarios y con la acción sindical que desempeña. Sin embargo, a su juicio, la Administración viene pretendiendo convertir la vulneración del derecho de libertad sindical en un descenso en su rendimiento, de manera que existe una relación directa y un evidente nexo de causalidad entre el intenso desarrollo de su labor sindical y el descenso en la percepción del complemento de productividad.

Indica que el 16 de julio de 2010 el recurrente volvió a reiterar a la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería el cumplimiento de las Sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núms. 1 y 2 de Almería, sin que todavía se haya cumplido lo dispuesto en dichas Sentencias. Añade que debe retribuirse el complemento de productividad conforme a la media aritmética de los funcionarios del grupo B, técnicos de grado medio de la unidad administrativa a la que está adscrito, y este es el criterio mantenido por la Sentencia de 5 de mayo de 2010 del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería que dijo que vulneraba el derecho de libertad sindical y la garantía de indemnidad del recurrente no retribuirle el complemento de productividad como al resto de sus compañeros. Por ello, señala que si ya existe un pronunciamiento judicial firme que declara su derecho a percibir la misma cuantía que el resto de sus compañeros por concepto de productividad en el año 2006, cuando era representante sindical a tiempo parcial, sobre la base de que la valoración que se le efectuó en aquél cuatrimestre vulneraba su derecho a la libertad sindical, cabe inferir que el cálculo de productividad sobre la media anterior a 2007 que le aplica la Administración debe hacerse a la luz de lo declarado en la Sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería y, por tanto, las valoraciones de referencia que emplea la Administración no pueden tener acogida, por lo que habrá de estarse a la media de la unidad administrativa.

A juicio del recurrente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 vulnera el art. 24.1 CE y resulta incongruente con la Sentencia del mismo Tribunal de 5 de marzo de 2012. Con apoyo en la doctrina constitucional señala que un error del órgano judicial sobre las bases fácticas que han servido para fundamentar su decisión es susceptible de producir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables, siempre que concurren determinados requisitos, entre otros, que la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera del ciudadano.

Señala el recurrente que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 se fundamenta básicamente en la STC 95/1996, de 29 de mayo, en un supuesto en el que el recurrente no acredita su condición de afiliado sindical ni tampoco haber sido elegido delegado de personal en una candidatura presentada por un sindicato. Sin embargo, señala el recurrente que en este caso él es delegado sindical de la sección sindical del Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía en la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía y representante legal del sindicato en Almería. Añade que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 es manifiestamente incongruente con la Sentencia de la misma Sala y Sección pero de fecha posterior, de 5 de marzo de 2012, con lo que se ha producido una clara vulneración del art. 24.1 CE.

4. Por providencia de 23 de mayo de 2013, la Sala Segunda acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, para que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia verdadera de las

actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 1910-2008. Igualmente se acordó dirigir comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso núm. 252-2008, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por escrito presentado el 5 de julio de 2013 en el Registro General de este Tribunal, se personó en el recurso de amparo el Letrado de la Junta de Andalucía, solicitando que se le de vista de las actuaciones a efectos de formular alegaciones.

6. Una vez recibidas las actuaciones, a través de una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 8 de julio de 2013, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Letrado de la Junta de Andalucía y dar vista de las actuaciones a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

7. El día 17 de octubre de 2013 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

Tras exponer los antecedentes del caso, señala el Fiscal que en relación con la vulneración del derecho a la igualdad debe precisarse que la invocación de la lesión del art. 14 CE resulta redundante respecto del art. 28.1 CE ya que, según criterio reiterado del Tribunal Constitucional, «cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical, las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad (art. 14 CE) quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE» (SSTC 29/2002 y 48/2002).

Indica el Fiscal que la cuestión a dilucidar no es el derecho del recurrente a recibir el complemento de productividad, que le fue reconocido por la Administración, sino si la cuantía que se le asignó por dicho complemento en el tercer cuatrimestre de 2007 (156,34 €), por resolución de 6 de marzo de 2008 de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería, ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE, por cuanto, a juicio del recurrente, la cuantía debió ser de 1.562,40 € conforme a lo establecido en el pacto que la Junta de Andalucía suscribió con las organizaciones sindicales más representativas del ámbito de la Administración General para la regulación de determinados aspectos de los derechos sindicales, de fecha 10 de febrero de 2003, sustituido por el pacto de 18 de febrero de 2008.

