

## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad Complutense

# LAS EXCEPCIONALES CIRCUNSTANCIAS PARA APLICAR EL PLUS RELACIONADO CON LA PELIGROSIDAD Y SU POSIBLE NEUTRALIZACIÓN

ÁLVARO SAN MARTÍN RODRÍGUEZ\*

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 113/2023, de 31 de enero*

ECLI:ES:TSJAS:2023:158

**SUPUESTO DE HECHO:** Don Erasmo presentó una demanda contra dos empresas del grupo Elecnor, reclamando el reconocimiento de su derecho a percibir los complementos de penosidad y peligrosidad establecidos en el convenio colectivo aplicable. Frente a la sentencia, dictada por el Juzgado de Oviedo, que desestima la demanda interpuesta por don Erasmo recurre el trabajador en suplicación, denunciando, la infracción de los artículos 28 y 43.seis del Convenio Colectivo para la Industria del Metal del Principado de Asturias, en relación con el artículo 2 del Real Decreto 614/2001, de 8 de junio, sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico. Reclama el trabajador el reconocimiento de su derecho al percibo de los pluses de penosidad y peligrosidad, así como el abono de las cantidades dejadas de percibir en tales conceptos desde diciembre de 2019. La sentencia ahora impugnada considera que no concurren en su prestación de servicios las condiciones especialmente penosas por él invocadas y que, aunque la misma presenta ciertos riesgos, su empleadora adopta diversas medidas para paliarlos, que logran que el peligro sea mínimo y por ello considera que no procede el percibo de ninguno de los dos complementos interesados.

**RESUMEN:** Las especiales condiciones en las que debe aplicarse el plus de peligrosidad en determinadas actividades no generan un derecho automático a su percibo por parte de los empleados. El debate versa entorno a si la adopción de medidas de seguridad que minimizan riesgos excluye o no el derecho al percibo de complementos salariales por penosidad y peligrosidad si estos riesgos continúan presentes en la actividad laboral. El artículo presenta un caso real en que dicho concepto retributivo puede ser exigidos si se alcanzan dichas condiciones, pero también podría ser neutralizado aplicando diversos canales habilitados por la doctrina judicial.

\* Doctor en Derecho y abogado.

## ÍNDICE

1. ANTECEDENTES
2. SOBRE LA DOCTRINA JUDICIAL APELADA
3. SOBRE EL PLUS DE PELIGROSIDAD
4. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA A LOS HECHOS EN PRESENCIA
5. CONCLUSIONES

### 1. ANTECEDENTES

A raíz de la publicación de varias sentencias frente a empresas del sector siderometalúrgico en las que se condena a los empleadores al reconocimiento y retribución en la nómina del plus de peligrosidad, una empresa recibe diversas peticiones desde la representación legal de los trabajadores en diferentes regiones para el reconocimiento de la misma en su plantilla.

Apoya su petición sobre la STSJ Asturias 31 enero 2023 que interpreta que en empresas del mismo sector y, a priori, en condiciones iguales, procede el abono de dicho complemento por parte de la empresa porque, y a modo de síntesis, a pesar de las medidas de protección y seguridad que haya implantado la empresa, persiste el riesgo para el empleado.

### 2. SOBRE LA DOCTRINA JUDICIAL APELADA

La sentencia del TSJ de Asturias 31 enero 2023 (núm. 113/2023) analiza las especiales condiciones en el que se desarrolla el contrato de obra eléctrica en red subterránea de alta tensión (hasta 50 Kv), media tensión y baja tensión elaboradas por Hidrocantábrico distribución eléctrica SAU y las actividades que tiene que realizar la empresa Elecnor, que consisten en la ejecución de obras de ampliación, reforma, sustitución, reparación, mantenimiento y operación de las Líneas Subterráneas de AT (hasta 50 kV), MT y BT, CT de interior, así como tendido de Fibra Óptica (F.O.) y la aportación de pequeño material y, en su caso, el material estandarizado por HCDE necesario para su instalación en las redes subterráneas propiedad del grupo EDP HC Energía en las instalaciones ubicadas en el Principado de Asturias y los municipios de Negueira de Muñiz y Villablino.

En este sentido, la guía de riesgos elaborada por E-REDES relativa a los centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas identifica los riesgos inherentes a las instalaciones existentes en los distintos centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas y define las medidas preventivas mínimas aplicables para el control de los riesgos y difundir las medidas a tomar ante situaciones de emergencia. Identifica algunos factores de riesgo, como son las proyecciones de fragmentos o partículas debidas a la acción generada por arcos

eléctricos en laborales de desbroce en proximidad a los distintos equipos eléctricos o las explosiones por presencia de baterías por proximidad.

