



Roj: **STS 3043/2010 - ECLI:ES:TS:2010:3043**

Id Cendoj: **28079140012010100336**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2010**

Nº de Recurso: **733/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D<sup>a</sup> Silvia Lazaro Gaspar, en nombre y representación de D. Federico , contra la sentencia de 12 de enero de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 7574/2008, interpuesto frente a la sentencia de 28 de abril de 2.008 dictada en autos 245/2008 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona seguidos a instancia de D. Federico contra Blacar, S.A. sobre vulneración de derecho fundamental.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, BLACAR, S.A. representada por el Letrado D. Josep Conesa Sagrera.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de abril de 2.008, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Estimo en parte la demanda interpuesta por Federico , contra Blacar, S.A., siendo parte el Ministerio Fiscal, declarándose la vulneración del derecho a la libertad sindical y no discriminación del actor, condenado a la empresa a cesar en la conducta vulneradora de tales derechos por no abonar el MTI al Sr. Federico y a abonarle el MTI, concretándose en el importe de 352,9 euros por los meses de diciembre de 2007 a abril de 2008, devengándose el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, absolviendo a la empresa del resto de pretensiones>>.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** Federico ha venido prestando sus servicios para Blacar, S.A. desde el 1.03.1987 con la categoría de oficial 1<sup>a</sup> y salario mensual bruto con prorrata de pagas extras de 2.958,57 euros, siendo representante legal de los trabajadores y afiliado a CCOO (hecho no controvertido).- **2º.-** La empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo el 7.03.2005 a consecuencia del traslado del centro de trabajo de Sant Adrià del Besòs a Sant Pere de Riudebitlles (Alt Penedès). Sobre el mayor tiempo invertido se pactó: a) Durante los tres primeros meses después de completado el traslado se abonaría por MTI (mayor tiempo invertido) una hora y quince minutos de viaje.- El empleado cobrará su MTI a partir del primer día en que se traslade a las nuevas instalaciones de Sant Pere.- b) Este plazo servirá para conocer el tiempo real invertido por viaje (media de los tacómetros de autocares de los 4 turnos de lunes a viernes ) el cual se aplicará a partir del primer día del cuarto mes sin carácter retroactivo en ningún sentido.- c) Dicho MTI se abonará incluyendo en él los conceptos salariales siguientes: salario base del convenio, antigüedad, beneficios, plus lineal, pagas extras, plus, complemento empresa, puntualidad, ayuda escolar y plus nocturno cuando corresponda.- d) Se excluyen pues, cualquier otro concepto no citado, y los que puedan producirse en un futuro y que no tengan el carácter de salario.- e) El importe del MTI se revisará en la medida que los conceptos de referencia de cálculo del mismo sufran los incrementos que procedan en cada momento" (f. 103 a 111).- **3º.-** Los días en que el actor ha hecho uso del crédito sindical y ha acudido



a la empresa se le ha abonado el MTI (f. 65 a 90).- **4º.**- Cuando un trabajador no acude a la empresa, ni con el autobús de la empresa ni por sus propios medios, no se le abona el MTI. Tampoco se le abona si está en situación de IT. Si el trabajador va al médico y luego acude a la empresa por sus propios medios se le abona el MTI y los gastos de viaje (kilometraje y peajes) (f. 92 a 98, interrogatorio actor, testifical Juan María y Marco Antonio ).- **5º.**- Al trabajador Amador la empresa le abono el MTI de dos años por trasladar su vivienda al lugar del nuevo centro de trabajo, por lo que desde ese momento dejó de percibir el MTI, no descontándole el MTI cuando utiliza las horas sindicales al no percibirlo. (testifical Amador ).- **6º.**- El actor no ha percibido el MTI de los días 13 y 17 diciembre 2007, 14 y 28 de enero 2008, 7 y 14 febrero 2008, 3 y 10 de marzo de 2008 y 1 y 18 de abril de 2008, ascendiendo su importe a 352,9 euros. En esos días el actor ha utilizado el crédito sindical y no ha acudido en ningún momento a la empresa (hecho no controvertido).- **7º.**- La empresa cotiza por el MTI (testifical Cayetano y Marco Antonio >>.

