



Roj: **STS 1221/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1221**

Id Cendoj: **28079140012015100112**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/02/2015**

Nº de Recurso: **2051/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10885/2013,**  
**STS 1221/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña María Luisa Delgado-Iribarren Pastor en nombre y representación de ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1200/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid, en autos núm. 1247/2010, seguidos a instancias de DON Simón y DON Luis Francisco contra ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido por DON Simón y DON Luis Francisco representados por la Letrada Doña Inés Ucelay Urech.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 28 de octubre de 2011 el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- Los demandantes vienen prestando servicios para la empresa demandada en el grupo profesional de Personal de Movimiento, dentro del cual se encuadran las siguientes categorías:

- Jefe de Estación (nivel salarial 7).
- Factor de Circulación de Primera (nivel salarial 6).
- Factor de Circulación de Segunda (nivel salarial 5).
- Factor de Circulación de Entrada (nivel salarial 4)L.

**2º.-** ADIF viene abonando al personal de movimiento por el concepto de toma y deje el importe que se señala en las tablas salariales. **3º.-** Se ha intentado la conciliación ante el SMAC."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D. Simón y D. Luis Francisco contra ADIF, debo absolver y absuelvo a la empresa de los pedimentos formulados."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Simón y DON Luis Francisco ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 29 de mayo de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación



letrada de la parte actora contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en autos nº 1247/2010, seguidos a instancia de Simón y Luis Francisco contra ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), en reclamación de CANTIDAD, revocando la misma y condenamos a ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) a que abone a las cantidades que proceda teniendo en cuenta que las horas de toma y deje son las reflejadas en el hecho quinto de la demanda y que su valor se determinará en ejecución de sentencia, al igual que el importe que corresponde a cada uno de los demandantes."

**TERCERO.-** Por la representación de ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 19 de julio de 2013. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Valladolid, en fecha 9 de mayo de 2011 .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 2014 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 19 de febrero de 2015, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Los demandantes prestan servicios para ADIF con la categoría profesional de Personal de Movimiento, reclamando en las presentes actuaciones determinadas diferencias por «horas extraordinarias de toma y deje» durante el periodo comprendido entre Abril/2009 y Marzo/2010, ambos inclusive, que le fueron retribuidas con el importe establecido al efecto en las tablas salariales y que los actores reclama sea retribuido atendiendo al valor de la hora ordinaria, incrementado en un 75%.

**2.-** La sentencia de instancia desestimó la reclamación de los actores; y la sentencia de suplicación, ahora recurrida en casación unificadora por la empresa, la estimó condenando a la demandada a pagarles, como horas extras, las de toma y deje en cuantía que se concretaría en ejecución de sentencia.

**3.-** Formula la empresa recurso de casación unificadora, denunciando la infracción de los arts. 35.1 Estatuto de los Trabajadores (ET ) y 183, 209, 210, 223 y 229 del X Convenio Colectivo de "Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles", que aprobó el Texto Refundido de la Normativa Laboral (también de aplicación a ADIF); y señalando como decisión referencial la STSJ/Castilla y León/Valladolid 9-mayo-2011 -rollo 752/2011 ), la que en reclamación sustancialmente idéntica a la de autos, relativa a diferencias por parte de personal del mismo grupo profesional de ADIF y por igual concepto de retribución correspondiente a las horas de «toma y deje», llega a la opuesta conclusión de que la hora cuestionada debe ser retribuida con como mínimo con el valor de la hora ordinaria pero sin recargo del 75%, aun cuando el convenio colectivo establezca expresamente un valor por debajo del mínimo legal.

**4.-** Se cumple adecuadamente la exigencia de contradicción que exige el art. 219.1 LRJS , requiriendo la existencia de pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la referencial- respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales.