Respecto al plus de peligrosidad, se centra la sentencia únicamente en determinar si la adopción por el empresario de medidas de seguridad que disminuyan o minimicen dichos riesgos excluye o no la percepción del complemento, pues la propia juzgadora de instancia ya reconoció la existencia de riesgos de entidad en la actividad desempeñada que exceden de aquellos que puedan afectar a las actividades desempeñadas por otros oficiales de segunda del convenio colectivo del metal (fundamentalmente, riesgos de contacto eléctrico, arco eléctrico, incendio y explosión, calificados de moderados en la práctica totalidad de tareas a desempeñar por el trabajador que demandó).

Partiendo de esta premisa, la sentencia resuelve la polémica señalando que las medidas de seguridad adoptadas por el empresario minoran los riesgos a los que el recurrente se encuentra sometido, pero no determinan su desaparición. Indica que la única manera en que los riesgos desaparecerían por completo sería la no realización de trabajos en contacto o proximidad con cables o líneas de tensión que puedan ocasionar daños por electricidad, incendio o explosión que existen y se califican como moderados en la práctica totalidad de las tareas a desempeñar.

Señala que “mientras el trabajo se preste en circunstancias de penosidad, toxicidad o peligrosidad, existe conforme al convenio colectivo de aplicación, derecho al percibo del complemento correspondiente, y no habiendo excluido por completo tal peligrosidad las medidas adoptadas por el empresario, teniendo en cuenta que el riesgo, aunque sea en menor medida, continúa presente, tal complemento debe ser reconocido”.

### **3. SOBRE EL PLUS DE PELIGROSIDAD**

Este complemento remunera al trabajador por las especiales condiciones de peligrosidad inherentes al puesto de trabajo o a las tareas desempeñadas. El pago del plus ha de implicar siempre una compensación a la actividad de personas concretas que, de forma temporal o permanente, se vean obligadas a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia (STSJ Granada 24-10-13 o STSJ Galicia 27-2-15).

Junto los de penosidad y toxicidad, estos pluses no son exigibles por riesgos las dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión, puesto que los mismos ya están contemplados en la fijación del salario, sino cuando venga reconocido expresamente en el convenio colectivo de aplicación sin que sea suficiente que los trabajadores presten servicios o desarrollen tareas con esas características (STSJ La Rioja 5-6-07).

Las labores deben exceder de las que son características del puesto que fue tenido en cuenta para la asignación de la retribución básica o salario base (STS 24-11-97) ya que por penosas que sean las tareas, si la penosidad fue tomada en cuenta para la fijación de las retribuciones no procede el plus de peligrosidad (STS 24-11-97). Tal es así que cuando se produce un cambio de puesto de trabajo no plantea problema para la eliminación de su devengo o cuando el convenio decide expresamente su eliminación, por considerar desaparecido el elemento del cual traía causa, e incluso por haber sido pactada la supresión a cambio de realizar inversiones para lograr aquel objetivo. Sin embargo, en caso de ausencia de prueba de que la retribución ya compensa la peligrosidad, si se dan las condiciones, se tiene derecho a su percepción (STS 15-11-06).

La concurrencia de tales circunstancias debe ser habitual, no esporádica e infrecuente, sin llegar a exigirse que toda la actividad se desarrolle bajo las mismas y, consecuentemente, sin limitar su pago al tiempo de trabajo en dichas condiciones (STS 12-2-96; 22-1-99 o STSJ Las Palmas 21-5-08). En ausencia de pacto en el convenio colectivo o contrato de trabajo, el plus de peligrosidad se percibe por día efectivo de trabajo, no por días naturales, debido a su condición de complemento funcional (STS 10-12-08). Su abono ha de reflejarse en la nómina de forma independiente (STS 22-1-10) y la fecha de efectos de su reconocimiento no es la de la sentencia en la que se reconoce, sino aquella desde la que se acredita su realización si no está prescrito el período (STS 31-1-01 y 10-10-00).

El plus de peligrosidad, en concreto, deriva de la existencia de un riesgo adicional debido a la inseguridad de su desempeño ante un eventual ataque o daño. A título de ejemplo, se consideran peligrosos los siguientes trabajos: el conductor de un camión de mercancías peligrosas (STSJ Asturias 28-1-00); el reconocido a maestros que prestan servicios en un centro de educación especial (STSJ Galicia 9-7-14) o el de los bomberos de un aeropuerto (STS 23-6-93). No se ha reconocido el abono del plus de peligrosidad, por ejemplo, en el caso de trabajadores sociales que realizan visitas a domicilio de personas con problemas mentales para valorarlas, si no resultan probados los requisitos de excepcionalidad de la situación y la habitualidad del riesgo (STSJ Las Palmas 22-10-21).

Es preciso señalar que no es necesario que el tipo de riesgo en el desempeño del trabajo sea inminente y concreto, pues dicha interpretación obligaría, con carácter general, a apreciarla sólo una vez verificada la actualidad del elemento de amenaza. Basta con resultar potencial y real, pero siempre teniendo en cuenta que tales riesgos no derivan de manera inmediata de la posible afectación general, ni tampoco cabe considerarlos per se inherentes al específico grupo profesional de que se trate. El complemento se devenga sin que se produzca una situación dañosa, ya que su finalidad intrínseca no es la reparación del incumplimiento empresarial del deber de suministrar a sus dependientes la máxima seguridad y salubridad técnicamente posible.

