

PLUS DE PENOSIDAD POR RUIDO EN EL PUESTO DE TRABAJO COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

*Eva Blasco Hedo*¹

RESUMEN:

En este comentario, la autora analiza el cambio de rumbo adoptado por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el derecho de los trabajadores a la percepción del complemento de penosidad derivado de ruido en el puesto de trabajo.

PALABRAS CLAVE:

Tribunal Supremo, Tribunal superior de justicia de las Comunidades europeas, Contaminación acústica, Protección frente a riesgos laborales, Plus de penosidad derivado del ruido

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio se ciñe al análisis del cambio de rumbo adoptado por la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el derecho de los trabajadores a la percepción del complemento de penosidad derivado de ruido en el puesto de trabajo, en función de que las mediciones se efectúen con o sin protectores auditivos. O lo que es lo mismo, si el plus de penosidad por ruido tienen derecho a percibirlo los trabajadores cuando el puesto de trabajo está sometido a un nivel acústico superior a 80 decibelios, sin tener en cuenta los protectores auditivos de que disponen. O si por el contrario, sólo tendrán derecho a percibirlo cuando con dicha protección individual el nivel de ruido supere los 80 o los 87 decibelios.

Lo que a primera vista pudiera parecer sencillo no lo es tanto, porque no sólo ha supuesto un vuelco en la jurisprudencia social, sino que ha derivado en la interposición, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de una cuestión prejudicial de las contempladas en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acerca de la interpretación de 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).² Dicha cuestión ha sido planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sede de Valladolid) según el reciente Auto de fecha 21 de abril de 2010.³

Antes de adentrarnos en el examen del cambio jurisprudencial, es necesario analizar el marco en materia de protección de la salud de los trabajadores contra los riesgos derivados del ruido. Si nos remontamos a la época de la Revolución Industrial, el ruido de las

¹ *Eva Blasco Hedo es Investigadora y Responsable del Centro de Formación CIEDA – CIEMAT*

² Decimoséptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE

³ Recurso de Suplicación 343/2010. Ponente: D. José Manuel Riesco Iglesias.

máquinas era símbolo de progreso y desarrollo y ni tan siquiera se planteaba el problema de su control, pero la evolución y el crecimiento que ha experimentado el sector industrial desde entonces, pese a la aparición de nuevas y modernas tecnologías, ha hecho que el ruido se haya convertido en una preocupación social en general y dentro del ámbito laboral en particular.⁴ Efectivamente, la incidencia del ruido en el lugar de trabajo no sólo va a repercutir en ese espacio físico sino también en el medio ambiente en general, y tal reciprocidad se va a poner de relieve en el hecho de que un ambiente laboral satisfactorio beneficiará tanto a los trabajadores como a la sociedad.

El artículo 174 del Tratado de la Unión Europea⁵ introdujo como uno de sus objetivos prioritarios en materia de política ambiental la protección de la salud de las personas. De hecho, la Unión Europea se ha ido dotando en los últimos años de un cuerpo normativo altamente avanzado que se dirige a garantizar un mejor nivel de protección de la salud y de seguridad de los trabajadores.⁶ En nuestra Ley General de Sanidad⁷, el ruido pasó a convertirse en un elemento normativo básico, otorgando a las Administraciones Públicas la posibilidad de desarrollar una política dirigida a la protección, promoción y mejora de la salud laboral, presidida por la finalidad de prevención, vigilancia y reducción de la contaminación acústica en el ámbito laboral.⁸ Todo ello bajo el paraguas del art. 40-2 de nuestra Constitución, que eleva a la categoría de principio rector de la política social y económica, la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad e higiene en el trabajo y del art. 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores que reconoce su derecho a una adecuada política de seguridad e higiene. Correlativamente, el art. 19 dice que “el trabajador, en su prestación de servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

Múltiples y variadas han sido las definiciones del ruido desde todos los sectores, máxime teniendo en cuenta el componente subjetivo que tiñe al concepto. Baste por ahora considerarlo como un contaminante físico, en cuanto sonido concreto no deseado que molesta a un concreto perceptor. Conviene aclarar que la contaminación acústica producida por la actividad laboral en el correspondiente lugar de trabajo queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido⁹ y se regirá por la normativa

⁴ El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuerte perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos, tal como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental. (STS Sala de lo Contencioso Administrativo de 29 de mayo de 2003)

⁵ En su versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.

