

UNA VISIÓN JURÍDICA DEL PLUS DE TOXICIDAD PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO

A continuación se expone una Sentencia que resuelve el recurso de suplicación formulado por una empresa, frente a la Sentencia de un Juzgado de la Social dictada en un procedimiento de conflicto colectivo, por el que se solicitaba se declarase el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a percibir el plus por trabajo tóxico en la cantidad del 20% del salario base, de conformidad con el artículo 38 del Convenio Colectivo de aplicación.

Esta Sentencia fuera recurrida delante del Tribunal Supremo, el cual dicto Auto de inadmisión el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina.

Y a la vista de esta inadmisión las partes solicitaron la actuación de un Árbitro para la correcta aplicación de la Sentencia.

Como podrá observarse es fundamental en todo el proceso lo pactado en Convenio Colectivo, con independencia que desde el punto de vista técnico preventivo, pueda no existir un verdadero riesgo para la salud de los trabajadores.

Conviene recoger unos párrafos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que ilustran claramente este hecho: “Argumenta asimismo la recurrente, que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha supuesto un cambio sustancial en relación con la normativa anterior constituida por la reglamentación de seguridad e higiene en el trabajo, pues de lo que se trata es de prever que el trabajo se realice con la garantía suficiente para preservar el primer derecho fundamental que regula Constitución, que es «el derecho a la vida y a la integridad física y moral», por lo que, consecuentemente, la política legislativa que se trata de implantar va destinada a evitar, eliminar o aminorar los riesgos en la medida de lo posible, evaluándolos de manera constante y combatiéndolos en su origen, de tal manera, que se deja de concebir como principio general la posibilidad de «pagar el riesgo». No puede por menos la Sala que estar absolutamente de acuerdo con este principio, como lo está la Juzgadora de instancia, y de ahí, que en el fundamento jurídico cuarto de su resolución, señale, expresa y acertadamente, que el reconocimiento del derecho al percibo del «plus per feina tóxica» lo es, sin perjuicio de las medidas de protección general e individual que se han de disponer y que la demandada ha de adoptar para evitar accidentes o enfermedades profesionales, y sin perjuicio, asimismo, de que dicho «plus» pueda desaparecer o regularse de forma diferente en un futuro convenio colectivo. Ahora bien, mientras ello no suceda, en cumplimiento del artículo 38 del Convenio Colectivo de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución y Depuración de Agua de la Provincia de Barcelona – precepto que no se olvide ha sido pactado por los agentes sociales en virtud de su autonomía colectiva, y por ello con la fuerza de obligar que le otorga el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores– no hay duda que los

trabajadores afectados por el conflicto tienen derecho al percibo del repetido «plus», tal como ha resuelto la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 3655/2005, de 26 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sala de lo Social, Sección 1ª)

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Mataró, de fecha 16-04-2004, dictada en autos promovidos sobre conflicto colectivo, confirmando lo resuelto en la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 30 de enero de 2004 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Conflicto colectivo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2004 que contenía el siguiente Fallo:

«Estimar la demanda presentada per Germán, Arturo, José Ignacio i Franco en qualitat de comitè d'empresa de la demandada, contra Simmar, SL en matèria de conflicte col·lectiu i declaro el dret dels treballadors afectats pel mateix, a percebre el "plus per feina tòxica" en la quantia del 20% del salari base i condemno a l'empresa demandada a estar i passar per aquesta declaració».

SEGUNDO. En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

«I.—Els demandants accionen en la seva condició de representants legals dels treballadors i constitueixen la majoria del Comitè d'empresa de l'empresa demandada Simmar, SL, dedicada a l'activitat del ram d'empreses de captació elevació, conducció, tractament, depuració i distribució d'aigües. Els treballadors de l'empresa demandada presten els seus serveis a les Estacions Depuradores d'aigües residuals (Edar) en el sistema de sanejament del Maresme. Els afectats pel conflicte col·lectiu plantejat son els treballadors dels grups professionals 1, 2 i 3 de l'àrea funcional tècnica, en número aproximat de 45. (no controvertit)

II.—La demandada explota les Edar de Mataró, Arenys de Mar, Canyamars, Orrius, Sant Andreu de Llavaneres, Sant Pol de Mar i Teià. Les Edar s'encarreguen de la depuració d'aigües residuals, tant domèstiques com industrials, procedents dels municipis de la seva àrea geogràfica. El procés de depuració de la Planta de Mataró consta, pel que fa a la línia d'aigua, d'un pretractament inicial (filtres, desensorrador, desengreixador) i d'un tractament biològic en doble etapa, conformat per un primer reactor (una bassa d'homogeneització) seguit d'uns decantadors primaris, i per un segon reactor amb decantadors secundaris. Pel que fa a la línia de fang, els fangs generats als decantadors primaris i secundaris de la Planta passen per un espessidor, abans d'anar a les centrífugues de la sala de deshidratació, sense cap procés

de digestió intermedi. Un cop deshidratat, el fang es transportat a la tremuja de càrrega de camions. La Planta genera 17.000 t de fang a l'any (1.400 al mes), la qual cosa comporta un ritme de càrrega de 2 a 3 camions de fang al dia. (foli núm. 325 i 611)

