



Roj: **STS 3660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3660**

Id Cendoj: **28079140012022100734**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2022**

Nº de Recurso: **1412/2019**

Nº de Resolución: **789/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 789/2022

Fecha de sentencia: 04/10/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1412/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SOCIAL

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

Transcrito por: TDE

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1412/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 789/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 4 de octubre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ricardo Sánchez Moreno, en nombre y representación de D. Nazario , contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3900/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. nº 1 de Huelva, de fecha 21 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 389/14, seguidos a instancia de D. Nazario frente a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía representada por el letrado de la Junta de Andalucía.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 21 de marzo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO. El actor, Don Nazario , con DNI NUM000 , personal laboral de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, viene prestando sus servicios con la categoría profesional de Peón Especializado, con destino en el Espacio Natural de Doñana, sito en la localidad de Almonte (Huelva), desde el 11 de enero de 1990 y percibiendo retribución de conformidad con el IV Convenio Colectivo de Personal Laboral de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. El 7 de marzo de 2007 el demandante solicitó a la Comisión del Convenio (Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo) el reconocimiento de los pluses de penoxidad, toxicidad y peligrosidad, adjuntando un informe del Director del Parque Nacional de Doñana de fecha 19 de febrero de 2007 sobre los trabajos realizados por los Peones Especialistas en las cuadrillas y otro informe, adjuntado como documento nº 2, elaborado por los propios Peones Especialistas, justificativo de la existencia de una situación excepcional, cuyo íntegro contenido se da por reproducido.

TERCERO. El 20 de julio de 2007 el Director del Espacio Natural de Doñana remite al Jefe del Servicio de Organización y Administración de Recursos Humanos de la Consejería de Medio Ambiente la solicitud de reconocimiento.

CUARTO. El Parque Nacional de Doñana cuenta entre sus medios con tres cuadrillas de mantenimiento en el campo repartidas por zonas, compuestas básicamente por un capataz y entre cuatro y seis peones. Cada cuadrilla dispone para sus labores de un vehículo todo terreno para desplazarse dentro del parque y una emisora de radio para comunicación con el Centro Administrativo del Acebuche por realizar sus trabajos lejos de cualquier población y ante el riesgo de algunas de sus labores. Para realizar muchas de las actividades emplean maquinaria como motosierras, ahoyadora, desbrozadora, cortacésped, rotaflex y soldadora, aparte de instrumentos manuales como hacha martillo y azada. Entre las tareas realizadas por los Peones Especialistas se encuentran: -Trabajos selvícolas como podas y desbroces, así como el arreglo de jardines en los centros de uso público del Parque Nacional. -Eliminación de plantas exóticas, principalmente rebrotes de Eucaliptus spp. y Acacia spp. -Preparación del terreno para el programa de repoblaciones forestales como escolares de la comarca. -Quema de forraje. -Cortar y picar leña para los centros de uso público y las casa de guardería del parque. - Construcción y reparación de chozas marismeñas como observatorio de aves. -Trabajos de albañilería como reparación de bebederos o pintar la señalización de aparcamientos. -Reparación de cancelas, vallas y cercados tanto de pletinas como de malla de simple torsión. Construcción y arreglo de talanqueras. -Reparación de senderos y pasarelas para uso público. -Acondicionamiento y recogida de basuras en los caminos para la romería del Rocío y para otras peregrinaciones a lo largo del año. -Carga y descarga de materiales (madera, leña, enea, grano, castañuela, etc.) en el camión. -Arreglo de gallineros de las casas de guardería del parque para adecuación a normativa contra influenza aviaria. -Construcción y reparación de toriles para el saneamiento ganadero. -Transporte de mobiliario para centros de uso público. -Colocación de carteles informativos para visitantes