Recuerda que aunque es cierto que la determinación de la cuantía del complemento de productividad es una cuestión de legalidad ordinaria y no le corresponde al Tribunal Constitucional su determinación, sin embargo la cuantía percibida por el recurrente en relación con la media que corresponde a los funcionarios de su categoría administrativa integrados en la misma unidad administrativa a la que está adscrito el recurrente, presenta una diferencia cuantitativa evidente, minoración que se produce a partir de su liberación como delegado sindical a tiempo completo.

A partir de la constatación del perjuicio patrimonial que ha sufrido el recurrente por el desempeño legítimo de su actividad sindical a tiempo completo, el Fiscal procede a analizar la cuestión a la luz del derecho a la libertad sindical. En este sentido recuerda que la Sentencia de 30 de enero de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Granada, a partir de la diferenciación hecha por la doctrina constitucional entre el contenido esencial y adicional del derecho a la libertad sindical, considera que el crédito de horas retribuidas es una cuestión de determinación de la norma de legalidad ordinaria a aplicar y no formaría parte del contenido adicional del derecho, lo que supone que las retribuciones del delegado sindical no estén amparadas por el derecho fundamental y que

la actividad desplegada por el representante sindical, en su condición de tal, está fuera del ámbito del derecho fundamental y, por último que el representante sindical no es el titular del derecho, sino el sindicato, por lo que la infracción de sus derechos no cabe repararla por la invocación del art. 28.1 CE.

Señala que la cuestión relativa al pago del complemento de productividad aparece regulada por los pactos suscritos por la Junta de Andalucía con las organizaciones sindicales más representativas del ámbito de la Administración General para la regulación de determinados aspectos de los derechos sindicales de fecha 10 de febrero de 2003, pacto que ha sido sustituido por el de 18 de febrero de 2008. Dichos pactos recogen como un derecho de los liberados sindicales el cobro del complemento de productividad en la cuantía que resulte en función de la productividad media que se perciba en la unidad o centro al que esté adscrito el funcionario. Aunque en el presente caso el sindicato andaluz de funcionarios de la Junta de Andalucía, por el que fue elegido delegado de personal el recurrente, no suscribió dichos pactos, considera el Fiscal que lo ahí pactado es aplicable a todos los sindicatos, hayan o no firmado el pacto. Pero es que, además, actualmente la Ley del estatuto básico del empleado público en su art. 41.1 d) señala que los miembros de las juntas de personal y los delegados de personal, dispondrán de un crédito de horas mensuales dentro de la jornada de trabajo y retribuidas como de trabajo efectivo, de manera idéntica a la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

Asimismo, señala que la Sentencia recurrida en amparo desconoce la doctrina constitucional según la cual el contenido de la libertad sindical del art. 28.1 CE integra, además del núcleo esencial del mismo, un contenido adicional de derechos y facultades atribuidos por normas legales o convenios colectivos cuyo desconocimiento es susceptible de infringir el derecho fundamental, contenido adicional integrado, entre otros derechos, por el crédito de horas retribuido para el ejercicio de sus funciones de representación sindical.

Por otra parte, afirma el Fiscal que la Sentencia se apoya en la doctrina de la STC 95/1996 para considerar que no se habría vulnerado el derecho a la libertad sindical. Sin embargo, a su juicio, la STC 95/1996 destaca la diferencia entre un representante unitario o electivo de los trabajadores, circunstancia que concurría en quien demandaba el amparo, y un representante sindical, cualidad que se da en el hoy recurrente en amparo, y destaca cómo el art. 28.1 CE no protege la actividad desarrollada por las representaciones unitarias o electivas. Por lo que, al hallarnos en presencia de un delegado sindical integrante de un sindicato, la aplicación de la doctrina señalada en la Sentencia constitucional para denegar el amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE realizada por la Sentencia judicial no se ajustaría al supuesto de hecho analizado en el presente recurso de amparo.

