

STS 8485:2009

ECLI: ES:TS:2009:8485

Órgano	Tribunal Supremo
Fecha	25/11/2009
Nº de Resolución	
Ponente	JOAQUIN SAMPER JUAN
Tipo de Resolución	SENTENCIA

Resumen: Plus de penosidad por ruido.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil nueve

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Don Alexander contra sentencia de 17 de diciembre de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por BACOLGRA, S.A. contra la sentencia de 18 de abril de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social de Granada nº 4 en autos seguidos por Don Alexander contra BACOLGRA, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Samper Juan,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de abril de 2008 el Juzgado de lo Social de Granada nº 4 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por Don Alexander contra BACOLGRA, S.A., empresa a la que condeno a abonar al actor la cantidad de mil cuatrocientos cincuenta y siete euros con veintiocho céntimos".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: PRIMERO.- Por cuenta y para la empresa Bacolgra S.A., domiciliada en Polígono Industrial Cerro del Chato s/n de Lachar Granada, cuya actividad consiste en la fabricación de soportes para la iluminación, viene prestando sus servicios, con una antigüedad según hojas salariales de 17.10.2005 , y categoría profesional de Peón, en puesto de trabajo de plegadora y repasado, Don Alexander titular del D.N.I. numero NUM000 domiciliado para notificaciones en Granada CALLE000 NUM001 - NUM002 . SEGUNDO.- Entendiéndose el trabajador acreedor frente a la empresa demandada de la cantidad de 2.676,17 ? con mas el 10 % por mora, dedujo junto a otros trabajadores mas, papeleta conciliatoria ante el CEMAC en 05/07/2007, celebrándose el acto en 16 de julio de 2007 sin avenencia entre las partes.- Presentó demanda jurisdiccional en fecha 4 de octubre de 2007 que desglosaba las cantidades solicitadas:

CONCEPTO DEVENGO COBRO DIFERENCIAS

COMPLEMENTO PENOSIDAD MARZO/06, 31 días 217,93 ? -? 217,93 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD ABRIL /06, 30 días 220,80 ? -? 220,80 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD MAYO/06, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD JUNIO/06, 30 días 220,80 ? -? 220,80 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD JULIO/06, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD AGOSTO/06, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD SEPTIEM/06,30 días 220,80 ? -? 220,80 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD OCTUBRE /06, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD NOVIEMB/06, 30días 220,80 ? -? 220,80 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD DICIEMBRE/06, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD ENERO/07, 31 días 228,16 ? -? 228,16 ?
 COMPLEMENTO PENOSIDAD FEBRERO/07, 28 días 206,08 ? -? 206,08 ?
 TOTAL 2.676,17 ?

TERCERO.- Ante el Juzgado de lo social número siete de los de Granada se siguieron autos de Conflicto colectivo Numero 128/2007 a instancia de los Delegados de Personal de la empresa demandada contra Bacolgra S.A., en los que se dictó sentencia en 04 de mayo de 2007 estimatoria de la demanda.- Citada sentencia fue revocada, imprejuizando el fondo, por la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía en Granada de 10 de octubre de 2007 (Recurso 2282/2007) por las razones y en los términos que constan en la misma. CUARTO.- Es aplicable a la relación entre las partes la normativa del Convenio Colectivo para el sector de Industrias Siderometalúrgicas para Granada y Provincia 2004/2008 y la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica de 29 de julio de 1970 a que se refiere el artículo 2 del Convenio .- Obran en autos copias del Convenio y Ordenanza, dándose por reproducidas. QUINTO .- A los fines de resolver la cuestión sometida a enjuiciamiento son de asumir, reproduciéndolos los siguientes hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social siete de Granada citada en el hecho probado tercero: SEGUNDO.- La actividad de la indicada empresa demandada "BALCOGRA, S.A.", consiste en la fabricación de soportes para la iluminación, con un número total de 45 trabajadores, y una jornada laboral del personal de oficinas, de Lunes a Viernes de 8:00 a 14:00 horas y de 16:00 a 19:00 horas. Mientras que el personal de producción, con dos turnos de trabajo, es de Lunes a Viernes de 6:00 a 14:00 horas y de 14:00 a 22:00 horas. Teniéndose suscrito con "FREMAP. Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61", la cobertura de contingencias profesionales. TERCERO.- El día 30 de junio del 2005, a instancia de la Mutua "FREMAP", la empresa de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales "AREMAT" llevó a cabo una visita a las instalaciones de la empresa, realizando un estudio sonométrico en el centro de trabajo y fecha indicada, evacuándose un informe de fecha enero del 2006, haciendo referencia en dicho informe como base para el criterio de valoración, la normativa contenida en el RD 1316/1989, de 27 de Octubre, sobre la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido durante el trabajo. Dicho informe, que se da por expresamente reproducido, tanto en la forma de la toma de resultados, como en cuanto a los resultados (folios 89 a 121 y ratificación de D^a Estefanía), los que se pueden resumir en:

Ref. Puesto trabajo Art. 5

80-85 db (A) Art. 6

85-90 db (A) Art. 7

>90 db (A)