QUINTO. El demandante viene realizando sus funciones de forma permanente en el recinto conocido como Área de Manejo de Fauna Silvestre, sito en la finca del Acebuche y ocasionalmente en el campo; este recinto engloba todas las instalaciones del Parque Nacional dedicadas al mantenimiento en cautividad de animales silvestres y de las instalaciones dedicadas a las tareas de Seguimiento del Estado Sanitario de la Fauna Silvestre; entre dichas instalaciones se encuentra: -el Centro de Recuperación de Fauna Silvestre, que funciona como hospital de fauna enferma o herida, principalmente aves rapaces y algunos mamíferos y reptiles. -Centro de Recuperación de Aves Acuáticas, que funciona como hospital especializado en aves



acuáticas en situaciones de epidemias y mortandades más o menos masivas. -Sala de necropsias y horno crematorio. -Clínica (dotada de quirófano con anestesia inhalatoria, sala de hospitalización, e instalación de rayos X). -Laboratorio (incluyendo congelador de -80° C, tanques de nitrógeno líquido y bombonas de nieve carbónica). -Centro de cría en cautividad del lince ibérico. -Centro de cría en cautividad de malvasía, Cerceta pardilla y Porrón pardo. - Centro de cría en cautividad del Fartet del Guadalquivir. Las funciones desarrolladas por el demandante se concretan en: - Mantenimiento, limpieza y desinfección de instalaciones para fauna silvestre cautiva, incluyendo la destrucción sanitaria de restos contumaces. - Preparación de la alimentación para las diferentes especies albergadas, distribución y supervisión de la ingesta. -Colaboración en la realización de necropsias principalmente de ungulado silvestres, dentro de los trabajos de Monitorización de la tuberculosis en fauna silvestre en el Parque Nacional de Doñana. -Colaboración en la realización de necropsias de peritaje forense de fauna silvestre (caso de intoxicación por cebos envenenados, disparos por arma de fuego, utilización de equipos y lazos, etcétera). -Colaboración en la realización de necropsias encaminadas a conocer la causa de la muerte de ejemplares hallados muertos o fallecidos en cautividad. La colaboración de los distintos tipos de necropsias ha incluido disección, recogida y etiquetado de muestras para análisis laboratorial, precintado de muestras probatorias en su caso, destrucción sanitaria de restos biológicos, infecciosos y tóxicos, y adecuada limpieza y desinfección posterior. -Colaboración de las revisiones sanitarias con fines diagnósticos de ejemplares reproductores cautivos y de animales enfermos ingresados en los centros de recuperación. Esta colaboración incluye limpieza y esterilización de material clínico y destrucción apropiada de restos clínicos. -Realización de algunas recogidas de muestras clínicas (para estudios parasitológicos, cultivos microbiológicos fecales, etcétera). -Realización de análisis laboratoriales clínicos sencillos: revelado manual de radiografías, bioquímica sanguínea, recuentos celulares sanguíneos, valor hematocrito, y posteriormente limpieza de instalaciones y destrucción de restos clínicos. -Procesamiento de muestra para análisis laboratorial: separación por centrifugación y pipeteado, etiquetado, precintado en su caso, formolado, almacenamiento organizado... - Administración a la fauna silvestre cautiva de los tratamientos medicamentosos prescritos por el personal veterinario (tratamientos por vía oral, inyecciones intramusculares y subcutáneas, limpieza y desinfección de heridas con el vendado de las mismas...). - Mantenimiento del banco de genoma del lince ibérico del Parque Nacional de Doñana (muestras de biopsias de piel, tejido gonadal y esperma): comprobación periódica de niveles de nitrógeno líquido y nieve carbónica y reposición en su caso. -Supervisión del correcto estado y funcionamiento de las instalaciones y equipos incluidos en el recinto del Área de Manejo de Fauna Silvestre, y del bienestar de las especies albergadas en caso de ausencia de los técnicos responsables. Obra en autos y se dan por reproducidos las certificaciones obrantes a los folios 35 y 36.

SEXTO. Actualmente 36 empleados adscritos al Espacio Natural de Doñana con la categoría profesional de Celador de Primera Forestal, tienen reconocido y perciben el complemento de los Plus de Penosidad, Peligrosidad y Toxicidad, de conformidad con las Resoluciones favorables con adopción de medidas dictadas con fecha 17 de julio de 2009, por el Director General de la Función Pública, en base al Acuerdo adoptado por la Permanente de la Comisión del Convenio Colectivo para el Personal Laboral, reunida en sesión ordinaria el día 29 de mayo de 2009.

