



Roj: STS 980/2015 - ECLI:ES:TS:2015:980
Id Cendoj: 28079140012015100086

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 502/2014

Nº de Resolución:

Procedimiento: SOCIAL

Ponente: LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, en fecha 17/ octubre/2013 [recurso de Suplicación nº 1447/2012], que resolvió el formulado por la misma parte frente a la pronunciada en 9/mayo/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva [autos 824/10], sobre CONTRATO DE TRABAJO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de mayo de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por DON Luis Miguel contra la entidad publica empresarial ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF); debo condenar a la expresada demandada a abonar al actor la cantidad de 2.775,51 euros".

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "PRIMERO. El actor Don Luis Miguel , con DNI NUM000 , con residencia en Huelva, presta servicios para la entidad publica empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), desde el 2 de agosto de 1982 con la categoría profesional de factor de circulación de segunda, encuadrado en el grupo profesional de Personal de Movimiento, y nivel salarial.- SEGUNDO. En el artículo 209 del X Convenio Colectivo de ADIF se regula los tiempos de "toma y deje" , 'atendida la índole de su función, cuando hayan de anticipar o retrasar su salida del trabajo en relación al horario norma' de los Jefes de Estación y Factores de Circulación; añadiendo, el artículo 210 que "se valorarán de igual forma que la extraordinarias, pero no estarán sujetas al tope que para éstas se establece', es decir, se abonarán, conforme al artículo 229, "con el incremento el 75% sobre la base del cálculo ya establecido en el Convenio. Es decir en los valores que se encuentran recogidos en la Tablas Salariales para este concepto".- TERCERO. Las tablas salariales han venido fijando como valor de la hora extraordinaria (clave 322), por el que se abona los tiempos de "toma y deje", las siguientes cantidades según el nivel salarial (folio 40):

Nivel Salarial 4: 7,625496

Nivel Salarial 5: 8,083026

Nivel Salarial 6: 8,568007

Nivel Salarial 7: 9,082088

CUARTO. Que, tomando en consideración la retribución salarial ordinaria anual de la parte actora establecida convencionalmente (32.897.91 euros), así como el número horas anuales (1.728), el valor de la hora ordinaria arroja el resultado de 19,09 euros.- **QUINTO.** En el período de 1-4-10 a 3 1-3-10, la parte actora ha percibido ADMINISTRACIÓN por el concepto de 'toma y deje" la cantidad de 940,59 euros, tornando en DE consideración el número de horas abonadas (111,23 horas) y el valor de éstas ya referido en el hecho tercero.- **SEXTO.** Que la parte actora entiende que las horas de "toma y deje" se deben abonar conforme al

valor de la hora ordinaria referido en el ordinal fáctico tercero de su demanda, incrementado en un 75%; por lo que reclaman las siguientes cantidades en euros:

Percibido 940,59 euros

Debería percibir: 3.716,1 euros.

Diferencia a reclamar: 2.775,51 euros.

SÉPTIMO. La parte actora presentó reclamación previa el 27 de mayo de 2010"

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF), ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2013, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)" contra la sentencia dictada el día 9 de Mayo de 2.011 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta en reclamación de cantidad por D. Luis Miguel contra la empresa "ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF)" y confirmamos la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos, condenando a la empresa recurrente al pago de las costas causadas y al abono de honorarios del Letrado impugnante del recurso, por ser preceptivos en cuantía de 600 euros más IVA, que en caso de no satisfacerse voluntariamente podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el artículo 237.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social".

CUARTO.- Por la representación procesal de ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS (ADIF) se formuló 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, Valladolid, de fecha 9 de mayo de 2011 (R. 752/11).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y no habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de febrero de 2.015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El demandante presta servicios para de ADIF con la categoría profesional de Factor de Circulación [grupo Personal de Movimiento], reclamando en las presentes actuaciones 2.775,51 € de diferencias salariales por «horas extraordinarias de toma y deje» durante el periodo comprendido entre Abril /2009 y Marzo/2010, que le fueron retribuidas con el importe establecido al efecto en las tablas salariales y que el actor reclama sea satisfechas atendiendo al valor de la hora ordinaria, incrementado en un 75%.

