

Roj: **STS 620/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:620**Id Cendoj: **28079140012010100054**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2010**Nº de Recurso: **2129/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Humberto contra sentencia de 22 de abril de 2009 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 7 de noviembre de 2008 dictada por el Juzgado de lo Social de Granada nº 2 en autos seguidos por D. Humberto frente a Bacolgra, S.A.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2008 el Juzgado de lo Social de Granada nº 2 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Humberto , contra BACOLGRA, S.A., debo condenar y condeno a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de novecientos cincuenta y un euros y sesenta céntimos (951'64€)".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO-. Que el/la actor/ a D./Dª Humberto , con DNI número NUM000 , viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Bacolgra, S.A. dedicada a la actividad de siderometalúrgia, con antigüedad desde el 28/09/03, categoría profesional de peón y sienmdo su salario base de 36'80 euros diarios, en la sección de producción, la empresa se dedica a la fabricacion y comercialización de apoyos metálicos para la iluminación (esencialmente farolas). SEGUNDO.- Entendiendo que la empresa le adeuda un princi`pal de 2676'17 euros, por los conceptos y periodos que especifica en el hecho 2º de sudemanda, en concreo el plus de penosidad del art. 13 del Convenio Colectivo durente un año, en conexión con el art. 77 de la Ordenanza del Metal, que aquí se dan por reproducidos en aras a la brevedad, interpuso el día 5/07/07 papeleta de conciliación ante el CMAC, celebrándose el acto ante tal organismo con el resultado de sin avenencia el día 16/07/07. Interpuso demanda el día 4/10/07. TERCERO.- Rige el Convenio Colectivo publicado en el B.O.P. de la industria de siderometalúrgia, y que se da por reproducido en aras a la brevedad, al constar incorporado a las actuaciones en el ramo de prueba de la demandada. CUARTO.- El actor desempeña sus tareas de peón en el concreto puesto de trabajo de soldadura longitudinal. QUINTO.- El actor en el periodo de marzo de 2006 a febrero de 2007, ambos inclusive, ha trabajado efectivamente los días, ha disfrutado de vacacioens y ha estado de baja, habiendo percibido los incentivos de producción del uesto de trabajo, en los términos siguientes:

MES DIAS TRABAJO FESTIVOS BAJA INCENTIVOS DIAS EFECTIVOS

MARZ-06 31 23 8 203'28 23

ABR-06 30 15 15 160'27 15

MAYO-06 31 20 11 238'13 20



JUN-06 30 20 10 209'10 20
JUL-06 31 21 10 8 181'14 13
AGTO-06 31 9 22 8 230'73 1
SEPT-06 30 21 9 21 197'72 0
OCT-06 31 21 10 21 149'44 0
NOV-06 30 20 10 20 162'09 0
DIC-06 31 17 14 15 156'00 2
ENER-06 31 18 13 164'90 18
FEB-06 28 19 9 1,875 199'62 17,125
TOTALES 365 224 141 94'88
42,35% 2552'42 129,13

SEXTO.- Según el servicio de prevención de Aremat, el informe emitido en el mes de enero de 2007, en ese puesto concretop de trabajo, se alcanzan los niveles de ruidos siguientes: 89'9 db (LP total), 54'6 db (LP atenuada con protección auditiva proporcionada por la empresa) y 124'2 L pico db".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Bacolgra, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 22 de abril de 2009 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Humberto 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 27 de enero de 2010, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación unificadora que interpone el actor de este procedimiento consiste en determinar cual es el nivel de exposición al ruido 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. Humberto, que presta servicios como peón en la sección de producción de 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 si éxito la conciliación administrativa, el trabajador dedujo demanda que fue estimada en parte por la sentencia de instancia. De su relato de hechos, cabe destacar que tiene por probado que en el concreto puesto de trabajo del actor el nivel de ruido alcanza los 89,9 dB, medidos sin EPI (equipo de protección individual), que se reducen a 54,6 dB si la medición se realiza con los protectores auditivos puestos, y 124,2 dB de pico.

