

## Sentencia T.S.J. Castilla y León de 21 de julio de 2011

### RESUMEN:

Complemento de penosidad: El trabajador que está expuesto a dosis superiores a los 85 dBA de nivel de ruido equivalente diario, tiene derecho a percibir el complemento reclamado. La continua utilización de los equipos de protección podrá evitar el riesgo de sordera, con lo que el trabajo dejaría de ser «peligroso», pero no puede privar de la calificación de «penoso», pues sin duda lo es la utilización de aquellos mecanismos durante toda la jornada.

VALLADOLID

SENTENCIA: 01990/2010

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

C/ANGUSTIAS S/N

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 24115 44 4 2010 0000216

402250

TIPO Y N.º DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001990 /2010

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEM: 0000100 /2010 del JDO. DE LO SOCIAL n.º: 001

Recurrente/s: Eulogio

Abogado/a: MARIA CONCEPCION FERNANDEZ MARTINEZ

Procurador:

Graduado Social:

Recurrido/s: LM GLASFIBER ESPAÑOLA S.A.

Abogado/a: JOAQUÍN M. NISTAL TORRES

Procurador: ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN

Graduado Social:

Rec. Núm. 1.990/2010

Ilmos. Sres.:

D. Gabriel Coullaut Ariño

Presidente de Sala

D. Emilio Álvarez Anllo

D. Manuel M.ª Benito López

D. Juan José Casas Nombela

D.ª Carmen Escuadra Bueno

D. José Manuel Riesco Iglesias/

En Valladolid a veintiuno de julio de dos mil once

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados, ha dictado la siguiente:

## SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.1.990/2010 interpuesto por D. Eulogio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Ponferrada de fecha 11 de junio de 2010, recaída en autos n.º 100/10, seguidos a virtud de demanda promovida por precitado recurrente contra LM GLASFIBER ESPAÑOLA, sobre CANTIDAD, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON Manuel M.ª Benito López.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**-Con fecha 3-3-10, procedente de reparto, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social 1 de Ponferrada demanda formulada por D. Eulogio en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia estimando parcialmente referida demanda.

**Segundo.**-En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes: " PRIMERO.- La parte actora, Don Eulogio, con DNI NUM000, viene prestando servicios para la empresa L. M. GLASFIBER ESPAÑOLA S.A. desde el 29/3/2004, con la categoría de OFICIAL DE PRIMERA y con un salario mensual variable. SEGUNDO.- La parte actora realiza su jornada en la sección de mantenimiento. TERCERO.- A raíz de la promoción por el comité de empresa de un conflicto colectivo en el año 2.003, se llegó a un acuerdo el 27/3/2.003 entre la empresa y el comité de empresa ante el Servicio Regional de Relaciones laborales de Castilla y León (SERLA), por el que se determinó realizar mediciones de toxicidad y peligrosidad, bien por el servicio de prevención que pudiera tener la empresa, bien por otro servicio ajeno que pudieran designar las partes. CUARTO.- Para la realización de las mediciones, fue contratada una empresa externa, especializada en prevención de riesgos laborales, denominada GRUPO INTERLAB, la cual a finales de junio de 2.004, realizó una serie de mediciones, elaborando un informe el 24/8/2.004 Habiéndose realizado nuevas mediciones por la SOCIEDAD DE PREVENCIÓN FREMAP se detecta que está expuesto a nivel de estireno superior al límite ambiental para exposición diaria de 119,73 mg/m3 superiores al VLA-ED (valor límite ambiental de exposición diaria) de 86 mg/03, lo que supone en 1,3923 veces superior al límite legal establecido. QUINTO.- Según el informe de la Sociedad de Prevención Fremap, con el uso de protectores auditivos el trabajador no está expuesto a un nivel diario equivalente de ruido superior a 87 decibelios y no se supera el nivel de pico de 140 decibelios. SEXTO.- La empresa se dedica a la actividad de la construcción de palas eólicas y se rige por el Convenio Colectivo de Siderometalúrgica de ámbito provincial de León publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de León de fecha 13/6/2.006. SÉPTIMO.- La parte actora reclama un importe total de 1.2.339,37 Euros en concepto de plus de toxicidad y peligrosidad soportado por el actor en su puesto de trabajo en el período comprendido entre Diciembre de 2008 y Octubre de 2009 según desglose que consta en el hecho cuarto de la demanda. En el acto del juicio, la empresa demandada admitió que debe abonarse el plus de peligrosidad en el período reclamado. OCTAVO.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación en fecha 24/11/2009, celebrándose el intento de conciliación en fecha 10/12/2009, con el resultado de intentado sin avenencia."-