III.–Les relacions entre les parts estan regulades pel **Conveni col·lectiu** de Captació, elevació, conducció, tractament, distribució i depuració d'aigua de la província de Barcelona (DOGC núm. 3809-28.01.03 [LCAT 2003, 64]). L'article 38 de l'esmentat Conveni estableix el següent: "**Plus per feina tòxica. Els treballadors que duguin a terme feines que comportin l'exposició a productes tòxics, i que s'hagin avaluat com a riscos que no siguin eliminables mitjançant les mesures de prevenció establerts en la planificació de l'activitat preventiva de l'empresa, han de percebre aquest plus, la quantia del qual es del 20 % del salari base i que té la mateixa consideració legal que d'anterior. En el cas que l'exposició al risc sigui ocasional, es percebrà proporcionalment al temps d'exposició al risc. El que ara es preveu es considera sens perjudici de les mesures de protecció general i individual que s'han de disposar per evitat accidents o malalties professionals**".

IV.–El Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball del Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme de la Generalitat de Catalunya, va realitzar un informe I.C.B/2899.2002, de data 10.0203, sobre la denúncia interposada contra l'empresa respecte als riscos laborals existents en les estacions depuradores d'agües residuals. Aquest informe anava precedit d'un altre informe I.C.B 2093.2002, relatiu a l'Edar de Mataró, realitzat en el marc d'una campanya de supervisió i control de riscos laborals i de la gestió de la prevenció de les Edar i plantes de tractament de fangs en la província de Barcelona. Dins de l'esmentada campanya està prevista "en un futur pròxim" la visita a la resta d'Edar gestionades per l'empresa demandada Simmar, SL (folis 312 a 314).

V.–L'informa I.C.B. B/2899.2002 de 10.0203, en l'apartat 4. CONCLUSIONS diu: "**A continuació es presenten els principals riscos higièncs als que poden estar exposats, de forma genèrica, els treballadors d'una estació depuradora d'aigües residuals (Edar) típica, com les gestionades per l'empresa Simmar, SL:** Es considera probable el risc d'exposició per inhalació a gasos generats pel fang produït en el procés de depuració, particularment àcid sulfhídric (sulfur d'hidrogen), al llarg de la línia de fangs, fins al moment de la seva sortida de l'Edar. –Es considera probable el risc de patir algun accident, per intoxicació (inhalació d'àcid sulfhídric, per exemple) o asfíxia (a causa de baixos nivell d'oxigen), en el transcurs de tasques efectuades en espais confinats de l'Edar, o en la xarxa externa de col·lectors i d'estacions de bombament dependents de l'Edar. –Es considera probable el risc d'exposició a agents biològics patògens, per contacte directe o bé a través d'esquitxades o aerosol, tant d'aigua residual com de fang i, fons i tot, d'aigua depurada. Aquest risc existeix igualment per contacte directe amb totes aquelles instal·lacions, materials i eines que entrin en contacte, de forma esporàdica o habitual, amb qualsevol d'aquestes substàncies". (folis núm. 318)

VI.– L'empresa Simmar, SL ha realitzat la avaluació de riscos d'agents químics en concret l'exposició a àcid sulfhídric i el risc t'asfíxia en espais confinats i de riscos biològics per contaminació d'agents patògens i ha establert diverses mesures preventives de tipus individual i col·lectiu orientades a la seva eliminació, que consten a l'informa que aporta amb les mesures i la seva data d'implantació des de 1..998 a abril de 2004. (folis 613 a 617)»

TERCERO. Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda formulada en materia de Conflicto Colectivo, se interpone por la empresa demandada, Recurso de Suplicación, el cual tiene por objeto: a) reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión; b) revisar los hechos declarados probados en la sentencia recurrida; y, c) examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas en la misma; recurso que ha sido impugnado por la parte demandante.

SEGUNDO. (...)

TERCERO. (...)

CUARTO. En el segundo motivo de su escrito de recurso, también con correcto amparo procesal, ahora en el apartado b) del ya citado artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente interesa la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, concretamente, para solicitar la modificación del ordinal sexto, así como la adición de dos nuevos ordinales.

