

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS (Sede en Las Palmas)

Sentencia 975/2021, de 22 de octubre de 2021

Sala de lo Social

Rec. n.º 431/2021

SUMARIO:

Convenios colectivos. Personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias. Plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad. Derecho a su percepción por las personas trabajadoras que desempeñan en Las Palmas tareas de valoración en el Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia II. Improcedencia. En lo tocante a las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectadas (que en su mayoría son de sexo femenino) el Juzgador de instancia tuvo tan solo como probado que tienen entre sus funciones acudir al domicilio de los solicitantes efectuándose dos visitas, una de valoración en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario, y una segunda para elaborar el PIA (programa individual de atención) respecto de las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel de dependencia. En la fundamentación jurídica de la sentencia se explicaba después, con manifiesto valor de hecho probado, que las personas solicitantes objeto de valoración eran personas mayores o con problemas mentales y/o personas dependientes. Pero nada más al respecto se entendió acreditado en relación con las circunstancias concurrentes en las condiciones de trabajo de quienes valoran a dichas personas. En este contexto, el Magistrado de instancia consideró que no se había acreditado hecho alguno que supusiera la concurrencia de situaciones potencialmente peligrosas o de circunstancias excepcionalmente peligrosas, sin que por sí solo pudiera entenderse como tal la visita a domicilios particulares para valoración de personas mayores, con problemas mentales o dependientes. Por tanto, el motivo ha de ser desestimado, ya que no puede considerarse que la sentencia de instancia haya incurrido en las infracciones normativas denunciadas, pues se carece de datos que permitan afirmar respecto del colectivo afectado la habitualidad en la realización de trabajos excepcionalmente peligrosos penosos o tóxicos. **Voto particular.** En el caso, se ha omitido valorar el impacto de género desproporcionado que tiene el presente conflicto, que afecta a un colectivo feminizado (el 94%). Tampoco se ha tenido en cuenta la brecha salarial de género que en España asciende al 13'9% (Eurostat 2018-UE). No hay que olvidar que la regulación convencional de los pluses que tienden a retribuir el trabajo realizado en condiciones de especial penosidad o peligrosidad, se ha forjado sobre un concepto de lo que es "penoso" o "peligroso" que ha despreciado, históricamente, la perspectiva de género, fijándose de acuerdo a criterios de socialización masculinos. Así, no se ha cuestionado la peligrosidad implícita en el desempeño de trabajos de construcción, minería, vigilancia y seguridad, transporte de mercancías peligrosas, etc. En cambio, no ha sido tan fácil el reconocimiento del riesgo en el desempeño de tareas de atención o cuidado a otras personas que, en determinados contextos, pueden ser un riesgo (consciente o inconsciente) para otras personas trabajadoras. En el caso que nos ocupa se dan unas especiales circunstancias que hacen del trabajo de las evaluadoras un trabajo de riesgo excepcional (peligrosidad). Específicamente por lo que respecta al trabajo de entrevistas y valoraciones de las personas dependientes, y ello derivado no tanto del trabajo en sí mismo, que desempeñado en instalaciones apropiadas y con medidas de protección y seguridad podría minimizarse o eliminarse, sino del entorno (desconocido) en el que se desarrolla tal actividad: los domicilios particulares. Se trata de espacios ajenos a las instalaciones de la Consejería demandada, en los que pueden concurrir riesgos laborales de extrema gravedad que afecten a la integridad física y psicológica de las trabajadoras, expuestas a las condiciones de salubridad higiénico-sanitarias que existan en tales espacios privados, y también se exponen a riesgos derivados de la interacción con las propias personas dependientes, que por sus circunstancias personales (enfermedades mentales, personas con discapacidad intelectual, alcoholismo, drogodependencia, enfermedades infecto-contagiosas) o por sus circunstancias familiares (violencia intrafamiliar, agresividad, ambiente hostil). A lo anterior, debe añadirse, que la feminización de este colectivo lo hace más dúctil a las amenazas, acoso, actitudes o tratos obscenos, abusos sexuales o agresiones físicas por parte de los solicitantes del servicio o convivientes en el domicilio particular. Ello descansa en razones sociales y culturales que han sido determinantes en el sistema dual del pensamiento liberal clásico, por el que los hombres son socializados para el control, el mando y la disciplina y las mujeres, en cambio, para la dependencia y la sumisión. Estamos ante un trabajo que expone a las valoradoras a una peligrosidad excepcional, por los entornos (ajenos a la empleadora) en los que se desempeña y las circunstancias personales y familiares de las personas solicitantes en tales entornos ajenos y privados, siendo imposible la eliminación de los riesgos concurrentes en tales espacios. Por ello se trata de riesgos que escapan del control empresarial, a efectos de preventivos. Por tanto, debió apreciarse la peligrosidad, pues existe una habitualidad en la exposición al peligro de las visitas y

valoraciones domiciliarias de las trabajadoras con una cadencia semanal de, al menos, 12 visitas semanales.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 4.2. d), 19 y 20.

PONENTE:

Don Javier Ramón Díez Moro.

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de octubre de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria constituida en Sala General integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ GLORIA POYATOS MATAS y Dña. YOLANDA ÁLVAREZ DEL VAYO ALONSO D. ÓSCAR GONZÁLEZ PRIETO ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0000431/2021, interpuesto por Dña. Constanza, frente a la Sentencia 000387/2020 del Juzgado de lo Social Nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria dictada en los Autos Nº 0000696/2020 -00 en reclamación de Otros derechos laborales colectivos siendo Ponente el ILTMO. SR. D. JAVIER RAMÓN DÍEZ MORO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Según consta en Autos, se presentó demanda por D^a Constanza, en reclamación de conflicto colectivo siendo demandados COMISIONES OBRERAS DE BASE, INTERSINDICAL CANARIA, COMISIONES OBRERAS DE CANARIAS, SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE CANARIAS y la CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD Y JUVENTUD y tras celebrarse el acto del juicio se dictó Sentencia desestimatoria el día 2 de noviembre de 2020 por el Juzgado de referencia.

Segundo.

En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

" PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta al personal laboral que presta función en la Las Palmas en el Servicio de Valoración, Orientación de Dependencia II de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería.

SEGUNDO.- El III Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC 6-7-1994) en su artículo 46.a).1 dispone que podrán percibirse pluses de peligrosidad, toxicidad y penosidad, que retribuirán las excepcionales condiciones en que se desenvuelven determinados puestos de trabajo, cuando dichas condiciones no sean susceptibles de eliminación y a cuya supresión tenderá la actividad de la Administración. Sin perjuicio de su tramitación ante la Jurisdicción Social, será de aplicación a aquellos puestos de trabajo cuyas tareas y condiciones de trabajo se encuentren incluidas en las relacionadas como peligrosas, tóxicas o penosas por acuerdo de la CIVEA, previo conocimiento de los informes técnicos correspondientes.

TERCERO.- La cuantía del plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad, reconocido en el artículo 46.a).1 del III Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, excluidas las pagas extras, ha quedado establecido en la cantidad de 50,02 euros en 2018, 51,28 euros y 51,41 euros en 2019, y 52,44 euro en 2020.