**Tercero.**-Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha Sentencia por el actor, fue impugnado por la demandada. Elevados los autos a esta Sala se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

**Cuarto.**-- Por Auto de 14-2-11, oídas las partes, se acordó suspender el procedimiento judicial del recurso hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada, entre otros, en el recurso 344/10 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Quinto.**-Resuelta por sentencia de 19-5-11, y conferido traslado a las partes para alegaciones, se señaló el 13 de julio de 2011 para su deliberación en Sala General.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**-Interesa el recurrente primeramente la revisión del hecho quinto de la sentencia para incorporar que, con respecto a los niveles de acción, el trabajador está expuesto a un nivel diario equivalente de ruido de 89,1 dB(A) y un nivel de pico de 133,2 dB(C), lo que ciertamente resulta del mismo informe que referencia tal ordinal y es relevante, como se verá, para la decisión del recurso. Por ende, se acepta tal revisión.

**Segundo.**-Y denuncia en el motivo siguiente la infracción del art. 32 del Convenio Colectivo del sector siderometalúrgico de la provincia de León para los años 2006-2008 (BOP de 13-6-06) y del art 31 del vigente en el periodo 2009-2011 (BOP 18-2-10) en relación con el RD 286/06 y la Directiva 2003/10 /CE.

En los precitados artículos del convenio se establece el derecho a la percepción de un plus salarial para los trabajadores cuyo puesto implique una excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad. Con base al mismo, en su demanda el actor solicitaba el 25% sobre el salario base, al entender concurrían dos de tales circunstancias - estar sometido a unas condiciones de trabajo con altos niveles de ruido y exposición a agentes químicos (estireno) -, siéndole reconocido en sentencia un 20% por toxicidad del periodo diciembre 2008 a octubre de 2009, desestimándose la petición en cuanto a la existencia de peligrosidad o penosidad por ruido, pues la Juzgadora, con cita de varias sentencias del TS y recogiendo el contenido de la de 30-11-09, considera que, con los protectores auditivos, no está expuesto a un nivel diario equivalente de ruido superior a 87 decibelios ni 140 en nivel pico, con lo que no se supera el valor limite.

Sostiene el recurrente que tal jurisprudencia no sería aplicable al presente caso, ya que lo que aquí se reclama es el plus de peligrosidad y no el de penosidad que es al que se refiere el Tribunal Supremo, más se trataría, la apuntada, de distinción tangencial o accesorio, pues lo relevante no es que se pida por una u otra circunstancia sino que se den en su caso las condiciones para que su puesto pueda considerarse penoso o peligroso en relación al ruido a que está sometido.