Recurrió la empresa en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada dictó la sentencia de 22 de abril de 2.009 (rec. 76/2009), con la 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". Y el Ministerio Fiscal ha emitido informe considerándolo procedente.

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 marzo 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) por entender que la normativa vigente no ha introducido ningún cambio sustancial que aconseje abandonar la doctrina unificada.

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 ala 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 exclusivamente 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 comparados son prácticamente idénticos y escuetos. Ambos 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 habría sido la referente en el caso de la sentencia de contraste.

Y a estos efectos, 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 articula dos motivos dedicados a exponer la infracción legal, denunciándose en el primero la de los arts. 4 a 11, y en especial del 5.2 del Real Decreto 286/2006; y en el segundo la de la jurisprudencia de esta Sala IV contenida en las sentencias de 6 de octubre de 1995 (rec. 589/95), 6 de noviembre de 1.995 (rec 547/95)– de la que transcribe gran parte de su fundamento quinto – y 12 de febrero de 1.996 (rec. 488/95).



Y alega el recurrente que, en contra de lo que razona la sentencia recurrida, las modificaciones introducidas por el citado RD no afectan a la doctrina unificada por las sentencias que cita, dictadas por cierto en relación con una misma empresa del sector del metal de la provincia de Pontevedra, y a las que habría que añadir la de 12 de febrero de 1.996 (rec, 488/95).

La doctrina sobre las cuestiones que plantea el recurso ha sido recientemente unificada – abandonando expresamente el criterio de las anteriormente citadas – por tres sentencias de 25 de noviembre de 2009 (recursos 556/09, 558/09 y 559/09), dictadas en Sala General, cuyos razonamientos deben darse por reproducidos en evitación de reiteraciones innecesarias. Es suficiente, por tanto, con retener aquí que dichas sentencias comienzan por recordar que:

I. El artículo 5 del Real Decreto 286/2006 contempla a efectos de los valores de exposición tres situaciones: **a)** unos valores límite de exposición diaria 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. Se 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 se estima que hasta esos límites no existe riesgo para la salud auditiva del trabajador.

II. El artículo 5.2 del Real Decreto prevé 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.

III. Por su parte, el artículo 7 prevé que cuando el nivel del ruido supere los valores inferiores de exposición que dan lugar a una acción – los 80 decibelios – el empresario debe poner a disposición del trabajador protectores individuales; cuando se superen los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción se deberá también ejecutar un programa de medidas técnicas y organizativas. No deben superarse los valores límites de exposición, pues frente ellos deben aplicarse inmediatamente medidas para corregirlos y reducirlos. De este esquema se desprende que los valores inferiores a 80 decibelios son irrelevantes a estos efectos, pues no hay medida alguna de protección.

QUINTO.- Interpretando dicha normativa y teniendo en cuenta que el artículo 5.2 del Real Decreto 286/2006 precisa que la finalidad de la norma es proteger al trabajador frente a "la exposición real al ruido", las citadas sentencias concluyen que: **1º)** La penosidad por ruido sólo puede afirmarse que existe cuando "el ruido que llega al oído" del trabajador supera los 87 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado cascos de protección (EPI) y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad; y **2º)** De conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1299/2006, debe considerarse excepcionalmente penoso el nivel de ruido, medido con protección auditiva (ERI), que sea igual o superior a 80 decibelios, en cuanto nivel susceptible de producir una enfermedad profesional.

La aplicación de esta doctrina al presente caso determina la desestimación del recurso, pues que ha quedado acreditado que durante el periodo reclamado, el nivel diario de exposición al ruido que soporta el actor en su puesto de trabajo, medido con los protectores auditivos puestos, solo alcanza los 54,6 dB. No procede la imposición de costas por tener reconocido el recurrente el beneficio de justicia gratuita.

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 por D. Humberto, contra la sentencia de 22 de abril de 2.009 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Granada, en el recurso de suplicación 76/2009, interpuesto frente a la sentencia de 7 de noviembre de 2.008 del Juzgado de lo Social nº 4 de Granada, recaída en los autos 687/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa BACOLGRA, S.A., sobre reclamación de cantidad. Sin imposición de costas.

Devuélvase 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.

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.