SÉPTIMO. El 17 de enero de 2014 interpuso el demandante reclamación previa ante la Consejería demandada".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "ESTIMANDO la demanda interpuesta por DON Nazario frente a LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO D LA JUNTA DE ANDALUCÍA; debo condenar a la expresada demandada a abonar al demandante la cantidad de 8.888,32 € (hasta el día 28 de febrero de 2014), así como al abono de este plus mientras no cambien las funciones que el actor realiza y la forma de realizar las mismas".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio 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 14 de febrero de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por la CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva en sus autos núm. 0389/14, en los que el recurrente fue demandado por D. Nazario , en demanda de cantidad, y como consecuencia revocamos dicha sentencia desestimando la demanda interpuesta, sin pronunciamiento sobre el fondo de la reclamación por falta de agotamiento de la vía previa prevista en el VI convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía".

TERCERO.- Por la representación de D. Nazario , se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 15 de noviembre de 2017, R. 2963/16.



CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2019, se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando defectos en el escrito de interposición al adolecer el mismo de la fundamentación de la infracción legal que se denuncia. En otro caso, considera que la sentencia recurrida ha resuelto conforme a derecho y de lo contrario, dado que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre el derecho al plus reclamado, lo procedente sería remitir lo actuado a la Sala de procedencia para que resolviera el resto de motivos del recurso de suplicación. No obstante, de entenderse que por la vía del art. 211.1 de la LRJS, en este momento pudiera exponerse argumentaciones para apoyar el fallo de la sentencia recurrida, se remite a lo alegado en los puntos tercero y cuarto de su escrito de recurso de suplicación que reproduce.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso es procedente y que, partiendo de que el escrito de recurso cumple con las exigencias necesarias y la existencia de contradicción, ha de estarse a la doctrina de esta Sala recogida en la STS de 26 de octubre de 2016, rcud 1857/2015.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 4 de octubre de 2022, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante tiene derecho al plus salarial que reclama y, en concreto, si es necesario agotar todas las vías que el convenio colectivo pueda imponer a tal efecto.

La parte actora ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, sede en Sevilla, de 14 de febrero de 2019, rec. 3900/2017, que estima el interpuesto por la parte demandada, revocando la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Huelva en los autos 389/2014, que había estimado la demanda.

Según los hechos probados, el demandante prestaba servicios para la Junta de Andalucía, con la categoría de peón especializado, con destino en el Espacio Natural de Doñana, en Almonte (Huelva). Las tareas realizadas por el actor se describen en los hechos probados de la sentencia tales como trabajos selvícolas, eliminación de plantas exóticas, preparación del terreno para repoblaciones forestales, quema de forraje, cortar y picar leña para los centros de uso público, trabajos de albañilería, reparación de cancelas y vallas, reparación de senderos, acondicionamiento y recogida de basuras, carga y descarga de materiales, arreglo de gallineros, construcción y reparación de toriles, transporte de mobiliario para centros de uso público, etc. El actor formuló solicitud de reconocimiento del plus reclamado el 7 de marzo de 2007 a la Comisión del Convenio (Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo) y el 20 de julio siguiente, el Director del espacio natural de Doñana remite al Jefe del servicio de Organización y Administración de recursos Humanos de la Consejería de Medio Ambiente la solicitud de reconocimiento. Treinta y seis empleados adscritos al Espacio Natural de Doñana, con la categoría de celador de primera forestal, tienen reconocido y perciben el plus aquí reclamado, de conformidad con las Resoluciones favorables con adopción de medidas dictadas con fecha 17 de julio de 2009 por el Director General de Función pública, en base al Acuerdo adoptado por la Permanente de la Comisión del Convenio Colectivo para el Personal Laboral, reunida en sesión ordinaria el 29 de mayo de 2009.

La Sala de suplicación, con remisión a sentencias previas, sostiene que es necesario agotar, en estos procesos, la reclamación ante organismos especializados, cuando dicha obligación se hubiera pactado en convenio colectivo y recuerda que el art. 58.14 del VI Convenio Colectivo del Personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, vigente en el periodo al que se contrae la reclamación, dispone que los pluses deberán responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, y debe valorarse la exposición a riesgos, siendo la Comisión del Convenio la competente para el reconocimiento o revisión del plus reclamado. Además el Acuerdo sobre criterios y procedimientos para el reconocimiento o revisión de estos pluses del personal laboral de la Junta de Andalucía de 1998 prevé un procedimiento para el reconocimiento de los mismos, que se inicia con la petición expresa del interesado y, tras los correspondientes informes técnicos, la Comisión adopta la decisión correspondiente, que, si es positiva, tendrá efectos económicos desde la iniciación del expediente. Por ello la solicitud del plus en los términos previstos en el Convenio colectivo y en el Acuerdo complementario es obligatoria, por lo que, si no se ha instado el reconocimiento del plus de peligrosidad ante la Comisión del Convenio o no existe pronunciamiento de la misma al respecto, no es posible su concesión anticipada por los Tribunales. Sobre la base de lo anterior concluye que no es posible conminar a la Junta a que abone un plus para cuya concesión carece de facultades, ni tampoco procede que un órgano judicial supla la actuación de la