CUARTO.- El Plus de Peligrosidad, Toxicidad y Penosidad para el periodo de 30 de Agosto de 2018 a 30 de Octubre de 2020, supondría un importe de 1.348,42 euros para cada trabajador afectado.

QUINTO.- En fecha 14 de agosto de 2019, los trabajadores del servicio afectado dirigieron solicitud para el reconocimiento del plus a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad Diversidad y Juventud.

SEXTO.- El Comité de Empresa de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad y Diversidad y Juventud elevó a la Secretaría General Técnica, de plena conformidad con el elevado por el personal, en fechas 7/11/2019 y 18/12/2019.

SÉPTIMO.- En fecha 18 de Diciembre de 2019, atendiendo al artículo 46 del III Convenio, la parte instó actuaciones al CIVEA, no obteniendo respuesta.

OCTAVO.- Los trabajadores afectados, valoradores y personal de PIE, tienen como función acudir al domicilio de los solicitantes, efectuándose dos visitas, una de valoración, en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario, y una segunda para elaborar el PIA, esto es, las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel.

NOVENO.- Se agotó la vía previa."

Tercero.

El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:

"Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda interpuesta por Comité de Empresa de Las Palmas en la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud de la Comunidad Autónoma de Canarias contra CONSEJERÍA DE DERECHOS SOCIALES, IGUALDAD, DIVERSIDAD y JUVENTUD DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, COMISIONES OBRERAS DE BASE, INTERSINDICAL CANARIA, COMISIONES OBRERAS DE CANARIAS, SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS DE CANARIAS, y por ende absuelvo a la demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra."

Cuarto.

Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a Constanza. Recibidos los Autos por esta Sala se formó el oportuno rollo pasándose a la Magistrada ponente D^a GLORIA POYATOS MATAS para su estudio y señalándose para votación y fallo.

Sin embargo, la referida Magistrada ponente en su día designada anunció en la deliberación su intención de hacer voto particular discrepante por no compartir el criterio del resto de la Sala, razón por la que se acordó asignar al recurso un nuevo ponente y que fuese deliberado en Sala General, señalándose así nueva fecha para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En la demanda rectora del procedimiento se solicitaba por el Comité de empresa actuante que se declarase el derecho del colectivo de personas trabajadoras que desempeñan tareas de valoración en el Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia II de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería demandada, en atención a las condiciones en que realizaban su trabajo, a percibir el Plus de Peligrosidad, Penosidad y Toxicidad regulado en el art. 46 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la CCAA de Canarias.

En lo relativo a las circunstancias concurrentes en el desempeño del trabajo de dichas personas, el Juzgador de instancia declaró probado que tienen entre sus funciones acudir al domicilio de los solicitantes efectuándose dos visitas, una de valoración en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario, y una segunda para elaborar el PIA (programa individual de atención) respecto de las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel de dependencia.

Partiendo de ese sustento fáctico, y teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial que establece que para generar el derecho a cobrar un plus de esta naturaleza han de concurrir las notas de excepcionalidad y habitualidad, se dictó sentencia desestimando la demanda.

Se razonaba a tal efecto en la fundamentación jurídica de la sentencia que, si bien los solicitantes objeto de valoración son personas mayores, personas con problemas mentales y personas dependientes (dato que tiene indudable valor de hecho probado), ello no suponía una situación de excepcionalidad que justificase el derecho al cobro del plus reclamado. En cuanto a la habitualidad del riesgo entendió el Juzgador que la parte actora no había

acreditado (atribuyendo a dicha parte la carga de la prueba) la frecuencia y características de las posibles "situaciones conflictivas" a que se hubieran visto sometidas las personas trabajadoras afectadas.

El Juez de instancia, aludiendo al resultado de la testifical practicada en la persona del Jefe del Servicio (y asimilando el supuesto enjuiciado a otro analizado por esta Sala -recurso nº 75/2010- con ocasión de resolver sobre el controvertido plus regulado en el art. 46 a) 1. del Convenio Colectivo respecto de las personas trabajadoras con categoría de psicólogo que atienden a menores detenidos) concluía que en el presente caso no se prestaban servicios en circunstancias que hicieran surgir el derecho al plus reclamado ya que el trabajo de valoración que realizaban las personas aquí afectadas no implicaba "un riesgo sobreañadido ni una excesiva penosidad por circunstancias desagradables o emotivas" pues el mero hecho de visitar el domicilio de los solicitantes no implicaba "per se" exposición a situaciones potencialmente peligrosas.

Frente a la anterior sentencia la parte demandada formaliza recurso de suplicación articulando primeramente un motivo de infracción procesal por el cauce del apartado a) del art. 193 LRJS denunciando la infracción del artículo 94.2 LRJS en relación con el art. 70.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y después un motivo de revisión fáctica por la vía de la letra b) del citado art. 193 LRJS así como un último motivo de censura jurídica según su letra c) invocando infracción del artículo 46 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias y de los artículos 4.2 d) 19 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello en los términos que seguidamente exponemos, solicitando que por la Sala se acordase ordenar "reponer al trámite de valoración de prueba, bien dicte Sentencia estimando recurso y confirmando los extremos de la demanda". El recurso fue impugnado por la Consejería demandada.

Segundo.

Respecto del primer motivo, conviene recordar que la finalidad del cauce procesal de la letra a) del referido art. 193 de la LRJS es depurar las consecuencias de irregularidades procesales cometidas en la instancia que tengan relevancia constitucional por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva mediante la declaración de nulidad de la resolución recurrida o de los actos procesales previos a la misma, con la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento previo a cometerse la infracción procedimental denunciada. Su admisión tiene carácter excepcional y queda reservada solo para los casos en que no sea posible reparar las consecuencias perjudiciales para la parte por otra vía, y siempre que se haya formulado oportuna protesta.

Sentado todo lo anterior, anunciamos ya que este primer motivo del recurso no va a prosperar.

Dos son las cuestiones que se alegan en el mismo. La primera se centra en que en el expediente administrativo aportado no constaba el Informe en su día emitido (a requerimiento de la propia Administración) por el Jefe de Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia, informe que no obstante había sido aportado por la propia parte actora, obrando a los folios 75 y 76 de las actuaciones. La segunda irregularidad procesal planteada era la aportación a título ilustrativo de una sentencia dictada en un caso similar por esta misma Sala y su indebida unión al ramo de prueba de la Consejería.

Entiende la parte recurrente que, por las indicadas razones, se había incurrido en un "desequilibrio en la valoración judicial de la prueba que quiebra garantías procesales" en cuanto que el artículo 94.2 LRJS señala que las partes deberán aportar a juicio la documental requerida y que, de no mediar causa justificada de su omisión o irregularidad, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas de contrario en relación con la prueba acordada.

Pues bien, sabido es que a través del motivo de la letra a) del art. 193 se ataca la infracción de normas procesales o garantías del procedimiento con independencia del cuerpo normativo en que se recojan, pero no basta con que el órgano judicial haya incurrido en una irregularidad formal, sino que resulta imprescindible que tal infracción haya originado indefensión material al afectado, obstaculizando su derecho a ejercer una defensa con plenas posibilidades de alegación y prueba en situación de igualdad con la contraparte.

