

Sentencia Juz. Social San Sebastián (núm. 5) 311/2011, de 4 de julio

RESUMEN:

Lesiones permanentes no invalidantes. Reconocimiento. Instrumentista de orquesta sinfónica. Exposición al ruido. El actor comenzó a prestar servicios en 1989 sin que hasta 2003 se le ofreciera la posibilidad de acceder a unos protectores auditivos cuya eficiencia no ha quedado demostrada, como tampoco lo ha sido el hecho de que la empresa cuidara de imponer su empleo.

(IL 1082/2011)

SAN SEBASTIÁN

DONOSTIAKO LAN ARLOKO 5 ZK.KO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 4.ª planta -C.P./PK: 20012

TEL.: 943-004392

FAX: 943-004357

N.I.G. / IZO: 20.05.4-11/001540

S.S.resto / G.S.gainerak. 313/2011 -1

SOBRE / GAIA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

DEMANDANTE / DEMANDATZAILEA: Ernesto

DEMANDADO / DEMANDATUA: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL-TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUALIA MUTUA

DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES y ORQUESTA SINFONICA DE EUSKADI S.A.

SENTENCIA N.º 311/2011

En la ciudad de DONOSTIA -SAN SEBASTIAN a cuatro de julio de dos mil once.

Vistos por mí D.ª ANA ISABEL MARTÍN RAMOS, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social n.º 5 de los presentes autos n.º 313/2011 seguidos a instancia de D. Ernesto asistido por el Letrado Sr. LÓPEZ CARNICER contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL representadas y asistidas por la Letrada Sra. DÍAZ-GÜEMES y MUTUALIA representada y asistida por el Letrado Sr. ESNAL y ORQUESTA SINFÓNICA DE EUSKADI sobre LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-Con fecha de 28-4-11 tuvo entrada en este Juzgado la demanda formulada por actor contra el I.N.S.S. -Tesorería General de la Seguridad Social-en reclamación de lesiones permanentes no invalidantes derivada de enfermedad común.

Segundo.-En fecha de 29-4-11 fue admitida a trámite mediante decreto en el cual se acordó asimismo señalar el acto de la vista para el día 29-6-11.

Tercero.-Abierto el acto de juicio por S.S.ª éste tuvo lugar con las asistencias, forma y resultado obrantes en el soporte de grabación videográfico, acto en el cual las partes comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos, practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas, manifestando, finalmente, por su orden sus conclusiones, debiendo destacarse la inasistencia de la empresa demandada "Orquesta Sinfónica de Euskadi".

Cuarto.-En el presente procedimiento se han observado las formalidades legales esenciales.

HECHOS PROBADOS**Primero.**-D. Ernesto está afiliado al régimen general de la Seguridad Social, trabajando a jornada completa para la Orquesta Sinfónica de Euskadi (OSE) desde el 1-9-89 con la categoría profesional de "violinista". Los riesgos de naturaleza profesional están concertados con "Mutualia".

Segundo.-A fecha de 4-8-2003, la OSE comunicó al actor la posibilidad de disponer de tapones especiales para músicos, una vez realizada la medición de exposición al ruido por parte de la entidad "PAKEA". El documento recomendaba el uso de protecciones auditivas personales para aquellos casos en los que el nivel diario equivalente fuese superior a 80 dB (A) e inferior a 90 dB (A).

Tercero.-En fecha de 21-12-10 Mutualia inicia expediente enderezado a establecer la causa de la hipoacusia padecida por el actor.

Cuarto.-Tras el correspondiente reconocimiento médico el EVI emitió informe con el siguiente cuadro clínico:

-Hipoacusia neurosensorial bilateral simétrica, déficit progresivo por ruido sobre base de tipo heredo-degenerativa (informes ORL).

Y las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales:

-Disminución audición en frecuencias conversacionales y agudas con escotoma a 4000hz.

-Zumbidos y sensación inestabilidad ante ruido intenso.

-OD: 55/500 65/1000 75/2000 75/4000

-OI: 40/500 45/1000 75/2000 75/4000

Quinto.-El INSHT, en documento técnico elaborado entre el 20 y el 23 de noviembre de 2001, establece que la exposición al ruido para un violinista se contiene en las siguientes cifras audiométricas y periodos:

Con orquesta En Sala individual Global Tiempo Exp. Exposición Tiempo Exp. Exposición Exposición 4 horas 80,9 dB 2 h 80.2 dB 83,6 dB.