Comisión paritaria. Sólo podría reclamarse el pago de dicho plus cuando la citada Comisión haya reconocido que en el puesto del trabajador concurren las circunstancias que justifican su percibo. En consecuencia, se estima el recurso de la Consejería y sin que se precise dar respuesta al motivo del recurso del trabajador, al decaer su objeto, y sin entrar en el fondo de la reclamación, se desestima la demanda por falta de agotamiento de la vía prevista en el convenio para el reconocimiento de los pluses de penosidad, peligrosidad y toxicidad.

En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por la misma Sala de lo Social, el 15 de noviembre de 2017, rec. 2963/2016.

La sentencia de contraste resuelve un supuesto de otro trabajador, igualmente peón especializado, con destino en el Espacio Natural de Doñana, respecto del cual se describían como principales tareas desarrolladas las mismas que lo había sido en el caso de la sentencia recurrida. El actor presentó solicitud de reconocimiento del derecho al percibo de los pluses de penosidad, toxicidad y peligrosidad, y el 24 de julio el Director del Espacio Natural de Doñana remitió al jefe del Servicio de Organización y Administración de Recursos humanos de la Consejería de Medio Ambiente el formulario de solicitud. El 3 de febrero de 2009 se emitió el Informe Técnico y el 12 de febrero de 2013 la Directora General de Recursos Humanos y Función Pública de la Consejería de Hacienda y Administración Pública remitió al Portavoz de la Comisión del Convenio Colectivo una comunicación en la que se concluía que no se podían autorizar propuestas que se tradujeran en incrementos de gastos en materia de personal.

La sentencia referencial, tras constatar que no se había pronunciado la Comisión del Convenio, competente para el reconocimiento del plus reclamado, y ante la falta de respuesta concluye que concurren los presupuestos exigidos en el precepto convencional para tener derecho al plus reclamado, de conformidad con resoluciones precedentes de esta Sala Cuarta, de 21 de septiembre de 2017, R. 3640/2015, y de 3 de diciembre de 2009, R. 4370/2008, en las que para un caso análogo resolvió en sentido afirmativo a las pretensiones ejercitadas.

Entre las sentencias existe la identidad necesaria para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios, tal y como ha resuelto esta Sala en otros recursos en los que se invocaba la misma sentencia de contraste por otros empleados de la parte demandada, sin que, además, haya sido cuestionada por las partes la concurrencia de dicho requisito.

La parte recurrida sí que alegaba que el escrito de interposición del recurso resultaba carente de la fundamentación legal de la infracción legal denunciada, ex art. 224.2 de la LRJS, lo que debe rechazarse porque, aunque es cierto que el indicado escrito, bajo el apartado de motivos, desarrollaba brevemente cuarto apartados y en el último de ellos solo identifica las normas que entiende infringidas, realmente en los apartados anteriores, aunque de forma muy concisa pero suficiente, razona sobre la pertinencia de estimar que la sentencia recurrida no ha resuelto conforme a derecho. Este mismo defecto fue denunciado en otros recursos, interpuesto por el Letrado al que aquí ha sustituido el que suscribe el presente escrito de interposición y ya se dijo entonces que " No se limita la recurrente a la simple mención de esa normativa, sino que articula básicamente los argumentos jurídicos, invocados para sostener que, la naturaleza de las funciones correspondientes al puesto de trabajo de peón especializado en el Espacio Natural de Doñana, comportan unas especiales y extraordinarias condiciones de penosidad y peligrosidad que entran dentro de las previsiones con las que el convenio colectivo configura el complemento salarial cuestionado" (STS de 15 de junio de 2021, rcud 4346/2018) y aunque el presente escrito no es idéntico en su textualidad al que allí se formuló, dado el propio contenido de la sentencia recurrida, lo cierto es que también en este caso podemos dar por suficiente el presentado, no entendiendo que la parte recurrida se haya visto desprovista de elementos o argumentos de contrario para ser combatidos en el escrito de impugnación del recurso, como se puede obtener de la lectura del mismo.