En definitiva, se requiere que el Órgano Judicial haya impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, lo que en este caso no ha sucedido pues, como la propia parte recurrente afirma, el Informe del Jefe de Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia fue aportado por la parte actora, obrando a los folios 75 y 76 de las actuaciones.

Cierto es que el referido Informe debió integrar el expediente aportado por la Administración en el acto del juicio pues sin duda ha de formar parte del mismo, pero no es menos cierto que la parte demandante no solicitó expresamente que se requiriera a la Administración para su aportación.

Además, se trata de un informe basado (al menos en parte) en referencias de las propias personas trabajadoras implicadas, cuyo contenido fue objeto de prueba testifical, siendo el testigo propuesto por la parte demandante el Jefe de Servicio que emitió el mismo.

En conclusión, no advertimos que las irregularidades formales denunciadas hayan ocasionado indefensión material alguna a la parte recurrente, quien ejerció su derecho a articular una defensa con plenas posibilidades de alegación y prueba, de manera que no advertimos ningún "desequilibrio" en la valoración de la prueba a que alude la recurrente en el motivo, que debe ser desestimado.

A mayor abundamiento, aunque en la fase de conclusiones la parte actora aludió a que la Administración debió aportar dicho informe, no consta formal protesta en juicio a tal efecto en la fase de proposición y práctica de la prueba.

Por lo demás, carece de trascendencia la aportación a título ilustrativo y unión al ramo de prueba de la Consejería de una sentencia dictada por esta Sala. Aunque en puridad procesal no debió unirse a las actuaciones copia de dicha sentencia (cuya finalidad era exclusivamente ilustrativa), ni siquiera el Juzgador de instancia alude al contenido de la misma para dar solución a la controversia.

En definitiva, no procede la declaración de nulidad de la resolución recurrida ni de los actos procesales previos a la misma, no habiendo lugar a la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento previo en que, según la parte recurrente, se cometieron las supuestas infracciones procesales denunciadas.

Tercero.

Es claro que la misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo de revisión fáctica del recurso, en el que al amparo de la letra b) LRJS interesa la parte la adición de un nuevo hecho probado (que sería el 10º) con el siguiente texto:

"DÉCIMO.- El 9 de agosto de 2019 y a requerimiento de 7 de agosto de 2019 desde el servicio de Personal de la Consejería, el Jefe de Servicio de Valoraciones y orientación de la Dependencia II, don Ovidio, emitió informe sobre las condiciones de trabajo de las personas afectadas por el Conflicto." Se alegaba que la adición resultaría de los folios 75 y 76 de las actuaciones, en los que figuraba el referido Informe emitido por el Jefe de Servicio, considerando el recurrente relevante dicha adición fáctica a los efectos de constatarla irregularidad procesal arriba denunciada consistente en no haberse incorporado al expediente administrativo dicho informe, lo cual ponía en relación con el "equilibrio en la carga de la prueba y la suficiencia de la misma (absoluta insuficiencia, según sentencia)".

Pues bien, es doctrina reiterada de esta Sala que los hechos declarados probados en una sentencia pueden ser objeto de revisión (adicionarse, suprimirse o rectificarse) mediante este proceso extraordinario de impugnación en que consiste el recurso de suplicación, pero solo si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas (no siendo cauce para demostrar el error de hecho, la «prueba negativa», consistente en afirmar que los hechos que el juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (STS 14 de enero, 23 de octubre y 10 de noviembre de 1986) y STS, 17 de noviembre de 1990)

«... sin necesidad de conjeturas, suposiciones o interpretaciones y sin recurrir a la prueba negativa consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador...»;

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) en caso de concurrencia de varias pruebas documentales o periciales que presenten conclusiones plurales divergentes, sólo son eficaces los de mayor solvencia o relevancia de los que sirvieron de base al establecimiento de la narración fáctica;

f) en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

A la vista de tales criterios no cabe acceder a la revisión fáctica en el presente caso postulada por la parte pues el fracaso del planteamiento del primer motivo del recurso ha de comportar la del que ahora nos ocupa, estando ambos íntimamente relacionados.

En cualquier caso, ha de destacarse que no se discute la existencia de dicho Informe, como tampoco su autoría o su fecha de emisión.

Además, recordemos que el Juzgador de instancia alude al mencionado informe en la fundamentación jurídica de su sentencia, valorando el mismo -como no podía ser de otra manera- junto con el resultado de la práctica de la prueba testifical en la persona que lo emitió, habiendo sido el testigo interrogado por las partes y por el propio Juzgador, creando en éste la limitada convicción a que seguidamente haremos referencia.

Cuarto

En el tercer y último motivo del recurso se cuestiona la aplicación del Derecho que se hizo por el Juzgador de instancia invocándose, como ya antes decíamos, infracción del artículo 46 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias y de los artículos 4.2 d) 19 y 20 del Estatuto de los Trabajadores. Criticaba la recurrente que el Magistrado de instancia omitiera valorar la naturaleza del Plus controvertido, plus que según la parte estaba previsto para cualquier categoría profesional, fuera cual fuese su "esencia", cuando las condiciones de peligrosidad, penosidad o toxicidad se desarrollen en condiciones que no sean susceptibles de eliminación y a cuya supresión tenderá la actividad de la Administración. Recordemos que establece el art. 46 a) 1. del Convenio Colectivo al regular el plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad lo siguiente:

" Retribuye las excepcionales condiciones en que se desenvuelven determinados puestos de trabajo, cuando dichas condiciones no sean susceptibles de eliminación y a cuya supresión tenderá la actividad de la Administración.

Sin perjuicio de su tramitación ante la Jurisdicción Social, será de aplicación a aquellos puestos de trabajo cuyas tareas y condiciones de trabajo se encuentren incluidas en las relacionadas como peligrosas, tóxicas o penosas por acuerdo de la CIVEA, previo conocimiento de los informes técnicos correspondientes."

Alega la parte que el presente caso era diferente a lo analizado en otros pronunciamientos de la Sala sobre peligrosidad en centros sanitarios, dependencias judiciales o centros de menores, escenarios laborales donde -se afirma en el recurso- la empresa tiene pleno control y responsabilidad en la creación de las condiciones de trabajo, ocurriendo lo contrario con las personas trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo ahora suscitado pues asisten a domicilios de terceros en los que la empleadora no tiene capacidad alguna para asegurar las condiciones del desarrollo del trabajo de valoración de los solicitantes(a los que afirma el recurrente, "en modo alguno se les intenta adjudicar presunta peligrosidad, penosidad, toxicidad, sino plena influencia en la configuración de las condiciones de trabajo del valorador, sin que, por otro lado, sea notorio que la gran parte de tales prestatarios no suelen ostentar otros y diversos medios de subsistencia").

Se alude después en el motivo a que concurría la nota de habitualidad del riesgo por la necesidad de visitar a los solicitantes en sus domicilios particulares, dándose a su juicio también la nota de excepcionalidad si se comparase al colectivo afectado con el resto de trabajadores que no visitaban domicilios particulares, saliendo las tareas de valoración de las personas trabajadoras afectadas de la "normalidad", precisando incluso en ocasiones de protección policial (extremo este último que ni consta en el relato de hechos probados, ni se ha intentado introducir en el mismo por la parte recurrente).

