

## **CRÉDITO HORARIO: INDEMNIDAD RETRIBUTIVA**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** D. F., representante unitario de los trabajadores, presenta demanda contra la empresa B., S.A. por vulneración del derecho a la libertad sindical por no abonarle dicha empresa el “mayor tiempo invertido”, los días en que el actor no acude al centro de trabajo por tener que desempeñar funciones representativas dentro de su crédito horario como representante de los trabajadores, tal como dispone el art. 68.e) del E. T.<sup>1</sup>

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), consistente en el pago del “mayor tiempo invertido”, que se empezó a cobrar desde el primer día en que un trabajador se traslada al nuevo centro de trabajo.

Se acordó qué conceptos salariales entrarían en ese pago, así como que cuando un trabajador no acuda a la empresa, ni con el autobús de la empresa, ni por sus propios medios, no se abonará el “mayor tiempo invertido”. Tampoco se le abonará si está en situación de incapacidad temporal<sup>2</sup>.

**RESUMEN:** La pretensión demandada por el actor, representante unitario de los trabajadores, es reconocida en la Sentencia. El Tribunal Supremo reconoce que hay que abonar el “mayor tiempo invertido” en el desplazamiento al centro de trabajo, incluso para los representantes de los trabajadores en aquellos días en que hacen uso de su crédito horario y no acuden al centro de trabajo. El Tribunal acoge para su doctrina de unificación, las argumentaciones vertidas por el Tribunal Constitucional sobre la garantía de indemnidad retributiva, cuyos orígenes datan desde hace ya algunos años<sup>3</sup>, pero no tiene

\* Prof. T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E. T. : “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, las siguientes garantías: .....Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala.....”

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de diciembre y otras posteriores.

presente al sujeto al que va referida dicha garantía, pues se equipará la libertad sindical de los representantes sindicales con la de los representantes unitarios de los trabajadores. El caso que nos ocupa es el de un representante unitario, pero “curiosamente” se admite desde la primera instancia<sup>4</sup>, pasando por la segunda<sup>5</sup> y llegando a la tercera<sup>6</sup> que, se está en presencia de una vulneración de la libertad sindical, sin plantearse ninguno de los tres tribunales, sí esa libertad sindical vincula a los representantes unitarios de los trabajadores.

## ÍNDICE

1. EL CRÉDITO HORARIO DEL REPRESENTANTE UNITARIO DE LOS TRABAJADORES: PERMISO RETRIBUIDO
2. GARANTÍA DE INDEMNIDAD RETRIBUTIVA
3. ¿QUÉ ENGLOBA LA RETRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HORARIO?

### 1. EL CRÉDITO HORARIO DEL REPRESENTANTE UNITARIO DE LOS TRABAJADORES: PERMISO RETRIBUIDO

Con carácter genérico<sup>7</sup>, la Directiva 2001/14/CE de 11 de marzo de 2002, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Unión Europea, exige a los Estados miembros velar por la existencia de un régimen de garantías que permita a los representantes de los trabajadores realizar de manera adecuada sus funciones (art. 7), así como establecer sanciones para prevenir su incumplimiento (art. 8). Y es que, prescindiendo de connotaciones ideológicas, un sistema de relaciones laborales de carácter conflictivo, en el que los empresarios y los trabajadores tienen intereses contrapuestos, requiere que los sujetos que representan los intereses laborales sean protegidos frente a las decisiones sancionadoras de las empresas.

De la misma forma el Convenio Núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, establece en su art. 1 que dichos representantes “deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles. . . . por razón de su condición de representantes y de sus actividades como tales”. Por su parte, la Recomendación Núm. 143 de la Organización Internacional del Trabajo, a pesar de su falta de valor normativo, establece que los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para

<sup>4</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm 2 de Barcelona, de 28 de abril de 2008.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 12 de enero de 2009.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

<sup>7</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*. Thomson-Aranzadi. Navarra 2004. Pág. 17

el desarrollo de sus funciones “sin pérdida de salario”.

Por otra parte, de un lado, el art. 68.e) E. T. dispone que “los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán.....las siguientes garantías: disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas.....para el ejercicio de sus funciones de representación....”, y de otro, el art. 37.3.e) E. T. establece que “el trabajador.....podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración.....para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente”. Y es de la unión de estos dos artículos de donde surge la problemática doctrinal de considera o no al crédito horario como un permiso retribuido.