Como resulta de la documentación aportada, afirma el Fiscal que el recurrente es miembro del sindicato andaluz de funcionarios de la Junta de Andalucía (resolución de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía de 10 de mayo de 2007 por la que se hace constar su elección como miembro de la Junta de personal de la Administración de la Junta de Andalucía por el sindicato andaluz de la Junta de Andalucía y se le concede un crédito horario como liberado sindical). Por todo ello, considera que el menoscabo económico que se ha producido para el recurrente, en relación con la cuantía percibida por el mismo por el concepto de complemento de productividad, supone un obstáculo o impedimento para la realización de la actividad sindical que vulnera el derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE al desconocer la indemnidad retributiva del recurrente.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), señala el Fiscal que la tutela judicial que reclama el recurrente es para la protección del derecho fundamental sustantivo, como es el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE, por lo que no se produciría una vulneración autónoma del derecho fundamental diferente de la vulneración del derecho fundamental sustantivo.

También indica que el recurrente alega que en la medida que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 denegó la tutela solicitada, sería incongruente con la Sentencia de la misma Sala y Sección, pero de fecha posterior, de 5 de marzo de 2012, que se pronunció sobre el mismo supuesto, el abono de la cuantía del plus de productividad por su condición de liberado sindical, y mientras la primera entiende que no se ha desconocido la garantía de indemnidad retributiva, la segunda por el contrario declara vulnerada dicha garantía por la Administración. Sin embargo, para el Fiscal este motivo no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, autónomamente considerado y desligado de la protección del derecho a la libertad sindical, pues en ambos supuestos el recurrente obtuvo una respuesta a sus pretensiones como consecuencia de la aplicación e interpretación de las normas sin que pueda tacharse de incongruente una sentencia previa que incide negativamente en la esfera jurídica del recurrente por su discrepancia con otra posterior sobre el mismo supuesto de hecho que otorga la tutela solicitada pues el ámbito y contenido del derecho fundamental es ajeno a la queja que formula, y en todo caso refuerza la tesis del recurrente de la equivocación en que habría incurrido el Tribunal de apelación al dictar su primera Sentencia y no declarar vulnerado el derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE del recurrente por desconocer la garantía de indemnidad retributiva.

8. Por providencia de 18 de junio de 2014, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 23 de junio de 2014.

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente en amparo, funcionario del cuerpo de técnicos de grado medio de la Junta de Andalucía, es miembro de la Junta de personal de funcionarios de los servicios periféricos de la Junta de Andalucía, resultando elegido por el Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía, del que además es secretario general.

Por resolución de 10 de mayo de 2007 de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, Delegación Provincial de Almería, le fue concedido permiso a tiempo total –ciento cuarenta horas, liberado sindical– para la realización de funciones de representación.

La Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería, por resolución de 6 de marzo de 2008, le concedió como complemento de productividad, en cuanto personal adscrito al Servicio de protección civil de dicha Delegación, la cantidad de 156,24 € correspondientes al tercer cuatrimestre de 2007. Disconforme con dicha asignación, el demandante de amparo promovió recurso contencioso-administrativo por el que interesaba que se reconociera que la productividad que le correspondía por dicho cuatrimestre debía ser la que resultara de la productividad media que se percibiera por los funcionarios del grupo B, técnicos de grado medio de la unidad administrativa a la que está adscrito y, en consecuencia, interesaba que se le reconociera como productividad correspondiente al tercer cuatrimestre de 2007 la cantidad de 1.542,60 €. El recurso fue estimado por Sentencia de 16 de septiembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Almería. Frente a esta Sentencia presentó recurso de apelación la Junta de Andalucía que fue estimado por Sentencia de 30 de enero de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dejó sin efecto la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la libertad sindical y, vinculado al mismo, la del derecho a la igualdad, por cuanto la Sentencia judicial habría desconocido la garantía de indemnidad retributiva en la medida en que la cuantía del complemento de productividad percibido por el recurrente no es la misma que percibe el resto de representantes sindicales liberados que se encuentran en la misma situación que el recurrente y se invoca, igualmente, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en defensa del derecho a la libertad sindical, pues la resolución judicial no habría respetado la indemnidad retributiva que forma parte del contenido del derecho fundamental sustantivo.

El Ministerio Fiscal solicita que se otorgue el amparo por vulneración del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE en base a las razones expuestas en los antecedentes de esta Sentencia.