Finalizaba la parte su discurso de censura jurídica haciendo referencia a que no es consustancial a la categoría de titulado Medio/valorador (ni conformaría su esencia) la asistencia a domicilios de terceros a fin de llevar a cabo sus tareas, por lo que a su entender "no debía aplicarse el tópico de que la peligrosidad venga con el cargo"

Por todo ello concluía la parte recurrente que procedía revocar la sentencia de instancia y estimarse su demanda.

Sin embargo, según seguidamente se explicará, la opinión mayoritaria de la Sala es que el motivo ha de ser desestimado, y por tanto el recurso que nos ocupa.

Como arriba decíamos, en lo tocante a las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras afectadas (que en su mayoría son de sexo femenino) el Juzgador de instancia tuvo tan solo como probado que tienen entre sus funciones acudir al domicilio de los solicitantes efectuándose dos visitas, una de valoración en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario, y una segunda para elaborar el PIA (programa individual de atención) respecto de las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel de dependencia. En la fundamentación jurídica de la sentencia se explicaba después, con manifiesto valor de hecho probado, que las personas solicitantes objeto de valoración eran personas mayores o con problemas mentales y/o personas dependientes.

Pero nada más al respecto se entendió acreditado en relación con las circunstancias concurrentes en las condiciones de trabajo de quienes valoran a dichas personas. Repárese en que el Juez de instancia calificaba como imprecisas o "vagas" las manifestaciones del testigo que depuso en el acto del juicio (que no era sino el Jefe del Servicio al que está adscrito el colectivo afectado) y que el mismo afirmó "no poder contrastar documentalmente" la frecuencia o habitualidad de las posibles "situaciones conflictivas" a que se hacía referencia en el Informe escrito elaborado por el testigo, en el cual se recogía la descripción de las mismas que a su vez le referían las personas trabajadoras afectadas.

Vemos por tanto cómo el Magistrado de instancia, atendiendo fundamentalmente al resultado de la testifical practicada en la persona del Jefe de Servicio, y a falta de otros datos, consideró que no se había acreditado hecho alguno que supusiera la concurrencia de situaciones potencialmente peligrosas o de circunstancias excepcionalmente peligrosas, sin que por si solo pudiera entenderse como tal la visita a domicilios particulares para valoración de personas mayores, con problemas mentales o dependientes.

Llegados a este punto, resulta obligado recordar que, como en innumerables ocasiones hemos afirmado, al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al Juzgador de instancia, pues es quien ha tenido plena inmediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal "ad quem" pueda realizar una nueva valoración de la prueba, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes, garantizándose así la soberanía del Juzgador de instancia en la valoración de la totalidad de la prueba, y, en especial, de las testificales que ha podido valorar desde la inmediación personal, valoración que la Sala no puede rechazar salvo que sea extravagante, caprichosa, arbitraria o manifiestamente ilegal, y nada de ello aquí sucede.

No constando por tanto al respecto más hecho probado que el relativo a que las personas trabajadoras afectadas por el conflicto visitan domicilios particulares para valoración de personas mayores, con problemas mentales o dependientes, el motivo ha de ser desestimado ya que no consideramos que la sentencia de instancia haya incurrido en las infracciones normativas denunciadas pues se carece de datos que permitan afirmar respecto del colectivo afectado la habitualidad en la realización de trabajos excepcionalmente peligrosos penosos o tóxicos. Hemos de terminar puntualizando que para la resolución del recurso que nos ocupa, y dados los estrechos cauces del extraordinario trámite del recurso de suplicación, no podemos apartarnos del inalterado relato de hechos declarados probados de la sentencia de instancia, estándonos vedado hacer argumentaciones que pudieran partir de circunstancias o premisas fácticas diferentes a las declaradas probadas.

Quinto.

En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235 LRJS la desestimación del recurso no lleva aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita.

Sexto.

A tenor del art. 218 de la LRJS frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

Vistos los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Constanza, en su condición de representante del Comité de Empresa de Las Palmas de la Consejería demandada, contra la sentencia de fecha 02/11/2020 dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Las Palmas de Gran Canaria en los autos nº 696/2020 de dicho Juzgado, confirmándose la misma.

VOTO PARTICULAR, que emite la Magistrada D^a GLORIA POYATOS MATAS.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los presentes autos, por discrepar, con la mayor consideración y profundo respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, considerando que debió estimarse el recurso de suplicación planteado por el Comité de empresa de Las Palmas de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad Diversidad y Juventud de la Comunidad Autónoma de Canarias.

PRIMERO. - La mayoría de la Sala se ha pronunciado a favor de desestimar el recurso de suplicación planteado en materia de reclamación de derecho al "plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad" para el colectivo trabajadoras adscritas al Servicio de Valoración, Orientación de Dependencia II de la Dirección General de dependencia y Discapacidad de la Consejería de la provincia de Las Palmas. Se usa el femenino genérico porque el colectivo afectado, formado por 32 personas, es mayoritariamente femenino (94%), contándose tan solo dos varones (escrito de demanda y Fundamento jurídico 2^a de la sentencia recurrida).

El criterio mayoritario entendió que no quedaron probados los requisitos de habitualidad del riesgo y excepcionalidad que deben concurrir, habiéndose valorado la prueba por el juzgador de la instancia que entendió que : "no se había acreditado hecho alguno que supusiera la concurrencia de situaciones potencialmente peligrosas o de circunstancias excepcionalmente peligrosas, sin que por sí solo pudiera entenderse como tal la visita a domicilios particulares para valoración de personas mayores, con problemas mentales o dependientes". Además, tampoco se apreció la nota de habitualidad o frecuencia de la excepcionalidad pues "cada valoradora

hace 12 visitas domiciliarias semanales" y no se consideró probada la conflictividad concurrente en las visitas, siendo insuficiente para tributar el plus que se hayan producido "cinco situaciones al año, más o menos".

En base a lo anterior la Sala concluye que, estando acotada la valoración de la prueba a quien juzga en la instancia, a tenor de lo contenido en el relato fáctico y "dados los estrechos cauces del extraordinario trámite del recurso de suplicación", procedía la desestimación del recurso.

Mi criterio es disidente, reitero, desde el máximo respeto, porque se ha omitido valorar el impacto de género desproporcionado que tiene el presente conflicto, que afecta a un colectivo feminizado (el 94%). Tampoco se ha tenido en cuenta la brecha salarial de género que en España asciende al 13'9% (Eurostat 2018-UE). Y no se ha valorado, tampoco, que una aplicación rigorista de los requisitos procesales, sin ponderar la finalidad del plus de peligrosidad reclamado, y la concurrencia de los requisitos para su reconocimiento por parte de esta Sala, puede impedir el acceso a la justicia de las mujeres y generar situaciones de desigualdad retributiva (indirecta) por razón de sexo, al remunerar desigualmente trabajos de igual valor, en comparación con otras categorías que sí perciben el plus de peligrosidad reclamado. Tal y como recuerda el RD 902/2020, de 13 de octubre de igualdad retributiva: " La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor, resulta actualmente indiscutible (...)"