SEGUNDO. - La parte recurrente ha formulado un motivo de infracción normativa en el que identifica como preceptos legales objeto del mismo el art. 58, 14 del VI Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía, así como la NTP 350 del Instituto Nacional de la Seguridad social (INSS) (sic Instituto Nacional de Salud e Higiene en el Trabajo -INSHT-) y la STS de 21 de septiembre de 2017, rcud 3640/2015.

El motivo debe ser estimado porque la cuestión traída al recurso, como ya hemos avanzado, ha tenido respuesta de esta Sala, en el extremo que aquí se suscita

En efecto, en la sentencia de 15 de junio de 2021, rcud 4346/2018, al igual que en la de 15 de febrero de 2022, rcud 4347/2018, aunque en ellas también hay un pronunciamiento de fondo, por haberlo resuelto también la sentencia en ellos recurrida, tras recoger lo dispuesto en el art. 14 y 58.5 y 14 del VI Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía, acude a la interpretación que ya hizo esta Sala de este último precepto convencional, diciendo lo siguiente:



Como recuerda la de 17 de septiembre de 2009, invocando las de 8 de abril y 26 de enero de 2009, "El Acuerdo de la Comisión del V Convenio (BOJA 3 de Marzo de 1998), establece, en la parte que aquí interesa, que para el reconocimiento y concesión del plus "no deben considerarse argumento suficiente los riesgos, dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión sin mayores análisis o valoraciones. Y ello porque el sentido de estos pluses no es compensar tales riesgos o dificultades intrínsecas, comunes a toda la profesión, que ya estarán contempladas en el salario, ni las diferencias de riesgo entre las distintas profesiones, sino a aquellos individuos concretos que de forma temporal o permanente se ven obligados a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia". Y más adelante añade que "es necesario que el trabajo se desarrolle en unas condiciones significativamente peores y en las que están expuestos a mayores riesgos y dificultades que el colectivo de trabajadores que ostentan su misma categoría profesional".

Y en su fundamento jurídico cuarto, la Sala razona lo siguiente: "Esta Sala ya ha tenido ocasión de interpretar el artículo 50 del V Convenio en su sentencia de 11-4-00 (rec. 3865/99), si bien en relación con el plus de peligrosidad. Pero al tratarse de argumentos que son igualmente aplicables tanto a los tres pluses que regula el art. 50 del V Convenio, como a las previsiones del art. 58.14 del VI Convenio, conviene reiterarlos ahora, aunque reconduciéndolos al de penosidad que es el que se reclama.

Seguidamente, tras recordar los supuestos a los que se destinan los pluses salariales de referencia, y en lo que aquí interesa, precisa que "...ninguna de estas sentencias ha reconocido mecánicamente el plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad por el mero hecho de que la Comisión del Convenio, como sucede aquí, no se haya pronunciado sobre el reconocimiento del plus, solicitado por el demandante, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo, incumpliendo, por tanto, lo mandado por el art. 58.14 del convenio. Por el contrario, lo que ha venido manifestando la Sala con reiteración es, que el incumplimiento de la Comisión del Convenio del mandato establecido por el artículo antes dicho, no constituía obstáculo para que los trabajadores pudieran reclamar judicialmente el abono del plus controvertido. De hecho, en las sentencias mencionadas, el plus había sido reconocido por la sentencia de instancia, salvo en la STS 21/12/2016, rcud. 451/2015, en la que se había desestimado el derecho en instancia y en suplicación y la Sala estimó el derecho, porque concluyó que las tareas realizadas comportaban riesgos, que no habían sido resueltos por la Administración, por lo que se reconoció el plus demandado y en la STS 20/10/2020, rcud. 3173/2018, donde también se había desestimado la pretensión en instancia y suplicación, estimándose en casación, porque se acreditó la concurrencia de un informe del Jefe del Área de Prevención Técnica de fecha 2009 sobre la solicitud de un trabajador en las mismas circunstancias, se establecía que se dan circunstancias que constituyen una situación que puede ser calificada de excepcional penosidad y peligrosidad. Consiguientemente, en todas esas sentencias, el reconocimiento del plus controvertido se basó en el análisis de las funciones y riesgos de los puestos de trabajo afectados. Sucede lo mismo en la sentencia recurrida y en la referencial, donde la actitud omisiva de la Comisión del Convenio, no ha afectado a ninguno de los pronunciamientos, que llegaron a distintas conclusiones examinando las funciones desempeñadas por cada uno de los demandantes.