Para un sector doctrinal<sup>8</sup>, la utilización por el representante de los trabajadores de su crédito de horas que le da derecho a ausentarse del trabajo para cumplir con las funciones propias de su cargo, se configura como un permiso retribuido de los regulados en el último de los preceptos mencionados, este es, el art. 37.3.e) E. T. Así, en la medida en que la utilización del crédito horario se asimila a los permisos retribuidos<sup>9</sup>, la ley señala algunas condiciones para su uso. No es el art. 68 E. T. el que establece los condicionantes para el ejercicio de este derecho, sino el art. 37.3 E. T el que los dispone, como son que haya previo aviso y justificación. Sin embargo, ha sido la propia jurisprudencia la que se ha encargado de matizar dichos requisitos: Cabe entender como consolidada la doctrina según la cual el representante tiene libertad para comunicar o no el contenido de la reunión, respetando siempre el núcleo esencial del art. 37.3 E. T. que exige la justificación del ejercicio de la función representativa, entendida como “indicación al empresario de la finalidad genérica a que se afecta el tiempo utilizado a efectos de control del total disponible, sin que sea preciso una cumplida prueba, a través de medios hábiles al efecto, de las concretas actividades realizadas en las horas utilizadas”<sup>10</sup>.

Sin embargo, para otro sector<sup>11</sup>, la idea anterior debe ser abandonada, alegando diversos razonamientos: 1.- El crédito horario se sitúa en el marco del derecho sindical (pensamos que mejor sería del derecho colectivo del trabajo), mientras que los permisos retribuidos se sitúan en el marco de la relación individual que genera el contrato de trabajo; 2.- La titularidad del crédito horario, admitiendo que corresponde a los representantes de los trabajadores

<sup>8</sup> Por todos, Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los .....*op. cit. Pág. 141.

<sup>9</sup> Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I.: *Las Garantías de los .....*op. cit. Págs. 149 y 150.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990.

<sup>11</sup> Por todos, Seoane García, A.: *El Crédito Horario de los Representantes de los Trabajadores*. Bomarzo. Albacete 2005. Págs. 45 y ss.

individualmente considerados de manera inmediata, les corresponde no en su calidad de trabajadores sino de tales representantes, a diferencia de lo que acontece con los permisos retribuidos; 3.- El control por el empleador del uso y disfrute del crédito horario por el representante de los trabajadores se sujeta a un régimen totalmente distinto del propio de los permisos retribuidos.....

La Sentencia<sup>12</sup> que se comenta es favorable tanto por la pretensión del demandante, como por el fallo del Tribunal, en considerar el crédito horario como un permiso retribuido, pues durante el tiempo de permiso se abonan todas las cantidades devengadas al trabajador iguales a las que le correspondería si hubiera estado efectivamente trabajando y no disfrutando del permiso. Equiparación que pretende realizar el demandante al solicitar que se le abonen las cantidades correspondientes al “mayor tiempo invertido”, de aquellos días que no acudió a la empresa, pero que estaba ejerciendo uso de su crédito horario.

En la misma línea está el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona<sup>13</sup>, así como el propio Tribunal Supremo<sup>14</sup>. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no lo estimó así<sup>15</sup> en su Sentencia de suplicación, dónde dispuso: “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”. La retribución del “mayor tiempo invertido” 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.

A priori parece pues, que si no hay desplazamiento al centro, sea en coche propio o en autobús de la empresa, no tiene por qué percibirse el plus por el “mayor tiempo invertido”; sin embargo como lo que se tiene presente, no es que se haya desplazado o no, sino que no sufra ningún menoscabo en su retribución, se invoca que el no cobro de dicho plus, iría contra la garantía de indemnidad retributiva, igual que si realmente hubiera asistido en esta ocasión al trabajo, so pena de resultar económicamente perjudicado por el desempeño de su cargo representativo. Es decir, para el Tribunal Supremo<sup>16</sup> el uso del crédito horario es un permiso retribuido, pues tiene que recibirse la misma cuantía que la que percibiría si estuviera efectivamente trabajando.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

<sup>13</sup> Sentencia de 28 de abril de 2008.

<sup>14</sup> Sentencia de 18 de mayo de 2010.

<sup>15</sup> Sentencia de 12 de enero de 2009.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

## 2. GARANTÍA DE INDEMNIDAD RETRIBUTIVA

Para el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce<sup>17</sup> en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos; así lo vino a expresar la Sentencia del Tribunal Constitucional en la ya lejana resolución de 18 de enero 14/1993.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 326/2005, de 12 de diciembre, procede al tratamiento de una “garantía de indemnidad retributiva” indicando que el mismo 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.