Por ello, una vez detectado el impacto de género que tiene el conflicto, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente. El principio de diligencia debida vincula a todos los poderes públicos a tenor de lo previsto en el art. 9.2 , 10.2 , 14 y 96.1 CE , en relación con el art. 4 y 15 LOIEMH y arts. arts. 2.c), d) e), 11. 1º de la CEDAW, y apartado II. A- punto 15 g) de la Recomendación General nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la Justicia del Comité CEDAW. Tal principio exige de quienes juzgamos "cumplir" (realmente no formalmente) con los mandatos internacionales tal y como se contiene en la Recomendación General nº 16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación nº 16 sobre igualdad.

En esa línea se ha pronunciado el TC en su STC 140/2018 y más recientemente, la STC 113/2021 en la que expresamente se recoge (FJ2º):

" (...) la interdicción de aquellas decisiones impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (así, STC 63/2021, de 15 de marzo , FJ 3). Aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que "no se cumplen las circunstancias" que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente (STC 81/2018, de 16 de julio , FJ 3).

SEGUNDO.- A continuación aporto la fundamentación jurídica que, desde el respeto más absoluto al criterio mayoritaria, debió incluirse en la sentencia.

A)- Con carácter previo, comparto plenamente la opinión mayoritaria en cuanto a la desestimación de la petición de nulidad de la sentencia, no obstante, sí debió estimarse la MODIFICACIÓN FÁCTICA propuesta por la recurrente, incluyéndose en el relato fáctico el Informe expedido por el jefe de Servicio de valoraciones y orientación de la Dependencia II, Don Ovidio, que obra en los folios 75 y 76 de autos. Aunque es cierto que tal informe ha sido valorado por el juez de instancia (FJ1º y FJ2º), resulta relevante destacar que el citado Informe de 9/8/19 fue requerido por la propia demandada, a través de su servicio de personal, a pesar de que su aportación al acto del juicio se hizo a instancia de la parte actora y no de la demandada. Y también debe destacarse que el repetido informe concluye que las funciones de visita y entrevista domiciliaria que desempeñan las trabajadoras adscritas a este servicio se encuentran dentro de una situación de peligrosidad que recoge el art. 46 del III Convenio Colectivo del personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

B)- NORMATIVA APLICABLE

B.1º-Para resolver el recurso que nos ocupa debemos partir de la literalidad del precepto convencional que se denuncia infringido, el art. 46 a) 1 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad autónoma de Canarias (BOC 6/7/1994) , que dispone en materia relación al Plus debatido:

" Artículo 46.- Pluses y complementos. a) Pluses. Podrán percibirse los siguientes:

1. Plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad. Retribuye las excepcionales condiciones en que se desenvuelven determinados puestos de trabajo, cuando dichas condiciones no sean susceptibles de eliminación y a cuya supresión tenderá la actividad de la Administración. Sin perjuicio de su tramitación ante la Jurisdicción de lo Social, será de aplicación a aquellos puestos de trabajo cuyas tareas y condiciones de trabajo se encuentren

incluidas en las relacionadas como peligrosas, tóxicas o penosas, por acuerdo de la C.I.V.E.A., previo conocimiento de los informes técnicos correspondientes."

B.2º- El art. 26.3 del ET remite a la negociación colectiva o, en su defecto, al contrato individual la estructura del salario y de los complementos salariales

C)-IMPACTO DE GÉNERO DEL CONFLICTO COLECTIVO. Integración de la perspectiva de género, como hermenéutica interpretativa y aplicativa.

En el caso que nos ocupa, se añade un elemento que debe aumentar las cautelas de quien juzga en cumplimiento del principio internacional de diligencia debida, pues tal y como se recoge en el FJ2º de la sentencia recurrida el presente conflicto afecta a 32 trabajadoras que se hallan adscritas, como valoradoras, al Servicio de Valoración, Orientación y Dependencia II de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería demandada. Este colectivo es claramente femenino, pues de acuerdo con el escrito de demanda en el que se detallan los nombres de las trabajadoras afectadas, de un total de 25 personas trabajadoras solo 2, son varones. Debe aclararse, no obstante que, durante la celebración del juicio, el testigo y jefe del servicio, Don Ovidio, aclaró que el total de trabajadoras afectadas por el conflicto era de 32.

Por ello, una vez detectado el impacto de género que tiene el conflicto planteado, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente, tal y como se ha expuesto anteriormente. También la doctrina constitucional contenida en diversas resoluciones, como la STC nº 26/2011 de 14 de marzo de 2011 12, insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la Igualdad real o sustancial. Y así se recoge en la fundamentación jurídica:

" (...) Debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales , situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (...) De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (...)."

La metodología de impartición de justicia con perspectiva de género es una labor que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas:

- En la tramitación del procedimiento.
- En la valoración de la prueba.
- En la aplicación de las normas sustantivas.

En el caso que nos ocupa, procede cumplir el mandato legal de integrar la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del art. 46. a) 1 del Convenio proyectado a una categoría profesional feminizada (mayoritariamente, técnicas grado medio valoradoras). Ello se evidencia del hecho incuestionado de que el 94% del colectivo afectado por el Conflicto Colectivo es femenino.

Como se ha dicho, se reclama el abono de un plus concreto a las trabajadoras afectadas lo que tiene impacto salarial. No podemos olvidar, en este contexto, que la brecha salarial género en España asciende al 13'9% (Eurostat 2018-UE), lo que ha dado lugar a la reciente promulgación del Decreto 902 /2020 de 13 de octubre de igualdad retributiva entre hombres y mujeres con reciente vigencia (14/4/21), en cuya Exposición de Motivos se recuerda:

" el gran reto de la discriminación retributiva por razón de sexo en este momento es la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo. (...)

Además, desde la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, hasta la actualidad, la prohibición de diferente retribución por trabajo de igual valor ha dado lugar a una voluminosa y consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo (por todos STJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85) y la exigencia de transparencia retributiva al empresariado para justificar una eventual

diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres (por todos, STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88) (...) Así mismo, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea para este período 2020-2025 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral, incluyendo la eliminación de la brecha retributiva de género. (...)"

D- RESOLUCIÓN DEL RECURSO

En el presente caso debemos partir del inalterado relato fáctico de la sentencia del que pueden destacarse los siguientes hechos de relevancia para la solución del recurso:

- El presente conflicto afecta al personal laboral del Servicio de Valoración, Orientación y Dependencia II de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería demandada. (HP1). Según se recoge en el FJ2º afecta a 32 trabajadoras, entre ellas dos varones, según se recoge en el escrito de demanda.

-Las trabajadoras afectadas, tienen como función:

" acudir al domicilio de los solicitantes, efectuándose dos visitas, una de valoración en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario , y una segunda para elaborar el PIA, esto es, las modalidades de intervención más adecuada a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel" (HP8º)

-La cuantía del plus peligrosidad, toxicidad y penosidad, reconocido en el art. 46.1 a) del Convenio colectivo aplicable, exclusivas pagas extras, ha quedado establecido en:

50'02 euros/mes en 2018

51'42 euros/mes en 2019

52'44 euros/mes en 2020

El citado plus para el periodo del 30/8/18 al 30/10/20 (26 meses) supondría un importe de 1.348'42 euros para cada trabajadora afectada.