1 Producción:

enderezadora 83,2

2 Producción: Máquina de soldadura longitudinal 91,5

3 Producción: plegadora como 90,5

4 Producción: tren de repasado 96,1

5 Producción: enderezadora (nave 2) 86,2

6 Producción: Sección de corte 88,3

7 Producción: Puesto de soldadura 87,8

8 Producción: Puesto de armado 93,2

CUARTO.- En las consideraciones finales de aquel informe, entre otros extremos que expresamente se dan por reproducidos, se decía (folio 120). "Existen puestos de trabajo con evidente riesgo de sordera profesional. A ellos se les debe dedicar una atención preferente, procediendo a la aplicación de medidas preventivas que permitan una disminución efectiva del grado de exposición. Controles periódicos tanto de carácter higiénico como médico, deben asociarse imperativamente a todos los operarios implicados en estos procesos productivos." QUINTO.- La empresa demandada, estando en vigor el nuevo RD 286/2006 de 10 de Marzo, que deroga el anterior RD 1316/1989, de 27 de Octubre, por mor de la nueva Directiva Europea 2003/10 CE, encarga un nuevo estudio sobre el ruido, a la misma empresa AREMAT, el que se emite con fecha de enero del 2007, sobre la base legal del mencionado RD 286/2006, llevándose a cabo la medición del ruido el día 8 de enero del 2006 en presencia de D. Miguel por parte de la empresa, y de D. Sebastián en calidad de Delegado de Prevención. Dicho informe, que se da por reproducido, tanto en la forma de la toma de resultados (adaptación al sonómetro medidor de filtro de banda de octava para estimar el nivel de ruido en el oído con el EPI -folios 138 a 165-) como en cuanto a los resultados con el protector auditivo puesto (folios 166 a 214 y ratificación de D^a Joaquina), los que se pueden resumir en:

Puesto de trabajo >80 db (A) >80 db. (A) y/o

>135 db. (C) de Lpico >85 db. (A) y/o

>137 db. (C) de Lpico >87 db. (A) y/o

>140 db. (C) de Lpico

Sección de Corte 55,3 92,0

Plegadoras Somo 54,8 94,3

Máquina Soldadura Longitudinal 54,6 89,9

Tren repasado (piezas de 4 y 10 m respectivamente) 67,7

67,5 104,6

103,7

Puesto de armado 66,3 100,5

Enderezadora

(piezas de 4 y 10 m respectivamente) 57,4

59,8 93,4

95,7

Puesto de soldadura 51,4 87,2

Corte por plasma 54,6 90,5

Prensa 60,3 97,0

SEXTO.- Por la Mutua "FREMAP" con fecha 15-01-2007, se certifico que dicha entidad, no había tratado ninguna enfermedad de hipoacusia de los trabajadores de la empresa Bacolgra SAL con CIF A18424622, desde la fecha de entrada en vigor del documento de asociación (1-05-2005) (folio 332). Los informes de AREMAT en base a los que se elaboraron los anteriores hechos probados obran en autos, habiendo sido ratificados en el acto de juicio, dándose por reproducidos. SEXTO.- El trabajador demandante según se infiere del Informe de Aremat que obra en autos recibió formación e información relativa a los riesgos derivados de la exposición al ruido, siéndole entregada la oportuna información. Citada empresa de prevención de riesgos emitió asimismo un Informe Técnico, cuya copia obra en autos y se da por reproducida, de "medidas a tomar para reducir el nivel de ruidos en la empresa demandada". SEPTIMO.- Entre los documentos aportados por la empresa, cuya relación obra al folio 56 y se dan por reproducidos, existe una denominada Plantilla de situación del trabajador demandante del periodo marzo 2006 a febrero de 2007 acerca de los ingresos percibidos por el mismo en tal periodo (folio 57), según la cual en el periodo reclamado percibió el actor por S Base un total de 11.187,20? y por incentivos 1.727,56 ?, señalando como días efectivamente trabajados 178 días. Los incentivos que el actor percibe se abonan en función del numero de kilos de metal trabajados. OCTAVO.- Del Informe de prevención de riesgos de enero de 2007 la Lp total dB (A) en la Plegadora Somo es de 94.3, y la Lp atenuada dB(A) de 54.8, y en Puesto de soldadura longitudinal: Lp total dB (A) 89,9 Db, y Lp atenuada dB (A) de 54,6 dB ; y en el puesto de armado Lp total dB (A) 100,5 dB y la Lp atenuada dB(A) 66,3 dB en tren de repasado de 104,6 dB en Lp total y 67,7 dB en Lp atenuada; en enderezadora Lp' total dB 93.4, y Lp atenuada dB 57.4 dB; en seccion corte por plasma Lp total dB 90,5, y Lp atenuada dB 54.6.- El resultado de la Lp atenuada lo es con protectores auditivos".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la demandada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2008 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por BACOLGRA, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. CUATRO de GRANADA en fecha 18 de abril de 2.008, en autos 681/07 sobre reclamación de cantidad seguidos a instancia de D. Alexander contra la empresa recurrente, se revoca la sentencia impugnada, procediendo la desestimación de la demanda y la absolución de la demandada de las pretensiones contra ella formuladas. Sin costas y devolución de depósito y de la consignación efectuada para recurrir"

CUARTO.- Por la representación procesal de Don Alexander se preparó recurso de casación para unificación de doctrina.

