



Roj: **SAN 3178/2015 - ECLI: ES:AN:2015:3178**

Id Cendoj: **28079240012015100147**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **179/2015**

Nº de Resolución: **150/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3178/2015,**  
**STS 800/2017**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

### **Sala de lo Social**

**Secretaría D./D<sup>a</sup>. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO**

**SENTENCIA N<sup>o</sup>: 150/15**

**Fecha de Juicio:** 22/9/2015

**Fecha Sentencia:** 25/09/2015

**Fecha Auto Aclaración:**

**Tipo y núm. Procedimiento:** DEM. CONFLICTOS COLECTIVOS 179 /2015

**Ponente:** D<sup>a</sup> EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

**Demandante/s:** SINDICATO DE CIRCULACION FERROVIARIO

**Demandado/s:** ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS, COMITE GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CCOO, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT, SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT , SINDICATO FERROVIARIO

**Resolución de la Sentencia:** DESESTIMATORIA

**Breve Resumen de la Sentencia:** ADIF. Plus de "toma y deje", no procede su cómputo para la retribución de vacaciones atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal sino que atiende a un exceso de la duración de esta y por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, retribución normal o media, que es la que conforme al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones. Complemento de jornada partida, no se incluye en la retribución de vacaciones porque no aparece recogido en el artículo 245, lo que es conforme a la Directiva atendiendo a su naturaleza dado que nos hallamos ante una indemnización que solo se abona por día efectivo de trabajo y viene a compensar un mayor gasto ocasionado por tener que comer fuera del domicilio o, en su caso, realizar un doble desplazamiento. Así conceptualizado por voluntad de las partes en el convenio colectivo, su exclusión en la paga de vacaciones es ajustada a la jurisprudencia TJUE, según la cual, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales . (FJ. 7º)

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

**GOYA 14 (MADRID)**

T fno: 914007258

N IG: 28079 24 4 2015 0000206

**ANS105 SENTENCIA**

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000179 /2015

Ponente Ilmo. Sr: D<sup>a</sup> EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA**SENTENCIA 150/15**

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D<sup>a</sup>. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a veinticinco de Septiembre de dos mil quince.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

Han dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 179 /2015 seguido por demanda de SINDICATO DE CIRCULACION FERROVIARIO (letrada INES CARMEN UCCELAY) contra ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (letrada Concepción Casillas), COMITE GENERAL DE EMPRESA DE ADIF (no comparece), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE CCOO (letrado Ángel Martín), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA UGT (letrado José Vaquero), SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT (no comparece), SINDICATO FERROVIARIO (letrado Juan Durán) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sra. Dña. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** .- Según consta en autos, el día 19 de junio de 2015 se presentó demanda por D<sup>a</sup>. INÉS UCCELAY URECH, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, actuando en nombre y representación del SINDICATO DE CIRCULACIÓN FERROVIARIO (en adelante, SCF), contra: la Entidad pública empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, CC.OO., FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA U.G.T., SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, SINDICATO FERROVIARIO, S.F., sobre CONFLICTO COLECTIVO.

**Segundo**.- La Sala designó ponente señalándose el día 22 de septiembre de 2015 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

**Tercero** .- Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante se afirmó y ratificó en su demanda, solicitando se dicte sentencia en la que se condene al ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS a reconocer el derecho de todos los trabajadores concernidos por el conflicto a percibir durante sus vacaciones anuales las retribuciones de "toma y deje" del servicio y jornada partida, calculadas con el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo de cada uno de los afectados en los tres meses anteriores al disfrute de las mismas y al resto de las entidades sindicales codemandadas a estar y pasar por los efectos de la referida resolución judicial.

Frente a tal pretensión, el Comité General de Empresa de ADIF y SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, CC.OO, UGT y SF se adhirieron a la demanda.



La empresa demandada alegó las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada; y, en cuanto al fondo, se opuso a la demanda, por los motivos que argumentó, todo ello en los términos que resultan del acta del juicio y de la grabación de la vista oral.

**Cuarto.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.6 LRJS se precisa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- en conciliación ante AN de 10-9-12 se admitió por los demandantes que el Toma y Deje era hora extraordinaria, exceso de jornada.

Hechos conformes:

- al personal proveniente de Feve subrogado en fecha 1-1-13 no se le aplica el 2º convenio de Adif sino el 19º convenio de Feve y la pretensión no se refiere a estos.