- El 14 de agosto de 2019, el personal afectado dirigió solicitud para el reconocimiento del plus a la secretaria general Técnica de la Consejería demandada. El Comité de empresa dio plena conformidad con la solicitud del personal en fechas 7/11/19 y 18/12/19.

-En fecha 18/12/19, atendiendo al art. 46 del convenio aplicable la parte actora instó actuaciones al CIVEA, no obteniendo respuesta.

- El 9 de agosto de 2019, a requerimiento de la Consejería demandada, el jefe del Servicio de valoraciones y orientación de la dependencia, emitió informe sobre las condiciones de trabajo de las personas afectadas en el que literalmente se recoge (folio 75 y 76 de autos) :

" (...) Todas las trabajadoras, en el ejercicio de sus funciones, realizan varias visitas semanales a los domicilios de los solicitantes para efectuar la correspondiente evaluación de la persona dependiente.

Debe destacarse, en primer término, que gran parte de estas trabajadoras utilizan su propio vehículo como medio para desplazarse a estos domicilios y que todas ellas efectúan las visitas sin ningún tipo de acompañamiento, a menudo a zonas rurales aisladas n o barrios desfavorecidos. Asimismo debe considerarse que en numerosas ocasiones la persona solicitante padece alguna enfermedad mental- no siempre adecuadamente tratada- o una discapacidad de tipo intelectual. En otras ocasiones, el domicilio presenta condiciones higiénico sanitarias muy deficientes o un ambiente hostil por la propia situación familiar del dependiente.

Todas estas circunstancias suponen que, frecuentemente, estas trabajadoras ven comprometida su seguridad ya que los domicilios a los que acuden, no siempre constituyen un entorno seguro y a menudo deben enfrentarse ante situaciones que suponen peligro como la agresividad e inestabilidad del propio dependiente o su familia.

En este sentido, las trabajadoras han referido que han sufrido, en el desempeño de estas funciones, agresiones físicas y verbales, amenazas, actitudes obscenas o inapropiadas, condiciones higiénicas insalubres, existencia de animales peligrosos e incluso, se han producido algunas situaciones en las que se han visto recluidas en el domicilio de la persona dependiente.

Esta jefatura de servicio, cuando tomó posesión del cargo y ante las demandas de las trabajadoras acordó un protocolo de la policía canaria para que los agentes de este cuerpo policial efectúen, a solicitud de este servicio, acompañamientos puntuales a estas trabajadoras en aquellos casos en los que, en el propio expediente administrativo, constan antecedentes que permiten anticipar una posible situación de riesgo . De hecho, desde febrero 2018 se han producido cinco acompañamientos policiales.

Obviamente y considerando el número de trabajadoras y que estas salen 3 o 4 veces a la semana a realizar varias visitas diarias, resulta materialmente imposible que vayan siempre acompañadas por agentes de seguridad a las visitas domiciliarias. Asimismo, la mayor parte de las ocasiones no tenemos elementos de juicio que nos permitan prever que nos vamos a encontrar ante una situación de riesgo.

En definitiva, a juicio de quien suscribe, las funciones de visita y entrevista domiciliaria que desempeñan estas trabajadoras suponen que se encuentren, inevitablemente, en una situación de peligrosidad que recoge el art. 46 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por otro lado, y considerando que, durante toda la jornada, las trabajadoras carecen de un espacio de trabajo propio, dotado de servicios elementales (como, por ejemplo, baños), quien suscribe considera que podría valorarse, asimismo, la concurrencia de la situación de penosidad.

Debe considerarse, asimismo, en relación con lo dispuesto en el art. 46, apartado a) 1 del III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias, que estas 15 circunstancias de peligrosidad y/o penosidad, por la propia naturaleza de las mismas, no son susceptibles de eliminación"

La sentencia de instancia desestimó la acción al entender que en su trabajo no concurren las notas de excepcionalidad en la realización de trabajos penosos y/o peligrosos ni tampoco la habitualidad del peligro por el que se reclama el plus. Según el juzgador de la instancia, no se ha probado la peligrosidad en el trabajo de las valoradoras, aludiéndose que, en su caso, la "peligrosidad" deriva de la misma naturaleza de la prestación por lo que no es excepcional.

Los pluses de peligrosidad o penosidad vienen a retribuir las especiales circunstancias en las que se ejecuta un trabajo. Pero no se refiere a los riesgos, dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión puesto que los mismos, en cuanto comunes en la profesión de que se trata, ya están contemplados en la fijación del salario correspondiente, de tal modo que el pago del plus ha de implicar una compensación a la actividad de personas concretas que, de forma temporal o permanente, se ven obligadas a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia. De este modo se podría decir que el plus de penosidad gratifica la realización del trabajo en circunstancias excepcionales, por cuanto conlleva actividades que suponen un constante esfuerzo y son indudablemente dificultosas. Aquí se incluye la realización de trabajo en circunstancias excepcionales, e implica aquellas actividades que exigen un esfuerzo constante, son dificultosas o aflictivas y se llevan a cabo con un exceso de ruido o suciedad. Dentro de este complemento también se pueden incluir los riesgos por exposición a ruido o vibraciones, calor o frío, los que implican una excesiva carga física o mental o los empleos que implican la concurrencia de distintos factores de riesgo. Y el plus de peligrosidad, retribuye el peligro derivado de la existencia de un riesgo adicional ante un ataque o un daño, debido a la inseguridad de su desempeño ante un eventual ataque o daño.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, recientemente, en su STS de 24 de enero de 2019 (Rec. 321/2017), en la que se reconoce el citado plus peligrosidad, toxicidad y penosidad, previsto en el Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, a profesionales de la educación en centros de menores, al concurrir riesgos en el trato personal que constituye no solo carga física sino también mental excesiva.

En la misma línea el Alto Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y contornos del plus de peligrosidad y toxicidad previsto en el convenio aludido en varias ocasiones (SSTS de 26 de octubre de 2016 (Rcud. 1857/2015); de 17 de septiembre de 2009 (Rcud. 1736/2008); de 26 de enero de 2009 (Rcud. 3872/07); de 8 de abril de 2009 (Rcud. 1696/2008); y de 27 de abril de 2017 (Rcud. 1864/2015), entre otras.

En la citada jurisprudencia, que parte de la STS de 1 de octubre de 2020 (Recud. 3865/ 1999) se establecen como criterios generales:

" (...) 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, (...), que "el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a 16 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."

