



Roj: **STS 2613/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2613**

Id Cendoj: **28079140012018100623**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2018**

Nº de Recurso: **386/2017**

Nº de Resolución: **583/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 16509/2016,**
STS 2613/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 386/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 583/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

En Madrid, a 31 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Mariola , representada y defendida por el Letrado D. Juan Martín Aguilar contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, en recurso de suplicación nº 1429/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga , en autos nº 489/2015, seguidos a instancia de D^a. Mariola contra la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, sobre asistencia sanitaria.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de mayo de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que estimando la prescripción alegada, debo estimar y estimo parcialmente la demanda sobre reclamación de cantidad formulada por D^a. Mariola frente a la CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA condenando a ésta a que abone a la actora la cantidad de 2.647,8 euros».



SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: « **PRIMERO.-** La actora, D^a. Mariola , mantiene su relación laboral con la CONSEJERÍA DE IGUALDAD, SALUD Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA desempeñando el trabajo de Médica en el Centro de Valoración y Orientación de Málaga, como Asesora Técnica en Valoración (Licenciada en Medicina) Grupo I, percibiendo sueldo conforme a convenio.- **SEGUNDO.-** En fecha 31 de enero de 2012 en el procedimiento 1228/2010 de este mismo Juzgado de lo Social 3 de Málaga, entre las mismas partes, se dictó sentencia firme que contiene los siguientes hechos probados "1°) La actora, Doña Mariola , mayor de edad y domiciliada en Málaga, inició su relación laboral con la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía el 16 de noviembre de 1987, en el Centro de Valoración y Orientación de Málaga, desde el 1 de septiembre de 2009, como Médica, Asesora Técnica de Valoración en un Equipo multidisciplinar de valoración de incapacidades. 2°) La actora reclama la cantidad (no debatida en su cuantía) de 3016.38 euros, en concepto de plus de penosidad durante el período de septiembre de 2009 a septiembre de 2010, ambos meses inclusive (20% del salario base de 1157.82 euros en los meses de 2009 -aunque reclama por este período la cantidad mensual de 231.51 euros, unos céntimos inferior al 20%- y 20% del salario base de 1161.30 euros en los meses de 2010 -232.26 euros por mes), con arreglo al desglose que se efectúa en el hecho cuarto de la demanda, que se da por reproducido. 3°) Los Médicos de los Equipos de Valoración y Orientación de Málaga, incluso el titular del puesto que ocupa la actora, tienen, en su mayoría, reconocido el derecho a la percepción del plus reclamado en estos autos. Los Médicos de estos Equipos multidisciplinarios están sometidos a riesgos por exposición a agentes biológicos y a agresiones por parte de pacientes con problemas de conducta, tanto en el trabajo en el Centro como en las visitas domiciliarias que han de realizar en casos de enfermos que se encuentren afectados por la práctica imposibilidad de su desplazamiento, y se encuentran asimismo obligados a realizar tareas que exceden de su actividad profesional, al tener que ayudar para explorar al paciente en las visitas médicas a los enfermos con dificultades de movilidad. 4°) El 31 de agosto de 2010 presentó la actora su solicitud de reconocimiento del plus de penosidad-peligrosidad ante la Subcomisión de Valoración y Definición de puestos de trabajo del Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, sin haber obtenido contestación, aunque se emitió Informe favorable al reconocimiento del plus el día 4 de octubre de 2010; y el 15 de octubre de 2010 se presentó por la actora su reclamación previa, pretendiendo que por la Administración pública demandada se reconociera el derecho de la trabajadora a percibir el plus de penosidad-peligrosidad y el abono de la cantidad anteriormente citada de 3016.38 euros, reclamación que resultó presuntamente desestimada por silencio **administrativo**. Tal sentencia contiene el siguiente FALLO: "... 2°) Entrando a resolver sobre el fondo del litigio y debiendo estimar la demanda, como la estimo, debo condenar y condeno a la Consejería demandada a abonar a la actora la cantidad de 3016.38 euros (tres mil dieciséis euros con treinta y ocho céntimos de euro) correspondiente al plus de penosidad-peligrosidad devengado en el período de 1 de septiembre de 2009 a 30 de septiembre de 2010, y debo declarar como declaro, el derecho de la actora a continuar percibiendo el plus de penosidad-peligrosidad a partir del mes de octubre de 2010 en adelante mientras continúe realizando su trabajo en las mismas condiciones que en el período litigioso".- **TERCERO.-** Por el Juzgado de lo Social 5 de Málaga en procedimiento 200/13, entre las mismas partes, se dictó sentencia de fecha 4 de mayo de 2015 , desestimatoria de la demanda, en la que se hacían constar como HECHOS PROBADOS: "1 .- Mariola , viene prestando servicios para la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de médico, asesora técnica de valoración. 2 .-La actora realiza sus tareas en el Centro de Orientación y valoración de Málaga desde el 1.09.09. Las funciones consisten en el examen de personas que solicitan el reconocimiento de la condición de minusválido diagnosticadas algunas de ellas de trastornos, de conducta, trastorno mental, de desarrollo, cognitivo autismo, esquizofrenias, trastornos paranoides, psicosis entre otros, realizando entrevistas personales con posteriores informes tanto en el centro como realizando visitas domiciliarias. 3.- Con fecha 31.08.2010 presentó solicitud de reconocimiento del plus de penosidad-peligrosidad ante la Subcomisión de Valoración y Definición de puestos de trabajo del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, sin haber obtenido contestación, aunque se emitió informe favorable el día 4.10.2010.. 4.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad se dictó sentencia con fecha 31.01.012 por la que se le reconocía el citado plus en el periodo comprendido entre el 1.09.09 a 30 de septiembre de 2010 declarando el derecho de la actora a continuar percibiendo el plus de penosidad-peligrosidad a partir del mes de octubre de 2010 en adelante mientras continúe realizando su trabajo en las mismas condiciones que en el periodo litigiosos. 5.-En el periodo comprendido entre el 1.12.2010 hasta el 31.12.012 la actora ha realizado sus funciones en las mismas condiciones. 6.-El plus de penosidad en el citado periodo asciende a 5.516,25 euros."- Recurrida la sentencia por la parte actora, la Sala de lo Social del TSJ con sede en Málaga dictó sentencia de 4 de mayo de 2015 , aceptando tales hechos probados y estimando el recurso, conteniendo la sentencia el siguiente FALLO: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Mariola contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número CINCO de Málaga con fecha 23/10/2014 , en autos en reclamación de cantidad seguidos a instancias de dicha recurrente contra CONSEJERÍA DE SALUD Y BIENESTAR SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, y, revocando la sentencia recurrida, debemos condenar y condenamos a la Junta de Andalucía Consejería de Salud y Bienestar