2. Por lo que atañe a la alegada vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) es necesario constatar, una vez más, que «la queja relativa a su presunta vulneración aparece en la argumentación de la demanda de amparo vinculada a la relativa al derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), sin que la discriminación alegada concierna a ninguna de las circunstancias explícitamente proscritas como causas de discriminación en el art. 14 CE, lo que determina, conforme a la conocida doctrina de este Tribunal, que resulte procedente subsumir la hipotética vulneración del principio de igualdad en el derecho reconocido en el art. 28.1 CE» (SSTC 55/1983, de 22 de junio, FJ 1; 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 1; 90/1997, de 6 de mayo, FJ 3; 202/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; 44/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 151/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

3. Este Tribunal ha reiterado que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra, como garantía de indemnidad retributiva, 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, lo 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, STC 151/2006, de 22 de mayo, FJ 3).

En relación con el liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones de carácter sindical, este Tribunal ya ha destacado en numerosas ocasiones que vulnera su derecho a la libertad sindical la denegación de complementos retributivos salariales con exclusivo fundamento en su condición de liberado sindical, toda vez que ello implica un menoscabo económico 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, lo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta dicho menoscabo, sino que se proyecta 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; así, entre otras, SSTC 92/2005, de 18 de abril, FJ 3; 326/2005, de 12 de diciembre, FJ 4, y 151/2006, de 22 de mayo, FJ 4).

Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente al complemento de productividad, hemos señalado que es indiscutible que la absoluta imposibilidad de percibir el complemento de productividad como liberado sindical no es compatible con la garantía constitucional de indemnidad que prohíbe el perjuicio económico del funcionario que se dedica íntegramente a la actividad sindical en relación con la retribución del funcionario que desempeña efectivamente su puesto de trabajo. «Es claro que tal imposibilidad puede provocar un efecto disuasorio de la dedicación al desarrollo de tareas sindicales dado que esta actuación determinará la imposibilidad de cumplir los requisitos a los que las normas reguladoras del complemento de productividad vinculan la obtención de este concepto retributivo. El funcionario que en el ámbito de sus decisiones vitales y, en concreto, profesionales otorgara un valor determinante a la percepción de ese complemento como medio de obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia, optaría por no dedicarse a la actividad sindical como liberado. Así pues, aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 CE, dado que su retribución ha de ponerse en conexión con la que 'percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias' (STC 173/2001, de 26 de julio, FJ 6), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica 'un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con

sus compañeros de trabajo' (STC 92/2005, de 18 de abril, FJ 5)» (STC 151/2006, de 22 de mayo, FJ 4).

No hay duda, por tanto, conforme a la doctrina constitucional expuesta, de que los liberados sindicales tienen derecho a percibir el complemento de productividad. Ahora bien, la cuestión discutida en el presente supuesto no es si el recurrente tiene derecho a percibir el complemento de productividad, que le fue reconocido por la Administración, sino si la cuantía que se le asignó por dicho complemento en el tercer cuatrimestre de 2007, por resolución de 6 de marzo de 2008 de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en Almería, ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

4. Siendo cierto que no corresponde a este Tribunal determinar si el demandante de amparo debe o no percibir el complemento de productividad en la concreta cuantía reclamada ante los órganos judiciales, cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE), no lo es menos que sí le corresponde valorar, desde la perspectiva constitucional que le es propia y a la vista del invocado derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), la razón o el argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas niegan al solicitante de amparo el derecho a percibir el complemento en la cuantía reclamada. Y ello porque, conforme reiterada doctrina de este Tribunal, estando en juego un derecho fundamental sustantivo, como aquí ocurre, y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (SSTC 94/1995, de 19 de junio; 127/1995, de 25 de julio; 188/1995, de 18 de diciembre; 17/1996, de 7 de febrero; 37/1998, de 17 de febrero, y 191/1998, de 29 de septiembre), sino que debemos analizar la cuestión a la luz del derecho fundamental de libertad sindical para determinar si el hecho de abonar al trabajador el complemento en una cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios en las mismas dependencias constituye o no una lesión de su derecho.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 recurrida en amparo considera que «más que la vulneración de la libertad sindical la cuestión sometida a debate se inserta en la determinación de la norma de legalidad ordinaria de pertinente aplicación, como son los apartados d) y e) del art. 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que delimitan el derecho al mantenimiento de la promoción económica y profesional de los funcionarios públicos que tengan atribuido el crédito horario para el desarrollo de funciones sindicales». Además, añade que este Tribunal en la STC 95/1996, de 29 de mayo, ha concluido que «la actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical; ya que el representante unitario o electivo, en tanto tal, no es titular del derecho fundamental de la libertad sindical –sino el propio sindicato– conllevando como consecuencia que las infracciones de sus derechos, garantías y facilidades, no pueden ser reparadas, en principio, por la vía de amparo constitucional, si en éste se invoca el art. 28.1 CE».