Con respecto al hecho probado sexto, se solicita que se añada al final el siguiente párrafo: «con dichas medidas, el contacto con los agentes químicos (ácido sulfhídrico y asfíxia por deficiencia de oxígeno) no existe, ya que con las medidas preventivas implantadas ningún trabajador está expuesto a niveles superiores a los límites de exposición profesional para agentes químicos propuestos por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. En cuanto a los riesgos biológicos, la empresa ha adoptado todas las medidas preventivas en el RD 664/1997, de 12 de mayo, relacionadas con la vigilancia de la salud y minimización del contacto con los microorganismos para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores».

En cuanto al primero de los dos nuevos hechos probados, cuya adición se interesa, la parte recurrente propone el siguiente redactado: «7º.– La empresa tiene en construcción un nuevo digestor para inertizar estabilizar los fangos producidos y así reducir la producción de sulfhídrico. Esta medida sustituye a la recomendada en le informe del Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el

Treball, ya que igual que aquella, reduce el nivel de ácido sulfhídrico. También la empresa ha modificado el protocolo de descarga de fangos a camión de transporte instalando para ello una cámara de televisión para su control a distancia».

Y por lo que se refiere al segundo de dichos hechos, el redactado propuesto es el siguiente: «8º.– Para evitar el contacto del personal con el agua residual y con el fango en las tareas de mantenimiento y limpieza de bolsas, decantadores y reactores, así como en el mantenimiento de los colectores en alta, se han implantado medidas preventivas tales como señalización obligatoria de uso de equipos de protección así como la entrega de dichos equipos. Con la utilización de las medidas implantadas se evita el contacto con el agente biológico y, por lo tanto, el riesgo».

Estas modificaciones fácticas, las fundamenta la parte recurrente en el informe pericial aportada por ella misma, y ratificado en el acto del juicio, obrante en los folios 608 a 617 y en los documentos foliados con los números 618 a 1111 y 1112 a 1300.

QUINTO. Dada la fundamentación del motivo y las alegaciones que con respecto al relato fáctico se efectúan, conviene señalar, con carácter previo, lo siguiente:

A) Es doctrina constante de los Tribunales laborales, contenida en gran número de sentencias –y valgan por todas las de esta Sala números 5387/2002, 5643/2002, 6894/2002, 6945/2002, 7290/2002 y 7774/2002, de 22 de julio, 5 de septiembre, 29 y 30 de octubre, 13 de noviembre y 4 de diciembre)–, la de que **«sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia**, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba»; y,

B) En su consecuencia, se recuerda por la Sala en las citadas resoluciones, que **«el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios** (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia –que aprecia "los elementos de convicción" (artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), concepto más extenso que el de medios de prueba, pues no sólo abarca a los que enumera el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también el comportamiento de las partes en el transcurso del proceso e incluso sus omisiones–, por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, lo que es inaceptable al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el artículo 2.1 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial como el artículo 117.3 de nuestra Constitución otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales».

SEXTO. La aplicación de la doctrina transcrita impone la desestimación de las pretensiones novatorias de la recurrente, (...),

SÉPTIMO. (...)

OCTAVO. La cuestión controvertida, resuelta en la sentencia de instancia, y que ahora se somete a consideración de la Sala, en virtud del recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, es la de **determinar si los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, origen de las presentes actuaciones, tienen o no derecho a percibir el denominado «plus per feina tóxica» establecido y regulado en el precepto del Convenio Colectivo que se invoca como infringido**, y que figura transcrito en el tercero de los hechos declarados probados en la resolución recurrida. Pues bien, siendo ésta la controversia, el motivo ha de ser rechazado, y ello por las siguientes razones:

A) Inmodificado tanto el relato fáctico de la sentencia de instancia, como las apreciaciones de hecho contenidas en los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto de la misma, pero con valor de hecho probado –pues conforme tuvo ya ocasión de señalar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992 , y ratifica la más reciente Sentencia de la propia Sala de 16 de abril de 2004, pese a lo inadecuado de su ubicación, «hay que entender como hechos probados, cualquiera que sea el lugar que en la sentencia ocupen, todas aquellas expresiones en las que el Magistrado exprese su convicción sobre lo acaecido»–, y por ende, no desvirtuada en el presente caso la convicción de la Juzgadora de instancia, y **habiendo quedado esencialmente acreditado: 1º) que la empresa demandada –que explota distintas Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales (Edar) en el sistema de saneamiento del Maresme– ha realizado la evaluación de riesgos de agentes químicos, en concreto la exposición a ácido sulfúrico y el riesgo de asfixia en espacios confinados y de riesgos biológicos por contaminación de agentes patógenos, estableciendo diversas medidas preventivas de tipo individual y colectivo orientadas a su eliminación; 2º) que el riesgo de exposición al ácido sulfúrico no se ha eliminado, ya que a pesar de haberse implantado medidas tales como detectores fijos y sistemas de alarma visual y acústica, no consta se haya seguido la recomendación del informe del Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball, de instalar mecanismos para inertilizar el fango antes que produzca emisión de dicho ácido, ni tampoco modificado el protocolo de carga de los camiones de transporte del citado fango, con peligro para el trabajador que controla la operación y que debido a la proximidad del fango que se hace caer sobre la bañera del camión, puede provocarle exposiciones importantes a emisiones del repetido ácido; y, 3º) que en cuanto a la exposición a agentes biológicos, si bien la empresa ha adoptado medidas preventivas de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, y tiene prevista la implantación de la desinfección del agua tratada que se utiliza para regar y limpiar las instalaciones de la Edar, no consta que se hayan tomado medidas para**