En la STS de 21 de diciembre de 2016 (Rcud. 451/2015), se reconoce el mismo plus a favor de guías intérpretes informadores del espacio natural de Sierra Nevada. En la fundamentación jurídica de esta sentencia se recoge:

" Como se desprende de la regulación convencional, se trata de un plus que responde a condiciones excepcionales en el desempeño del puesto de trabajo, siendo la regla general la de su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones de penosas, tóxicas o peligrosas que les dieran origen, pero que en tanto no se eliminen debe mantenerse y abonarse al personal que desempeñe el puesto afectado. (...) Las líneas maestras para la aplicación de la escueta regulación del art. 58.14 del Convenio Colectivo se establecen en las sentencias que anteriormente hemos referenciado, y pasan por analizar en nuestro caso si concurren tales condiciones en quienes desempeñan el puesto de trabajo de intérpretes informadores en el espacio natural de Sierra Nevada. Lo que merece una respuesta afirmativa a la vista de la definición que hace el Convenio Colectivo de la categoría profesional de interprete informador, que describe como aquel trabajador que ejerce funciones

administrativas y tiene como actividad principal la de atención al público en las Oficinas de Turismo, conociendo y aplicando al menos dos idiomas modernos, admitiendo que puedan también realizar cualquier otra función de la misma o análoga naturaleza que se les pueda encomendar. Nada que ver sin duda con las muy especiales y excepciones tareas que tienen encomendadas quienes realizan trabajos de esa misma categoría profesional en el espacio natural de Sierra Nevada, que pueden llegar a asumir funciones muy alejadas de las puramente administrativas de atención al público que se realizan de ordinario en una oficina de turismo (...)"

En el caso que nos ocupa, podemos destacar las siguientes características de las tareas desempeñadas por el colectivo de validadoras y personal que efectúa valoraciones domiciliarias:

1º)-Desempeñan parcialmente su trabajo en los domicilios de las personas solicitantes. Al menos deben realizar 12 visitas /semanales a domicilios particulares para llevar a cabo dos evaluaciones de las personas solicitantes (una de valoración y otra de elaboración del PIA- Programa Individual de atención-) - (FJ2º e Informe del jefe del Servicio)

2º)-Entre sus funciones se incluyen el examen y análisis de las capacidades de las personas solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario. Ello se lleva a cabo en los domicilios particulares (HP8º). Deben desplazarse, mayoritariamente, en sus vehículos y sin acompañamiento a los domicilios particulares, a menudo en zonas rurales aisladas o barrios desfavorecidos.

En numerosas ocasiones los solicitantes padecen enfermedades mentales (sin tratamiento) o discapacidad intelectual.

En ocasiones los domicilios carecen de condiciones higiénico sanitarias o existe un ambiente hostil, violento o de agresividad, derivada de la propia situación personal o familiar de la persona dependiente.

También pueden sufrir en el desempeño de trabajo domiciliario, agresiones físicas y verbales, amenazas, actitudes obscenas o inapropiadas, existencia de animales peligrosos e incluso se han producido algunas situaciones en las que se han visto recluidas en el domicilio de la persona dependiente.

Las trabajadoras, durante toda la jornada, carecen de un espacio de trabajo propio, dotado de servicios elementales, como, por ejemplo, baños. (Informe jefe del servicio- Folio 75 de autos).

3º)- El personal que desempeña este trabajo es mayoritariamente femenino (escrito de demanda)

4º)-Existe un protocolo con la Policía Canaria para que los agentes de este cuerpo policial efectúen, a solicitud de este servicio, acompañamientos puntuales a estas trabajadoras en aquellos casos en los que, en el propio expediente administrativo, constan antecedentes que permiten anticipar una posible situación de riesgo. No obstante, resulta materialmente imposible que las trabajadoras vayan siempre acompañadas por agentes de seguridad a las visitas domiciliarias y además, en la mayor parte de las ocasiones no se tienen elementos de juicio que permitan prever con antelación la situación de riesgo concreto (Informe del jefe del servicio- folio 75 de autos).

5º)- El personal afectado por este conflicto se adscribe en el Grupo retributivo II (Titulados medios) del III Convenio Colectivo del personal Laboral de la C.A. de Canarias que trabaja en la provincia de Las Palmas.

A partir de aquí, debemos tener en cuenta a la hora de valorar la concurrencia de los criterios jurisprudenciales de excepcionalidad y habitualidad para poder calificar de peligroso o penoso el trabajo de las valoradoras, la perspectiva de género en la interpretación de la controversia jurídica. A este respecto debemos necesariamente destacar la Sentencia de esta Sala de fecha 3 de julio de 2019 (Rec. 369/19), en la que redefiníamos el concepto "peligrosidad" previsto en el art. 39.3 de la LISOS , y decíamos:

" Según el Diccionario de la RAE peligrosidad es "cualidad de peligroso" y la acepción que se da al término peligroso es "que tiene riesgo o puede ocasionar daño".

Los estereotipos de género son ilusiones cognitivas irracionales por las que se asignan determinadas características a las mujeres respecto de los hombres. Las relaciones laborales se han visto históricamente traspasadas, entre otros, por el estereotipo de la inferioridad física de las mujeres en relación a los hombres, y se ha traducido en una normativa laboral que ha devaluado históricamente los trabajos en los que no se exige la fuerza física respecto de aquellos en los que sí se exige. Actualmente tenemos en mercado de trabajo que sigue estando altamente segmentado sexualmente. En él, las mujeres ocupan sectores menos remunerados y por tanto menos valorados y reconocidos social económica y laboralmente, como los cuidados, la limpieza, o el sector de habitaciones en el sector de Hostelería. La brecha salarial de género a nivel internacional, europeo y nacional es una evidencia¹⁸ estadística incuestionable, sostenida también en base a la citada feminización profesional.

Del mismo modo, el concepto "peligrosidad" utilizado por la normativa laboral se ha forjado sin perspectiva de género excluyendo aquellos trabajos feminizados como el realizado por las camareras de habitaciones, y de igual modo también se excluyeron del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, enfermedades profesionales vinculadas a la realización de movimientos repetitivos característicos de esta profesión, como el síndrome del túnel carpiano, que en cambio sí se reconocían en otras profesiones no feminizadas (carpintería). Por ello recientemente se alcanzó un acuerdo para incluir las patologías derivadas de la actividad de las camareras de pisos en el cuadro de enfermedades profesionales.

Es por ello que el concepto "peligrosidad" contenido en el art. 39.3º de la LISOS debe interpretarse conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento , tal y como ordena el art. 4 de la LOIEMIH . Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de

pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculo- esqueléticas diversas.(...)"

De igual modo la regulación convencional de los pluses que tienden a retribuir el trabajo realizado en condiciones de especial penosidad o peligrosidad, también se ha forjado sobre un concepto de lo que es "penoso" o "peligroso" que ha despreciado, históricamente, la perspectiva de género, fijándose de acuerdo a criterios de socialización masculinos. Así no se ha cuestionado la peligrosidad implícita en el desempeño de trabajos de construcción, minería, vigilancia y seguridad, transporte de mercancías peligrosas, la manipulación de agentes biológicos o químicos tóxicos, el trabajo afectado por ruido, la manipulación de grandes cargas físicas o los trabajos en altura. En cambio, no ha sido tan fácil el reconocimiento del riesgo en el desempeño de tareas de atención o cuidado a otras personas que, en determinados contextos, pueden ser un riesgo (consciente o inconsciente) para otras personas trabajadoras. Este es el caso del personal educador en centros de menores, personal de limpieza en hospitales o el personal adscrito a centros de rehabilitación de drogodependencia que se judicializó dictándose STS de 26 de octubre de 2016 (Recud. 1857/2015). También el personal educador de centros especiales (STS 17 de septiembre de 2009 -Recud. 1736/2008), entre otros casos similares, que se han reconocido jurisprudencialmente.