2.- El J/S nº Uno de los de Huelva estimó la reclamación por sentencia de 09/05/11 [autos 824/10], por considerar que las horas reclamadas deben considerarse como horas extraordinarias y deben retribuirse como tal, esto es, con un recargo del 75% sobre el valor de la hora ordinaria. Decisión confirmada por la STSJ Andalucía/Sevilla 16/10/13 [rec. 1447/12], precisamente sobre la base de similar argumentación, la de 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 sostuvimos reiteradamente ... que no puede reputarse jornada ordinaria... la literalidad del art. 210 del Convenio permite atribuir el valor de las horas extraordinarias al tiempo de trabajo denominado "toma y deje"».

3º.- Formula la representación de «ADIF» recurso de casación para la unidad de la doctrina, denunciando la infracción de los arts. 183, 209, 210, 223 y 229 del X Convenio Colectivo de RENFE, que aprobó el Texto Refundido de la Normativa Laboral [también de aplicación a ADIF], en relación con el art. 35 ET. Y señalando como decisión referencial la STSJ Castilla y León/Valladolid de 09/05/11 [rec. 752/11], que en reclamación sustancialmente idéntica a la de autos, relativa a diferencias por parte de un Factor de Circulación de ADIF y por igual concepto de retribución correspondiente a las horas de «toma y deje», llega a opuesta conclusión, afirmando que «El artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores impone una garantía de salario mínimo para las horas extraordinarias, fijándolo en el valor del salario de la hora ordinaria. Por encima de dicha garantía el convenio colectivo puede libremente establecer otra valoración. Pero 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».

Con lo que es claro se cumple adecuadamente la exigencia de contradicción que exige el art. 219 LRJS, requiriendo la existencia de pronunciamientos diversos -entre la sentencia recurrida y la referencial- respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientemente, SSTS 11/11/14 -rcud 2246/13 -; 12/11/14 -rcud 188/14 -; y 12/11/14 -rcud 3245/13 -).

SEGUNDO.- 1.- Justificado el presupuesto de contradicción, antes de nada ha de rechazarse la cuestión previa que el recurso suscita y que es relativa a acuerdo colectivo que dice se adjunta al escrito y que habría dejado sin contenido la cuestión suscitada en el recurso de casación. Y se rechaza, porque - contrariamente a lo afirmado por la parte recurrente-, el referido acuerdo colectivo no se acompaña al recurso. Ello con independencia de que aunque la expresión utilizada en el escrito [«la controversia quedó vacía de contenido»] ofrezca innegable ambigüedad, en ningún caso puede interpretarse en el sentido que lo hace la parte impugnante, de que ello comportaría la «carencia sobrevenida del objeto del recurso» y supondría - ex art. 225.4 LRJS - la inadmisión del mismo, con la consecuencia de que la sentencia estimatoria de la demanda adquiriese firmeza. Más bien habría que pensar en que la recurrente alude al efecto vinculante - eficacia propia del Convenio Colectivo- que el art. 156.2 LRJS atribuye a lo acordado en conciliación obtenida en el proceso de conflicto colectivo.

2.- Aclarado ello, hemos de indicar que 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.

3.- 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 (SSTS 16/12/05 -rcud 4790/04 -; ... 18/07/12 -rcud 2689/11 -; y 18/12/12 -rcud 1024/12 -).

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 [SSTS 28/10/13 -rcud 291/13 -; ... ; 15/09/14 -rcud 1439/13 -; y 17/09/14 -rcud 2921/12 -], 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 horas 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 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, que es lo que en demanda se mantiene.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -tal como con acierto expone el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada. Con devolución del depósito, destino legal para la consignación o aseguramiento y exclusión 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 representación de «ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS», y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla en fecha 17/Octubre/2013 [recurso de Suplicación nº 1447/2012], que a su vez había confirmado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 09/Mayo/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Huelva [autos 824/10], en reclamación de diferencias salariales formulado por D. Luis Miguel frente a «ADMINISTRADOR DE INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS».

Con devolución del depósito, destino legal para la consignación/aseguramiento y exclusión de costas en ambos trámites de suplicación y casación [art. 235.1 LRJS].

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

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

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