**SEGUNDO.**- Posteriormente, con fecha 12 de enero de 2.009, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Cataluña, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa BLACAR, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Barcelona en fecha 28 de Abril de 2.008 en los Autos nº 245/08 seguidos a instancia de D. Federico frente a la indicada recurrente sobre tutela de derechos fundamentales de libertad sindical y no discriminación, debemos revocar y revocamos la misma en su integridad y, con desestimación de la demanda inicial, absolvemos a la empresa demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra>>.

**TERCERO.**- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Federico el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 17 de marzo de 2.009, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 20 de enero de 1997, así como la vulneración del art. 28.1 de la CE, en relación con los arts. 68 e) y 26 del ET.

**CUARTO.**- Por providencia de esta Sala de 3 de febrero de 2.010, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.**- Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 11 de mayo de 2010, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- La cuestión planteada se contrae a determinar si un representante legal de los trabajadores tiene o no derecho al abono del tiempo invertido en desplazarse a la empresa en aquellos días en que utiliza el crédito horario y no acude a la misma.

En el caso analizado por la sentencia recurrida, en procedimiento de tutela, la empresa y los representantes de los trabajadores llegaron a un acuerdo como consecuencia del traslado del centro de trabajo de Sant Adrià del Besòs a Sant Pere de Riudebitlles (Alt Penedès). Sobre el mayor tiempo invertido en el desplazamiento se pactó que, durante los tres primeros meses, se percibiría por este concepto una hora y quince minutos (MTI), iniciando su cobro a partir del primer día que se traslade a las instalaciones de Sant Pere. A partir del cuarto mes, la cantidad se fijaría en función de la media de los tacómetros de los autocares, determinado así el tiempo real invertido por viaje.

El actor es representante legal de los trabajadores y afiliado a CC.OO.. En los días en que ha hecho uso del crédito sindical y ha acudido a la empresa, se le ha abonado el MTI. Cuando un trabajador no acude a la empresa, ni con el autobús de ésta, ni con sus propios medios, no se le abona el MTI. Tampoco se le abona si está en situación de IT. Si el trabajador va al médico y luego acude a la empresa por sus propios medios, se le abona el MTI y los gastos de viaje.

El actor no ha percibido el MTI durante los días en que ha utilizado el crédito sindical y no ha acudido en ningún momento a la empresa. Reclama su derecho al abono del MTI durante dichos días. La sentencia de instancia ha estimado la demanda, si bien la sentencia de suplicación ha revocado este fallo, al entender que al no acudir a la empresa no se produjo la causa del devengo, por lo que no tiene derecho a que se le abone una indemnización por el mayor tiempo invertido en un desplazamiento que no ha realizado.

Invoca de contraste el actor la STSJ de Cataluña de 20 de enero de 1997, R.6814/96. En este caso, la empresa demandada tenía centros de trabajo en Parets del Valles y Tordera, y procedió a trasladar, en un proceso escalonado, a todos sus trabajadores de Parets al centro de Tordera. Como consecuencia de las negociaciones propias de este proceso, los trabajadores procedentes de Parets perciben por cada día de trabajo la retribución correspondiente al mayor tiempo invertido en cuantía de una hora y media diaria, y mensualmente, la empresa



pone a disposición de los trabajadores un medio de transporte adecuado. Los delegados de personal cuando hacen uso del crédito horario acumulado al que se refiere el art. 68 e) del Estatuto de los Trabajadores , y no comparecen en el centro de trabajo durante una jornada laboral completa, no perciben el mayor tiempo invertido que les corresponde a los demás trabajadores procedentes de Parets. Tampoco perciben esta cuantía cuando deben personarse en los Juzgados o ante la Inspección de Trabajo, cuando están citados, si la ausencia se prolonga durante toda la jornada laboral. En las ausencias por causa de citación judicial o administrativa se les detrae la retribución de las horas no trabajadas, cuando superan el límite del crédito horario. La sentencia de suplicación invocada de contraste llega a la conclusión de que ha de abonarse al representante de los trabajadores todo menoscabo de retribución que deje de percibir por el ejercicio de su función representativa con cargo al crédito horario sindical.