**Quinto.**- Recibido el pleito aprueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

**Sexto.** -En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

Resultando y así se declaran, los siguientes,

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO** .- El SCF es una organización sindical de ámbito nacional cuyo ámbito de representación se desarrolla en la Entidad Pública Empresarial ADIF.

**SEGUNDO.** - El presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores de ADIF a los que les es de aplicación el II Convenio Colectivo de ADIF que perciben los conceptos salariales de "toma y deje" del servicio y de jornada partida.

**TERCERO.** - Las relaciones laborales en la entidad pública empresarial demandada se rigen por el II Convenio colectivo de ADIF (BOE 16/01/2013), que fue suscrito con fecha 21 de diciembre de 2012, de una parte, por la representación de la Dirección de la referida Entidad Pública Empresarial y, de otra, por el Comité General de Empresa, en representación de los trabajadores; así como por toda la Normativa Laboral de RENFE, actualmente ADIF, por aplicación de la Cláusula Quinta del citado II Convenio Colectivo.(Hecho conforme)

**CUARTO.** - ADIF retribuye las vacaciones anuales con los conceptos salariales indicados en el artículo 245 de la Normativa Laboral de RENFE (procedente del mismo artículo del X Convenio Colectivo de RENFE , BOE 26/08/1993), que incluye el sueldo, los cuatrienios y la fracción de éstos, las gratificaciones por mando o función, el título, la taquigrafía e idiomas, la gratificación fija de profesor y monitor, el complemento personal de antigüedad y, además, los pluses de nocturnidad y penosidad y las primas e incentivos, calculados por el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo del agente en los tres meses anteriores al disfrute de las mismas.

La retribución de las vacaciones no incluye, por lo tanto, los conceptos salariales de tiempo de "toma y deje" del servicio y de jornada partida reconocidos también en la Normativa Laboral a este personal. (Hecho conforme)

**QUINTO** .- En fecha 10 de septiembre de 2012 ADIF y el Comité General de Empresa de ADIF formalizaron un acta de conciliación con avenencia en el procedimiento nº 193/2012 seguido ante esta Sala, en la que la empresa se compromete a abonar las horas extraordinarias, horas de presencia y horas de toma y deje realizadas por los trabajadores de la misma, al valor de la hora ordinaria. (Descriptor nº 23, Hecho conforme).

**SEXTO.** -Con fecha 26 de mayo de 2015, la parte demandante, interpuso papeleta de conciliación previa en materia de conflicto colectivo ante la Dirección General de Empleo, celebrándose el acto de conciliación el día 10 de junio de 2015. Tras oponerse ADIF a la papeleta de conciliación y adherirse FSC-CC.00. a la misma, se tuvo por celebrado el intento conciliatorio con resultado de sin avenencia respecto de ADIF, y por intentado y sin efecto respecto del resto de codemandados no comparecientes (descriptor nº 3, Hecho conforme).

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se solicita, se dicte sentencia en la que se condene al ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS a reconocer el derecho de todos los trabajadores concernidos por el conflicto a percibir durante sus vacaciones anuales las retribuciones de "toma y deje" del servicio y " jornada partida", calculadas con el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo de cada uno de los afectados en los tres meses anteriores



al disfrute de las mismas y al resto de las entidades sindicales codemandadas a estar y pasar por los efectos de la referida resolución judicial, todo ello, en aplicación de los arts. 1 y 7.1 El Convenio nº 132 de la OIT de fecha 24 de junio de 1970, relativo a "Vacaciones anuales pagadas", que fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 16 de junio de 1972 (BOE 05/07/1974), y a la luz de la Directiva Comunitaria 2003/88/ CE, que ha regulado en su artículo 7 la retribución de las vacaciones y su interpretación por el TJUE, por todas, en la sentencia de 22/05/2014, asunto Lock (TJCE 2014, 191), que indica que "aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión «vacaciones anuales retribuidas» que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso. Y añade que la citada directiva considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo.