**SEGUNDO.-** Acude en casación la empresa planteando una cuestión previa consistente en que dentro del conflicto colectivo 193/2012 promovido por la misma frente al comité general de empresa ante la AN se ha alcanzado el " *acuerdo que se adjunta al presente escrito* " (que ha sido admitido como documento nuevo por esta Sala) y conforme al cual, dice se calcula " *un valor de la hora extra superior al de la hora ordinaria ( art 35.1 del ET ) sin tener en cuenta lo previsto en los preceptos convencionales reguladores de la materia* ". Tal circunstancia no debe producir efecto alguno en aras a la resolución del presente recurso de casación, ya que el Acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores el día 10-09-2012, en el conflicto colectivo nº 193/2012, tramitado ante la Audiencia Nacional , contempla el compromiso empresarial de abonar, entre otros, el concepto de " *horas de toma y deje* ", con efectos de 01-08-2012, o " *en el periodo de un año anterior* " a la fecha del acto de conciliación, siendo el objeto de la pretensión ahora examinada el periodo comprendido entre abril de 2009 a marzo de 2010.

**TERCERO.- 1-** Para la solución jurídica de la cuestión planteada, la adecuada exposición del tema aconseja la reproducción de los preceptos por los que la materia se rige y que han sido denunciados como infringidos:



- a)** El art. 35 ET dispone que « *Mediante convenio colectivo ... se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria...* »;
- b)** El art. 209 del Convenio Colectivo señala que « *Atendida la índole de su función, cuando hayan de anticipar o retrasar su salida del trabajo con relación al horario normal, se conceden los siguientes tiempos de toma y deje a los agentes que a continuación se indican...* »;
- c)** Por su parte, el art. 210 establece que « *Las horas de toma y deje realizadas antes o después de la jornada normal se valorarán de igual forma que las extraordinarias, pero no estarán sujetas al tope máximo que para éstas se establece* »;
- d)** Además, el art. 229 dispone que « *Todas las horas extraordinarias se abonarán con el incremento del 75% sobre la base de cálculo ya establecida en Convenio. Es decir, en los valores que se encuentran recogidos en las Tablas Salariales vigentes para este concepto* »; y
- e)** En último lugar, las Tablas Salariales fijan un valor específico para la hora de « *toma y deje* », que en la actualidad -en ello hay conformidad de las partes- es inferior al valor de la hora ordinaria.

**2.-** Es punto de partida básico que el tiempo de « *toma y deje* » no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria. Es aquel tiempo que responde a la anticipación o retraso que haya de hacerse en el horario normal, atendiendo a la índole de la función, por lo que viene a configurarse como un exceso de jornada, de carácter ocasional y desvinculado de la jornada ordinaria de la que se aleja, también, en su remuneración, que es la correspondiente a las horas extraordinarias (entre otras, SSTS/IV 16-diciembre-2005 -rcud 4790/2004 , 18-julio-2012 -rcud 2689/2011 , 18-diciembre-2012 -rcud 1024/2012 y 2-junio-2014 -rcud 1605/2013 ).

**3.-** Ahora bien, aunque efectivamente resulte indubitada esa naturaleza « *extraordinaria* » de las horas de que tratamos, la cuestión que se debate en autos no está resuelta, pues ha de decidirse cómo se retribuyen, y en este sentido lo controvertido es si deben abonarse con arreglo al valor de la hora ordinaria con el añadido incremento del 75% contemplado en el art. 229 del X Convenio Colectivo ; o bien si dicho incremento porcentual sólo es aplicable sobre el valor recogido como base de cálculo en las tablas salariales; o si ha de hacerse con arreglo al valor de la hora ordinaria en aplicación del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores ; o si procede determinar su valor con arreglo a los valores recogidos en las Tablas con el incremento del 75%, con arreglo al art. 229 de la Normativa Laboral de la demandada.