5. Ahora bien, aunque el art. 58.14 del VI Convenio encomiende a la Comisión del Convenio la competencia para el reconocimiento o revisión del plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad, a propuesta de la Subcomisión de Valoración y Definición de Puestos de Trabajo, el incumplimiento reiterado de dicha función, no exime a la Administración de sus obligaciones de seguridad y salud laboral con sus empleados, toda vez que tienen un deber de protección de sus trabajadores frente a los riesgos laborales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.1 Ley 1/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales, de manera que, cuando se acredite la concurrencia de actividades tóxicas, penosas o peligrosas, su obligación es sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, a tenor con lo previsto en el art. 15.1.f de la LPRL, lo que le obligará a efectuar una evaluación de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos, así como en la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo y deberá tener en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido, tal y como dispone el art. 16.1.a LPRL.

Dichas obligaciones se contemplan en el art. 58.14 del VI Convenio, donde se subraya que, el plus controvertido responderá a circunstancias excepcionales, por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen, por lo que se tenderá a la desaparición de este plus a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que les dieran origen. Además de las circunstancias a que se hace referencia, podrán tenerse en cuenta y, en su caso, valorarse la exposición a riesgos diversos por parte del personal"



Y sigue diciendo que ", cuando los trabajadores de la Junta de Andalucía reclamen el reconocimiento del plus de toxicidad, penosidad o peligrosidad, porque consideren que sus puestos de trabajo están afectados por dichos riesgos, deberán identificar de manera concreta el modo en el que se manifiestan dichos riesgos, toda vez que los negociadores del convenio los han considerado marginales, tal y como se deduce de la doctrina de la Sala, que transcribimos más arriba.

Cuando lo hayan hecho así, identificando las circunstancias excepcionales, que justifiquen el abono del plus, la carga de la prueba de que dichas circunstancias son inciertas o, de no serlo, que se han tomado las medidas para su supresión o, en su defecto, para su sustitución en los términos ya expresados, corresponderá a la Junta de Andalucía, quien no puede excusar su deber de seguridad en la actitud omisiva de la Comisión del Convenio, en la que le corresponde, al menos, el 50% de la responsabilidad. Avala la misma conclusión el régimen de distribución de las cargas probatorias, establecidas en el art. 217.7 LEC, al ser patente que dispone de una mayor facilidad probatoria".

En igual sentido nos encontramos la STS de 28 de octubre de 2020, rcud 3120/2018.

TERCERO. - La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa nos llevaría a estimar el motivo pero no a que se confirme la estimación de la demanda que realizó el juzgador de instancia.

En efecto, el recurso de casación para la unificación de doctrina, en coherencia con lo que decidido la sentencia de suplicación, se ha centrado en si la falta de pronunciamiento por la Comisión del Convenio sobre la solicitud del plus impide analizar si el puesto de trabajo del solicitante es acreedor del mismo. Y si, como se ha dicho, el trabajador que presenta la solicitud que no fue resuelta tiene derecho a reclamar judicialmente el plus pudiendo analizarse si concurren las circunstancias que lo generan, es evidente que la sentencia recurrida no resolvió conforme a esa doctrina.

A partir de ahí, y como refiere la propia sentencia recurrida, el escrito de recurso de suplicación recogía otros dos motivos, uno relativo a si el puesto del demandante puede calificarse de penoso o peligroso (ello porque la sentencia de instancia así lo había declarado y la parte demandada discrepaba de tal conclusión por lo que formuló un motivo destinado a combatir tal extremo), y otro que afectaba a la cuantía reclamada y a su prescripción (que la sentencia de instancia había rechazado y la demandada también cuestionó en suplicación). Pues bien, sobre ellos la Sala del TSJ no se pronunció ante el obstáculo formal que apreció por lo que, como pide la parte recurrida, con carácter subsidiario, lo procedente no es remitir lo actuado a la Sala de procedencia para que, con libertad de criterio, resuelva el resto de motivos que no fueron examinados dado que si, conforme 228.2 de la LRJS, una vez casada la sentencia recurrida en el extremo unificado, debemos resolver el debate planteado en suplicación, ello nos permite examinar los restantes motivo del recurso de suplicación al haber quedado en ese momento procesal un relato de hechos probados inmodificado y suficiente para dar respuesta a ellos.