Otra cuestión es que ello sea algo objetivo y ajeno en su caso a las medidas de protección que pueda utilizar el trabajador. Precisamente sobre tal cuestión, y al apreciarse dudas en este órgano de suplicación acerca de la compatibilidad de aquella jurisprudencia citada por la Juzgadora con la citada Directiva 2003/10 /CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido), se decidió plantear en otros recursos (343 y 344/10) una cuestión prejudicial, que fue resuelta por el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) mediante sentencia de 19 de mayo de 2011, declarando:

1.- La Directiva 2003/10 / CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido) (decimoséptima Directiva específica con arreglo al ap. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE), en su versión modificada por la Directiva 2007/30 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, debe interpretarse en el sentido de que un empresario en cuya empresa el nivel de exposición diaria de los trabajadores al ruido sea superior a los 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de utilización de protectores auditivos individuales, no cumple con las obligaciones derivadas de dicha Directiva mediante la mera entrega a los trabajadores de protectores auditivos que permitan reducir la exposición diaria al ruido a un nivel inferior a 80 dB(A), teniendo este empresario la obligación de aplicar un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir la exposición al ruido a un nivel inferior a los 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales;

2.- La Directiva 2003/10, en su versión modificada por la Directiva 2007/30, debe interpretarse en el sentido de que no exige que un empresario abone un complemento salarial a los trabajadores que estén expuestos a un nivel de ruido superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de utilización de protectores auditivos individuales, por el hecho de no haber aplicado un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir el nivel de exposición diaria al ruido. No obstante, el Derecho nacional debe establecer mecanismos adecuados que garanticen que un trabajador expuesto a un nivel de ruido superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, pueda invocar el cumplimiento por el empresario de las obligaciones preventivas establecidas en el art 5, apartado 2, de dicha Directiva

Pues bien, la Juzgadora de instancia considera que se deben aplicar los valores límites de exposición en la determinación de la exposición real del trabajador al ruido teniendo en cuenta la atenuación que

procuran los protectores auditivos individuales utilizados por éste; de modo que aunque en la medición el valor medio sin protección alcanza los 89,1 dB, con la protección que siempre debe usar el trabajador no se superan los valores límites de exposición, con lo que entiende no tiene derecho a percibir el plus por ruido.

No es éste, como ya ha tenido ocasión de señalar en sentencias de esta misma fecha recaídas en aquellos recursos, el parecer de la Sala, atendido tanto el texto del Convenio Colectivo, como de la Directiva 2003/10 y la interpretación que de la misma hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada sentencia del 19 de mayo de 2011, por más que la última jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir de varias sentencias de 25-11-09 dictadas por el Pleno), analizando un complemento establecido en convenio distinto más configurado de manera semejante, entienda que no puede apreciarse penosidad por ruido cuando los protectores auditivos individuales tienen por efecto reducir el nivel de ruido que llega al oído del trabajador a un nivel inferior a 80 dB (A).