**4.-** Señalemos que el punto litigioso ya ha sido decidido recientemente por esta Sala (entre otras, en SSTS/IV 20-octubre-2013 -rcud 291/2013 , 13-noviembre- 2013 -rcud 2310/2012 , 21-enero-2014 -rcud 1024/2013 , 8-abril-2014 -rcud 3230/2014 , 2-junio-2014 -rcud 1605/2013 , 10-junio-2014 -rcud 3082/2012 ) y la de 30-junio-2014 (rcud 3084/2012 ), a cuya doctrina hemos de estar y cuyos pasos argumentales pueden fijarse en los siguientes términos:

<< **a)** *el problema se plantea porque las Tablas salariales no se han actualizado desde que se aprobó el Convenio y por ello tampoco lo fue la cuantía fijada para las hora de «toma y deje»;*

**b)** *ante tal deficiencia, no procede aceptar -del art. 229 citado- las previsiones convencionales sobre la cualidad de horas extraordinarias para las referidas de «toma y deje» y su incremento con el 75 %, pero a la vez rechazar la determinación cuantitativa que el mismo precepto hace con remisión a los valores establecidos en las Tablas Salariales del mismo Convenio Colectivo , pues con ello con ello se olvida que la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia y que lo contrario implica rechazable técnica de «espiguelo» ( SSTS 04/03/96 -rco 534/95 -; ... 10/12/12 - rco 48/12 -; 12/12/12 -rcud 3681/11 -; 19/12/12 -rcud 3674/11 -; y 18/06/13 -rcud 2009/12 -); y*

**c)** *la prescripción -contenida en el art. 35.1 ET - de que el valor de la hora «en ningún caso» podrá ser inferior al de la hora ordinaria, comporta un mandato de derecho necesario absoluto, que por jerarquía normativa ha de respetar la negociación colectiva, y que responde a criterios lógicos [irracionalidad de retribuir en menos el trabajo extraordinario] y finalísticos [limitación del trabajo extraordinario] ( SSTS 28/11/04 -rec. 976/04 -; 03/12/04 -rec. 6481/03 -;... 21/02/07 -rco 33/06 -; 21/04/10 -rco 21/09 -; y 07/02/12 -rcud 1309/11 -).*

*Las anteriores precisiones nos llevan a la triple conclusión obtenida en los precedentes más arriba citados [ SSTS 20/10/13 , 13/11/13 , 21/01/14 y 08/04/14 ]:*

**a)** *el tiempo de «toma y deje» se retribuirá con arreglo al valor de las Tablas Salariales, cuando su importe exceda del valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1 ET ;*

**b)** *por el contrario, el tiempo de «toma y deje» se retribuirá con arreglo al valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1 ET , en el supuesto de este importe supere el valor establecido en las Tablas Salariales; y*



c) en todo caso ha de excluirse una normativa «ad hoc», partiendo del valor de la hora ordinaria calculada con arreglo al art. 35.1 ET y aplicando sobre ésta el recargo contemplado en el art. 229 del Convenio >>.

**CUARTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -tal como expone el Ministerio Fiscal - que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que, en consecuencia, la sentencia recurrida debe ser casada y anulada en parte en cuanto establece que el valor de dichas horas es el importe de la hora ordinaria incrementada en el 75% y declarando, revocando en parte la sentencia de instancia y estimando en parte de la demanda, que las horas de toma y deje tienen la consideración de horas extraordinarias y han de ser retribuidas con el mismo valor que la hora ordinaria, desestimando los restantes pedimentos de la demanda y condenando a la empresa al abono de las diferencias correspondientes, partiendo de los datos que figuran en los hechos declarados probados en relación con el hecho sexto de la demanda. Sin imposición de costas ( art. 235.1 LRJS ).

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 unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña María Luisa Delgado-Iribarren Pastor en nombre y representación de ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1200/2012 , interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en autos núm. 1247/2010, seguidos a instancias de DON Simón y DON Luis Francisco contra ADMINISTRACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF). Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida en cuanto establece que el valor de las horas de toma y deje es el importe de la hora ordinaria incrementada en el 75% y declarando, revocando en parte la sentencia de instancia y estimando en parte de las demandas, que tales horas tienen la consideración de horas extraordinarias y han de ser retribuidas con el mismo valor que la hora ordinaria, desestimando los restantes pedimentos de las demandas y condenando a la empresa al abono de las diferencias correspondientes, partiendo de los datos que figuran en los hechos declarados probados en relación con el hecho quinto de las demandas. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional 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. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.