Social a abonar a la actora la cantidad de 5.516,25 €, en concepto de plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad devengado durante el período de tiempo comprendido entre el 1-12-2010 a 31-12-2012."- CUARTO.- Con fecha 8 de febrero de 2013 la actora presentó solicitud de reconocimiento del plus de penosidad-peligrosidad ante la Junta de Andalucía (folios 115 y ss) incoando el expediente 888/15, sin haber obtenido contestación. La falta de contestación es justificada por la parte demandada por la siguiente causa (antecedente de hecho cuarto del informe obrante a los folios 63 y ss): "La tramitación del expediente no está completa, al encontrarse pendiente del correspondiente Equipo de Trabajo de Pluses. Una vez estudiado por el referido Equipo de Trabajo, se elevará propuesta de resolución a la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo para su posterior ratificación por la Comisión del Convenio, y todo ello de conformidad con el Acuerdo sobre criterios y procedimientos para el Reconocimiento o Revisión de los Pluses de Penosidad Toxicidad y/o Peligrosidad del Personal Laboral, aprobado por Resolución 2 de febrero de 1998, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y anexo al VI Convenio Colectivo en su Disposición Adicional Cuarta."- QUINTO.- En el periodo comprendido entre el 01.01.2014 hasta el 30.04.2015 la actora ha realizado sus funciones en las mismas condiciones (hecho indiscutido).- SEXTO.- La parte actora reclama la cantidad de 220,65 euros (cuantía indiscutida) en concepto de plus de penosidad por cada uno de los 16 meses comprendidos entre el 01.01.2014 y el 30.04.2015.- SÉPTIMO.- La reclamación previa se presentó en fecha 28 de mayo de 2015 (folio 4 y ss)La demanda, el 26 de julio de 2015.»