evitar el contacto del personal con el agua residual y el fango en las operaciones de mantenimiento y/o limpieza de depósitos, decantadores y reactores biológicos y en todas aquellas que se llevan a cabo en la red externa de colectores y de estaciones de bombeo; estando por otra parte acreditado, que existe un riesgo biológico en la actualidad y que no es susceptible de ser eliminado totalmente; resultan inoperantes las meras afirmaciones de la recurrente en el sentido de que, con la instalación de las medidas implantadas, el contacto con agentes químicos no existe y el riesgo asociado a los agentes biológicos se ha eliminado; pues la recurrente haciendo caso omiso del relato fáctico sentado por la Juzgadora de instancia, atenta contra uno de los motivos fundamentales de la casación –y sin duda también de la suplicación-, cual es el de la proscripción de hacer supuesto de la cuestión, es decir, la utilización de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución recurrida (Sentencias de esta Sala números 195/2004, de 15 de enero; 6355/2004 y 6359/2004, de 20 de septiembre; y 7627/2004, de noviembre), que citan la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000;

B) Se alega y argumenta también por la recurrente, con cita de doctrina jurisprudencial, que para que se devengue el complemento del plus tóxico no basta que exista un riesgo, si es consustancial con el trabajo, sino que ha de concurrir un riesgo adicional, un riesgo añadido que no se produce en este caso. Lo cierto es, sin embargo, que esta doctrina no es aplicable al presente caso, pues como se advierte de la lectura del precepto cuya infracción se denuncia, para el derecho al percibo del denominado «plus per feina tóxica» no se requiere la concurrencia de riesgos adicionales o añadidos, sino simple y llanamente, que evaluados los riesgos, éstos no se puedan eliminar mediante las medidas de prevención establecidas en la planificación de la actividad preventiva empresarial, que es precisamente lo que acontece en el presente caso; y,

C) Argumenta asimismo la recurrente, que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, ha supuesto un cambio sustancial en relación con la normativa anterior constituida por la reglamentación de seguridad e higiene en el trabajo, pues de lo que se trata es de prever que el trabajo se realice con la garantía suficiente para preservar el primer derecho fundamental que regula Constitución, que es «el derecho a la vida y a la integridad física y moral», por lo que, consecuentemente, la política legislativa que se trata de implantar va destinada a evitar, eliminar o aminorar los riesgos en la medida de lo posible, evaluándolos de manera constante y combatiéndolos en su origen, de tal manera, que se deja de concebir como principio general la posibilidad de «pagar el riesgo». **No puede por menos la Sala que estar absolutamente de acuerdo con este principio, como lo está la Juzgadora de instancia, y de ahí, que en el fundamento jurídico cuarto de su resolución, señale, expresa y acertadamente, que el reconocimiento del derecho al percibo del «plus per feina tóxica» lo es, sin perjuicio de las medidas de protección general e individual que se han de disponer y que la demandada ha de adoptar para evitar accidentes o enfermedades profesionales, y sin perjuicio, asimismo, de que dicho «plus» pueda desaparecer o regularse de forma diferente en un futuro convenio**

colectivo. Ahora bien, mientras ello no suceda, en cumplimiento del artículo 38 del Convenio Colectivo de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Distribución y Depuración de Agua de la Provincia de Barcelona –precepto que no se olvide ha sido pactado por los agentes sociales en virtud de su autonomía colectiva, y por ello con la fuerza de obligar que le otorga el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores– no hay duda que los trabajadores afectados por el conflicto tienen derecho al percibo del repetido «plus», tal como ha resuelto la sentencia recurrida.