Y a tal efecto y en orden al motivo en el que la parte demandada cuestionaba que las funciones y actividad desplegada por el demandante, como peón especializado sean acreedoras del citado plus, nos encontramos con que el actor presta los mismos servicios que se recogían en la sentencia de contraste y que esas tareas ya han sido calificadas por esta Sala como actividades que no se desarrollan en unas condiciones significativamente peores ni está expuestos a mayores riesgos y dificultades que el colectivo de trabajadores que ostenta su misma categoría profesional.

En efecto, con cita del art. 14 del Convenio Colectivo que describe la actividad de los peones especializados, y con base en la regulación que se ha dado a los complementos de puestos de trabajo en el art. 58 del citado texto y, especialmente, al que se regula en su apartado 14, referido al plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad, la interpretación que sobre él ha dado la Sala es la siguiente: " Los arts. 50 (V Convenio) y 58 (VI Convenio) parten inicialmente de que la excepcionalidad de las tareas realizadas o de las circunstancias concurrentes es la condición determinante del percibo del citado plus. De modo que cuando la penosidad sea consustancial o inherente al puesto de trabajo no surgirá el derecho al complemento, siempre y cuando, como es lógico, se acredite: a) que el puesto de trabajo está, por la propia naturaleza de la actividad desarrollada, expuesto a determinados riesgos; y b) que la retribución del puesto en cuestión es, por razón de esos riesgos, de importe superior a la de otros puestos de igual categoría que no los padecen.

Por el contrario, sí procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, éstos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; o, dicho en términos del Acuerdo de la Comisión del Convenio, que "el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a los existentes en otros puestos desempeñados por el colectivo de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional"; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional".



Cabe pues afirmar que cuando los artículos 50 y 58 señalan que el plus debe responder a circunstancias verdaderamente excepcionales, no están vedando su abono en los casos en que siendo la penosidad habitual o incluso inherente al puesto de trabajo que se desempeña, la retribución de quien lo sirve no ha sido fijada en atención a tales circunstancias, rompiendo así con el necesario equilibrio entre trabajo y salario. Para estos puestos, no específicamente retribuidos, hay que entender que, cuando el número 1 habla de "circunstancias verdaderamente excepcionales", está simplemente indicando que son ya afortunadamente pocos que, en la amplia relación de puestos de trabajo de la Junta de Andalucía, siguen sometidos a riesgos, bien porque en la mayoría han desaparecido ya "las circunstancias negativas que los justifican" o bien porque su retribución ha sido fijada atendiendo expresamente a dichos riesgos. Pero, si las circunstancias negativas permanecen y la retribución no ha sido adaptada a ellas, es claro que el plus deberá ser satisfecho

Esto es, han de identificarse las circunstancias excepcionales que justifiquen el derecho al plus sin que sirvan a tal fin los riesgos que pueden tener en el desempeño de su actividad y que los inherentes y propios del puesto de trabajo que pudieran soportar otros puestos de igual categoría y actividad.

Y esa doctrina es la que debemos aplicar lo que significa, como refiere la sentencia de 15 de junio de 2021, rcud 4346/2018, que afecta a un compañero del aquí demandante, con iguales funciones y puesto de trabajo, que su actividad no encaja en las previsiones que permiten generar el plus reclamado y, por ende, lo procedente es estimar este motivo tercero del recurso de suplicación, sin necesidad de entrar a resolver el relativo a la prescripción.

Todo ello supone, en definitiva, que el pronunciamiento de la sentencia recurrida deba mantenerse pero por las razones que aquí se han expuesto.

CUARTO.- Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en lo relativo a la unificación de doctrina, permite concluir en el sentido de entender que es la sentencia de contraste la que contiene la doctrina correcta si bien, al resolver el debate planteado en suplicación, procede mantener el pronunciamiento estimatorio del recurso de tal clase y, por ende, desestimar el presente recurso de unificación de doctrina.

Todo ello sin imposición de imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS.

FALLO

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

- 1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ricardo Sánchez Moreno, en nombre y representación de D. Nazario , contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3900/2017.
- 2.- Confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida y declarar su firmeza.
- 3.- Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.