En el caso que nos ocupa se dan unas especiales circunstancias que hacen del trabajo de las evaluadoras un trabajo de riesgo excepcional (peligrosidad). Específicamente por lo que respecta al trabajo de entrevistas y valoraciones de las personas dependientes, y ello derivado no tanto del trabajo en sí mismo, que desempeñado en instalaciones apropiadas y con medidas de protección y seguridad podría minimizarse o eliminarse, sino del entorno (desconocido) en el que se desarrolla tal actividad: los domicilios particulares. Se trata de espacios ajenos a las instalaciones de la Consejería demandada, en los que pueden concurrir riesgos laborales de extrema gravedad que afecten a la integridad física y psicológica de las trabajadoras, expuestas a las condiciones de salubridad higiénico-sanitarias que existan en tales espacios privados, y también se exponen a riesgos derivados de la interacción con las propias personas dependientes, que por sus circunstancias personales (enfermedades mentales , personas con discapacidad intelectual, alcoholismo, drogodependencia, enfermedades infecto-contagiosas) o por sus circunstancias familiares (violencia intrafamiliar , agresividad, ambiente hostil).

Una buena prueba de la peligrosidad del desempeño de este trabajo a domicilio, se evidencia de la existencia del protocolo existente entre la jefatura de este Servicio de la Consejería demandada y la Policía Canaria (folios 75 y 76 de autos), por el que se puede solicitar que estos cuerpos de seguridad pública acompañen a las técnicas en sus visitas y valoraciones domiciliarias cuando consten antecedentes que permitan anticipar una situación de riesgo. Pero es evidente que no siempre se dispondrá de datos objetivos para poder anticiparse al riesgo, y es por ello por lo que este colectivo de trabajadoras ha solicitado que su trabajo sea considerado peligroso, a tenor de las especiales circunstancias en las que se lleva a cabo, esto es, en domicilios particulares donde las trabajadoras pierden el control sobre los eventuales riesgos que pueden concurrir generando situaciones que pueden llegar a poner en peligro su integridad física o psicológica.

A lo anterior, debe añadirse, que la feminización de este colectivo lo hace más dúctil a las amenazas, acoso, actitudes o tratos obscenos, abusos sexuales o agresiones físicas por parte de los solicitantes del servicio o convivientes en el domicilio particular. Ello descansa en razones sociales y culturales que han sido determinantes en el sistema dual del pensamiento liberal clásico, por el que los hombres son socializados para el control, el mando y la disciplina y las mujeres, en cambio, para la dependencia y la sumisión. En base a la diferente socialización de hombres y mujeres, también la gestión de riesgos laborales debe hacerse teniendo en cuenta las consideraciones de género, siendo una buena prueba de ello el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y acoso en el trabajo (2019) y la Recomendación 206, esta última, ya vigente. El plus peligrosidad no puede desvincularse de la prevención de riesgos laborales pues su abono depende de la imposibilidad de eliminación del riesgo.

De este modo, tal y como se recoge expresamente en el Informe expedido por el jefe del servicio, a petición de la demandada, de fecha 7/8/19 (Folios 75 y 76 de autos), estamos ante un trabajo que expone a las valoradoras a una peligrosidad excepcional, por los entornos (ajenos a la empleadora) en los que se desempeña y las circunstancias personales y familiares de las personas solicitantes en tales entornos ajenos y privados, siendo imposible la eliminación de los riesgos concurrentes en tales espacios . Por ello se trata de riesgos que escapan del control empresarial, a efectos de preventivos. Reiteramos aquí lo contenido en la STS de 21/12/16 (Recud. 451/15) en relación al reconocimiento de la peligrosidad del trabajo de un intérprete informador, no tanto por su categoría profesional sino por el lugar geográfico en el que se ejecuta ese trabajo (Sierra Nevada).

Por todo ello debió analizarse por la Sala el informe referido, que no es cualquier informe, sino nada más y nada menos que el solicitado formalmente por la demandada que posteriormente no aportó al proceso, posiblemente, porque el resultado no era de su agrado. Se hace difícil pensar en una forma alternativa de prueba, cualitativamente mejor, para la probanza de la peligrosidad del trabajo de las evaluadoras, máxime cuando la valoración en la instancia no integra la perspectiva de género, debiendo haberlo hecho.

Por tanto, debió apreciarse la peligrosidad, pues existe una habitualidad en la exposición al peligro de las visitas y valoraciones domiciliarias de las trabajadoras con una cadencia semanal de, al menos, 12 visitas semanales (FJ2º de la sentencia). Determinar la habitualidad por las veces en las que las trabajadoras han sufrido daño físico, psicológico o moral en el desempeño de su labor es tanto como condicionar el abono del plus a la producción de un resultado, esto es de un daño efectivo. Ello no sucede en ningún otro trabajo considerado peligroso, por ejemplo, transporte de mercancías peligrosas o trabajo de educadores en centros de menores, en los que no se determina el acceso al plus por el número de veces al año en el que se han producido colisiones de vehículos con sustancias peligrosas o denuncias del personal de centros especiales por situaciones conflictivas.

Y también se cumple el requisito jurisprudencial de la excepcionalidad. Ello es así porque el mismo trabajo técnico de valoración de la dependencia, desempeñado en otros espacios controlados, o con medidas de protección personal adecuadas (acompañamiento de otras personas, equipos de protección, etc.) minimizaría o, en su caso, eliminaría la peligrosidad que padecen actualmente las técnicas que llevan a cabo las valoraciones a domicilio. Por tanto, no es un peligro implícito en el trabajo de este personal técnico, sino derivado de las especiales circunstancias concurrentes en los espacios privados en los que se realizan las entrevistas y la valoración.

Por último, debe ponerse de relieve la falta de respuesta por parte del CIVEA (Comisión de Interpretación, Vigilancia y estudio del III Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias) ante la solicitud efectuada por parte del Comité de empresa en fecha 18/12/19 en la que se exponían las especiales circunstancias de riesgo en las que las trabajadoras evaluadoras realizan su trabajo en los domicilios particulares.

Tal inactividad no se corresponde con la labor convencional otorgada por las partes negociadoras a este órgano paritario, máxime cuando el propio art. 46 a) 1 del Convenio les reconoce un papel esencial en el reconocimiento del plus peligrosidad, toxicidad y penosidad. Y también llama la atención, la inactividad de la demandada, tras serle comunicado, por petición de la misma, el contenido del Informe del jefe del servicio de fecha 7/8/19 en el que se describían con detalle situaciones de peligro y riesgo para la integridad física y psicológica de estas trabajadoras.

Por las razones expuestas, considero que debemos estimar el recurso planteado y reconocer el derecho a percibir el "plus peligrosidad penosidad y toxicidad" al colectivo de evaluadoras que prestan servicios en la provincia de Las Palmas para la Consejería demandada.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social,²¹ y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/043121 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.