⁶ El artículo 137.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1999, 1205 ter) establece como objetivo la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y seguridad de los trabajadores.

⁷ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁸ El art. 18 de la Ley General de Sanidad, dispone que las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollará una actuación dirigida a la protección, promoción y mejora de la salud laboral.

⁹ Transposición al derecho español de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, que nos habla de la contaminación acústica como "la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para

sectorial aplicable, constituida principalmente por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) y por el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido¹⁰, cuyo objeto es establecer las disposiciones mínimas para la protección de los trabajadores contra tales riesgos y en particular, de los que deriven para la audición; máxime cuando en el medio laboral se presentan casos frecuentes de sordera profesional y de rotura de tímpanos.¹¹

Dentro del marco expuesto hasta ahora y que nos servirá de base para nuestro estudio jurisprudencial, se debe resaltar el valor esencial de la adopción de medidas preventivas para la reducción de la exposición al ruido en el ámbito laboral a partir de la concepción y lugares de trabajo, así como mediante la elección de los equipos, procedimientos y métodos de trabajo, de manera que se conceda prioridad a la reducción de los riesgos en su origen.¹² Sólo para el caso de que estas medidas preventivas no dieran resultado, el empresario será responsable del riesgo que pudiera sufrir el trabajador cuando se superen los límites legalmente establecidos, en nuestro caso, del ruido. Ésto nos permite enlazar con el análisis del cambio jurisprudencial derivado de la modificación normativa sobre la prevención de riesgos laborales expuesta anteriormente.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU MODIFICACIÓN A RAÍZ DE LA SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2009

El Alto Tribunal, en las resoluciones judiciales dictadas con anterioridad a las Sentencias de 25 de Noviembre de 2009 (Sala 4ª)¹³ se centraba en la valoración del ruido en atención al “puesto de trabajo” sin trabajador, mientras que la actual jurisprudencia parte de la evaluación del ruido en contemplación al “trabajador que desempeña ese puesto de trabajo” porque se considera que el puesto de trabajo objetivamente contemplado no es en sí mismo penoso. Este cambio jurisprudencial repercutirá sin duda en el derecho a la percepción del plus de penosidad por ruido, que se traducirá en que un alto porcentaje de trabajadores quedarán vedados de la compensación económica que hasta el momento les correspondía por soportar índices de ruido por encima de los legalmente previstos en su

el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente" (art. 3).

¹⁰ Transpone al Derecho español 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 apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/39/CEE, conocida como Directiva Marco o Directiva Cuadro). La Directiva 2003/10/CE deroga a la Directiva 86/1988/CEE, de 12 de mayo, transpuesta a nuestro derecho interno por medio del Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, derogado a su vez por el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo.

¹¹ Según un Informe del Instituto Nacional de Salud y Seguridad Ocupacional (NIOSH), la pérdida del oído es uno de los 21 temas prioritarios de investigación de este siglo.

¹² Para evaluar correctamente la exposición de los trabajadores al ruido es conveniente aplicar un método objetivo de medición, de ahí la referencia a la norma ISO 1999:1990, que goza de un reconocimiento general.

¹³ (RCUD 556/2009, 558/2009 y 559/2009), seguidas por otras muchas posteriores, como la de 26 de noviembre de 2009 (RCUD 577/2009), 2 de diciembre de 2009 (RCUD 571/2009), 23 de diciembre de 2009 (RCUD 576/2009) ó 3 de febrero de 2010 (RCUD 2129/2009).

centro de trabajo, pero que han sido aminorados con un uso constante de protectores auditivos, que reducen la exposición al ruido por debajo de aquellos límites.

Resulta evidente que la necesidad de acudir a la vía judicial para la obtención de la tutela nace como consecuencia de un conflicto de intereses cuya solución exige un pronunciamiento judicial. En nuestro caso, el objeto de la discusión se centra en el análisis del derecho a la percepción por parte del trabajador del complemento de penosidad, cuando su puesto de trabajo está sometido a unas condiciones tales de ruido que agravan la actividad del trabajador. Para compensar este perjuicio, se establecen unos sistemas de remuneración que de alguna manera vienen a compensar esa mayor penosidad en el puesto de trabajo, los denominados “complementos de penosidad”¹⁴ que en ningún momento pueden convertirse en sustitutos de las medidas de prevención y protección que el empresario está obligado a adoptar, de hecho debe evitar o cuando menos limitar los riesgos suficientemente a través de medios técnicos o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo (art. 17.2 LPRL).

