



Roj: **STS 5217/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5217**

Id Cendoj: **28079140012014100678**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/09/2014**

Nº de Recurso: **2900/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS GULLON RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 3615/2012,**
STS 5217/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Laureano , en nombre y representación de la Entidad Pública ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), contra la sentencia de 24 de julio de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos en el recurso de suplicación núm. 518/2012 , formulado frente a la sentencia de 15 de mayo de 2012 dictada en autos 771/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos seguidos a instancia de D. Maximiliano contra ADIF sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D. Maximiliano representada por el Letrado D. Gonzalo López Cuesta.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de mayo de 2.012, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Que estimando parcialmente la demanda por DON Maximiliano contra ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), debo condenar y condeno a ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS a que abone al actor la cantidad de 5.296,17 € por el concepto expresado en esta Resolución>>.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: << **1º.-** DON Maximiliano viene prestando servicios para la empresa ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS ostentando la categoría profesional de Personal de Movimiento y jornada anual de 1.728 horas.- **2º.-** Durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2.010 al 31 de marzo de 2.011, el demandante ha realizado las siguientes horas de toma y deje de servicio: Abril de 2.010: 16 horas.- Mayo de 2.010: 20 horas.- Junio de 2.010: 21 horas.- Julio de 2.010: 21 horas.- Agosto de 2.010: 21 horas.- Septiembre de 2.010: 13 horas.- Octubre de 2.010: 20 horas.- Noviembre de 2.010: 18 horas.- Diciembre de 2.010: 10 horas.- Enero de 2.011: 20 horas: 20 horas.- Febrero de 2.011: 15 horas.- Marzo de 2.011: 11 horas.- habiéndole abonado la empresa demanda la cantidad de 1.870,89 € por dichas horas.- **3º.-** El valor de la hora ordinaria correspondiente al actor asciende a 19,88 €, y con el incremento del 75%, de 34,79 €.- **4º.-** El actor solicita se condene a la empresa demandada a abonarle la cantidad de 5.296,17 € por el concepto y conforme al desglose que efectúa en el Hecho Sexto de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido.- **5º.-** Formulada Reclamación Previa, no ha sido contestada>>.



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Burgos, dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: <<Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), frente a la sentencia de fecha 15 de mayo de 2012 dicta por el Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos en autos número 771/11 seguidos a instancia de D. Maximiliano contra la recurrente, en reclamación sobre Derecho y Cantidad y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida>>.

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de ADIF el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid de fecha 9 de mayo de 2011 y la infracción de los establecido en los artículos 35.1 ET y 183, 209, 210, 223 y 229 de la normativa laboral vigente en ADIF.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 17 de enero de 2.013, se admitió a trámite el presente recurso, y pasó lo actuado al Ministerio Fiscal.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente.

SEXTO.- Con fecha 12 de noviembre de 2013, se dictó auto admitiendo la incorporación al rollo de documento presentado por la parte recurrente ADIF, dando traslado a las partes para complementar el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 10 de septiembre de 2.013, fecha en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante presta servicios en ADIF dentro del grupo profesional de "personal de movimiento" y reclama en la demanda que dio origen a las presentes actuaciones la cantidad de 5.296,17 euros más el 10 % de mora, por el concepto de diferencias de retribución de las horas extraordinarias de "toma y deje" realizadas en el periodo comprendido entre abril de 2.010 y marzo de 2.011.

Esas horas denominadas "de toma y deje" en el ámbito ferroviario han sido analizadas en su naturaleza y declaradas como extraordinarias por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (por todas, STS4ª 18-7-2012, R. 2689/11, y las que en ella se citan).

La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social número 2 de los de Burgos, estimó en parte la demanda por entender que la naturaleza de extraordinarias de esas horas obligaba a aplicar sobre el precio de la hora común el recargo de 75% previsto en los artículos 210 y 229 de la Normativa Laboral de Adif, desestimando el incremento por mora solicitado.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en la sentencia de 24 de julio de 2.012 que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina, desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia, argumentando para ello que si partimos de la naturaleza extraordinaria de las horas de toma y deje, y que por ello han de retribuirse, como mínimo con el valor hora ordinaria, también ha de aplicarse sobre ese valor el incremento del 75% en el artículo 229 de la Normativa Laboral.