QUINTO.- Admitido a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó el informe que obra en autos, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2009, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El debate de este recurso versa sobre el nivel de exposición que debe soportar el trabajador para tener derecho a percibir el complemento de penosidad previsto en el convenio colectivo.

En el caso resuelto por la sentencia recurrida, el Sr. Alexander , que presta servicios como peón de plegadora y repasado en la empresa "BACOLGRA SA" dedicada a la fabricación de soportes para la iluminación, reclamó a su empleadora la cantidad de 2.676,17 euros en concepto de complemento de penosidad correspondiente al periodo marzo 2.006 a febrero 2.007. Y lo hizo, con amparo en el art. 13 del vigente Convenio Colectivo del Sector Siderometalúrgico de Granada, que dispone que *"Los trabajadores que presten servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos, percibirán los complementos establecidos en el art. 77 de la Ordenanza"*. El precepto se remite sin duda a la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica de 29 de julio de 1.970 que en dicho artículo establece que: *"la excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad de los trabajos quedará normalmente comprendida en la valoración de los puestos de trabajo y en la fijación de los valores de los incentivos. Cuando no quede comprendida en otros conceptos salariales, se abonará al personal que haya de realizar aquellas labores una bonificación del 20% del salario base"*.]

Tras intentar sin éxito la conciliación administrativa, el trabajador dedujo demanda que fue estimada en parte por la sentencia de instancia. De su muy extenso relato de hechos, cabe destacar que tiene por probado que en los puestos de trabajo de la sección de plegado el nivel de ruido alcanza los 94,3 dB, medidos sin EPI (equipo de protección individual), que se reducen a 54,8 dB si la medición se realiza con los protectores auditivos puestos; y que en los puestos de trabajo de la sección de repasado los niveles alcanza 103,7 dB que se reducen a 67,5 dB con EPI.

Recurrió la empresa en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada dictó la sentencia de 17 de diciembre de 2.008 (rec. 3550/2008), que tras un pormenorizado análisis de la norma legal -- nacional y comunitaria -- y convencional aplicable, estimó el recurso y absolvió a la empresa de la pretensión deducida por considerar que la normativa actualmente vigente ha dejado obsoleta la doctrina unificada que este Tribunal sentó al respecto en los años 1.995 y 1.996.

SEGUNDO.- La anterior sentencia ha sido recurrida en casación para la unificación de doctrina por el demandante, invocando como referencial la dictada por la Sala de lo Social de Castilla-La Mancha el 24-9-08 (rec.1419/07), que obra en autos y es firme. El recurso ha sido impugnado por "BACOLGRA SA". El Ministerio Fiscal ha emitido su preceptivo informe.

El supuesto resuelto por la sentencia referencial es muy similar al de la recurrida. Se trata de trabajador que presta servicios para empresa de la construcción dedicada a la transformación de granito, como oficial de 2º en el taller de elaborado, que reclamaba 2.824,04 euros por el periodo febrero de 2.006 a febrero de 2.007 en concepto de complemento de penosidad que el art. 37 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Guadalajara reconoce en los siguientes términos: *"A los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberá abonárseles un incremento del 20% sobre su salario base"*.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, tras declarar probado que en el taller de elaborado el nivel de exposición al ruido, medido sin EPI, oscila entre los 87.2 y los 103, 9dB según la actividad que en cada momento se desarrolla, y que dichos niveles se reducen entre un 17.2 % y un 32.5 % con los EPI. Recurrió el trabajador en suplicación y la sentencia referencial de 24-9-08 , estimó en su recurso y condenó a la empresa a abonarle el complemento de penosidad (excepto en el periodo de vacaciones que también se reclamaba).

TERCERO.- Concorre pues la contradicción que exige el art. 217 LPL como presupuesto inexcusable para poder resolver el fondo de la cuestión planteada pues, pese a contemplar hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos; y las diversas circunstancias que destaca el trabajador en su escrito de impugnación carecen de relevancia a estos efectos.

Sostiene el recurrido que se trata de convenios y artículos distintos y además en el caso de la recurrida, con remisión expresa a la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica de 1.970 . Conviene precisar de una parte, que el único aspecto del complemento de penosidad que es objeto de debate, es el de determinar que puestos de trabajo -- en el caso de la recurrida -- o que labores -- en el caso de la referencial -- deben calificarse de excepcionalmente penosos en atención a su nivel de exposición al ruido, para que den derecho al citado complemento; y que, en consecuencia, carecen totalmente de interés las previsiones convencionales que destaca el impugnante sobre si es posible o no acumular los incentivos cuando además de la penosidad, concurra también toxicidad o peligrosidad, o sobre si cabe la inclusión del complemento en otros conceptos salariales, puesto que son cuestiones que quedan al margen de la controversia. Y, por otra, que lo que rechaza la doctrina unificada a efectos de contradicción es que se contrapongan distintas normas convencionales o preceptos legales cuando regulan la materia controvertida de modo diferente (ss. de 4-05-00 (rcud. 2147/99), 15-10-01 (rcud. 698/00), 26-6-02 (rcud. 3890/01) y 24-7-08 (rcud. 456/07) entre otras muchas); pero no cuando lo hacen de la misma manera, como aquí ocurre.