Estos complementos se encuentran regulados en los convenios colectivos, en los que habitualmente se define el concepto de puesto penoso y las labores que se desempeñan bajo estas condiciones. Su reconocimiento bien podría estar ligado a una política de incentivación de los empresarios, que se verán obligados a mejorar las condiciones de trabajo y adoptar las medidas preventivas pertinentes para que la situación en el puesto de trabajo sea compatible con la normativa sobre seguridad y salud laboral, consiguiendo de esta manera eximirse del pago de dichos complementos. De ahí que el incumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral por parte de la empresa, se vincule directamente al derecho salarial. Sin embargo, *“cuando se exime a la empresa de abonar a los trabajadores ese complemento, se hace desaparecer ese incentivo, lo que puede perjudicar el efecto útil de la normativa de seguridad y salud laboral”*.¹⁵

Amparándose en el contenido del Real Decreto 1316/1989, la Doctrina tradicional del Alto Tribunal partía de la base de que el nivel de ruido de los 80 dBA¹⁶ tenía un especial significado de riesgo, pues era a partir del mismo cuando se producía la obligatoriedad en la adopción de determinadas medidas protectoras, que se iban reforzando a medida que los niveles de ruido alcanzaban cotas más altas, 85 dBA y 90 dBA. Y tal como dijo la Sentencia de la Sala 4ª del TS de fecha 28 de diciembre de 1990 en un supuesto de excepcional

¹⁴ Alguna sentencia ha venido a calificar el sistema de complementos retributivos como “una mercantilización de la salud laboral” que, “en cualquiera de sus esferas, no redundo sino en detrimento de la prestación que ambos titulares del contrato se deben recíprocamente” (STSJ País Vasco 21/03/00, Rec. 3192/99)

¹⁵ Auto 21-04-2010 (Sala de lo Social TSJ CyL, Valladolid)

¹⁶ Este RD (derogado por el RD 286/2006) establecía tres niveles de protección: El primero, a partir de 80dBA, con obligación de proporcionar adecuada información y proveer de protectores auditivos a los trabajadores que los soliciten. El segundo nivel comporta la obligación de proporcionar dichos protectores auditivos a todos los trabajadores expuestos a ruidos que alcancen la intensidad de 85 dBA y a proporcionar, a los mismos, controles médicos periódicos cada tres años. Y el tercero, a partir de 90dBA, conforme al cual ha de desarrollarse un programa de medidas técnicas para la disminución del ruido, y han de adoptarse determinadas medidas preventivas, entre las que se hallan el uso obligatorio de los protectores auditivos por todos los trabajadores y la periodicidad anual de los controles médicos.

penosidad, la entrada en vigor del Real Decreto 1316/1989 (recordemos, derogado por el RD 286/2006) “no supone que el límite de decibelios se haya aumentado, como se deduce de la consideración de los arts. 4.2, 5 y 10.1 del mismo, en cuanto que las medidas protectoras resultan obligatorias a partir de los 80 dBA”. El “quid” de la cuestión y lo que va a marcar la diferencia con la doctrina jurisprudencial actual, era la consideración de los dispositivos protectores de los oídos como sistemas de protección personal del trabajador que servían para amortiguar el ruido, pero que en ningún caso afectaban al sistema establecido de trabajo ni a la naturaleza y condiciones objetivas de éste, en cuanto no suponían mejoras objetivas ni de las instalaciones ni de los procedimientos de trabajo ni implicaban una reducción del ruido en estos lugares.

En definitiva, el Alto Tribunal entendió entonces que la disponibilidad de protectores auditivos por parte de los trabajadores podía significar el cumplimiento de la normativa vigente por parte de la empresa, pero en modo alguno impedía la calificación de “penosa” que objetivamente correspondía a la actividad laboral. De ahí que en los casos revisados en aquel momento por el TS, a través de casación para la unificación de doctrina, concedió el plus de penosidad a favor de los trabajadores cuando se superaba el nivel de ruido de 80 decibelios en el centro de trabajo donde desarrollaban su actividad, con independencia de que el trabajador usara tapones o protectores auditivos, máxime cuando el puesto de trabajo era considerado puesto de riesgo o penoso. Para reforzar lo anterior, el TS señaló que el Real Decreto 1995/1978, regulador de las Enfermedades Profesionales, incluye como tal la “hipocusia producida por el ruido” situando este último en el nivel sonoro equivalente a 80 dB.¹⁷

