



Roj: **STS 7955/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:7955**

Id Cendoj: **28079140012003100761**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2003**

Nº de Recurso: **1764/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil tres.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JULIO YUN CASALILLA actuando en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia de fecha 7 de enero de 2003 , dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1.786/98, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, en autos nº 556/2001, seguidos a instancia de Dª Melisa contra la CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA Y EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA sobre CANTIDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido el letrado D. ENRIQUE LILLO PÉREZ en nombre y representación de Dª Melisa .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 30 de noviembre de 2001 el Juzgado de lo Social Único de Algeciras dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) 1.- La actora, Dña. Melisa , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , desde el 14 de octubre de 1991 pertenece a la Plantilla Laboral de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, y en la actualidad -y desde el 10 de enero de 2000- presta sus servicios en el Colegio Público de Educación Especial Virgen del Amparo (La Línea de la Concepción, Cádiz), con la Categoría Profesional de Monitoria Escolar. 2.- En tal condición, la actora realiza las tareas siguientes: a) A bordo del autobús que, especialmente diseñado para el traslado de sus alumnos (ninguno de los cuales es agresivo) dispone el Centro, la recogida de estos y su supervisión durante el trayecto de ida. b) Vigilar el traslado de los alumnos desde el autobús hasta las aulas (excepcionalmente, empujando el carrito que sólo algunos de ellos necesitan). (Aproximadamente, de 8,15 a 9,30 horas). c) Labores de administración. (Aproximadamente, de 11,30 a 13,15 horas). d) Dar de comer a uno o varios alumnos denominados gravemente afectados, cuidando de que los mismos no corran riesgo alguno a la hora de ingerir los alimentos. (Aproximadamente, de 13,15 a 14,30 horas). e) Vigilar el traslado de los alumnos desde las aulas hasta el autobús (excepcionalmente, empujando el carrito que sólo algunos de ellos necesitan). f) Por último, y a bordo del autobús que, especialmente diseñado para el traslado de sus alumnos dispone el Centro, su supervisión durante el trayecto de vuelta y la entrega de los mismos. (Aproximadamente de 15,00 a 16,15 horas) . 3.- En el Convenio Colectivo de Empresa a la sazón vigente, y por mor de lo publicado en BOJA de 18 de marzo de 1988, se describe al Monitor Escolar como aquellos "trabajadores que destinados en los Centros de Educación General Básica colaboran, de acuerdo con las instrucciones que se les impartan por la Dirección del centro en las actividades extralectivas y deportivas, no pudiendo en ningún caso realizar tareas docentes, atenderán a los alumnos en el transporte escolar según las rutas programadas al efecto por la Dirección General de Promoción Educativa y Renovación Pedagógica, realizarán las tareas de apoyo administrativo existentes en los Centros de EGB, atenderán las bibliotecas, realizarán la vigilancia de los alumnos en los comedores escolares, siempre bajo la dirección de