Ahora bien, es importante destacar que en la STC 95/1996, de 29 de mayo, el recurrente en amparo en ningún momento acreditó su condición de afiliado sindical ni tampoco el haber sido elegido como delegado de personal en una candidatura presentada por un sindicato. El solicitante de amparo era uno de los tres delegados de personal elegidos en el centro en el que prestaba sus servicios. Y era liberado sindical porque, en virtud de la acumulación o cesión del crédito de horas mensuales retribuidas de los otros dos delegados de personal, quedó relevado de su trabajo. Así las cosas y atendidas las circunstancias concurrentes en ese supuesto, este Tribunal llegó a la conclusión de que la concreta cuantía que debía percibir el demandante de amparo, liberado sindical, en concepto de plus por trabajo a turnos no era una cuestión relacionada o conectada con el derecho fundamental de libertad sindical.

Sin embargo, en el presente supuesto el recurrente en amparo, miembro de la junta de personal, estaba afiliado al Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía

y además había resultado elegido miembro de la junta de personal en una candidatura presentada por dicho sindicato. Y si bien la actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa, en principio, fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical, hay que tener en cuenta también que las facultades que, desde un punto de vista individual y en su vertiente organizativa y de actividad, integran el derecho de libertad sindical tienen, en principio, como titulares a los afiliados a los sindicatos y a quienes quieren constituir un sindicato y afiliarse al mismo. A los trabajadores corresponde el derecho a afiliarse o no afiliarse, y una vez que hayan optado por la afiliación, y en tanto que afiliados, el de participar en la actividad sindical (STC 134/1994). En consecuencia, cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE por lo que, el órgano judicial no ha valorado adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 28.1 CE de la cuestión que se le planteaba. De esta forma, el reproche que, desde la perspectiva del derecho de libertad sindical proclamado en aquel precepto merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo, es que no se haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado. Como señalamos en la STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5, una vez que se esgrime para la no concesión del complemento de productividad su condición de liberado sindical, el órgano judicial no podía prescindir de analizar si la no percepción del complemento suponía un perjuicio para el demandante y obstaculizaba o perjudicaba su actividad sindical. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia se detiene en la mera perspectiva de la legalidad ordinaria, lo que es insuficiente cuando se esgrime la condición de liberado sindical y está involucrado el derecho de libertad sindical.

5. El recurrente en amparo alega que el pacto de 14 de noviembre de 2003, entre la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO., CSIF y USTEA sobre derechos de representación y sindicales, sustituido por el pacto de 18 de febrero de 2008 firmado por la Administración de la Junta de Andalucía y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO., CSI-CSIF y USTEA, sobre derechos de representación y sindicales en el ámbito de la Administración general de la Junta de Andalucía, establece que a los liberados sindicales se les abonará el complemento de productividad en función de la productividad media que se perciba en la unidad o centro a que esté adscrita la persona liberada. Y considera que estos pactos deben ser aplicables a todas las fuerzas sindicales integrantes de la mesa sectorial, incluyendo al Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía —al que el recurrente está afiliado— aunque no los haya firmado, puesto que constituyen un acuerdo mayoritario de la mesa.