En este caso, lo verdaderamente determinante a efectos de la contradicción es, por consiguiente, la regulación que los convenios comparados (ya transcritos en los dos fundamentos anteriores) hacen del complemento de penosidad, en el único aspecto aquí debatido, que es la determinación del nivel de exposición al ruido necesario para poder percibirlo. Y hay que concluir que en ese punto los preceptos de ámbos son prácticamente idénticos y escuetos. Los dos convenios se limitan a conceder un complemento del 20% del salario base a los puestos o labores que se consideren "excepcionalmente penosos", sin añadir ningún dato o referencia que facilite esa calificación; previsión coincidente con la del art. 77 de la Ordenanza la Ordenanza Laboral Siderometalúrgica de 29 de julio de 1.970 (BOE de 25 de Agosto) igualmente transcrito en el fundamento primero, y que a su vez era idéntica en el punto controvertido, a la del art. 116 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1.970 (BOE de 5 de septiembre) que sería la referente en el caso de la sentencia de contraste.

Y a efectos de la contradicción el hecho de que en un caso se abone el complemento cuando la penosidad retribuya la actividad en un puesto de trabajo, y en el otro, se abone por realizar determinadas labores concretas, podrá influir en la cuantía del complemento si éstas últimas no ocupan toda la jornada, pero no son de interés para la ponderación de si el nivel de ruido que se produce en uno y otro caso, permite calificar de excepcionalmente penosa la actividad en el puesto o en las labores. Las sentencias comparadas son, por consiguiente, hábiles a efectos de la contradicción.

CUARTO.- El recurso de casación unificador interpuesto se articula en dos motivos de casación, ambos al amparo del art. 222 de la LPL en relación con lo dispuesto en el art. 205, c) de la indicada Ley Procesal. En el primero se denuncia la infracción por parte de la sentencia recurrida de los arts. 4 a 11 del Real Decreto 286/2006 , especialmente de lo dispuesto en el art. 5.2 en cuanto sostiene que a tenor de dichos preceptos debe entenderse que el límite de los 80 decibelios de exposición al ruido, con o sin cascos de protección, debe tomarse como base suficiente para reconocer que los trabajadores de la empresa demandada y en concreto el recurrente están

sometidos a una penosidad que debería dar lugar a reconocerle el complemento previsto en el Convenio Colectivo de aplicación, de conformidad con la reclamación objeto de este procedimiento.

En ese mismo sentido denuncia como segundo motivo que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial pacíficamente aceptada hasta ahora, según la cual un puesto de trabajo debe tener la consideración de excepcionalmente penoso cuando el nivel de ruido existente en dicho puesto supere los 80 decibelios, con independencia de que el ruido que llegue al trabajador con sistemas de protección individuales se amortigüe, citando en su apoyo sentencias de esta Sala de 6 de octubre de 1990, 6 de noviembre de 1995 y 12 de febrero de 1996, y un número considerable de sentencias dictadas por distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia que habían llegado a la misma conclusión.

QUINTO.- De acuerdo con el primero de dichos motivos de casación se trata de decidir, como antes se indicó, si el complemento de excepcional penosidad previsto en el Convenio Colectivo para el Sector de Industrias Siderometalúrgicas para Granada y Provincia para los años 2004/2008, en la remisión que hace a lo dispuesto sobre el particular en la antigua Ordenanza Laboral Siderometalúrgica, debe serle reconocido al actor por el hecho de que su puesto de trabajo está sometido a un ruido superior a 80 decibelios, aun cuando con protección acústica no alcanza dicho valor de exposición.

Procede advertir antes de entrar en el examen de esta cuestión que en el presente procedimiento sólo se discute si existe penosidad por ruido en relación con los efectos que dicho ruido pueda producir sobre la capacidad auditiva de los trabajadores, sin que se haya discutido en momento alguno la penosidad que el ruido pueda producir, por vibraciones o por otras causas, en el estado físico o síquico del trabajador (dolores de cabeza, mareos, estrés, nerviosismo, falta de concentración, insomnios, ansiedad, u otros). Y se parte igualmente de la base de que el salario que se abona a dichos trabajadores no incluye en sus previsiones ninguna cantidad que compense la mayor penosidad a la que pudieran estar sometidos los mismos, razón por la cual la petición de abono de dicho complemento es posible, en principio; en este sentido la empresa alegó en algún momento que los trabajadores perciben un incentivo mensual superior a la cantidad que reclaman, pero en ningún momento se ha probado que dicho incentivo tenga nada que ver con lo que aquí se pide, por lo que la compensación de un concepto por otro distinto carecería de justificación dado que no ha quedado probado ni intentado probar que ese incentivo lo fuera por penosidad derivada de ruido, que es lo que aquí se reclama.

SEXTO.- Para dar solución al problema planteado es necesario partir de la base de que el art. 13 del Convenio indicado, con apoyo en el art. 77 de la antigua Ordenanza Siderometalúrgica, reconoce el derecho a percibir un complemento del 20 % del salario base a "*los trabajadores que presten servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos*", siendo esta previsión la que sirve de fundamento a la reclamación de la cantidad objeto de demanda.