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación legal de Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de Da Mariola contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Málaga con fecha 20 de mayo de 2016 en autos sobre reclamación de cantidad, seguidos a instancias de Da Mariola contra la Consejería para la Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía y, con revocación de la sentencia combatida, desestimamos la demanda formulada por Da Mariola y absolvemos a la Consejería de Salud, Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía de las pretensiones de contrario formuladas en su contra».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, por la representación legal de D^a. Mariola, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 7 de febrero de 2013 (R. 2158/2012).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido considerar el recurso procedente la desestimación del recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 31 de mayo de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Por sentencia -que adquirió firmeza- dictada por el J/S nº 3 de Málaga en 31/01/12 [autos 1228/10], se declaró que la actora tenía derecho a percibir «la cantidad de 3.016,38 euros ... correspondiente al plus de penosidad-peligrosidad devengado en el período de 1 de septiembre de 2009 a 30 de septiembre de 2010, y debo declarar, como declaro, el derecho de la actora a continuar percibiendo el plus de penosidad-peligrosidad a partir del mes de octubre de 2010 en adelante mientras continúe realizando su trabajo en las mismas condiciones que en el período litigioso».

2.- Tras infructuosa reclamación previa, en 29/06/15 la trabajadora presentó demanda por el mismo concepto de penosidad y por el periodo 01/01/14 a 30/04/15, y la sentencia del J/S nº 3 de Málaga dictada en 20/05/16 [autos 489/15] apreció prescripción de parte de lo reclamado y le reconoció derecho a 2.647,8 euros, tras declarar probado - ordinal quinto- que en el periodo reclamado «la actora ha realizado sus funciones en las mismas condiciones (hecho indiscutido)».

3.- Recurrida en suplicación, la STSJ Andalucía/Málaga 30/Noviembre/2016 [rec. 1429/16] revoca la decisión de instancia y desestima la pretensión de la trabajadora, sin hacer referencia alguna al posible efecto positivo de cosa juzgada y sosteniendo en su conclusión final que «la Sala, siguiendo su propia doctrina, aplica los criterios contenidos en las referidas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo [SSTS 18/12/12 ROJ 8648/2012 y 17/12/14 ROJ 3795/2014] y considera que el derecho al plus reclamado sólo nace desde el momento en que haya acuerdo de la Comisión del Convenio al respecto, sin perjuicio de que sus efectos se retrotraigan al día de la solicitud formulada».



4.- En su recurso frente a al criterio del TSJ, la trabajadora presenta como referencial la STSJ Castilla y León/ Valladolid 07/02/13 [rec. 2158/12], que examina el supuesto de trabajador al que por sentencia -firme- del J/S se le había reconocido un plus de productividad y su derecho a seguir percibiéndolo «revalorizado cada año», y en el que la Sala de suplicación aprecia el efecto de cosa juzgada positiva.

SEGUNDO.- 1.- Es de constante recuerdo por la Sala que el art. 219 LJS exige -para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y la decisión judicial de contraste, y que el cumplimiento de esta exigencia se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sin que tal contradicción pueda surgir -tan sólo- de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias y sin que a la par tampoco sea exigible una identidad absoluta entre los supuestos a enjuiciar» (SSTS, entre tantas anteriores, de 10/10/17 -rcud 3684/15 -; 17/10/17 -rcud 2541/15 -; y 27/02/18 -rcud 724/16 -).

A la vista de tal doctrina -contrariamente a lo que se sostiene en la impugnación del recurso y mantiene el Ministerio Fiscal- entendemos que concurre el requisito contradicción entre las sentencias contrastadas, pues si bien entre ellos concurren innegables diferencias -la naturaleza del plus, la normativa aplicable y la causa denegatoria alegada en vía administrativa- lo cierto es que coinciden en la decisiva circunstancia de que en ambos supuestos existe una sentencia firme que reconoce al trabajador el derecho a un determinado plus y a su mantenimiento en tanto persistan las mismas circunstancias, pero en tanto que la decisión recurrida prescinde -ni tan siquiera lo trata- del efecto positivo de cosa juzgada que aquella circunstancia pudiera comportar y que además había sido la «ratio decidendi» argumentada por el J/S para estimar la demanda, en la sentencia de contraste se confirma la aplicación de aquel efecto.