los cargos directivos del Centro que al efecto se designe. 2º) El artículo 50 del actual Convenio colectivo de Empresa (BOJA de 12 de diciembre de 1996) señala, a propósito de los Pluses de Penosidad, Toxicidad o Peligrosidad, que éstos deberán responder a circunstancias excepcionales (por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que la justifiquen), siendo además valorable la exposición a riesgos diversos por parte de los Trabajadores. En lo que al contenido de esta litis especialmente importa, el núm. 3 del citado precepto atribuye a la Comisión del Convenio la competencia "para el reconocimiento o revisión de los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo". Así, una vez aprobada la oportuna resolución "y hasta tanto se eliminen las condiciones tóxicas, peligrosas o penosas, se abonará al trabajador que desempeñe el puesto un 20% del Salario Base del Grupo en el que esté encuadrado, desde la fecha que marque la resolución". Y en su desarrollo, en el BOJA de 3 de marzo de 1998, fue publicado el Acuerdo sobre criterios y procedimiento para el reconocimiento o revisión de los pluses de penosidad, toxicidad y peligrosidad del personal laboral de la Junta de Andalucía. 3º) Durante el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2000 a 30 de octubre de 2001, la Consejería demandada, ciertamente, no ha abonado a la actora cantidad alguna en concepto de Plus de Penosidad, ascendiendo dicha suma, por tal periodo, al total de 351.738 ptas. 4º) El 20 de junio de 2001, la actora solicitó ante la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía el reconocimiento del oportuno Plus de Penosidad, empleando, a tal efecto, el modelo público en el BOJA de 17 de diciembre de 1998. El 29 de junio de 2001, interpuso la preceptiva Reclamación Previa a la Vía Judicial y, ante su fracaso, formalizó su Demanda el 28 de agosto de 2001."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: " Previa estimación de Oficio de la Excepción de Falta de Legitimación Pasiva de la CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, estimo íntegramente la Demanda formalizada por DÑA. Melisa contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN oY CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA a la que, en consecuencia, condeno a abonarle la cantidad de 351.738 ptas. por el concepto de Plus de Penosidad y correspondientes al periodo 1 de junio de 2000 a 30 de octubre de 2001, así como a seguir abonándosele en lo sucesivo y en tanto continúen las mismas circunstancias generadoras de mismo."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado de la JUNTA DE ANDALUCÍA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 7 de enero de 2003, en la que consta el siguiente fallo: "Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de los de Algeciras de fecha 30 de noviembre de dos mil uno, recaída en los autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Melisa contra CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, sobre cantidad y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida. Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de TRESCIENTOS EUROS que, en caso de no satisfacer voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 235.2 Ley de Procedimiento Laboral."

TERCERO.- Por el letrado D. JULIO YUN CASALILLA actuando en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA De ANDALUCÍA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 19 de marzo de 2003 , en el que se denuncia infracción legal de los artículos 50 y 8.3 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, con fecha 23 de marzo de 2000 (Rec. núm. 1786/98).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de septiembre de 2003 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 2 de octubre de 2003.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de diciembre de 2003.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La trabajadora, que presta servicios en calidad de Monitora Escolar por cuenta de la Junta de Andalucía, reclamó ante la Consejería de Gobernación y Justicia el reconocimiento del Plus de Penosidad, formalizó después la reclamación previa y por último acudió a la vía jurisdiccional laboral obteniendo sentencia estimatoria de sus pretensiones confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 7 de enero de 2003, teniendo por cumplido el trámite previo al haber solicitado el complemento a la Junta de Andalucía y posteriormente entablada reclamación previa. Frente a la misma recurre la Junta de Andalucía- Consejería de Educación y Ciencia en casación para la unificación de doctrina.

SEGUNDO.- Ofrece la recurrente como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada el 23 de marzo de 2002, que desestimó el recurso de suplicación deducido por la trabajadora frente a la sentencia de instancia, que sin entrar a conocer sobre el fondo de la pretensión rechazó la demanda al no haber cumplido la demandante el trámite de petición ante el órgano Paritario apreciando la falta de un requisito preprocesal. Debe por lo tanto considerar que asiste al recurso el requisito de contradicción al concurrir la identidad en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensiones pues en ambos casos nos hallamos ante trabajadores de la Junta de Andalucía, que reclaman, en el de la recurrida un plus de penosidad y en el de la recurrente el de peligrosidad, diferencia que no es relevante pues lo que se discute es si se puede postular acerca de tales conceptos salariales sin el previo sometimiento a la Comisión.

No obstante, la recurrida opone en su escrito de impugnación la ausencia de contradicción, tesis que no cabe aceptar pues al igual que en la sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2002 (Recurso núm. 1441/2002), en cuyo supuesto se había elegido la misma sentencia de contraste que en estas actuaciones, lo trascendente es que en la sentencia recurrida se considera el trámite innecesario, mientras que en la referencial se decidía lo contrario.

TERCERO.- La parte recurrente alega la infracción de los artículos 50 y 8.3 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía en relación con el artículo 2 del Acuerdo de la Comisión del referido Convenio en relación con la doctrina de esta Sala, STS 13 de diciembre de 2002, RCU 8/1441/2002.