Frente a tal pretensión, la letrado de la empresa demandada alegó las excepciones de inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, y en cuanto al fondo, se opuso a la demanda por entender que los conceptos que integran la remuneración de los trabajadores en el período vacacional aparecen recogidos en el artículo 245 de la Normativa Laboral de Renfe (procedente del artículo 245 del X Convenio Colectivo ) y en el mismo no se incluye el concepto de "toma y deje", citando al efecto jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, TS 16 y 29 de diciembre de 2005 y 25-04-06 . En el Convenio no se incluye en la media de vacaciones los conceptos de toma y deje y de jornada partida, debiendo prevalecer lo establecido en el Convenio Colectivo que es conforme con los artículos 1 y 7 del Convenio nº 132 de la OIT y con el artículo 7 de la Directiva Comunitaria 2003/88/CE , y su interpretación por el TJUE, teniendo en cuenta la naturaleza de los referidos conceptos, puesto que según la jurisprudencia del TJUE, los conceptos que se deben incluir en vacaciones son los que se devenguen durante la jornada ordinaria y además los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución del trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular la retribución que se debe abonar durante las vacaciones anuales .

**SEGUNDO.** -Alegada por la letrado de ADIF las excepciones de, inadecuación de procedimiento y cosa juzgada, en primer lugar y por razones de orden público procesal, procede examinar la mencionada inadecuación de procedimiento. Considera la empresa que el cauce adecuado para la pretensión ejercitada era el de impugnación de convenio colectivo y no el de conflicto colectivo, señalando al efecto, que se debe declarar la aceptación del procedimiento seguido, por cuanto la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones insta que se declare el derecho de los trabajadores a percibir durante las vacaciones anuales las retribuciones de "toma y deje" del servicio y " jornada partida", conceptos que no se reflejan en la normativa laboral que establece los conceptos que retribuyen la paga de vacaciones y si el artículo 163.4 LRJS , prevé expresamente la posibilidad de impugnación de los actos que se produzcan en la aplicación de un convenio, a través de los conflictos colectivos o individuales que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a derecho, desviar la pretensión de autos del cauce del procedimiento de conflicto colectivo equivaldría a negarles el acceso al ejercicio de la acción colectiva que pretenden, con vulneración del derecho de acceso al proceso y del art. 24 CE .

**TERCERO.** - Para dar respuesta a la excepción invocada por la empresa demandada de cosa juzgada, es preciso partir de la doctrina sentada por las SS. del TS de 16 de diciembre de 2005 (recurso 4790/2004 ) y 29 de diciembre de 2005 (recurso 764/2005 ) que ha declarado: "... 1) Los conceptos que integran la remuneración de los trabajadores de Renfe en el período vacacional aparecen recogidos en el vigente artículo 245 del Convenio Colectivo de Renfe y en el mismo no se incluye el concepto de "toma y deje", por lo que éste concepto salarial ha de ser excluido de la retribución vacacional, según lo dispuesto en pacto colectivo concertado entre la compañía demandada y los representantes de los trabajadores que no contemplan este concepto en materia de retribución de vacaciones...

2) Además, de no estar expresamente incluido el concepto de "toma y deje" en el artículo 245 del Convenio Colectivo , tampoco procedería su cómputo para la retribución de vacaciones, atendiendo a su naturaleza, ya que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso de la duración de esta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, que es la que conforme al artículo 7 del Convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones."

Por otra parte, sobre el complemento de jornada partida la STS de 25 de abril de 2006 (recurso 16/2005 ) declara que: "... no está comprendido en la relación de conceptos remuneratorios que recoge el artículo 245 de la Normativa Laboral de Renfe y de acuerdo con las explicaciones recogidas en el segundo razonamiento jurídico de la citada resolución no es posible, por ello, incluirlo en la retribución de vacaciones "



Las sentencias citadas apoyan su decisión sobre la no inclusión de los complementos de toma y deje y de jornada partida, en la retribución de vacaciones, en las normas del Marco regulador de la Normativa Laboral de Renfe ahora de nuevo examinada.

Debe tenerse en cuenta que el apartado 4 del artículo 222 de la LEC determina que: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes e ambos procesos sean los mismo o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.", precepto que interpreta la sentencia del Tribunal Supremo de 25-5-2011 (R.C.U.D. 1582/2010), razonando: "El efecto positivo de la cosa juzgada, que regula el artículo 222.4 de la LEC Art.222.4 Ley 1/2000, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento Civil., se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias, en virtud de la cual, lo decidido por la resolución dictada con carácter firme en el primer proceso vincula la decisión que ha de adoptarse en la segunda cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda. Los elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son la identidad subjetiva entre de las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos".

En el presente caso no concurre la identidad subjetiva y constituye la causa de pedir del presente proceso la interpretación de la normativa laboral de Renfe a la luz de la Directiva Comunitaria 2003/88/CE y de la jurisprudencia del TJUE, entre otras, de la sentencia de 22/05/2014, asunto Lock. (TJUE 2014,191) sobre lo que no se han pronunciado las sentencias citadas del Tribunal Supremo.