No hay que olvidar, además, que con arreglo al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de 22 de junio de 2011, «[c]uando en el recurso de casación para la unificación de doctrina se invoque un motivo de infracción procesal [ésta sería la vulneración denunciada en el presente caso] las identidades del art. 219.1 LRJS deben estar referidas a la controversia procesal planteada, debiendo existir para apreciar la contradicción la suficiente homogeneidad entre las infracciones procesales comparadas, sin que sea necesaria la identidad en las situaciones sustantivas de las sentencias contrastadas» (SSTS 20/12/16 -rcud 3194/14 -; 28/02/17 -rcud 2648/15 -; 04/05/17 -rcud 1201/15 -; y 12/12/17 -rcud 3279/15 -). Y la controversia -qué duda cabe- es el efecto positivo de cosa juzgada que pueda producir una sentencia que reconoce el derecho a devengar un plus mientras se mantengan determinadas circunstancias.

2.- De todas formas el recurso incurre en defecto que en su momento debió haber determinado su inadmisión y que en el presente trámite se convierte en causas de desestimación [recientes, SSTS 06/02/18 -rcud 891/17 -; 27/02/18 -rcud 724/16 -; y 13/03/18 -rcud 938/16 -], porque -como señalan la impugnante y el Ministerio Fiscal- el escrito de formalización ni tan siquiera contiene apartado relativo a infracción normativa y/o jurisprudencial. Y no hay que olvidar la doctrina constante de la Sala [SSTS 07/07/92 -rcud 2157/91 -; ... 18/12/15 -rcud 745/15 -; 05/10/16 -rcud 1173/15 -; 22/02/17 -rcud 2693/15 -; y 28/02/17 -rcud 1694/15 -] sobre el indicado requisito, expresiva de que:

a).- El recurso de casación unificadora ha de fundarse en infracción de Ley, pues una vez lograda la constancia de la contradicción producida, consiste, sin más, en un recurso de casación clásico en el que la Sala ha de examinar las infracciones cometidas en la sentencia recurrida, con el fin de determinar si la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina, siendo así que si bien el elemento predominante y destacable en esta modalidad de recursos es la existencia de la contradicción, la unificación doctrinal que se persigue únicamente se logra a través del examen de la infracción alegada y cometida, reponiendo la situación a lo que sea conforme al ordenamiento jurídico.

b).- En plano normativo, la exigencia viene impuesta por el art. 224.1.b) LJS, en relación con los apartados a), b), c) y e) del art. 207 del mismo texto legal, de forma que resultan plenamente aplicables al mismo tanto el art. 477 LECiv , a tenor del cual ha de fundarse en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso; cuanto el art. 481 de la propia Ley, que exige que en el escrito de interposición del recurso se exponga, con la necesaria extensión, sus fundamentos; y asimismo el art. 483.2.2º LECiv , donde se dispone que será causa de inadmisión del recurso el incumplimiento de los requisitos establecidos para el escrito de interposición.

c).- La denuncia de la infracción de ley es uno de los requisitos esenciales del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues si la parte recurrente no lo hiciese habría de hacerlo el Tribunal, asumiendo así una función de defensa material de la parte recurrente que quebraría el principio de imparcialidad inherente a la función de juzgar y supondría impropia aplicación del principio «da mihi factum, dabo tibi ius», que es ajeno al recurso de casación; y que una denuncia correctamente formulada no sólo se tiene que referir a



precepto o preceptos concretos, sino que además -salvo supuestos de innegable sencillez normativa- ha de razonar de forma clara sobre la fundamentación de la infracción, tal como se deduce no sólo del art. 210.2 LRJS [«... razonando la pertinencia y fundamentación» de los motivos], sino del art. 481.1 de la supletoria LECV [«... se expondrán con la necesaria extensión, sus fundamentos...»].

3.- Las precedentes indicaciones comportan, tal como interesa el Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso. Sin imposición de costas [art. 235.1 LJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a Mariola frente a la STSJ Andalucía/Málaga 30/Noviembre/2016 [rec. 1429/16] y por la que desestimó la demanda formulada y se absolvió a la CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD, SALUD Y POLÍTICAS SOCIALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

2º.- No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.