

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

El dictamen objeto de desarrollo se estructura esencialmente en dos bloques, respecto de los cuales se plantean diversos supuestos, sustantivos y procesales.

Se ha de otorgar respuesta conforme a la ley y a la jurisprudencia a los apartados propuestos, en el orden que se enuncian e identificando con claridad cada uno de ellos.

A tal efecto disponen de documentación electrónica. En aras de simplificar la resolución de las cuestiones planteadas en el dictamen, para su realización pueden utilizar los textos facilitados, con independencia de las fechas que plasman los hechos probados de los distintos supuestos.

BLOQUE A)

Los datos fácticos para elaborar esta primera parte son los que siguen:

PRIMERO.- La empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA S.A. (en adelante ATENTO) es una multinacional de servicios de Contac Center que emplea un promedio de 10.000 trabajadores, y tiene centros de trabajo distribuidos en hasta 14 provincias.

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (en adelante CGT) es un sindicato cuya actuación es de ámbito estatal e intersectorial, con notable implantación en la plantilla de ATENTO, habiendo obtenido 44 delegados en elecciones a comités de empresa en las diversas elecciones sindicales celebradas en la empresa, de un total de 208.

SEGUNDO.- Afecta el presente conflicto colectivo a todos los agentes (tele-operadores, tele-operadores especialistas y gestores) y coordinadores y resto de participantes asociados a los servicios de la compañía en los centros de trabajo de Madrid-Rivas, Madrid-Ilustración y Jaén.

TERCERO.- El Convenio Colectivo de aplicación es el II Convenio de ámbito estatal del Sector de Contac Center 2015-2019, firmado el 30 de mayo de 2017. BOE de 12 de julio de 2017.

CUARTO.- Los trabajadores están adscritos a turnos determinados, con horarios concretos. El sistema de control horario se realiza mediante el fichaje que cada trabajador realiza a la entrada y a la salida con su tarjeta de identificación personal.

La máquina que registra las entradas se encuentra en la entrada de los centros de trabajo y vuelca los datos obtenidos en una aplicación informática. El tiempo medio que tarda un trabajador desde que efectúa la entrada hasta que se conecta en su puesto de trabajo es de entre un minuto y medio y tres minutos.

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

QUINTO.- La empresa en la nómina mensual de los trabajadores efectúa un descuento correspondiente al periodo durante el que se han ausentado de su puesto de trabajo (incluidas las relativas a minutos por falta de puntualidad, las cuales se computan diariamente y se suman mensualmente), siempre que las mismas sean injustificadas o justificadas sin derecho a retribución.

SEXTO.- La empresa, a los trabajadores que habitualmente se retrasan en la incorporación a su puesto de trabajo, les remite una carta de advertencia, como medida previa a la adopción de medidas disciplinarias.

SÉPTIMO.- Los contratos mercantiles de la empresa y clientes se dimensionan con arreglo a horas, incluso medias horas, de ahí que los retrasos injustificados de los trabajadores en su incorporación a sus puestos de trabajo puedan dar lugar penalizaciones y que existan dificultades para compensar dichos retrasos con trabajo efectuado en turno distinto.

OCTAVO.- En el Acuerdo alcanzado en el SIMA el día 9-8-2016 entre la empresa y los sindicatos USO, UGT, CCOO, la empresa se comprometía a compensar por descansos los periodos correspondientes a llamadas que seguían siendo atendidas por los trabajadores una vez llegada la hora de finalización de su turno. Al efecto la empresa elaboró en septiembre un protocolo que permite compensar tales excesos de jornada a partir de los tres días del mes siguiente al que se produjo el exceso.

Cuestiones objeto del dictamen:

A.1.- La demanda se formuló por el sindicato CGT, postulando en el suplico se declare: "como contraria a derecho la práctica empresarial consistente en descontar directamente de las nóminas mensuales de los trabajadores los retrasos en el fichaje de entrada, y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores a que les sean abonadas las diferencias retributivas que en su perjuicio les haya podido ocasionar esta práctica. Y condene a la empresa a estar y pasar por la anterior declaración a todos los efectos."; la demanda rectora se ciñó a la invocación de los arts. 22, 65, 66 y 67 del Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center y 58 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), encauzándola por la modalidad de conflicto colectivo. Se adhirieron los sindicatos USO, CC.OO., CIG, CSIF, UGT, STC y FASGA.

Dictaminar en primer lugar estos puntos de oposición de ATENTO: cuestiona la competencia del órgano enjuiciador y considera que el procedimiento es inadecuado, aduciendo que se trata en realidad de una impugnación de convenio.