Es patente pues, que no concurre entre los procesos resueltos por el TS y la acción ejercitada por el Sindicato de Circulación Ferroviario en el presente proceso de reconocimiento del derecho a percibir durante las vacaciones anuales las retribuciones de "toma y deje" de servicio y jornada partida el efecto positivo de la cosa juzgada, pues ambos procesos tienen causa de pedir distinta y tampoco puede aceptarse que concorra la identidad subjetiva. En suma, debemos desestimar la excepción de cosa juzgada alegada por la representante legal de la empresa demandada.

En cualquier caso, aunque no se produce aquí dicho efecto positivo de la cosa juzgada, debemos partir de las pautas y criterios que viene manteniendo el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia referida a la exclusión de los conceptos reclamados en la retribución de las vacaciones del personal de Renfe.

**CUARTO** .- La Sala IV del TS se ha pronunciado ya sobre la naturaleza de las horas de "toma y deje" contempladas en la regulación convencional ahora de nuevo examinada, en las sentencias de 16 de diciembre (rcud. 4690/2004) y 29 de diciembre de 2005 (rcud. 764/2005), 14 de marzo (rcud. 998/2005) y 25 de abril de 2006 (rcud. 16/2005), señalando que, el abono del tiempo de toma y deje "no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta", por lo que sostuvieron reiteradamente - a los efectos de la paga de vacaciones - que "no puede reputarse jornada ordinaria".

Los argumentos de estas sentencias, plenamente aplicables al supuesto aquí debatido, se pueden resumir del siguiente modo:

1).- "La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que cabe en principio la exclusión de determinados conceptos retributivos del cálculo de la remuneración de las vacaciones cuando, como ocurre en el presente caso... tal exclusión se ha pactado en convenio colectivo (T.S. 20-12-91, 20-1-92, 1-2-93, 21-10-94, entre otras);

2) Los conceptos que integran la remuneración de los trabajadores de RENFE en el periodo vacacional aparecen recogidos en el vigente artículo 245 del Convenio Colectivo de RENFE y en el mismo no se incluye el concepto de "toma y deje", por lo que este concepto salarial ha de ser excluido de la retribución vacacional, según lo dispuesto en pacto colectivo concertado entre la compañía demandada y los representantes de los trabajadores que no contempla este concepto en materia de retribución de vacaciones.

El precepto dice literalmente "Durante las vacaciones anuales se cobrará sueldo, cuatrienios y fracción de éstos, gratificaciones por mando o función, título, taquigrafía e idiomas, gratificación fija de profesor y monitor, el complemento personal de antigüedad y, además, los pluses de nocturnidad y penosidad y las primas e incentivos, calculados por el promedio obtenido en los días de trabajo efectivo del agente en los tres meses anteriores. Para los Maquinistas Principales, Maquinistas, Ayudantes de Maquinistas Autorizados, Ayudantes de Maquinista e Interventores en Ruta, se computará también la gratificación inherente a estas categorías. También se abonará el "complemento de puesto por garantía de mayor dedicación" en la forma establecida, conforme a lo indicado en los artículos 126 y 127 del presente Texto".

3) Es de señalar, al efecto, una constante y pacífica doctrina jurisprudencial (entre otras, STS 14 de octubre de 1992 y 7 de julio de 1999) expresiva de que si bien la norma general en materia de cuantía del importe de





las vacaciones es que las mismas se satisfacen sobre todas las partidas salariales que percibe el trabajador por jornada ordinaria, -quedando excluidos únicamente aquellos conceptos que correspondan a las tareas realizadas fuera de dicha jornada- el convenio colectivo pueda establecer, siempre que no transgreda el mínimo exigible, la fijación de la remuneración por vacaciones .

4) Esta posibilidad de que una fuente de derecho interno, cual es el convenio colectivo, establezca la no percepción durante las vacaciones del total de los conceptos salariales que el trabajador haya percibido en su promedio -con el límite naturalmente de respeto de los mínimos de derecho necesario y de la ley y los derechos fundamentales- no es contrario, ni al artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores -que remite al convenio colectivo la regulación de vacaciones , prescribiendo, además, como normas de derecho necesario que "el periodo de vacaciones anuales retribuidas no (es) sustituible por compensación económica" y que "en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales"; ni tampoco vulnera los artículos 1 y 7 del Convenio 132 de la OIT que preceptúa, respectivamente, que "la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional" y que "toda persona que toma vacaciones de conformidad con las disposiciones del preceptivo convenio percibirá, por el periodo entero de esas vacaciones por lo menos su remuneración normal o media... calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado".