El pacto de 14 de noviembre de 2003, y el pacto de 18 de febrero de 2008 que sustituye a los pactos anteriores sobre las mismas materias, regulan en su cláusula segunda los permisos sindicales por pertenecer a la mesa sectorial de negociación. En concreto, establece que «se concederán diez permisos a tiempo total, a distribuir de manera lineal entre la organizaciones sindicales que ostenten en el sector de la Administración General de la Junta de Andalucía, al menos, el diez por ciento de los miembros de las Juntas de Personal del citado ámbito, para la realización de las actividades propias de tales estructuras sindicales representativas, en los términos previstos en la normativa vigente y en el presente Pacto, y al objeto de posibilitar la asistencia a las reuniones de la Mesa Sectorial de Administración General, así como el estudio de aquellos asuntos y propuestas que requieren negociación en el citado ámbito». Quienes disfruten de estos permisos a tiempo total por pertenecer a la mesa sectorial de Administración general «permanecerán en situación de servicio activo y conservarán todos los derechos profesionales que sean de aplicación, incluidos los de carácter retributivo, a cuyo efecto se considerará integrado en dicho concepto el complemento de productividad, el cual se calculará en función de la productividad media que se perciba en la unidad o centro a que esté adscrita la persona liberada. En casos de incapacidad temporal, se aplicará el mismo régimen que para el resto del personal».

Como se deriva de la cláusula trascrita, el pacto de 18 de febrero de 2008, en contra de lo que sostiene el recurrente, no hace alusión a la forma de cálculo del complemento de productividad de los liberados sindicales, sino a la forma de cálculo de dicho complemento respecto del personal que disfrute de un permiso sindical a tiempo total para facilitar la asistencia a las reuniones de la mesa sectorial de la Administración general y el estudio de los asuntos que requieran negociación en dicho ámbito.

Por lo tanto, lo previsto en el pacto no es aplicable al recurrente en amparo, liberado sindical por acumulación en su favor del crédito horario sindical al que tienen derecho los miembros de la misma candidatura.

6. Descartada la aplicación del pacto entre las organizaciones sindicales y la Junta de Andalucía, debemos resolver si el hecho de abonar el complemento de productividad al recurrente en amparo, liberado sindical, en una cuantía inferior a la media de la cantidad que perciben el resto de trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias vulnera su derecho a la libertad sindical. El problema en la práctica se plantea porque la cuantía del complemento de productividad varía de unos trabajadores a otros al tratarse de un complemento vinculado a la calidad y cantidad del trabajo desarrollado.

En el presente supuesto la Administración abona el complemento de productividad al recurrente en amparo conforme a la media de las cantidades que venía percibiendo durante el año anterior a que le fue concedida la condición de liberado sindical. Este criterio, en sí mismo, no puede considerarse contrario al derecho de libertad sindical pues, «un liberado o relevado de la prestación de servicios por realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo» (STC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5), y en este caso el liberado sigue percibiendo la misma retribución.

Ahora bien, la conducta de la Junta de Andalucía persistiendo en el abono del complemento de productividad en una cuantía inferior a la media de las cantidades que se le han reconocido judicialmente al trabajador correspondientes al primer y segundo cuatrimestre de 2006 por entender los órganos judiciales vulnerado su derecho de libertad sindical, configura un supuesto de discriminación antisindical. En efecto, consta acreditado que la Junta de Andalucía ha sido condenada al abono de 1.332,63 € en concepto de complemento de productividad correspondiente al primer cuatrimestre de 2006 y a la cantidad de 1.405,63 € por concepto de complemento de productividad correspondiente al segundo cuatrimestre de 2006, por entender que la reducción del complemento de productividad desde el primer cuatrimestre de 2006 es consecuencia de su actividad sindical. Asimismo, también consta acreditado que la cuantía del complemento de productividad del resto de trabajadores que prestan sus servicios en las mismas dependencias es muy superior a la cantidad reconocida al recurrente en amparo, y que la Administración pese a ser condenada al abono de dicho complemento en las cuantías señaladas, mantiene su conducta, obligando al recurrente a recabar una y otra vez el amparo judicial para obtener el cobro de lo que es debido. Todo lo cual constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar actividades sindicales en la empresa.

Las consideraciones que anteceden conducen a la estimación del recurso de amparo por lesión del art. 28.1 CE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don José Manuel Mateo Navarro y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2012 en la apelación núm. 1910-2008.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la citada resolución para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintitrés de junio de dos mil catorce.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.