Por otra parte, constituye también punto de partida obligado para llegar a cualquier conclusión acerca de dicha pretensión, tomar en consideración los niveles de ruido a los que está sometido el actor en su puesto de trabajo, que vienen especificados en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida y no han sido discutidos; según éstos, el actor presta servicios en puestos de trabajo de plegadera y repasado; y en los puestos de plegado el nivel de ruido alcanza los 94,3 dB, medidos sin EPI (equipo de protección individual), que se reducen a 54,8 dB si la medición se realiza con los protectores auditivos puestos; y en los puestos de trabajo de la sección de repasado los niveles alcanzan 103,7 dB que se reducen a 67,5 dB con EPI.

Se da igualmente por supuesto, ya que nadie lo ha discutido, que los trabajadores afectados por el ruido disponen de los adecuados equipos de protección individual (EPI), como por otra parte se desprende de toda la prueba aportada por una y otra parte.

Con estos antecedentes se trata de decidir cuándo se puede afirmar que existe excepcional penosidad por ruido, y para ello tanto las partes como los órganos jurisdiccionales de instancia y de suplicación han acudido a interpretar lo que se dispone en la normativa comunitaria, en concreto en la Directiva 2003/10 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de febrero de 2003 "sobre las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido)", y en la norma de transposición a nuestro país de aquella norma comunitaria concretada en el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo , una y otra dictadas en sustitución de normas anteriores, y que son por lo tanto las aquí aplicables.

SEPTIMO.- Tanto la normativa comunitaria como la interna de transposición tienen como único objeto la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores dirigida a la prevención de riesgos laborales; y por ello, aun cuando en su terminología se refiere a puestos de trabajo sometidos a mayor o menor intensidad de ruido, en realidad su finalidad, claramente expresada en el punto 12 de la exposición de motivos de la Directiva, no va dirigida tanto a determinar el ruido al que está sometido un puesto de trabajo, sino a "evaluar correctamente la exposición de los trabajadores al ruido" con la intención de conseguir que " *el ruido que llegue al oído debe mantenerse por debajo de los valores límite de exposición*", puesto que el objeto de dicha Directiva, expresado en su art. 1 , es proteger a los trabajadores contra los riesgos para su salud que les pueda originar la exposición al ruido, para evitar la posible sordera que del mismo pueda derivar.

Es, por lo tanto, en función de tal finalidad como debe interpretarse tanto la Directiva como el Real Decreto de transposición; y en este sentido ambas normas contemplan tres situaciones concretas en el art. 5 del Real Decreto ; a saber : **a)** Unos valores límite que no deben superar los 87 decibelios de exposición diaria ni los 140 decibelios de pico; **b)** Valores de exposición que dan lugar a una acción, que no deben superar los 85 decibelios de exposición diaria ni los 137 de pico; y **c)** Valores de exposición que dan lugar a una acción cuando superan los 80 decibelios en exposición diaria y 135 de pico. Y exceptúa de medición y protección un cuarto supuesto que sería aquél en el que la exposición diaria es inferior a 80 decibelios en exposición diaria o los 135 de pico, por cuanto estima que hasta esos límites no existe riesgo para la salud auditiva del trabajador.

El propio art. 5.2 dispone cómo se han de medir estos distintos niveles de riesgo, y a tal efecto establece que para medir los "valores límites de exposición" - supuesto a) - se tendrá en cuenta la atenuación que procuran los protectores auditivos, mientras que para la evaluación de los dos valores de exposición que dan lugar a una acción - los b) y c) - no se tendrán en cuenta los efectos producidos por dichos protectores.

OCTAVO.- Con estos prolegómenos el art. 7 del indicado Real Decreto , en relación con el art. 4.2 del mismo, dispone lo siguiente: **a)** Cuando el nivel de ruido supere los valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción - o sea los 80 y 135 del apartado c) del art. 5 - el empresario deberá poner a disposición de los trabajadores protectores individuales, "con la finalidad de que supriman o reduzcan al mínimo el riesgo" - art. 7.1 .c) - y "deberá hacer cuanto esté en su mano para que se utilicen protectores auditivos, fomentando su uso ...", que en este caso no es obligatorio (no es obligatorio el uso, pero sí la puesta a disposición de los aparatos); **b)** Cuando el nivel de ruido supere los valores superiores de exposición que dan lugar a la acción - o sea los 85 y 137 del apartado b) del art. 5 - el empresario no solo deberá proporcionar los elementos de audición cuyo uso es obligatorio sino que deberá establecer y ejecutar un programa de medidas técnicas y/o de organización de acuerdo con lo que al efecto se dispone en el art. 4.1 y 2 del propio Real Decreto ; y **c)** En ningún caso la exposición del trabajador, determinada con arreglo al art. 5.2 , deberá superar los valores límites de exposición - art. 8 - pues en tal caso habrán de tomarse inmediatamente medidas para corregirlos y reducirlos.

Es difícil, con solo esas previsiones de la normativa, definir cuándo un trabajador está realizando un trabajo penoso por razón del "nivel de ruido auditivo" que es el que aquí se discute; pero aplicando una interpretación lógica encontramos un primer supuesto de exclusión que es el de los trabajadores que están desempeñando su trabajo con

un nivel de ruido inferior a 80 decibelios de exposición diaria o 135 de pico, puesto que respecto de ellos no existe previsión alguna de protección. Los que desempeñan puestos de trabajo con un nivel superior de exposición, cualquiera que sea esta cifra, por el contrario están sometidos a un nivel de penosidad por ruido auditivo, medido éste sin elementos protectores.