Sexto.-Por resolución de fecha 7-2-11 el INSS declara que las secuelas que el actor padece, derivadas de enfermedad profesional, son constitutivas de lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables según el número 11 del baremo vigente con la cantidad de 2990 euros.

Séptimo.-El 15-3-2011, el Servicio de Prevención emite informe que concluye en que:

"A la vista de los resultados obtenidos y teniendo en cuenta las mediciones realizadas sobre las horas relativas a computo colectivo, se puede concluir que el puesto de violinista, está afectado por el RD 286/2006, de 10 de marzo, sobre protección de seguridad y salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido. En este puesto de trabajo (violinista) el nivel diario equivalente supera el valor de 80 dB (A).

No obstante, y aunque el nivel de exposición del trabajador supere los 80 dB es importante resaltar que no se ha tenido en cuenta la posible atenuación por uso de protectores auditivos en la determinación de la exposición real del trabajador al ruido que establece el RD 286/2006 en el apartado 2 del art. 5, ya que, aunque la empresa pone a disposición de los trabajadores la posibilidad de uso de protectores auditivos personales y a medida, en este caso el trabajador no ha hecho uso de este derecho.

En general, los músicos suelen desarrollar actividades musicales en su tiempo libre, que pueden contribuir al aumento de la exposición al ruido en un marco extralaboral".

Octavo.-Interpuesta RAP por "Mutualia", la Gestora modificó su inicial resolución por medio de otra emitida el 22-3-11 considerando que no había quedado acreditada la concurrencia de nivel sonoro lesivo de 80 dB (A) de promedio durante la jornada diaria de 8 horas o semanal de 40 horas.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.-CONVICCION

Los datos relativos al empleo y condiciones de trabajo del actor no han sido objeto de disputa.

El documento que detalla el ofrecimiento al actor de tapones especiales para músicos consta al expediente aportado a los autos (folio 203).

La promoción del expediente administrativo a instancia de MUTUALIA se deduce de los folios 191 y 192 del expediente aportado por la Gestora.

El juicio diagnóstico del EVI se derivan del expediente aportado, así como todo lo relativo a la tramitación previa. Las consideraciones relativas al estado lesional y limitaciones derivadas del mismo que el actor presenta han sido obtenidas de las audiometrías expresadas en el informe médico del órgano asesor del EVI (folio 189 y ss) y del propio informe EVI (folio 188), resultado de la exploración practicada en los términos exigidos por el art. 5,1,b del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio.

Ha aportado la Mutua informe pericial relativo a mediciones de ruido realizadas en 2002 y 2009, basando sus apreciaciones en tres jornadas de trabajo y considerando 4 obras concretas. El aludido informe no corresponde a una evaluación global del campo de trabajo, reconociendo que "Los resultados obtenidos de las mediciones se limitan a los días que se realizaron, siendo siempre durante el funcionamiento habitual de la actividad. La evaluación higiénica de la exposición al ruido es válida mientras no cambien las condiciones en las que se realizaron las mediciones para cada puesto de trabajo".

Al contrario sucede con el documento elevado por el INSHT (ordinal 5.^º), que cabe considerar más completo, al basarse en una más ambiciosa metodología, aportando datos sobre la exposición al ruido de los instrumentistas de Orquesta, tanto en un plano intensivo y como extensivo.

Por lo que hace al documento de fecha 15-3-2011, que se cita en el ordinal 7.^º, fue incorporado a los autos por la demandada y elaborado por el Servicio de Prevención MUTUALIA.

Segundo.-PLANTEAMIENTO DEL CASO

Solicita el beneficiario reconocimiento de unas lesiones permanentes no invalidantes (2A01 09) determinadas por una Hipoacusia Bilateral de tipo neurosensorial, frecuencias de 3 a 6 KHz, bilateral simétrica e irreversible.

La Mutua señala en sus alegaciones que se cumplían todos los requisitos físicos pero no concurren otras circunstancias para considerar la presencia de una enfermedad profesional aduciendo que el epígrafe 2A01 09 del cuadro de enfermedades profesionales se refiere a la hipoacusia bilateral de ruido continuo igual o superior a 80 dB mantenidos en cómputo diario o semanal de 8 ó 40 horas respectivamente admitiendo que el primer elemento, número de decibelios, concurre pero no así el segundo relativo a la exposición continuada del ruido, derivando esta cuestión en una controversia entre las partes acerca del número de horas diarias que requiere la labor interpretativa del actor en su profesión de violinista, no admitiendo la Mutua más de 3 horas diarias, a lo que añade que en ha de procederse al descuento en el grado de decibelios de los efectos de las medidas individuales de protección consistentes en tapones en los oídos.