En definitiva, el Convenio 132 se remite a la vía interna para determinar los conceptos retributivos que deben pagarse durante las vacaciones, y, en este derecho interno, adquiere singular relieve en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio colectivo dado su rango de fuente de derecho ( art. 3.1.b) ET ). Así pues, el litigioso concepto retributivo de "toma y deje " no debe integrarse en la retribución de vacaciones, dado que no está incluido en el repetido artículo 245 del Convenio Colectivo .

5) Además, de no estar expresamente incluido el concepto de "toma y deje " en el artículo 245 del convenio colectivo, tampoco procedería su cómputo para la retribución de vacaciones , atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de esta y, por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, que es la que conforme al art. 7 del Convenio 132 de la OIT ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones .

En efecto, el artículo 209 de la normativa laboral de RENFE define el repetido concepto de "toma y deje " como aquel tiempo que responde a la anticipación o retraso que haya de hacerse en el horario normal, atendiendo a la índole de la función, previéndose en el art. 210, que las horas correspondientes al mismo se valorarán de igual forma que las horas extraordinarias y, en cuantía variable, según la cobertura temporal excede o no de media hora, y estableciendo de otra parte, el artículo 211, que el concepto obedece no a un salario, sino, a una "indemnización por recepción y entrega del servicio a Auxiliares de Depósito, Guardaguasas y Capataces de Maniobras."

Es decir, el "toma y deje " litigioso, a la luz de esta normativa definitoria y retributiva, 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.

6) A los anteriores criterios, determinantes de la no inclusión del plus litigioso en la remuneración de vacaciones, debe añadirse, como afirma la sentencia de contraste, que la previsión del Convenio Colectivo XIII, en aras de simplificar el sistema retributivo, de convertir el "plus de toma y deje " en complemento de puesto de trabajo, no consta que se haya producido a nivel convencional colectivo, durante el periodo a que se contrae la pretensión que se examina. En efecto, la cláusula 18 del XIII Convenio Colectivo de RENFE, establece en su cláusula 18, bajo el rótulo "Mesa de reclasificación profesional y simplificación del sistema retributivo", que "se crea una mesa de trabajo con el objetivo de desarrollar el nuevo sistema de clasificación profesional del personal operativo, así como el de acometer la simplificación del sistema retributivo del mencionado colectivo. Asimismo, esta Mesa desarrollará los actuales conceptos retributivos de jornadas especiales y toma y deje de servicio, en sendos complementos de puesto.

( SSTS de 16 de diciembre (rcud. 4690/2004 ) y 29 de diciembre de 2005 (rcud. 764/2005 ) analizando el artículo 245 del Convenio Colectivo , en relación con los artículos 209 , 210 y 211 del X Convenio Colectivo ).

En aplicación de esta doctrina procede declarar que el complemento retributivo de "toma y deje" no debe integrarse en la retribución de las vacaciones del personal de ADIF.

**QUINTO** .- Por otra parte, en la STS de 25 de abril de 2006, (recurso 16/2005 ) se declara que en la retribución de vacaciones, no se incluyen los complementos de jornada partida, a cuya doctrina nos remitimos.

Las razones en que el TS funda su decisión, se resumen a continuación:



1).- El complemento retributivo por jornada partida no está comprendido, de ninguna forma, en la relación de conceptos remuneratorios que recoge el art. 245 de la Normativa Laboral de Renfe, aprobada por el X Convenio Colectivo de esta compañía, y de acuerdo con las explicaciones recogidas en el segundo razonamiento jurídico de la presente resolución no es posible, por ello, incluirlo en la retribución de vacaciones.

Esto es obvio porque dicho complemento por jornada partida no tiene encaje en ninguna de las remuneraciones que se comprenden en dicho art. 245. Debe tenerse en cuenta que, aparte de numerosos haberes que son manifiesta y totalmente ajenos a este concepto retributivo, es obvio que este plus por jornada partida no tiene tampoco nada que ver con las "gratificaciones por mando o función".