En efecto, dando por reproducido el contenido del artículo 32 del Convenio aplicable vigente, que se transcribe literalmente en el fundamento segundo de la sentencia impugnada, y como ya dijéramos en nuestra sentencia de 10-2-10, Rec 29/2010, lo que aquí se juzga es sobre un derecho salarial y no sobre la legalidad de la situación desde un punto de vista de la normativa de prevención de riesgos laborales. El derecho salarial se rige por el Convenio colectivo, a cuyos términos hay que atenerse, sin que necesariamente haya de coincidir el supuesto de hecho que da lugar a la percepción del plus con la frontera de la legalidad. Sin embargo, a falta de definición del convenio colectivo, ha de concluirse que la normativa preventiva tiene una función orientadora y, desde luego, cuando dicha normativa es vulnerada por la empresa, entonces, si dicha vulneración está asociada a un riesgo grave para la vida, seguridad o salud de los trabajadores, habrá que entender que concurre el supuesto fáctico que da derecho a la compensación salarial. No obstante dicho concepto salarial no retribuye la situación de ilegalidad, cuya corrección sigue siendo obligatoria, sino las condiciones de peligrosidad, toxicidad o penosidad, por lo que no es requisito ineludible que se vulnere la legislación preventiva para que el supuesto de hecho al que se anuda el derecho salarial se entienda concurrente. Por tanto en este caso el Real Decreto 286/2006, por el que se incorpora la Directiva 2003/10 /CE, es un elemento orientador esencial, máxime cuando el convenio colectivo no incorpora definición alguna del concepto al que vincula el derecho salarial discutido. Y añadíamos, en segundo lugar y entendemos que en consonancia con el criterio del Tribunal de Justicia, que actualmente el artículo 5.1 del Real Decreto 286/2006 diferencia entre valores que dan lugar a una acción de los valores límite de exposición que no deben superarse en ningún caso. El valor límite cuya superación queda prohibida en todo caso, conforme al artículo 8, es de 87 dB(A) de nivel equivalente diario y 140 dB (C) de nivel de pico. El artículo 5.2 del Real Decreto 286/2006 nos dice que "al aplicar los valores límite de exposición, en la determinación de la exposición real del trabajador al ruido, se tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos individuales utilizados por los trabajadores". Por consiguiente, según los hechos probados, en este caso no se supera el valor límite de exposición, calculado después de aplicar el efecto reductor de los protectores auditivos. Pero no es así en lo relativo a los valores que dan lugar a una acción, debiendo diferenciarse entre los valores inferiores (80 dBA en nivel equivalente diario y 135 dBC en nivel de pico) y valores superiores (85 dBA en nivel equivalente diario y 137 dBC en nivel de pico), debiendo subrayarse que para los valores de exposición que dan lugar a una acción no se tendrán en cuenta los efectos producidos por los protectores auditivos. De acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 286/2006, cuando el nivel de exposición de un trabajador exceda del valor inferior de exposición que da lugar a una acción, debe proporcionarse al mismo protectores auditivos, si bien su uso no es obligatorio en tanto en cuanto el nivel de exposición no supere el valor superior que da lugar a una acción. Aún cuando el nivel de ruido se encuentre entre esos dos valores, de manera que el uso de los protectores auditivos no sea obligatorio para el trabajador, dice el artículo 7.2 del Real Decreto 286/2006 que el empresario deberá hacer cuanto esté en su mano para que se utilicen protectores auditivos, fomentando su uso cuando éste no sea obligatorio y velando por que se utilicen cuando sea obligatorio. Pero si se supera el valor superior que da lugar a una acción, no solamente aparece la obligación de uso de protectores auditivos por parte de los trabajadores, sino también de establecer y ejecutar un programa de medidas técnicas y/o de organización destinado a reducir la exposición al ruido (artículo 4.2). Por ello el uso de protectores auditivos en tal supuesto tiene carácter transitorio, "mientras se ejecuta el programa de medidas a que se refiere el artículo 4.2 y en tanto el nivel de ruido sea igual o supere los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción" (artículo 7.1.b). Por consiguiente, por debajo del nivel superior que da lugar a una acción, la obligación del empresario no es la de reducir el nivel de ruido, sino solamente la de proporcionar protección auditiva a los trabajadores, que pueden usarla o no voluntariamente, aunque el empresario debe promover su uso. Pero por encima de dicho nivel, cuyo cálculo es independiente del uso de protectores auditivos, el empresario debe adoptar medidas para reducir el ruido por debajo del mismo y el uso de protectores auditivos es meramente transitorio y pura