NOVENO. Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa «Simmar, SL», contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, en fecha 16 de abril de 2004, recaída en los autos núm. 59/2004, en virtud de demanda deducida por Don Germán, Don Arturo, Don Jose Ignacio y Don Franco frente a la citada empresa, en reclamación por Conflicto Colectivo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Auto de 19 de julio de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª)

AUTO

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil seis.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Mataró se dictó sentencia en fecha 16 de abril de 2004, en el procedimiento nº 59/04 seguido a instancia de D. Luís Andrés, D. José Ramón, D. Rafael y D. Leonardo contra la empresa SIMAR., S.L., sobre conflicto colectivo, que estimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandada, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 26 de abril de 2005, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 7 de julio de 2005 se formalizó por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de SIMMAR, S.L., recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 9 de mayo de 2006 acordó abrir el trámite de inadmisión, por defecto en preparación por falta de núcleo de la contradicción, falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción, falta de determinación y fundamentación de la infracción legal y falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de tres días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del examen de los escritos de preparación e interposición del recurso se desprende la existencia de importantes e insubsanables defectos formales que obligan a inadmitirlo.

(...)

SEGUNDO.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, R. 824/1991 y 1053/1991; 18 de julio, 14 de octubre, y 17 de diciembre de 1997, R. 4035/4996, 94/1997, y 4203/1996; 23 de septiembre de 1998, R. 4478/1997; 7 de abril de 2005, R.430/2004; 25 de abril de 2005, R. 3132/2004; y 4 de mayo de 2005, R. 2082/2004).

La sentencia recurrida ha sido dictada en un procedimiento de conflicto colectivo planteado contra la empresa SIMMAR, SL, dedicada a la explotación de diversas estaciones depuradoras de aguas residuales, para el reconocimiento del derecho al plus de toxicidad por los trabajadores afectados, en la cuantía del 20 % del salario base, con arreglo a lo previsto en el art. 38 del Convenio colectivo de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento,

Distribución y Depuración de Agua de la provincia de Barcelona. La sentencia de instancia estimó la demanda y contra esta decisión interpuso la demandada recurso de suplicación. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de abril de 2005, dictada para su resolución, tras rechazar la nulidad y la revisión de los hechos probados solicitadas, **desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia al haber quedado probado que el riesgo a la exposición al ácido sulfhídrico no se ha eliminado, a pesar de se hayan tomado medidas para su detección**, sin que conste que la empresa haya seguido la recomendación del informe del Centro de Seguridad y Condiciones de Salud en el Trabajo de instalar mecanismos para inertilizar el fango antes de que produzca la emisión de dicho ácido; **y lo mismo sucede respecto a la exposición a agentes biológicos, porque si bien se han adoptado medidas preventivas en el RD 664/1997, de 12 de mayo, no consta tampoco que haya tomado medidas para evitar el contacto de los trabajadores con el agua residual y el fango en las operaciones de mantenimiento y limpieza de depósitos, decantadores y reactores biológicos, y en todas aquellas que se llevan a cabo en la red externa de colectores y de estaciones de bombeo. Y puesto que la norma colectiva citada no requiere la concurrencia de riesgos añadidos para la percepción del plus, sino simplemente que, evaluados los riesgos, éstos no puedan ser eliminados mediante las medidas de prevención establecidas, que es lo que acontece en este caso, ha de concluirse que los trabajadores afectados tiene derecho a percibir el plus reclamado.**

La demandada y recurrente alega ahora que la sentencia recurrida es contraria a la del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 14 de marzo de 1996 (R. 254/1995), que rechaza el derecho el plus de peligrosidad reclamado por un Técnico especialista que prestaba sus servicios en el laboratorio fotográfico de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Las Palmas, y que en el desarrollo de su trabajo debía utilizar hidroquinona, ácido acético diluido e hiposulfito sódico, para el revelado manual de fotografías en blanco y negro; y para el revelado automático de diapositivas en color, además de esas sustancias, monosulfato potasio, hidróxido de potasio al 2,5 %, sulfato potasio, estabilizador y blanqueador, tiosulfato amónico, y formaldeído, habiendo sido acreditado que los productos descritos tienen una peligrosidad baja si se manejan con cuidado y conocimiento profesional, lo que conduce a la Sala a denegar el plus reclamado, al no existir en el trabajo desempeñado una peligrosidad o riesgo añadido mas allá de lo que constituyen las funciones propias de su categoría laboral.

De lo que se deduce la falta de contradicción, toda vez que las funciones o actividades desarrolladas, así como las sustancias a las que quedan expuestos los trabajadores afectados son, en cada caso, diferentes, **al margen de que en la sentencia recurrida el derecho al plus litigioso se establece en el Convenio colectivo para el caso de que el riesgo no se haya eliminado totalmente a pesar de las medidas adoptadas, y por tanto, sin necesidad de la concurrencia de riesgos adicionales o añadidos, cosa que no consta en la sentencia de contraste.**

Por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 217 y 223 de la Ley de Procedimiento Laboral y con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede **declarar la inadmisión del recurso**, con pérdida del depósito constituido para recurrir, y sin pronunciamiento en costas, de acuerdo con el art. 233.2 de la citada ley.