2).- Es cierto, que las disposiciones que establecen el Marco regulador de la categoría de Mando Intermedio y Cuadro del XII Convenio Colectivo de Renfe, al referirse a los complementos de puesto de trabajo, consideran como tales los que se abonan "en aquellos puestos de trabajo que se establezcan condiciones específicas relativas a brigadas de socorro, toma y deje y jornada partida", (IV. III. 3.2) fijándose a continuación las cuantías que por tales conceptos se han de percibir por cada día de adscripción a tal clase de actividad o modo de prestar el servicio.

Pero esta disposición no constituye obstáculo de ningún tipo a la conclusión expresada en el número inmediato anterior, toda vez que:

a).- En primer lugar, tal disposición es única y exclusivamente aplicable al personal que ostenta la categoría profesional de Mando Intermedio y Cuadro, no siendo, de ningún modo aplicable, al denominado personal operativo, por lo que, en cualquier caso, sólo alcanzaría a unos pocos de los treinta y un actores. Por consiguiente, a la mayoría de éstos en nada afectaría estas últimas disposiciones.

b).- Pero tampoco tales disposiciones impiden que las conclusiones del número 1 se apliquen a los actores que ostentan la categoría de Mando Intermedio y Cuadro. Esto es claro, porque el art. 245 de la Normativa Laboral de Renfe, sólo incluye un único complemento de puesto de trabajo, "el complemento de puesto por garantía de mayor dedicación" de los arts. 126 y 127 del X Convenio, que obviamente no es, en forma alguna, el complemento de jornada partida que estamos examinando, como se explicó en el apartado b) del segundo fundamento de derecho de esta sentencia.

3).- Como se viene reiterando, lo importante para dar solución a las cuestiones planteadas en los dos primeros motivos del recurso, es única y exclusivamente determinar si el llamado complemento de jornada partida se encuentra o no comprendido en el art. 245 de la Normativa Laboral de Renfe. Por ello son totalmente irrelevantes, y no producen quebranto alguno a la tesis que venimos propugnando, las consideraciones que expone la sentencia recurrida en favor de que el concepto retributivo a que venimos aludiendo es un concepto "ordinario o normal, no extraordinario"; dado que, aun cuando se aceptase que tiene este carácter no podría incluirse en los haberes vacacionales, al no estar recogido en el tan repetido art. 245.

4).- A todo lo cual se añade que el párrafo quinto "in fine" del art. 188 del X Convenio Colectivo, siguiendo los criterios de convenios anteriores, como ya se ha explicado, establece que el complemento de jornada partida "no servirá para el cálculo de los excesos de jornada ni tendrá repercusión en ningún otro concepto salarial", lo que hace lucir, con nitidez, que este complemento no puede computarse en la remuneración de vacaciones.

Esta doctrina es contraria a la pretensión de la demanda relativa a la integración en la retribución de vacaciones del complemento de jornada partida.

**SEXTO** .- Resta por determinar la incidencia en la cuestión analizada de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 y de la jurisprudencia del TJUE, al argumentar la demanda que la doctrina del Tribunal Supremo debe revisarse a la luz de la Directiva Comunitaria.

El artículo 7 de la Directiva 2003/88, que lleva por título "Vacaciones anuales", está redactado en los siguientes términos:

"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El período mínimo de vacaciones anuales retribuidas no podrá ser sustituido por una compensación financiera, excepto en caso de conclusión de la relación laboral."

La sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 22-5-2014, nº C-539/2012, nos recuerda, en primer lugar, que según reiterada jurisprudencia, el derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales



competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104, Directiva ésta que ha sido codificada por la Directiva 2003/88 (véase la sentencia KHS, C-214/10, EU:C:2011:761, apartado 23 y la jurisprudencia citada). Además, ese derecho está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados.

En este contexto, procede interpretar el artículo 7 de la Directiva 2003/88 a la luz de su tenor y del objetivo que persigue.

Ahora bien, aunque el tenor del artículo 7 de la Directiva 2003/88 no da ninguna indicación explícita por lo que se refiere a la retribución a la que el trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que la expresión "vacaciones anuales retribuidas" que figura en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 significa que, mientras duren las "vacaciones anuales" en el sentido de esta Directiva, debe mantenerse la retribución y, en otras palabras, que el trabajador debe percibir la retribución ordinaria por dicho período de descanso (véanse las sentencias Robinson-Steele y otros, C-131/04 y C-257/04, EU:C:2006:177, apartado 50, y Schultz-Hoff y otros, C-350/06 y C-520/06, EU:C:2009:18, apartado 58).