NOVENO.- Ahora bien, la norma, de acuerdo con su finalidad preventiva, exige medir los niveles de ruido del puesto de trabajo sin protector con la finalidad de conocer cuáles son las necesidades de protección, y sólo exige calcular el nivel de ruido con EPI, cuando éste supera los 87 decibelios porque a partir de aquí el riesgo es tan elevado que lo que procede es la paralización del trabajo.

Lo que la norma pretende en definitiva es que se determine cuál es el nivel de ruido del puesto de trabajo para reducirlo con cascos protectores, estimando penoso el que supera los 80 decibelios y por eso le exige protección. O sea, que la penosidad por ruido se considera existente cuando "el ruido que llega al oído" está por encima de aquel nivel de exposición pero, lógicamente no, cuando el ruido que llega al oído es inferior a 80 decibelios; pues en tal caso la penosidad por ruido - insistimos en ello - será la misma que la sufrida por los que no llevan protección porque no lo necesitan; reconocer lo contrario llevaría a concluir que un trabajador que con cascos ve reducido su nivel de ruido a 54.8 y a 67.5 decibelios, cual aquí ocurre, tendría derecho a que su trabajo se considerara penoso y no la tendría por el contrario, el compañero que está sujeto a un ruido de hasta 79 decibelios, y por tanto situado fuera del nivel de protección de la Directiva.

Es en este sentido como, por otra parte, debe interpretarse la previsión contenida en el art. 3.2 antes indicada según la cual, de lo que se trata es de proteger la "exposición real del trabajador al ruido" para lo cual dispone que para aplicar los valores límite de exposición "se tendrá en cuenta la atenuación que produzcan los protectores individuales utilizados por los trabajadores" y no se tendrán en cuenta para determinar "los valores de exposición que dan lugar a una acción". Si para determinar los valores límite de exposición se tienen en cuenta los cascos protectores, y no se tienen en cuenta para determinar los valores que dan lugar a una acción, no puede ser para otra cosa que para que se lleve a cabo la protección obligada y con la misma finalidad de reducir o eliminar la "exposición del trabajador al ruido".

DECIMO.- Por lo tanto, desde la normativa de prevención, lo que se quiere evitar es que un trabajador esté sometido a un nivel de ruido que supere los 80 decibelios, con o sin protectores auditivos para lo cual obliga a las empresas a facilitar a sus trabajadores dichos protectores y otras medidas de superior calado según los casos, siempre con la finalidad de evitar aquella penosidad. Lógicamente, cuando con las medidas de protección previstas, se consigue reducir aquel ruido a niveles inferiores, habrá que concluir que se ha reducido la penosidad; y si con aquéllas se consigue reducir el ruido por debajo de aquel límite legal, habrá que llegar a la conclusión de que se ha eliminado la penosidad por ruido, por lo mismo que no la soportan los trabajadores que están sufriendo un ruido de menos de 80 decibelios.

De todo ello la conclusión a la que procede llegar no es otra que la de entender que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando "el ruido que llega al oído" del trabajador supera los 80 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado elementos de protección y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad por ruido. Debiendo reiterar que aquí solo se ha discutido la penosidad causada por el ruido en relación con el riesgo físico de hipoacusia o sordera, sin que por lo tanto se elimine la posibilidad de que exista penosidad superior si se acredita que el ruido produce, además, otro tipo de dificultades físicas o síquicas, que ni en este procedimiento ni en la normativa en la que la parte actora se apoyó se han contemplado en ningún momento, cual ya se señaló más arriba.

DECIMOPRIMERO.- Quedaría por determinar, una vez decidido que soportando 80 decibelios el trabajo puede considerarse penoso, cuándo debería estimarse "excepcionalmente penoso" como exige el Convenio para dar lugar a la percepción del complemento. En relación con ello la sentencia recurrida se inclina por estimar que el trabajo será "excepcionalmente penoso" con derecho a percibir el complemento cuando el nivel de ruido a que esté sometido el trabajador supere los 87 decibelios, como sostuvo la empresa en la instancia; pero, con independencia de que esta cuestión no ha sido debatida en este recurso, desde el momento y hora en que por encima de los 80 decibelios el trabajador puede llegar a alcanzar una sordera calificable de enfermedad profesional de conformidad con lo previsto expresamente en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprobó el nuevo cuadro de enfermedades profesionales, que considera como tal la hipoacusia o sordera provocada por el ruido para "trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro sea igual o superior a 80 decibelios", debemos llegar a la conclusión que por encima de dicho nivel de ruido la penosidad debe considerarse "excepcional" a todos los efectos, y también a los de dar derecho a percibir el complemento aquí reclamado, pues es excepcional todo aquello que excede de lo normal y, como hemos visto, la normativa de prevención así como las normas de protección social existentes consideran anormal, porque puede producir sordera, una exposición al ruido que alcance o supere los 80 decibelios de exposición diaria.

Por lo tanto, sin aceptar la tesis del demandante, debe quedar muy claro que tampoco se admite la tesis de la sentencia recurrida respecto del nivel a partir del cual procede reconocer el plus de penosidad, pues, aceptando que el nivel de ruido ha de medirse con elementos protectores, nuestra conclusión es que es a partir de los 80 decibelios cuando nace la penosidad por ruido y el derecho a percibir el complemento.