**SEGUNDO.-** Concorre el requisito de contradicción a que se refiere el art. 217 de la LPL , pues, sin entrar en la calificación que realizan las sentencias comparadas sobre la naturaleza indemnizatoria (la recurrida) o salarial (la de contraste) de esta partida, es lo cierto que la retribución por el mayor tiempo invertido (MIT) no compensa ningún gasto asumido por el trabajador como consecuencia de su trabajo -puede acudir al centro de trabajo en el autobús de la empresa-, sino que retribuye ese exceso de tiempo con el indicado plus. Y es claro que las sentencias comparadas resuelven de forma contradictoria: la recurrida, negando el abono por entender que solo cabe cuando hay desplazamiento a la empresa, sea para trabajar o sea para realizar labores sindicales, y si no hay desplazamiento no se produce la causa del devengo; y la de contraste, reconociendo el devengo por entender que el representante legal de los trabajadores no puede sufrir menoscabo alguno en su retribución por el ejercicio de su función representativa con cargo al crédito sindical.

**TERCERO.-** Entrando en el fondo del asunto, con denuncia de infracción del art. 28.1 CE en relación con los arts. 68 e) y 26, ambos del ET , debemos poner de relieve, con nuestra sentencia de 25 de febrero de 2008 (R. 1304/07), que el Tribunal Constitucional , en su sentencia nº 326/05, de 12 de diciembre , ya razonaba:

*"Desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre ..... hemos declarado que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra 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 (entre otras muchas, SSTC 44/2001, de 12 de febrero, FJ 3; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 44/2004, de 23 de abril, FJ 3; y 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 4). Se trata de una "garantía de indemnidad retributiva" 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, SSTC 17/1996, de 7 de febrero, FJ 4; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 214/2001, de 29 de octubre, FJ 4; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2). En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 30/2000, de 31 de enero, FJ 2; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3).- Como recordábamos recientemente en la última de las Sentencias citadas, la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE . Pues bien, el citado Convenio establece en su art. 1 que dichos representantes "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos ... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales". Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa -que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STC 38/1981, de 23 de noviembre)- establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función "sin pérdida de salario" (IV, 10.1 y 11.2; STC 92/2005, de 18 de abril, FJ 3)".*

Y continúa señalando que *"Desde esta perspectiva, hemos afirmado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo 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. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse 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 ), que son los representantes institucionales de aquellos (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 30/2000, de 31 de enero FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3)".*

De acuerdo con la doctrina expuesta, es irrelevante que exista o no el desplazamiento real a la empresa, pues lo decisivo es que el representante de los trabajadores no sufra un potencial efecto disuasorio para decidir



sobre la realización o no de sus funciones sindicales, ante la posible minoración de sus retribuciones. Tal menoscabo iría contra la garantía de indemnidad retributiva a que se ha hecho referencia en virtud de la cual estos representantes de los trabajadores, cuando hacen uso del crédito horario, tienen derecho a percibir estos conceptos retributivos, igual que si realmente hubieran asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicados por el desempeño de su cargo representativo.

**CUARTO.-** Al haberse apartado la resolución combatida de la buena doctrina, procede la estimación del recurso, así como dar solución al debate planteado en suplicación (art. 226.2 LPL), lo que comporta desestimar el recurso de esta última clase y, consiguientemente, confirmar la decisión de instancia. Sin costas en el recurso de casación, por no concurrir los condicionamientos que para su atribución contempla el art. 233.1 del propio Texto procesal, e imponiendo -por imperio del propio precepto- a la empresa allí recurrente las causadas en suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Federico contra la Sentencia dictada el día 12 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso de suplicación 7574/08, que a su vez había sido ejercitado frente a la Sentencia que en su día pronunció el Juzgado de lo Social número dos de Barcelona en el Proceso 245/2008, que se siguió sobre Tutela de derechos fundamentales, a instancia del mencionado recurrente contra BLACAR, S.A. Casamos la Sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos, y resolvemos el debate planteado en suplicación en el sentido de desestimar el recurso de esta última clase, por lo que confirmamos la Sentencia del Juzgado, imponiendo a la mencionada empresa las costas de dicho recurso, en cuantía que, en caso necesario, fijará la Sala "a quo" dentro del límite legal. Y sin costas en el presente recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.