SEGUNDO.- Frente a la referida sentencia recurre ahora ADIF en casación para la unificación de doctrina, construido sobre un motivo único, en el que se denuncia la infracción de los artículos 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y 183, 209, 210, 223 y 229 de la normativa laboral vigente en ADIF, cuya naturaleza convencional no se pone en duda en el recurso ni en el escrito de impugnación de los recurridos, e invocando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid el 9 de mayo de 2011 (R. 752/11).

Como la Sala ha tendido ocasión de afirmar en recursos similares al que hoy se resuelve, la discrepancia que pone de relieve el recurso no se refiere a la consideración o valoración como horas extras del tiempo dedicado a la actividad de toma y deja, cuestión ésta ya aclarada en sentido positivo por nuestra jurisprudencia, sino que se contrae exclusivamente a la determinación de la manera en la que se han de retribuir esas horas de "toma y deje". La recurrente se opone a que se retribuyan con el incremento del 75%, y desde esa perspectiva jurídica, la sentencia de contraste llega a la conclusión contraria, porque si bien es cierto que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores impone una garantía de alcance mínimo para las horas extraordinarias, fijándolo en el valor del salario de la hora ordinaria, más allá de esa garantía el convenio colectivo puede libremente



establecer otra valoración, de manera que -se dice literalmente en la sentencia- "... si la valoración del convenio colectivo, aplicada en su conjunto, arroja un valor inferior al mínimo legal, lo que procede es pagar el mínimo legal, pero no realizar un espiguelo normativo para mezclar dicho mínimo legal dentro de las fórmulas de cálculo del convenio colectivo y de esa manera valorar las horas extraordinarias en una cifra que no resulta de la aplicación del convenio y que al mismo tiempo excede el mínimo garantizado por Ley. El efecto de la aplicación del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores no es modificar el convenio colectivo en cuanto a sus sistemas de cálculo del salario de las horas extraordinarias, sino sobreponer sobre dicha aplicación un valor mínimo, de manera que cuando con la aplicación del convenio colectivo dicho mínimo no se alcance se de prioridad aplicativa a dicha garantía ex lege".

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, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, lo que exige un pronunciamiento de fondo de esta Sala, lo que en supuestos similares ya se ha llevado a cabo en SS.TS de 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 .

TERCERO.- Al igual que en otros supuestos enjuiciados por esta Sala, entre otras, en su STS 16-julio-2014 (rcud. 2205/2013) acude ADIF en casación para la unificación de doctrina 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 Audiencia Nacional, 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 para la decisión que haya de tomarse en el 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 2010 y marzo de 2.011.

CUARTO.- Tal y como hemos dicho en las sentencia de esta Sala que venimos citando, en las que se resuelven situaciones similares y pretensiones idénticas, conviene iniciar el desarrollo de la argumentación de fondo con el análisis 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 de la Normativa Laboral dice 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 de esa misma Normativa 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 también de la Normativa 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».

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.

QUINTO.- Desde el examen de aquellos preceptos, como punto de partida en todas nuestras sentencia anteriores decíamos que el tiempo de «toma y deje» no se corresponde con la jornada normal de trabajo, sino que atiende a un exceso en la duración de ésta y, por ello, no puede considerarse como 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).

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.

Tal y como se dice en nuestra más reciente sentencia de 16 de julio de 2.014 (rcud. 2205/2013) el mencionado punto litigioso ya ha sido decidido 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 , y 10-junio-2014 -rcud 3082/2012), 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".

SEXTO.- Las argumentaciones reflejadas en los anteriores fundamentos conducen, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, a las precedentes consideraciones nos llevan a ratificar ahora afirmar 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 cuanto establece que el valor de dichas horas es el importe de la hora ordinaria incrementada en el 75%. Procede entonces resolver el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase para revocar en parte la sentencia de instancia y estimar también en parte la demanda para establecer 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 de la misma (quinto y sexto) y acogidos en los hechos probados de la sentencia de instancia. 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 la unificación de doctrina interpuesto por la entidad "ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS" (ADIF), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de fecha 24 de julio de 2.012 , recaída en el recurso de suplicación interpuesto por la referida entidad contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Burgos en fecha 15 de mayo de 2.012 , en autos 771/2011, en procedimiento seguido a instancia de D. Maximiliano contra la empresa ahora recurrente. 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%. Revocamos en parte la sentencia de instancia y estimando también



en parte la demanda, declaramos que tales horas tienen la consideración de 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 de la sentencia de instancia en relación con el hecho quinto de la demanda. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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 Gullon Rodriguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