DECIMOSEGUNDO.- El recurrente alega la infracción por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial mantenida por esta Sala en reiteradas sentencias de los años noventa, muy en concreto la contenida en las SSTS 6-10-1995 (rec.- 589/95), 6-11-1995 (rec.-547/95), 19-1-1996 (rec.-597/95) o 12-2-1996 (rec.- 488/95); y tiene razón, porque en estas sentencias se mantuvo que los 80 decibelios de límite para poder hablar de penosidad habrían de medirse sin cascos. Pero no se puede olvidar que aquellas resoluciones se dictaron en un momento en que las medidas de prevención carecían del perfil y precisión que tienen ahora, fundamentalmente después de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo dictada en desarrollo del Tercer Programa de Acción Comunitaria aprobado por Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987, y en concreto contemplando supuestos de hecho anteriores a la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ; y en lo que al presente caso respecta sobre la base de la Directiva 86/188/CEE del Consejo de 12 de mayo de 1986 , que expresamente reconocía en su exposición de motivos o prólogo - en concreto en el último apartado - que "los conocimientos científicos actuales relativos a los efectos de exposición al ruido...no permiten fijar niveles precisos de seguridad", y anunciando que "la presente Directiva contiene disposiciones que deberán ser revisadas sobre la base de la experiencia adquirida y de la evolución de los conocimientos científicos y técnicos en este ámbito".

Es precisamente por el avance técnico por lo que fundamentalmente se dictó la nueva Directiva 2003/10 / CE del Parlamento y del Consejo de 6 de febrero de 2003 como se desprende claramente del considerando 3 de su exposición de motivos. De acuerdo con ello, en la Directiva de 1986 se partía de una evaluación relacionada con "la exposición del trabajador al ruido"... "en el lugar de trabajo" - arts. 2,3,4,5 y siguientes - y se preveían para evitarlo medidas de carácter genérico, mientras que en la normativa actual la medición del ruido en el lugar de trabajo va dirigida no tanto a eliminarlo con carácter general sino a eliminar el ruido que el trabajador percibe, de aquí que se establezcan con mayor precisión en el art. 3 de la Directiva de 2006 tres tipos de valores de exposición -más precisos que los contenidos en la Directiva anterior, y que específicamente se disponga en su art. 3.2 que 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", cuya referencia no existía en la normativa anterior.

En definitiva, se llega a la conclusión de que ha sido modificada y perfeccionada toda la previsión normativa sobre la prevención de los riesgos derivados del ruido, personalizando e individualizando el sentido de la protección frente a las agresiones derivadas del mismo en relación con la capacidad auditiva de los trabajadores, y ello obliga a modificar también las resoluciones judiciales sobre el particular. Con lo que aquella jurisprudencia denunciada no puede mantenerse.

DECIMOTERCERO.- No obstante ello, no cabe duda que del simple hecho de haberse modificado la normativa existente no podría deducirse un cambio de doctrina si no fuera que se hubiera llegado a la conclusión, como así ha ocurrido, de que aquella doctrina era necesario modificarla. Y a esta conclusión se llega fundamentalmente porque, mientras la jurisprudencia representada por las sentencias anteriores se centraba en la valoración del ruido en atención al "puesto de trabajo" sin trabajador, en la actual se está considerando que el ruido que se evalúa lo es en contemplación al "trabajador que desempeña ese puesto de trabajo"; pues el puesto de trabajo objetivamente contemplado no es en sí mismo penoso ni tampoco lo sería si fuera servido por un robot o incluso por una persona completamente sorda.

Pero, además de esa diferencia interpretativa, se da la circunstancia de que aquellas primeras sentencias partían de una consideración de penosidad derivada de una aparente doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que consideraba la existencia de penosidad en atención al nivel de ruido del "puesto de trabajo" sin contemplación alguna de la protección personal que pudiera reducir aquel nivel con cita concreta de la sentencia de dicha Sala de 28 de diciembre de 1990 ; pero la realidad era que la doctrina de dicha Sala tampoco era expresiva de un criterio definitivo si se tiene en cuenta que en sentencia de 5 de abril de 1988 de la misma Sala sólo entendió apreciable el nivel de excepcional penosidad cuando se superaban los 80 decibelios con la protección debida.

Se trata de una cuestión reiteradamente discutida y discutible respecto de la cual ha incidido tanto la normativa de prevención como la relacionada con la posible enfermedad profesional derivada de ruido y respecto de la cual hay que llegar a la conclusión de que tanto las normas de prevención como las normas reguladoras de la retribución, todas ellas relacionadas con la penosidad por ruido exigen ser interpretadas en función del trabajador que desempeña su trabajo en un determinado puesto, antes que en la mera atención objetiva al puesto de trabajo en cuestión, como ya antes se indicó.