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

LA SALA ACUERDA:

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de SIMMAR, S.L. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 26 de abril de 2005 , en el recurso de suplicación número 6784/04, interpuesto por SIMMAR, S.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Mataró de fecha 16 de abril de 2004 , en el procedimiento nº 59/04 seguido a instancia de D. Luis Andrés, D. Jose Ramón, D. Rafael y D. Leonardo contra SIMMAR, S.L., sobre conflicto colectivo.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente y con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvase los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Laudo Arbitral de 3 de abril de 2007

D. José Luis Salido Banús, Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, miembro del Tribunal Laboral de Cataluña, ha sido designado Árbitro por acuerdo de las representaciones patronal y social de la Empresa SIMMAR, S.L., en aras a tramitar la ejecución de la Sentencia núm. 109/2004, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, en Autos de conflicto colectivo núm. 59/2004, y confirmada por Sentencia núm. 3655/2005, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 26 de abril de 2005.

Visto y examinado el conjunto de los aspectos y circunstancias contenidos en las Sentencias referidas, así como del resto de la documentación facilitada por las partes, y considerando cuanto se expone a continuación, como:

ANTECEDENTES:

Tercero.- En fecha 25 de julio de 2002 el Comité de Empresa de SIMMAR, S.L. interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en

reclamación del complemento de toxicidad regulado en el artículo 38 del Convenio Colectivo de aplicación, el cual establece:

“Los trabajadores que lleven a cabo trabajos que supongan la exposición a productos tóxicos, y que hayan sido evaluados como riesgos que no sean eliminables mediante las medidas de prevención establecidas en la planificación de la actividad preventiva de la empresa, percibirán este plus, cuya cuantía es el 20% del salario base y que tiene la misma consideración legal que el anterior. En el caso de que la exposición al riesgo sea ocasional, se percibirá proporcionalmente al tiempo de exposición al riesgo. Lo que ahora se prevé se considera sin perjuicio de las medidas de protección general e individual que deben disponerse para evitar accidentes o enfermedades profesionales.”

Cuarto.- El Comité de Empresa de SIMMAR, S.L. procedió a la interposición de la demanda judicial ante la Jurisdicción Social (...).

Séptimo.- En fecha, 26 de abril de 2005, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó Sentencia núm. 3655/2005, por la que resolviendo el recurso de suplicación formulado por la Empresa SIMMAR, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, de fecha 16 de abril de 2004, dictada en el procedimiento de conflicto colectivo núm. 59/2004, desestima el referido recurso y, en consecuencia, confirma íntegramente la Sentencia dictada por el Juzgado núm. 2 de Mataró.

Octavo.- En fecha 19 de julio de 2006, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Auto de inadmisión del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, interpuesto por la representación de la Empresa SIMMAR, S.L. contra la referida Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Noveno.- Que por escrito de fecha 24 de enero de 2007 ambas partes, y como fórmula consensuada para la ejecución de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 26 de abril de 2005, se sometieron al presente procedimiento arbitral y en aras del mismo formularon las siguientes cuestiones con relación a la referida ejecución:

¿A qué trabajadores se les aplica el artículo 38 del Convenio Provincial?.

¿Qué lugares de trabajo o tareas concretas tienen riesgos de exposición durante toda la jornada laboral ordinaria en los términos del artículo 38 del Convenio?.

¿Qué lugares de trabajo o tareas concretas tienen riesgo de exposición esporádica o no permanente en los términos del artículo 38 del Convenio?.

¿Cuál es el tiempo de exposición de éstos últimos puestos de trabajo o tareas (de exposición esporádica o no permanente) y el porcentaje que esto representa respecto a la jornada laboral ordinaria?.

Atendiendo a los anteriores parámetros, ¿cuál sería el importe del plus para cada puesto de trabajo o tarea?.

Duodécimo.- Que a los efectos de contar con una visión técnico-preventiva en relación con la ejecución de las sentencias de referencia y las cuestiones formuladas a dilucidar, este Árbitro ha tenido que proceder a solicitar los servicios profesionales de los técnicos prevencionistas de la mercantil X que mediante visita efectuada, el pasado día 22 de marzo del año en curso, a las plantas de tratamiento de aguas residuales, por medio del técnico en prevención, se observó “in situ” el tipo de trabajo realizado en las referidas plantas.

Decimotercero.- Se dicta el presente Laudo en virtud de los Hechos Probados y Fundamentación Jurídica contenidos en las referidas Sentencias dictadas en las diversas instancias en las que se ha dilucidado el Conflicto Colectivo dimanante del presente procedimiento, no pudiendo ser resuelto todo aquello que se aparte del contenido de las mismas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Octavo.- Que en fecha 29 de marzo de 2007, el técnico de Prevención de Riesgos Laborales de la mercantil X., elaboró el informe sobre el plus tóxico en la Empresa SIMMAR, S.L., concluyendo que:

“5.1- Si se considera que los conceptos “exposición al riesgo” o “riesgo de exposición” son equivalentes al de exposición al peligro, o lo que es lo mismo, que esté presente la sustancia tóxica, los puestos de trabajo de los Grupos 1, 2 y 3 tienen “riesgo de exposición permanente durante toda la jornada laboral ordinaria en los términos del artículo 38 del Convenio”, ya que la presencia de sulfuro de hidrógeno en concentraciones no nulas siempre será posible en todas las instalaciones y en cualquier momento.