A raíz de la tan citada Sentencia de 25 de Noviembre de 2009 se produce un giro en la doctrina del alto Tribunal que basándose en el contenido de la Directiva 2003/10/CE y del Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, llega a la conclusión de que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando el ruido que llega al oído del trabajador alcanza los 80 decibelios de media. Por tanto, cuando por parte del empresario se hayan facilitado los elementos de protección al trabajador y con ellos se hubiera rebajado ese nivel de ruido, no puede hablarse de penosidad por ruido. Es decir, cuando un trabajador está sometido a un nivel de exposición al ruido que en promedio diario supera los 80 dBA, el empresario tendrá la obligación de abonarle el complemento salarial por penosidad de su puesto de trabajo, si ese complemento está previsto en el convenio colectivo que sea de aplicación a la empresa y al trabajador. Sin embargo, la empresa no tendrá la obligación de retribuir ese complemento, si proporciona al trabajador un equipo de protección auditiva individual que produzca una atenuación del ruido tal que el nivel que llegue al oído del trabajador quede

¹⁷ Entre otras, sentencias de 6 de octubre de 1995 (RCUD 589/1995), 6 de noviembre de 1995 (RCUD 547/1995), 19 de enero de 1996 (RCUD 597/1995) y 12 de febrero de 1996 (RCUD 488/1995). Esta doctrina ha sido ratificada por el TS hasta fechas recientes. Por ello decretó la inadmisión de una serie de recursos de casación para la unificación de doctrina en autos como los de 9 de julio de 2009 (RCUD 4347/2008), 8 de septiembre de 2009 (RCUD 4332/2008), 6 de octubre de 2009 (RCUD 4328/2008), 10 de noviembre de 2009 (RCUD 1230/2009), 9 de diciembre de 2009 (RCUD 1196/2009) ó 3 de febrero de 2010 (RCUD 2129/2009), a través de los cuales fundamentó la falta de contenido casacional, entre otras razones, por tratarse de una cuestión ya resuelta en sentencias anteriores desde hace muchos años, conforme a la doctrina jurisprudencial citada.

por debajo de los 80 dbA. El TS justifica el cambio de su doctrina tradicional en que sus resoluciones se habían basado en unas medidas preventivas que carecían del perfil y la precisión que ahora tienen, en la inexistencia de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y en el contenido de la Directiva 86/1988/CEE, que expresamente reconocía en su Exposición de Motivos que “los conocimientos científicos actuales relativos a los efectos de la exposición al ruido (...) no permiten fijar niveles precisos de seguridad”.

La conclusión a la que el alto Tribunal llega se basa en la interpretación del objeto de la Directiva 2003/10/CE y del Real Decreto que la transpone, dirigido no tanto a determinar el nivel de 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 deba mantenerse por debajo de los valores límite de exposición (80 dbA); en tal caso no existiría penosidad por ruido porque ésta sería la misma que la sufrida por los trabajadores que no llevaran protección porque no la necesitan.

En mi opinión, esta argumentación resulta insuficiente para justificar un cambio tan radical desde el momento en que la Propia Directiva 2003/10/CE reconoce en su Exposición de Motivos que el conocimiento científico de los posibles efectos sobre la salud y la seguridad de la exposición al ruido no bastan para poder establecer niveles precisos de exposición, que cubran todos los riesgos para la seguridad y la salud. Se añade que la reducción de la exposición al ruido se logra de manera más eficaz a partir de la concepción de los puestos y lugares de trabajo, pero en ningún momento se alude a la persona del trabajador o a los efectos que se pudieran producir en su capacidad auditiva o a eliminar el ruido que el trabajador pueda percibir.