Tercero.-FONDO DEL ASUNTO: EXPOSICION CUANTITATIVA AL RUIDO.-

El RD 1299/2006 establece:

Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos

A

01

01

02

03

04

05

06

07

08

09

10

11

12

13

14

15

16

2A0101

2A0102

2A0103

2A0104

2A0105

2A0106

2A0107

2A0108

2A0109

2A0110

2A0111

2A0112

2A0113

2A0114

2A0115

2A0116

Hipoacusia o sordera provocada por el ruido:

Sordera profesional de tipo neurosensorial, frecuencias de 3 a 6 KHz, bilateral simétrica e irreversible

Trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro diario equivalente (según legislación vigente) sea igual o superior a 80 decibelios A, especialmente:

Trabajos de calderería

Trabajos de estampado, embutido, remachado y martillado de metales.

Trabajos en telares de lanzadera batiente.

Trabajos de control y puesta a punto de motores de aviación, reactores o de pistón.

Trabajos con martillos y perforadores neumáticos en minas, túneles y galerías subterráneas

Trabajos en salas de máquinas de navíos

Tráfico aéreo (personal de tierra, mecánicos y personal de navegación, de aviones a reacción, etc.)

Talado y corte de árboles con sierras portátiles.

Salas de recreación (discotecas, etc.).

Trabajos de obras públicas (rutas, construcciones, etc.) efectuados con máquinas ruidosas como las bulldozers, excavadoras, palas mecánicas, etc.

Motores diesel, en particular en las dragas y los vehículos de transportes de ruta, ferroviarios y marítimos.

Recolección de basura doméstica

Instalación y pruebas de equipos de amplificación de sonido.

Empleo de vibradores en la construcción.

Trabajo en imprenta rotativa en la industria gráfica

Molienda de caucho, de plástico y la inyección de esos materiales para moldeo

Manejo de maquinaria de transformación de la madera, sierras circulares, de cinta, cepilladoras, tupies, fresas.

Asimismo, el Convenio aplicable (CC OSE, BOG 8-11-2007), establece:

Art. 12: Jornada de trabajo.

1.-La jornada de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo.

2.-De estas 40 horas, el personal artístico destinará 25 horas a trabajo de conjunto y 15 horas a trabajo individual.

El cómputo de las 25 horas semanales de trabajo de conjunto se realizará mensualmente.

Art. 14: Jornada máxima personal artístico.

La jornada diaria de trabajo en conjunto del personal artístico será como máximo de 7 horas.

Art. 16: Límites horario de servicios.

1.-El trabajo se efectuará a razón de uno o dos servicios por día, pudiendo tener lugar entre las 9:00 horas y las 0:15 del día siguiente. Estos servicios podrán tener una duración desde dos a cuatro e incluso cinco horas en caso de ensayos generales, pre-generales o espectáculos líricos. Los ensayos generales que no tengan prefijada la hora de finalización se considerarán finalizados en el momento de terminar la representación.

Asimismo, el art. 59 del CC OSE prevé la realización de Horas extraordinarias, e incluso un mecanismo de distribución irregular de la jornada (bolsa horaria, art. 59 bis).

En definitiva, la regulación que la empresa ha acordado con la representación obrera asume una jornada genérica de 40 horas/semana (25 en conjunto y 15 individuales); si bien comprende asimismo escenarios de excepción que, precisamente, por resultar previstos, no pueden tenerse por excepcionales o insólitos (horas extraordinarias, bolsa de horas, ambos ex art. 59 CC OSE). Tales escenarios de excepción permiten exposiciones mayores al riesgo, factor que la propia demandada asume como inherente al puesto de trabajo, siendo este un extremo confirmado por la documentación emitida por el INSHT (ordinal 5.º) y el propio informe que ha aportado aquélla a su ramo (ordinal 7.º).