En efecto, la Directiva 2003/88 considera que el derecho a vacaciones anuales y el derecho a percibir una retribución en concepto de vacaciones constituyen dos vertientes de un único derecho. La obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo (véanse las sentencias Robinson-Steele y otros, EU: C: 2006:177, apartado 58, y Schultz-Hoff y otros, EU: C: 2009:18, apartado 60).

Procede considerar que, a pesar de la retribución que percibe el trabajador durante el período en que efectivamente disfruta de sus vacaciones anuales, ese trabajador puede ser disuadido de ejercer su derecho a disfrutar vacaciones anuales debido a la desventaja financiera diferida, pero sufrida de manera muy cierta durante el período que sigue al de sus vacaciones anuales.

Pues bien, esa disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que puede disuadirle de ejercer efectivamente su derecho a disfrutar de esas vacaciones, es contraria al objetivo perseguido por el artículo 7 de la Directiva 2003/88 (véase en este sentido, en particular, la sentencia Williams y otros, C-155/10, EU: C: 2011:588, apartado 21). A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que esa disminución de la retribución se sufra, como en el asunto principal, después del período de vacaciones anuales.

Concluye la sentencia respondiendo a las dos primeras cuestiones planteadas que:

*" El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a las disposiciones y a las prácticas nacionales en virtud de las cuales un trabajador cuya retribución está compuesta, por un lado, por un salario base y, por otro, por una comisión cuyo importe se fija en función de los contratos celebrados por el empresario gracias a las ventas obtenidas por ese trabajador, sólo tiene derecho, en concepto de vacaciones anuales retribuidas, a una retribución formada exclusivamente por su salario base."*

Continúa la sentencia señalando, que en principio la retribución de las vacaciones debe calcularse de manera que corresponda a la retribución normal del trabajador (véase la sentencia Williams y otros, EU: C: 2011:588, apartado 21).

Ahora bien, cuando la retribución percibida por el trabajador está compuesta por varios elementos, la determinación de esta retribución ordinaria, y, por tanto, del importe al que dicho trabajador tiene derecho durante sus vacaciones anuales, necesita un análisis específico (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 22).

En el marco de un análisis específico, en el sentido de la jurisprudencia citada, se ha estimado que los inconvenientes intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluido en el cálculo de la retribución global del trabajador deben necesariamente formar parte del importe al que tiene derecho el trabajador durante sus vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU:C:2011:588, apartado 24).

Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que todos los componentes de la retribución global inherentes a la condición personal y profesional del trabajador deben mantenerse durante sus vacaciones anuales retribuidas. De este modo, debían mantenerse, en su caso, los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (véanse, en este sentido, las sentencias Parviainen, C-471/08, EU: C: 2010:391, apartado 73, y Williams y otros, EU: C: 2011:588, apartado 27).





En cambio, según esa misma jurisprudencia, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales (véase la sentencia Williams y otros, EU: C: 2011:588, apartado 25).

**SÉPTIMO** .-El art. 209 del Convenio establece: " *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: Subcontramaestres o Jefes de Equipo en los Depósitos, encargados de distribuir el trabajo de reparación diaria interesado por los Maquinistas durante la noche: una hora de adelanto a la entrada de la jornada. Listeros: un cuarto de hora a la entrada y otro cuarto de hora a la salida. Jefes de Estación, Jefes de Estación en Subjefatura y Factores de Circulación que presten servicio en estaciones de gran tráfico, en los casos en que, por tener a su cargo la circulación de trenes y de las maniobras para la formación y descomposición de los mismos, tienen necesidad de enterarse previamente cerca del agente que les haga entrega del servicio, o de informar, al final de su jornada, a quien les suceda en el mismo, de la situación de los trenes, de las vías de la estación, si están libres u ocupadas con vehículos, del personal, instalaciones de señales y enclavamientos, etc.: En las estaciones comprendidas en los grupos primero y segundo de la clasificación que rige a estos efectos, media hora de adelanto al empezar la jornada y otra media hora de retraso al finalizarla. En las estaciones comprendidas en el grupo tercero, un cuarto de hora al comenzar la jornada y otro cuarto de hora al terminarla. Personal de Puestos de Mando: media hora de adelanto a la entrada y otra media a la salida. Conductores de Primera, Conductores y Ayudantes: cuando el comienzo de su jornada coincida con la hora prevista para su salida con el vehículo que deban conducir, se les concederá media hora para hacerse cargo del mismo y otra media al finalizar el viaje para la entrega*".