Para dirimir el conflicto será necesario conocer con carácter previo los límites de exposición al ruido y las obligaciones que en materia de ruido existen en el trabajo. Tanto la Directiva como el Real Decreto de transposición contemplan tres situaciones concretas: 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 al ejercicio de una acción que no deben superar los 85 decibelios de exposición diaria ni los 140 de pico y c) Valores de exposición diaria que dan lugar a una acción cuando superan los 80 decibelios de exposición diaria y los 135 de pico. A tenor de esta normativa, para medir los valores límite de exposición, se tendrá en cuenta la atenuación de los protectores auditivos mientras que en los dos casos de valores de exposición que dan lugar a una acción, no. (art. 5 del Real Decreto 286/2006). El Alto Tribunal deduce que la diferenciación entre tener en cuenta o no los sistemas de protección auditiva se traduce en la finalidad de reducir o eliminar la “exposición real del trabajador al ruido”, siempre con la finalidad de evitar aquella penosidad.

Sin embargo, el objeto de toda esta normativa es incrementar la protección de los trabajadores frente a los riesgos de exposición al ruido, fijando los valores límite de exposición, pero en ningún momento regula complementos salariales, que deberán regirse por lo establecido en los convenios colectivos o en la legislación nacional y cuyo devengo nacerá con el nivel de ruido que se produzca con anterioridad a la utilización de los equipos de protección individual, doctrina tradicional del TS que no debería haber sido modificada

porque tampoco se ha producido un cambio tan radical en la normativa que justifique la inclinación del peso de la balanza hacia el trabajador y no hacia el puesto de trabajo. Por otra parte, la continua utilización de los equipos de protección podrá evitar si son 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.¹⁸

Las diversas interpretaciones del derecho a la percepción del plus de penosidad, según resulte de aplicación la doctrina tradicional del TS o la fijada a raíz de su sentencia de 25/11/2009 han provocado a su vez contradicciones en la doctrina jurisprudencial social. De hecho, a la propia sentencia “de base” se une un voto particular suscrito por siete magistrados de la Sala. La clarificación de esta cuestión, nos permite adentrarnos en el análisis del siguiente apartado.

II. CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (VALLADOLID) ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA¹⁹

Esta cuestión trae su origen de la demanda planteada por un trabajador en reclamación de cantidad en concepto de complemento de puesto de trabajo derivado de las condiciones penosas del mismo, en concreto, de una exposición a un nivel de ruido en su jornada de trabajo que en promedio diario supera los 85dbA pero que se sitúa por debajo de los 80dbA a través de la medida correctora proporcionada por la empresa, que no es otra que un equipo de protección individual. De conformidad con el convenio colectivo aplicable al caso, el trabajador tenía derecho a cobrar un complemento salarial cuando las condiciones del puesto desempeñado resultaran especialmente penosas o peligrosas. Su demanda fue desestimada por el Juzgado “a quo” considerando que la atenuación del equipo protector suponía un nivel real de exposición en promedio diario por debajo de 80 dbA, sin considerar a tales efectos el nivel de ruido medido en la empresa, superior a los 85 dbA, pero sin hacer uso del equipo de protección auditiva. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación ante el órgano judicial superior, en nuestro caso, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León en Valladolid, que decide plantear la citada cuestión prejudicial.

La Sala basa su planteamiento en tres cuestiones referidas a la interpretación de los artículos 3, 5.2, 6 y 7 de la Directiva 2003/10/CE. Partiendo del supuesto de hecho enjuiciado, los interrogantes de la cuestión prejudicial tienden fundamentalmente a despejar la duda de si una empresa, atendiendo al contenido de la Directiva, podría quedar liberada del pago del complemento de penosidad entregando a sus trabajadores protectores auditivos que redujeran el nivel de ruido por debajo de los 80dbA. Pero la novedad que introduce la Sala en los interrogantes planteados al TJCE recae en la interpretación del párrafo 2 del art. 5²⁰ referido a la obligación que tiene la empresa de establecer y ejecutar

¹⁸ En tal sentido, ver el Voto Particular de la STS 25/11/2009 suscrito por siete magistrados de la Sala.

¹⁹ Auto 21/04/2010. Recurso de Suplicación 343/2010. Ponente: D. José Manuel Riesco Iglesias.

²⁰ “Cuando se sobrepasen los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción, el empresario establecerá y ejecutará un programa de medidas técnicas y/o de organización destinado

un programa de medidas tendentes a reducir la exposición al ruido cuando se sobrepasen los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción (85 decibelios de exposición diaria y los 140 de pico). En el supuesto enjuiciado, la empresa, ni había adoptado tal programa ni tampoco había barajado la posibilidad de recurrir a otros medios técnicos distintos a los equipos de protección individual, que pudieran garantizar la disminución del ruido.