Esto es, no se discute el carácter reactivo de la patología a una exposición a ruido -el propio diagnóstico abunda en esta etiología-; tampoco el que esa patología (HA neurosensorial) presente las cualidades propias de la EP (bilateral/simétrica); a ello se añade que tampoco se haya puesto en tela de juicio el nivel de exposición (documento INSHT, ordinal 5.º; informe emitido por SP MUTUALIA, ordinal 7.º), extremo éste confirmado por la comunicación que la empresa hace al actor en 2003 (ordinal 2.º), cuando lo considera integrado en un puesto de trabajo sometido a un rigor ruidoso comprendido entre los 80 y los 90 dB. Despejado el dato de las jornadas ordinarias (40/semanales), así como la posibilidad de su extensión (art. 59 CC OSE) o distribución irregular (art. 59 bis CC OSE), la duda se contrae a dar parecer con respecto a los siguientes argumentos, ya expuestos por el informe presentado por la co-demandada MUTUALIA:

No obstante, y aunque el nivel de exposición del trabajador supere los 80 dB es importante resaltar que no se ha tenido en cuenta la posible atenuación por uso de protectores auditivos en la determinación de la exposición real del trabajador al ruido que establece el RD 286/2006 en el apartado 2 del art. 5, ya que, aunque la empresa pone a disposición de los trabajadores la posibilidad de uso de protectores auditivos personales y a medida, en este caso el trabajador no ha hecho uso de este derecho.

En general, los músicos suelen desarrollar actividades musicales en su tiempo libre, que pueden contribuir al aumento de la exposición al ruido en un marco extralaboral".

Por comenzar con la segunda objeción, claro es que quien se dedica a la profesión de instrumentista en orquesta sinfónica habrá de dedicar fuera del horario de trabajo algunos espacios de tiempo a perfeccionarse en su técnica (o a realizar actividades lúdicas o remuneradas de orden ocasional); ahora bien, constatada la enfermedad, lógico es imputar su causalidad a la tarea que se presenta como principal, por constar de forma objetiva el número de horas que aquélla exige, y que por otra parte -a falta de evidencias-siempre será superior al que emplee el actor a mejorar su técnica o ejercitarse fuera de horario de trabajo (partiendo en cualquier caso que estamos ante una mera conjetura o sospecha).

Por lo que hace a los protectores, consta asimismo que el actor comenzó a prestar servicios para la OSE en 1989, sin que hasta 2003 se le ofreciera la posibilidad de acceder a unos protectores auditivos cuya eficiencia no ha quedado demostrada ni, por supuesto, la empresa cuidara de imponer su empleo (posiblemente debido a la pernicioso interferencia de tales equipos de protección individual con el desempeño de los profesores contratados por la OSE). Por tanto, la no implicación de la empresa en orden a asegurar un entorno no nocivo (no se ha acreditado sanción o coerción sobre el personal en orden al uso de estos elementos de seguridad), así como la ausencia de pruebas que demuestren su eficacia como elemento de prevención (a lo que se añade el nada desdeñable hecho de que no fueran "ofrecidos" hasta 14 años después del ingreso del beneficiario en la OSE, 1989/2003)-desarma al primero de los argumentos que se hace valer desde el informe aportado por la co-demandada (ordinal 7.º).

Por lo dicho, se deberá revocar la Resolución administrativa de fecha 22-3-11, reconociendo al beneficiario su derecho a lucrar la indemnización vinculada con el ordinal 2A01 09 ex RD 1299/2006, y que remite al Baremo 11 de la Orden TAS 1040/2005 (Hipoacusia que afecta a la zona conversacional de ambos oídos), con derecho a una indemnización equivalente a 2990 euros, a la que deberá hacer frente la co-demandada MUTUALIA, ex art. 68.2 de la LGSS (ex Ley 51/2007).

Cuarto.-RECURSOS

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de acuerdo con lo establecido en el art. 189 de la LPL, que habrá de anunciarse al término del quinto día tras la notificación de la presente sentencia.

Vistos y considerados los preceptos legales de aplicación al caso.

FALLO

Que, ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Ernesto en autos 313/2011, entablados frente al INSS/TGSS, la MUTUA MUTUALIA y ORQUESTA SINFÓNICA DE EUSKADI SA declaro al actor afecto de Lesiones permanentes no invalidantes, con derecho a lucrar la suma señalada para el baremo 11 de la Orden TAS 1040/2005, y que asciende a 2.990 euros, condenando a la Mutua al abono de la citada cantidad y al resto de las demandadas a estar y pasar por la presente declaración.