5.2 – Si se considera que los conceptos “exposición al riesgo” o “riesgo de exposición” corresponden a exposiciones admisibles o no admisibles según expuesto anteriormente en los puntos 4.1 b) y c), no es posible determinar cuantos puestos de trabajo están afectados y cual es la extensión temporal de cada condición de exposición, ya que las evaluaciones de riesgos disponibles no contienen resultados cuantitativos de la exposición a sulfuro de hidrógeno”

RESOLUCIÓN ARBITRAL

Con carácter previo, y en aras a concretar el contenido del presente Laudo debe señalarse que quien suscribe está sujeto al principio de congruencia en la ejecución principio general básico que encuentra su fundamentación jurídica en las disposiciones contenidas en los artículos 239.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, y artículo 207 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como norma supletoria de la primera.

En este contexto, no puede omitirse, por mucho que fuera la voluntad de las partes o de este Árbitro, que en el presente procedimiento se debe velar por el cumplimiento de lo fallado en las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, debiendo satisfacerse los derechos reconocidos a la parte

vencedora del procedimiento. Esto es, el debate sobre si los trabajadores que prestan servicios en las referidas EDAR, así como a qué trabajadores afecta la Sentencia, ya ha sido dilucidado por los Tribunales del Orden Social, debiendo orientarse la actividad al cumplimiento de dichas resoluciones judiciales.

Debe necesariamente es Árbitro, con todas las cautelas que en Derecho correspondan, mencionar la eventual confusión que se produce en el presente procedimiento respecto a los términos “peligro” y “riesgo”. Así, no cabe duda que “peligro”, tal y como se dispone en el informe elaborado por la empresa X., es la posibilidad de que se produzca un daño y por tanto el riesgo de toxicidad, en el presente caso al ácido sulfhídrico, es inherente a la sustancia y por ello pervivirá siempre que esa posible la presencia de dicho ácido. Por el contrario, el “riesgo” es la probabilidad de que el daño producido por la presencia de un tóxico produzca un daño para la salud de los trabajadores, siendo, así pues, el riesgo de intoxicación, la probabilidad de sufrir daños (en función del tiempo de exposición y de la concentración del tóxico en el ambiente).

Entiende este Árbitro que cuando el Convenio Colectivo, en su artículo 38, regula el Plus de trabajo tóxico y su percepción, hace referencia al riesgo de intoxicación y no al peligro debiendo abonarse el referido plus cuando quedase acreditado que los niveles de exposición al riesgo, no eliminado, atentan contra la seguridad y salud de los empleados. Ejemplo de ello es el hecho de que el propio precepto convencional dispone que el referido plus, en supuestos de exposición ocasional se percibirá en proporción al tiempo de exposición (siendo éste una de las variantes para valorar la probabilidad del riesgo, junto con la concentración del tóxico en el ambiente), por lo que no podría considerarse que la mera presencia de ácido sulfhídrico es merecedora de considerarse trabajo tóxico.

Es por ello que, en virtud de lo establecido en el artículo 1.281 del Código Civil, conforme al cual, en los supuestos en que los términos del pacto no dejan duda sobre la intención de las partes, se ha de estar al sentido literal de sus cláusulas y, la intención de las partes negociadoras del Convenio Colectivo de aplicación al caso, se pone de manifiesto cuando en el artículo 38 del mismo, indica que *“en el caso de que la exposición al riesgo sea ocasional, se percibirá proporcionalmente al tiempo de exposición al riesgo”*.

No obstante lo anterior, y en atención a la Fundamentación Jurídica de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, de fecha 16 de abril de 2004, por la que se dispone que el riesgo de exposición a ácido sulfhídrico no se ha eliminado a pesar de implantación de determinadas medidas de prevención, no se han adoptado por la Empresa las recomendaciones contenidas en el informe del Centre de Seguretat i Condicions de Salut en el Treball del Departament de Treball, Indústria, Comerç i Turisme de la Generalitat de Catalunya, de fecha 10 de febrero de 2003, por el que se acaba concluyendo que se considera probable el riesgo de exposición por inhalación de gases generados por el fango en el proceso de depuración, particularmente de ácido sulfhídrico, el riesgo de sufrir accidentes

por intoxicación o asfixia, así como riesgo de exposición a agentes biológicos patógenos por contacto directo o indirecto con los mismos. Este riesgo existe también por contacto directo con todas aquellas instalaciones, materiales y herramientas que entren en contacto de forma esporádica o habitual con cualquiera de dichas sustancias, así como no se había modificado el protocolo de carga de camiones de transporte de fangos de la EDAR de Mataró, además de las alusiones contenidas respecto a los riesgos de exposición a agentes biológicos, la Magistrado concluye, de la valoración de la prueba practicada en el acto de juicio oral que se declara el derecho de los empleados afectados a percibir el plus por trabajo tóxico.