El artículo 50.3º del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía dispone que "la Comisión del Convenio será competente para el reconocimiento o revisión de los pluses de penosidad, toxicidad o peligrosidad, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo. Aprobada la resolución y hasta tanto se eliminen las condiciones tóxicas, peligrosas o penosas, se abonará al trabajador que desempeñe el puesto un 20% del salario base del Grupo en el que está encuadrado, desde la fecha que marque la resolución". Se transfiere de este modo las facultades de decisión a un órgano paritario cuyas decisiones aceptaría la empresa. Por ello la solicitud del complemento en los términos previstos en el Convenio Colectivo y en el Acuerdo complementario sobre criterios de aplicación, deberá considerarse obligatoria, y así se razonó en la sentencia invocada por la recurrente.

CUARTO.- Sentado lo anterior es necesario examinar si el presente recurso tiene o no contenido casacional.

De los preceptos convencionales, antes citados, que por la recurrente se invocaron como infringidos, se desprende claramente que dicha recurrente apoya el recurso en el hecho de que no se ha agotado correctamente la vía previa a la interposición de la demanda judicial, falta de agotamiento que en este caso consistiría -en opinión de la referida parte- en que no es suficiente la petición ante la Junta empleadora, sino que resulta preceptivo llevar a cabo la aludida petición ante la Comisión Paritaria.

Pues bien: esta Sala ha señalado, con mucha reiteración, que la falta de agotamiento de la vía previa a la interposición de la demanda no tiene hoy día acceso al recurso de casación, por ser éste un recurso extraordinario que únicamente puede entablarse con base en motivos legalmente tasados, y no encajar aquella presunta infracción en ninguno de los motivos recogidos en el art. 205 de la LPL. Baste con hacer referencia, a este respecto, a nuestra Sentencia de 17 de Febrero de 2003 (Recurso 83/02), en cuyo fundamento 3º se razona que << ...las sentencias de 2 de junio de 1994, 12 de mayo y 28 de octubre de 1997, 25 de marzo y 31 de mayo insisten en ello y la sentencia de 7 de diciembre de 1999 decidió en el mismo sentido el recurso de casación planteado por la Federación de Alimentación y Tabacos de la Unión General de Trabajadores frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que vino a resolver la demanda de conflicto colectivo planteada por dicho Sindicato contra Tabacalera, S.A. y la Federación Estatal de Alimentación, Bebidas y Tabacos de Comisiones Obreras, y en la que se decidió acoger la excepción de falta de agotamiento de la vía previa por no haber planteado la cuestión ante la Comisión Paritaria del Convenio. En esta sentencia, se dice literalmente que "la carencia de contenido casacional de estos recursos se debe a que no pueden ampararse en el citado art. 205 porque el supuesto fondo no tiene encaje ni en los apartados a) y b) de dicho artículo, pues no afecta a la jurisdicción, a la competencia o a la inadecuación de procedimiento, ni tampoco está comprendida en el apartado c), al no tratarse de normas reguladoras de la sentencia, ni del quebrantamiento de forma esencial del juicio, pues dicho trámite previo ante la Comisión no es forma esencial del juicio sino, en



su caso, procedimiento anterior a éste y su omisión o cumplimiento defectuoso no ha podido ser determinante de una indefensión">>.

QUINTO.- Así pues, el presente recurso pudo haber sido inadmitido en el trámite previsto por el art. 223.2 de la LPL por la aludida falta de contenido casacional, motivo éste de inadmisión que, en el momento procesal en el que ahora nos encontramos, se ha convertido en causa de desestimación, sin permitirnos entrar a decidir el fondo de la controversia. Procede imponer las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el precepto citado y también en el art. 233.1 del propio Texto procesal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JULIO YUN CASALILLA actuando en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia de fecha 7 de enero de 2003 , dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1.786/98, que a su vez había sido ejercitado frente a la sentencia que con fecha 30 de noviembre de 2001, pronunció el Juzgado de lo Social Único de Algeciras, en autos nº 556/2001, seguidos a instancia de Dª Melisa contra la CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN Y JUSTICIA Y EDUCACIÓN Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA sobre CANTIDAD. Declaramos la firmeza de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.