Es desde el comienzo de este apartado donde queremos resaltar cómo todas las argumentaciones vertidas por la Sentencia que aquí comentamos<sup>18</sup>, transcurren por el camino de la libertad sindical, sin detenerse en ningún momento a valorar que el demandante no es un representante sindical, sino que es un representante unitario de los trabajadores. Es algo común y notorio el uso indistinto de unos y otros, pero pensamos que existe entre ambos grandes diferencias que no debieran perderse de vista.

Hecho este inciso, es claro el argumento que se expone para poder fallar el reconocimiento al demandante del devengo por el “mayor tiempo invertido”- que a continuación expondremos-, extrañando que el propio Tribunal Supremo –que no tiene una construcción doctrinal sobre la garantía de indemnidad retributiva, sino que recoge los argumentos del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, manifieste que entrando en el fondo del asunto, con denuncia de infracción del art. 28.1 de la Constitución en relación con los arts. 68.e) y 26, ambos del E. T., no argumente nada al respecto y resuelva con arreglo a la doctrina constitucional respecto a la libertad sindical, cuando parece encontrarnos en el análisis de una garantía perteneciente al Derecho Colectivo del Trabajo y no exclusivamente al Derecho Sindical.

Decimos “extraño” porque la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996, con la que estamos más de acuerdo, afirma que la Constitución no garantiza a los órganos de representación unitaria la libertad sindical consagrada en el art. 28.1, pues este precepto tan sólo se refiere “a la actividad legítima realizada por los sindicatos” de suerte que, se afirma “en su vertiente colectiva, la titularidad originaria del derecho fundamental contemplado en el art. 28.1 de la Constitución pertenece al sindicato y no a otros sujetos colectivos, como los

<sup>17</sup> González-Posada Martínez, E.: La Garantía de Indemnidad y sus Perfiles, iustel.com. REGDTSS, nº 11, mayo 2006.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de mayo de 2010.

<sup>19</sup> González-Posada Martínez, E.: La Garantía de..., op. cit.

comités de empresa y los delegados de personal”, La actividad desplegada por el representante unitario o electivo de los trabajadores, en su condición de tal, se sitúa así pues y, en principio “fuera del ámbito del derecho fundamental de libertad sindical”. Disponiéndose además que la garantía del crédito de horas retribuido no constituye contenido esencial de la libertad sindical, sino que se enmarca dentro del contenido adicional de libre reconocimiento y configuración por el legislador y en su caso, por parte de la negociación colectiva<sup>20</sup>.

Aún así, la Sentencia que aquí traemos manifiesta: “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. 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. En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien lo realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical. 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 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, que son los representantes institucionales de aquellos”<sup>21</sup>.

Podría haberse negado la vulneración del art. 28.1 de la Constitución y establecerse que lo que sí se vulnera en estos casos, es el principio de igualdad y no discriminación -art. 14 Constitución- de los representantes unitarios con respecto a los sujetos amparados por el derecho fundamental de libertad sindical.

<sup>20</sup> Nogueira Guastavino, M.: La Progresiva Ampliación de la “Garantía de Indemnidad Retributiva” de los Representantes Sindicales en la Doctrina del Tribunal Constitucional y la STC 92/2005, de 18 de abril., iustel.com. RGDTS n.º. 9, julio 2005.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

### 3. ¿QUÉ ENGLOBA LA RETRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HORARIO?

Una vez visto que los representantes unitarios de los trabajadores gozan de garantía de indemnidad retributiva, hemos de preguntarnos qué cantidades, o qué conceptos son los que deben realmente devengarse en el crédito horario, pues hay determinadas situaciones lo largo de la vida laboral de los trabajadores, en las que existe variación en la cuantía retributiva, sobre todo y en particular con respecto al tema de los complementos.

Con respecto al tema que nos ocupa –si tienen o no los representantes unitarios de los trabajadores que percibir el plus de “mayor tiempo invertido”, acordado como consecuencia del cambio de localidad del centro de trabajo donde prestan sus servicios, los días que no acuden a la empresa y están ejerciendo labores representativas dentro del tiempo de su crédito horario-, queda establecido en el acuerdo que aquéllos firmaron con la empresa que “dicho “mayor tiempo invertido” se abonará incluyendo en él los conceptos salariales siguientes: salario base del convenio, antigüedad, beneficios, plus lineal, pagas extras, complemento empresa, puntualidad, ayuda escolar y plus nocturno cuando corresponda. Se excluye pues, cualquier otro concepto no citado y los que puedan producirse en un futuro y que no tengan el carácter de salario”.