A la vista de cuanto antecede, como Árbitro designado en el presente procedimiento, vistos y examinados el conjunto de antecedentes y circunstancias del presente caso y en atención a las preguntas formuladas por las partes debo resolver:

A la pregunta respecto ¿a qué trabajadores se les aplica el artículo 38 del Convenio Provincial?. Que los trabajadores afectados son los pertenecientes a los Grupos 1, 2 y 3 del área funcional tal y como se contiene en el Hecho Probado Primero de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Mataró, de fecha 16 de abril de 2004, y que vienen identificados en el Antecedente decimoprimer del presente Laudo, y son los que tienen derecho a percibir el plus de toxicidad establecido en el artículo 38 del Convenio Colectivo, por estar expuestos al riesgo de exposición a ácido sulfhídrico no eliminado a pesar de las medidas preventivas adoptadas por la Empresa, tal y como concluye el fallo de la referida Sentencia, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

A la pregunta de ¿qué lugares de trabajo o tareas concretas tienen riesgos de exposición durante toda la jornada laboral ordinaria en los términos del artículo 38 del Convenio?, debo disponer que, en virtud de los hechos probados, fundamentación jurídica de las sentencias objeto de la presente ejecución, así como el fallo de las mismas, son aquellos ocupados por los empleados de los Grupos 1, 2 y 3 del área funcional que prestan servicios en las plantas de la Empresa objeto de conflicto, y que, como ya se ha referido, se identifican en los antecedentes, sin poder entrar este Árbitro en valoraciones técnicas o mediciones de exposición a riesgos que podrían llevar a la conclusión de que existen puestos de trabajo cuyos niveles de exposición son mínimos, ocasionales o nulos, por cuanto podría considerarse que se extralimita en sus facultades, de forma que se debe estar a los hechos constatados en las Sentencias objeto de ejecución, y careciendo las mismas de mayor concreción, quien suscribe no puede por medio del presente procedimiento subsanar dicha inconcreción.

A la misma conclusión debe llegarse en relación a la cuestión relativa a los trabajos o tareas concretas de riesgo esporádico o no permanente, por cuanto dicha circunstancia no ha sido tomada en consideración en el procedimiento judicial objeto de ejecución, que concluye con un fallo salomónico: *“declaro el dret del treballadors afectats pel mateix, a percebre el “plus per feina tòxica” en la quantia del 20% del salari base”*. De dicho fallo se desprende que el importe

a percibir por los empleados afectados por el Conflicto será el 20% del salario base establecido en las tablas salariales del Convenio Colectivo de aplicación, que será percibido exclusivamente durante el tiempo en que los trabajadores estén expuestos a los riesgos analizados, esto es, debiendo estar a la prestación efectiva de servicios, por cuanto el propio Convenio Colectivo reconoce la posibilidad de percibir el referido plus en proporción al tiempo de exposición, entendiéndose como tal en nuestro caso, y en atención a las Sentencias objeto de ejecución, la mera prestación de servicios en las instalaciones de las EDAR.

Por lo que se refiere a la pregunta de ¿cuál es el tiempo de exposición de éstos últimos puestos de trabajo o tareas (de exposición esporádica o no permanente) y el porcentaje que esto representa respecto a la jornada laboral ordinaria?, debe reiterarse este Árbitro en que dicha pregunta se extralimita de la presente ejecución de sentencia por cuanto (i) en el referido procedimiento judicial no consta probado, ni tan siquiera se incluye alusión alguna a eventuales exposiciones esporádicas o no permanentes al riesgo, y (ii) la conclusión alcanzada en la sentencia de instancia, confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de abril de 2005, es que todo empleado de los grupos 1, 2 y 3 del área funcional están sometidos permanentemente al riesgo de exposición a agentes tóxicos.

Y por último, y en relación a la cuestión formulada respecto a cuál sería el importe del plus para cada puesto de trabajo o tarea, hay que decir que la respuesta no puede ser otra que referirse al porcentaje previsto en el Convenio Colectivo y ratificado por las repetidas Sentencias de referencia, o sea el 20% del salario base en los términos ya expuestos, es decir, el 20% del salario base por cada día efectivamente trabajado.