A su vez, el art. 210 establece: " *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*".

La literalidad del último precepto permite ya adelantar que el criterio de la empresa demandada resulta ajustado a la Directiva 2003/88 y jurisprudencia del TJUE resultando plenamente vigente la jurisprudencia del Tribunal supremo de 16 de diciembre (rcud. 4690/2004 ) y 29 de diciembre de 2005 (rcud. 764/2005 ) , 14 de marzo (rcud. 998/2005 ) y 25 de abril de 2006 (rcud. 16/2005 ) , al señalar que el abono del tiempo de toma y deje " no se corresponde con la jornada normal, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta ", por lo que sostuvo reiteradamente a los efectos de la paga de vacaciones- que " no puede reputarse jornada ordinaria ". Además, de no estar expresamente incluido el concepto de toma y deje en el artículo 245 del convenio colectivo, tampoco procede su cómputo para la retribución de vacaciones atendiendo a su naturaleza, dado que el mismo no se corresponde con la jornada normal sino que atiende a un exceso de la duración de esta y por ello, no puede reputarse jornada ordinaria, retribución normal o media, que es la que conforme al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 ha de tenerse en cuenta para la retribución de las vacaciones.

Por lo que se refiere al complemento de jornada partida, el artículo 186 de la Normativa Laboral de Renfe ( artículo 186 del X Convenio Colectivo de Renfe ) prevé la posibilidad de que la red, previo informe del Comité General de Empresa, determine los puestos de trabajo concretos a los que se aplicará el régimen de jornada partida.

El artículo 188, en relación con el complemento de jornada partida, prescribe que los agentes que realicen sus funciones en puestos con régimen de jornada partida, percibirán la indemnización fijada para este concepto en las Tablas Salariales vigentes por día trabajado, que será compatible con las restantes percepciones incluidos destacamentos y gastos de viaje y que no servirá para el cálculo de los excesos de jornada ni tendrá, repercusión en ningún otro concepto salarial, además el complemento retributivo por jornada partida no está comprendido en la relación de conceptos remuneratorios que recoge el artículo 245 de la Normativa Laboral de Renfe en el que aparecen recogidos los conceptos que integran la remuneración de los trabajadores de Renfe en el período vacacional. Siendo así que la jurisprudencia del TS ya se ha pronunciado sentencia de 25 de abril de 2006 declarando que el complemento de jornada partida no se incluye en la retribución de vacaciones porque no aparece recogido en el artículo 245 ,lo que es conforme a la Directiva atendiendo a su naturaleza dado que nos hallamos ante una indemnización que solo se abona por día efectivo de trabajo y viene a compensar un mayor gasto ocasionado por tener que comer fuera de domicilio o, en su caso , realizar un doble desplazamiento. Así conceptuado por voluntad de las partes en el convenio colectivo, su exclusión en la paga de vacaciones es ajustada a la jurisprudencia TJUE, según la cual, los elementos de la retribución global del trabajador que tienen por único objeto cubrir los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo no deben ser tenidos en



cuenta para calcular el pago que se ha de abonar durante las vacaciones anuales (sentencia Williams y otros, EU.C: 2011:588, apartado 25). Recogida su vez en la sentencia Lock de 22 de mayo de 2014 , apartado 31.

En virtud de lo razonado anteriormente, procede desestimar la demanda interpuesta en la que se solicita el reconocimiento del derecho de todos los trabajadores afectados por el conflicto a percibir durante sus vacaciones anuales las retribuciones de toma y deje del servicio y el complemento de jornada partida.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimamos las excepciones de inadecuación de procedimiento y de cosa juzgada invocadas por la letrada de la empresa demandada. Desestimamos la demanda formulada por D<sup>a</sup>. INÉS UCELAY URECH, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, actuando en nombre y representación del SINDICATO DE CIRCULACIÓN FERROVIARIO (en adelante, SCF), contra: la Entidad pública empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), COMITÉ GENERAL DE EMPRESA DE ADIF, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS, CC.00., FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS PARA LA MOVILIDAD Y EL CONSUMO DE LA U.G.T., SECTOR FEDERAL FERROVIARIO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO SFF-CGT, SINDICATO FERROVIARIO, S.F., sobre CONFLICTO COLECTIVO Y absolvemos a los demandados de las pretensiones frente a los mismos deducidas en demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0179 15; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0179 15, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.