DECIMOCUARTO.- La conclusión definitiva que deriva de la argumentación contenida en los anteriores fundamentos jurídicos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida, en cuanto desestima las pretensiones del demandante por no haberse acreditado que éste haya sufrido un nivel de ruido superior a 80 decibelios de exposición diaria en su puesto de trabajo durante el período reclamado, aunque teniendo en cuenta la distinta argumentación sobre la que se sostiene esta confirmación concretada en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución; sin que proceda la imposición de las costas al recurrente por hallarse exento del pago de las mismas por gozar del beneficio de justicia gratuita, en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Don Alexander contra sentencia de 17 de diciembre de 2008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , sede de Granada, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación 1983/08 contra la sentencia de 18 de abril de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social de Granada nº 4 en autos 681/07 . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Gonzalo Moliner Tamborero D. Aurelio Desdentado Bonete

D. Fernando Salinas Molina D. Jesus Gullon Rodriguez

Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D. Jesus Souto Prieto D. Jose Luis Gilolmo Lopez

D. Jordi Agusti Julia Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa Maria Viroles Piñol

Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Luis Ramon Martinez Garrido

D. Joaquin Samper Juan

Voto particular

que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramon Martinez Garrido de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha, 25 de noviembre de 2.009, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina nº 556/2009, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Luis Fernando de Castro Fernandez, D. Jordi Agusti Julia, Dª. Rosa Maria Viroles Piñol, Dª. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun

Mediante este voto particular expresamos con todo respeto nuestra discrepancia del parecer mayoritario de la Sala, que se recoge en la precedente sentencia. Las razones en que se apoya nuestro desacuerdo se exponen esquemáticamente en los razonamientos jurídicos que siguen.

1. La controversia:

a) Se trata de precisar el modo de aplicación, a un caso concreto, del art. 13 del Convenio colectivo del Sector Siderometalúrgico de la Provincia de Granada, que establece un complemento salarial a favor de " *los trabajadores que presten servicios en puestos de trabajo excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos*".

b) El puesto de trabajo del actor es de plegado y repasado con nivel sonoros de 94.3 y 103.7 decibelios que quedan reducidos a 54.8 y 67.5 si el trabajador hace uso de unas "orejeras" facilitadas por la empresa.

2. Los problemas: Decidir,

a) Si el trabajo (el puesto) debe ser considerado excepcionalmente penoso.

b) Si el nivel sonoro determinante de la calificación del puesto de trabajo como penoso o peligroso, debe ser el ambientalmente existente o el que soporta el trabajador que hace uso de los equipos de protección individual.

3. Doctrina tradicional de la Sala:

Una vez que el tema de la determinación de la penosidad o peligrosidad dejó de estar atribuido a la Autoridad Laboral, y consiguiente derivación a los TT de lo Contencioso Administrativo, esta Sala de lo Social en sentencias de 6 de octubre de 1995, 19 de enero y 12 de febrero de 1996 (entre otras) precisó que el nivel sonoro determinante de la aplicación del complemento de penosidad es el existente antes de la aplicación de los equipos de protección individual, cuyo uso continuo proporciona indudables molestias de mayor o menor intensidad, según las características de las medidas protectoras y la personalidad del trabajador. Doctrina que no puede ser calificada de errónea, como al parecer se pretende.. No se alcanza a entender las razones por las que esa doctrina había de ser abandonada y sustituida por la contraria.

4. Situación anterior al RD 286/2006.

De conformidad con lo establecido en el RD 1995/1978 de 12 de mayo que aprobó el cuadro de enfermedades profesionales, y el RD 1316/1989 de 27 de octubre sobre protección de los trabajadores de riesgos derivados de su exposición al ruido, venían fijando en el límite de 85 db. el nivel a partir de cual la empresa estaba obligada a suministrar equipos de protección individual.

Bajo esta normativa se dictaron por esta Sala las sentencias antes referidas, que aceptaron que la penosidad existía a partir de los 85 db y la medición debía hacerse antes de la aplicación de los sistemas de protección individual.

5. Aplicación del RD. 286/2006.

Es norma dictada en trasposición de la Directiva 2003/10 CE e integrante de la regulación de desarrollo en materia técnica, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Su objeto incrementar la protección de los trabajadores frente a los riesgos de exposición al ruido. No regula, ni alude a complementos salariales, que deberán seguir rigiéndose por lo establecido en la legislación nacional, convenios colectivos o contratos individuales. Fija los valores límites de exposición en un máximo de 87 decibelios, en 85 los que dan lugar a una acción, y valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción: 80 db. (art. 5). Y precisa: *"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. Para los valores de exposición que dan lugar a una acción no se tendrá en cuenta los efectos producidos por dichos protectores"*.

6. Conclusiones:

a) Calificación del puesto de trabajo como excepcionalmente penoso. Debe acordarse así al rebasar el límite máximo de los 80 máxime cuando en el presente supuesto se alcanzó 87 db, aunque quede atenuado por la utilización de las "orejeras" u otro medio adecuado de protección.

b) El nivel determinante del devengo del complemento salarial debe ser el anterior a la aplicación de los equipos de protección individual, como había establecido la doctrina anterior de la Sala, que no hay razón alguna para modificar. 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.

7. La sentencia

Ha debido estimar recurso, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo debate en suplicación, desestimar el de esta clase interpuesto por la empresa frente a la sentencia de instancia.

Luis Ramon Martinez Garrido D. Fernando Salinas Molina

D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jordi Agusti Julia

D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D^a Rosa Maria Viroles Piñol

D^a Maria Lourdes Arastey Sahun

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquin Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Esta resolución ha sido suministrada por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) y licenciada para su reutilización. Fecha de la sentencia: 25/11/2009.