medida subsidiaria de la corrección debida, siendo admisible únicamente con tal carácter provisional siempre y cuando el nivel de exposición no exceda el valor límite, considerando a efectos de este cálculo del valor límite, esta vez sí, el efecto atenuador de dichos protectores. Es por ello que, con la normativa vigente, venimos a estimar que la situación que lugar al derecho al plus nace a partir de que se alcanza o supera el nivel superior que da lugar a una acción (85 dBA en nivel equivalente diario y 137 dBC en nivel de pico) y no del nivel inferior, puesto que, aunque en el espacio intermedio sí existe riesgo, el mismo no puede calificarse como "excepcional" y la normativa reguladora del plus no vincula el derecho al mismo a una situación de riesgo, sino a una situación de riesgo que ha de calificarse como "excepcional", lo que alude a un nivel de gravedad y probabilidad cualificado. Pero para el cálculo de dicho nivel es indiferente el uso de protectores auditivos, ya que la normativa descrita así lo dispone y el efecto de atenuación de los mismos solamente se toma en consideración para establecer el valor límite que no debe sobrepasarse en ningún caso mientras se adoptan las medidas de reducción del nivel real de ruido por debajo de los 85 dBA o 137 dBC. Este es el criterio que sustenta también en su sentencia de 19 de mayo de 2011 el Tribunal Comunitario, que, por demás, aunque contesta (punto 38) que la Directiva 2003/10 no regula, como tal, ni el pago de un complemento salarial por razón de la penosidad de un puesto de trabajo derivada de la exposición al ruido, ni la cuestión de si puede o debe tenerse en cuenta el efecto de una protección auditiva individual para determinar el umbral de exposición al ruido que da lugar a la obligación de pagar el referido complemento salarial, ni exige tampoco (punto 39) que el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones preventivas establecidas por dicha directiva se sancione con la obligación de abonar un complemento salarial, también recuerda que la libertad en la elección de los procedimientos y los medios destinados a garantizar la aplicación de una directiva, no menoscaba la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su plena eficacia (punto 41) y que el derecho nacional debe establecer mecanismos adecuados que garanticen que un trabajador expuesto pueda invocar el cumplimiento por el empresario de las obligaciones preventivas establecidas en el art 5.2 de la directiva (punto 43), así como que, según el convenio colectivo, debe abonarse un complemento salarial a las personas que trabajen en condiciones excepcionalmente penosas, pudiendo esta penosidad resultar de la exposición al ruido (punto 36)

Por lo demás, parece obvio que no puede considerarse que las tareas de un oficial de primera de mantenimiento, que trabaja (según el informe de Fremap) en las distintas secciones existentes en la fábrica, conlleven necesariamente la exposición durante toda la jornada a niveles de ruido por encima del nivel superior que da lugar a una acción, primero porque no existe dato fáctico que apoye tal conclusión y segundo porque precisamente tal nivel exige de la empresa la adopción de medidas para reducir la exposición, que se cuentan entre las recomendadas por aquella sociedad de prevención y que no constan adoptadas.

Todo lo cual lleva a considerar que, resultando que el trabajador actor está expuesto a dosis superiores a los 85 dBA de nivel equivalente diario, tiene derecho a percibir en el período litigioso el complemento reclamado también por ruido, esto es en cuantía del 25% de su salario base (en vez del 20% reconocido). El trabajador sigue prestando servicios en puesto que debe ser calificado de penoso y el convenio colectivo ninguna alusión hace a la atenuación de los equipos de protección individual. Por otra parte, la continua utilización de los equipos de protección podrá evitar - de ser suficientemente eficientes - el riesgo de sordera, con lo que el trabajo dejaría de ser "peligroso", pero no puede privar de la calificación de "penoso", pues sin duda lo es la utilización de aquellos mecanismos durante toda la jornada. El recurso por tanto es estimado.

Por todo lo expuesto, y

En nombre del rey

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. Eulogio contra la sentencia de 11 de junio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Ponferrada, recaída en autos número 100/10, seguidos a virtud de demanda promovida por indicado recurrente contra LM Glasfiber Española S.A, y, en consecuencia, revocamos la misma en el sentido de reconocer el derecho del actor a percibir en el periodo reclamado el plus litigioso por toxicidad y ruido y sustituir la cantidad objeto de condena que impone a la demandada por la de 2339,37 euros.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la correspondiente certificación incorporándose su original al libro sentencias.

Se advierte que contra la presente sentencia cabe recurso de Casación para Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 300,00 euros en la cuenta num. 4636 0000 66 1990- 2010 abierta a nombre de la Sección 1 de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la entidad gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso, que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 219.3 en relación con el 192.4 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de la misma, al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy fe.