Claro es que en la Sentencia que se comenta no se pone en entredicho en ningún momento que le corresponda o no al representante el cobro de su crédito horario, lo que se dispone es que debido a su crédito horario tiene derecho a percibir la retribución igual a si se hubiera desplazado a la empresa y ejerciera sus funciones representativas o no se hubiera desplazado y no acudiera a la misma para realizar sus labores de representación. Todo ello, porque en la empresa se percibe la retribución correspondiente al “mayor tiempo invertido” cuando hay, como ha quedado anteriormente puesto de manifiesto, un desplazamiento al centro de trabajo, tanto para realizar la actividad laboral, como para ejercer actividad representativa.

Si el representante que disfruta de crédito horario retribuido tiene derecho constitucional a cobrar todas las partidas retributivas, cualquiera que sea su naturaleza, pese a no realizar ninguna prestación efectiva<sup>22</sup>, es decir, pese a no devengarlos, las garantías que deben disfrutar los representantes de los trabajadores se convertirían en un instrumento, más que de protección, de sobreprotección.

Así en cuanto a la retribución de estas horas, la tendencia general<sup>23</sup> es a la equiparación con la situación retributiva del representante si hubiera continuado normalmente su actividad, lo que incluye la retribución de las percepciones

<sup>22</sup> Nogueira Guastavino, M.: *La Progresiva Ampliación*.....op. cit.

<sup>23</sup> González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 82.

variables, de los complementos funcionales, de los incentivos o de los pluses de nocturnidad<sup>24</sup>. No se incluiría el pago de horas extras de posible realización ni de complementos que no se percibiera con anterioridad, así como tampoco el de dietas y otros conceptos extrasalariales que no se relacionan con la prestación directa de trabajo, como sería el caso del plus de transporte, si no hay desplazamiento al centro de trabajo<sup>25</sup>.

Esta última apreciación retrata a la perfección el caso que nos ocupa. El demandante está solicitando el devengo de una cantidad cuya causa no se ha generado. Es decir, acuerdan los propios representantes de los trabajadores con la empresa que dicho “mayor tiempo invertido” no se abonará cuando un trabajador no acude a la empresa<sup>26</sup>. No es que se esté abogando porque la percepción económica del representante sea diferente a la del resto de sus compañeros trabajadores; se debe mantener el criterio de aplicar el art. 68.e) E. T. en cuanto a la retribución de las horas concedidas a los representantes en el ejercicio de sus funciones en los mismo términos que se abonarían a los restantes compañeros o a ellos mismos si las trabajaran efectivamente<sup>27</sup>. Lo que se pretende es evitar que la función representativa de carácter legal, ordenada no en interés individual del representante sino del general o colectivo del grupo representado, se vea gravada con perjuicios patrimoniales para quien lo ejerce. Es lo que viene denominándose principio de omniequivalencia retributiva<sup>28</sup> y que ha sido expresamente admitido por el Tribunal Constitucional<sup>29</sup>.

En definitiva, si los trabajadores no perciben el “mayor tiempo invertido” el día que no van a la empresa, tampoco lo debe percibir el representante, pese a que él esté desarrollando funciones representativas, pues esas horas las percibirá igual que si de trabajo efectivo se tratara. Podría ponerse un ejemplo por el que un trabajador no asista a trabajar por permiso de nacimiento de hijo; se le abonará como si hubiera trabajado los días ausentes, pero no se le pagará el “mayor tiempo invertido” porque no se desplazó a la empresa. No hay que olvidar la relación de crédito horario con permiso retribuido.

Pero no ha sido ésta la teoría del Tribunal Supremo en la Sentencia que comentamos. Estima que “de acuerdo con la doctrina expuesta –que es la del Tribunal Constitucional relatada en el punto anterior de este comentario-, 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

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1998.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1992.

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.

<sup>27</sup> Albiol Montesinos, I.: *Los Representantes de los Trabajadores en la Jurisprudencia Laboral*. Tirant lo blanch. Valencia 1995. Pág. 108.

<sup>28</sup> Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I.: *Derecho Sindical*. Tirant lo blanch. Valencia 2003. Pág. 242.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1996, de 29 de mayo.



disuasorio para decidir sobre la realización o no de sus funciones sindicales (vuelve a mezclar el término sindical con el de representante de los trabajadores), ante la posible minoración de sus retribuciones. Tal menoscabo iría contra la garantía de indemnidad retributiva a la 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 un cargo representativo<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de mayo de 2010.