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

Comenzando por analizar la competencia, determinar razonadamente el órgano judicial al que le corresponde conocer del litigio. Dar respuesta fundada a lo excepcionado.

A.2.- A continuación, debe proporcionarse una solución judicial motivada sobre el fondo de la pretensión actora, obviando la eventual concurrencia de excepciones.

A.3.- En la hipótesis de que el fallo hubiera sido desestimatorio de la demanda, **el escrito de recurso** frente a la sentencia elaborado por CGT viene a invocar - con amparo en precepto correcto de la LRJS- como fundamento normativo de su argumentación los arts. 9.3, 10.2, 1 y 35 de la Constitución Española; arts. 30 y 31 de la Ley de Tratados Internacionales; arts. 1 y 8 del Convenio 95 de la OIT; art. 4.5 de la Carta Social Europea; arts. 3.1 y 5, 54.2 y 1 del ET; finalmente, el art. 68 del II Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center, incidiendo en la exégesis de sus arts. 22 y 65 a 67.

Exponer brevemente la/s solución o soluciones jurídicas a la tesis invocada por CGT en fase de recurso.

A.4.- En el mismo caso de desestimación de la demanda, y si quien recurre no es la parte actora, sino uno de los sindicatos que se adhirió a la demanda, ha de dictaminarse si tiene o no legitimación para recurrir.

A.5.- Por último, razonar en síntesis los eventuales pronunciamientos sobre costas y depósitos. Ello tanto si se hubiere desestimado el **recurso** de la parte actora como si hubiere fracasado el recurso empresarial.

BLOQUE B)

Cuestiones objeto del dictamen:

B.1.- El actor formula demanda en la que petitiona que la base reguladora de su pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

accidente de trabajo -de la que fue declarado afecto por sentencia firme dictada el 16 de noviembre de 2009- ascienda a la cuantía de 2.908,72 euros, y no la fijada anteriormente (de 1.805,57 euros). Sostiene esa petición de una mayor base reguladora en razón a la naturaleza salarial de cantidades recibidas en concepto de gastos de desplazamiento y una infracotización de la empresa no alegada precedentemente.

Los datos fácticos declarados son:

PRIMERO.- El demandante....afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con nº NUM001, ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, FELGUERA, S.L., desde el día 11 de enero de 2007 al 26 de marzo de 2007, con la categoría profesional de Oficial 1ª, percibiendo un salario de 2.257,42 euros brutos mensuales con inclusión de prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- La mercantil FELGUERA tiene concertadas las contingencias profesionales con la entidad colaboradora IBERMUTUAMUR.

La empleadora ha cotizado a la Seguridad Social en concepto de contingencias profesionales durante el periodo de vigencia de la relación laboral los siguientes importes: salario base diario: 30,52 euros; 11.139,80 euros anuales; extras de julio y diciembre: 1.082,45 euros; premios: 748 euros; trabajos nocturnidad-penosidad: 489,07 euros. Primas de asistencia: 133,47 euros. Primas a la producción: 185,12 euros. Otros complementos: 622,36 euros. El número de días efectivamente trabajados es de 56 días.

FELGUERA abonó al trabajador demandante por "Dietas por salidas" el importe de 881,37 euros en la nómina de enero de 2007; 1.175 euros en la nómina de febrero de 2007; y 1.301,07 euros en la nómina del mes de marzo de 2007. El concepto "Dietas por salidas" responde a los gastos de desplazamiento realizados por el trabajador con su vehículo.

TERCERO.- El día 26 de marzo de 2007 el trabajador, mientras estaba prestando sus servicios profesionales bajo la dependencia de FELGUERA, sufrió un accidente de trabajo (AT), habiendo permanecido en situación de IT desde la fecha del siniestro laboral hasta el día 12 de diciembre de 2007, fecha en la que causó alta médica por curación.

CUARTO.- Se tramitó a instancia de la parte actora, mediante solicitud de fecha 22 de febrero de 2008, expediente de incapacidad permanente por la Dirección Provincial del INSS, que culminó con la resolución de 5 de marzo de 2008 por la que se reconoció al trabajador afecto de lesiones permanentes no invalidantes.

Impugnada judicialmente la resolución administrativa se dictó sentencia por este Juzgado de fecha 16 de noviembre de 2009, por la cual se declaró al actor afecto de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de AT, con derecho al percibo de una pensión calculada sobre una base reguladora de 1.805,57 euros y fecha de efectos de 27 de febrero de 2008.