El peso de la balanza se traslada ahora a la conexión existente entre el nivel de ruido que soporta el trabajador y las medidas adoptadas por la empresa para reducirlo, porque la superación de 80 dbA da lugar a una única obligación de entrega de protectores auditivos individuales, mientras que la superación de 85 dbA da lugar a una obligación más compleja, cual es la elaboración del programa descrito. En definitiva, entre los 80 dbA y los 85 dbA, el único incumplimiento del empresario consistirá en no entregar los protectores auditivos individuales, mientras que a partir de los 85 dbA, el incumplimiento consistirá en no adoptar aquellas medidas técnicas y/o de organización. En este caso, como el nivel de exposición al ruido en promedio diario que soportaba el trabajador superaba los 85 dbA, la Sala considera que el hecho de que el empresario le hubiera proporcionado protectores auditivos, no significa que hubiera cumplido la normativa establecida²¹, máxime cuando en estos casos, los protectores se considerarían como una medida transitoria, mientras se aplicaran las medidas contenidas en el programa, o como una medida subsidiaria, cuando no sea posible reducir el nivel de ruido por debajo de los 85 dbA con las medidas técnicas o de organización.²²

Quedaría por determinar cuáles serían los efectos que acarrearía el incumplimiento por parte del empresario en el ámbito del complemento salarial, para el supuesto de que el TJCE considerase que en este caso el empresario no había cumplido con la normativa vigente por no haber adoptado el programa referido. Partiendo de la conexión existente entre la normativa preventiva y la regulación de los derechos salariales del trabajador, así como del incentivo que el pago del complemento de penosidad supone para el empresario, en aras a dar cumplimiento a la normativa preventiva, la Sala considera que la Doctrina reciente de nuestro alto Tribunal podría perjudicar la finalidad de la Directiva, al permitir que el empresario se exima del pago mediante la entrega de protectores auditivos, sin adoptar el correspondiente programa de medidas, cuando el nivel de ruido soportado por el trabajador superara los 85 dbA.²³

a reducir la exposición al ruido” (párrafo 2 del art. 5 -Disposiciones encaminadas a evitar o reducir la exposición-)

²¹ El art. 7.1.b del Real Decreto 286/2006 dice que superado el nivel de ruido de los 85 dbA, el uso de protectores auditivos personales es lícito “mientras se ejecuta el programa de medidas a que se refiere el art. 4.2 y en tanto el nivel de ruido sea igual o supere los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción”.

²² El uso de los protectores auditivos está contemplado en el art. 6.1 de la Directiva 2003/10/CE como subsidiario, “de no haber otros medios de prevenir los riesgos derivados de la exposición al ruido”.

²³ En tal caso, dice la Sala, se podría perjudicar el efecto útil de la Directiva, puesto que ésta pretende que en tales situaciones el empresario adopte medidas técnicas y /o organizativas para la

En conclusión, aunque aparentemente pudiera resultar claro que para el caso de que ruido soportado por el trabajador superara los 85dbA, el empresario estaría obligado a adoptar el tan repetido programa, lo cierto es que nuestro TS pone en cuestión la misma, al interpretar que la obligación empresarial es reducir el nivel de ruido que llega al oído del trabajador por debajo de los 80 dbA, siendo válido para ello la entrega de protectores auditivos sin más. A sensu contrario, resulta incomprensible que ésto que sucede con el plus de penosidad no tenga lugar también con la percepción del plus de peligrosidad fijado en los convenios colectivos. En diversas sentencias, se llega a la conclusión de que el hecho de que por parte del empresario se proporcionen los medios de protección necesarios para disminuir el riesgo a la exposición de sustancias tóxicas o peligrosas (guantes, por ejemplo), en modo alguno significa que el trabajador pierda el derecho al abono del complemento salarial.²⁴

En definitiva, habrá que esperar a la resolución de la cuestión prejudicial para saber a qué atenemos en cada caso concreto y confiar en que sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que resuelva la controversia definitivamente.

reducción del nivel de ruido y el uso de equipos de protección individual solamente puede considerarse como subsidiario de las medidas de naturaleza colectiva.

²⁴ STSJ Castilla y León- Burgos (Sala de lo Social) 15/04/2010. Recurso de Suplicación núm. 176/2010. Ponente: José Luis Rodríguez Greciano