QUINTO.- Presentada solicitud de revisión de base reguladora por escrito de 14 de abril de 2010 se dictó resolución por el INSS de fecha 16 de septiembre de 2010 por la cual se acordó: "*Denegar: Se ha calculado correctamente la base reguladora, según lo dispuesto en el art. 140*

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

del real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, art. 7.1 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 1795/2003, de 23 de diciembre. Decreto de 22 de junio de 1956 y art. 7.2 del Real Decreto 1131/2002".

SEXTO.- Nuevamente, por escrito de 13 de mayo de 2014 se interesó por el actor revisión de la base reguladora, habiendo dictado el INSS resolución de 24 de junio de 2014 por la cual acordó denegar la revisión interesada por ser correcta el cálculo de la base reguladora de la prestación de IPT derivada de AT.

SÉPTIMO.- Presentada reclamación previa el 7 de mayo de 2014, solicitando la parte actora una base reguladora de Incapacidad Permanente de 2.908,72 euros mensuales con el abono de la diferencias de la prestación de IPT, no consta que se dictara resolución, debiéndose entender desestimada por silencio negativo (documental que se acompaña a la demanda).

Debe dictaminarse acerca de la solución jurídica fundada que pudiera ofrecerse a la actual demanda formulada frente al INSS, la TGSS, la sociedad FELGUERA y la mutua IBERMUTUAMUR. Los comparecientes en el acto del juicio se opusieron a la demanda, si bien las concretas diferencias matemáticas, para el eventual supuesto de estimación no resultan cuestionadas.

B.2.- Si en el acto del juicio la actora hubiera propuesto prueba pericial jurídica consistente en un dictamen (perito economista) sobre la infracotización que denuncia y la base reguladora, ha de razonarse brevemente acerca de la admisión o no de tal medio probatorio. Argumentarlo de igual forma en la hipótesis de que la misma petición se realice como diligencia final.

B.3.- La empresa FELGUERA denuncia en **sede de recurso** (no se discute el marco normativo bajo el que articula el motivo) que se celebró el acto del juicio sin su presencia. Los elementos a considerar son: el intento de notificación en el domicilio designado en la demanda, que resultó infructuoso; el juzgado concedió un plazo para nueva designación de domicilio, sin que se efectuase, acordándose la publicación de edictos (tablón de anuncios y BOP) para la celebración del juicio el día X; antes del juicio se intentó la averiguación telemática de otro domicilio, que se obtuvo, pero al enviar la oportuna citación se añadió un código postal distinto (no el adecuado) lo que dio lugar a la devolución de la citación como "dirección incorrecta"; no se envió una nueva citación con el código postal correcto; llegada la fecha X se llevó a cabo la vista sin esa citación de la parte empresarial demandada. Exponer resumidamente las eventuales incidencias procesales sobre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

DICTAMEN DE LAS PRUEBAS DE INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL POR LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DE ENTRE JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA CON MÁS DE DIEZ AÑOS DE EJERCICIO PROFESIONAL EN LAS MATERIAS PROPIAS DE LOS ÓRGANOS DEL ORDEN SOCIAL, CONVOCADAS POR ACUERDO DE 8 DE FEBRERO DE 2023

B.4.- En fase de recurso extraordinario se acuerda por la Sala la incorporación de una documental aportada al amparo del art. 233 de la LRJS, habida cuenta de que pudiera tener trascendencia para la resolución del litigio. Razonar, conforme a la doctrina elaborada en esta materia, cuál sería el pertinente pronunciamiento judicial.

B.5.- Dejando totalmente al margen los datos y cuestiones ya resueltas en los apartados anteriores -que versaron sobre la pensión de IPT derivada de AT-, ha de analizarse, por último, una **situación independiente**.

En este caso la parte actora (que no habría sufrido ningún AT ni está en situación de IPT) demanda a su antigua empresa interesando la revisión del cálculo de la base reguladora de la ulterior prestación de jubilación, por diferencia de cotización de acuerdo con las cuantías (XX) que expone en su demanda, declarando responsable a la empresa en proporción a la infracotización cometida y, por el principio de automaticidad, que la mutua o entidad gestora responsable anticipe su abono. Ello en el entendimiento de que resultará perjudicada su futura pensión.

El punto objeto de esta parte final del dictamen ha de circunscribirse a determinar, en síntesis, pero razonadamente, si la jurisdicción social es o no la competente para el enjuiciamiento de la litis, ofreciendo su solución judicial.