La posible afectación general del riesgo no lo convierte en meramente potencial o abstracto, ni lo hace genéricamente inherente a la específica tarea de que se trate.

Por otro lado, la existencia de medidas de seguridad no excluye el devengo de este complemento si el puesto de trabajo es de especial peligrosidad. Por tanto, compensa un riesgo que no es el normal en la función laboral que desempeña el trabajador y que debe ser entendido de forma dilatada en el tiempo, no esporádico e infrecuente, respecto del puesto que genera el peligro (SSTS 12-2-96; 21-7-97; 18-10-91 y STSJ Extremadura 27-1-15; STSJ País Vasco 15-4-98). Por esas razones, cuando se acredita que el riesgo no existe, o este no es habitual, no procede el abono del complemento (TSJ Málaga 13-2-14 y STSJ Galicia 31-1-14).

#### **4. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA A LOS HECHOS EN PRESENCIA**

La empresa refiere que la situación de hecho juzgada en STSJ de Asturias 31 enero 2023 (núm. 113/2023) guarda una similitud con su actividad, por cuanto las condiciones en las que desarrolla el trabajo su plantilla son muy cercanas a las que desarrolla su trabajo la plantilla de Elecnor. A este respecto solo queda acudir al núcleo del debate para determinar la aplicación de este plus, que consiste en determinar si la existencia de medidas de seguridad excluye o no el devengo de este complemento si el puesto de trabajo es de especial peligrosidad.

El criterio de la aplicación de medidas de protección para valorar la peligrosidad ha sido tradicionalmente interpretado por el Tribunal Supremo, que señala que “el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo no se excluiría por la existencia de determinadas medidas de seguridad que, obviamente, han de adoptarse para evitar en lo posible siniestros previsibles en todo puesto de trabajo que entrañen suma peligrosidad” (SSTS 21 julio de 1997 y 23 junio 1993).

Partiendo de esta premisa, también debe ser tenida en cuenta otra posición del Tribunal Supremo que, en interpretación del plus de penosidad (similar al de peligrosidad), considera que la adopción de medidas de protección individual supone la cesación en el abono del plus (SSTS 25-11-09, 30-11-11 y 28-3-12). Llega a esta conclusión al determinar que por encima de un determinado nivel el trabajo es excepcional y corresponde el abono. Para la situación de hecho que es enjuiciada, establece que un trabajo sometido a un determinado nivel de decibelios puede considerarse penoso, por cuanto por encima de los 80 decibelios el trabajador puede llegar a alcanzar una sordera calificable de enfermedad profesional de conformidad con lo previsto expresamente en el RD 1299/2006, que considera como tal la hipoacusia o sordera provocada por el ruido para “trabajos que exponen a ruidos continuos cuyo nivel sonoro sea igual o superior a 80 decibelios”.

Defendiendo un criterio análogo, y en los hechos valorados por la STSJ de Asturias 31 enero 2023, podría defenderse que para cada uno de los factores de riesgo detectados en la guía de riesgos elaborada por E-REDES relativa a los centros de transformación, centros de reparto y líneas eléctricas, existen unos determinados niveles de peligrosidad establecidos en las Notas Técnicas de Prevención (NTP) publicadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo que no se superan, y, por tanto, ese riesgo se anularía con la medida de protección adoptada (como es el caso de los protectores auditivos para la penosidad por los decibelios).

Así, a modo de ejemplo, para la energía calorífica que incide durante un fenómeno de arco eléctrico en el trabajador en una instalación o condiciones de trabajo, podría utilizarse como referencia el cálculo aportado por la NTP 904: Arco eléctrico: estimación de la energía calorífica incidente sobre un trabajador. También podrían ser utilizados otros elementos comparativos válidos para calcular el riesgo, como aquel utilizado en autos de la sentencia de ejemplo que es el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Otro criterio similar para combatir la no aplicación en este concepto retributivo puede ser el criterio del Alto Tribunal de que para la fijación de las retribuciones de ese puesto de trabajo ya fue tenido en cuenta la penosidad y peligrosidad de las tareas (STS 24-11-97), pues las labores están incluidas dentro de las características del puesto de trabajo que fue tenido en cuenta para la asignación de la retribución (STS 24-11-97). Así las cosas, si pudiera demostrarse que se retribuye esta circunstancia a través de otro canal retributivo de similar naturaleza, podría entenderse que los riesgos inherentes a esa prestación servicial diferenciada ya vienen siendo compensados.

La última alternativa, por tanto, sería acudir a la negociación colectiva. Partiendo de la base de que los intereses afectados son privados y no públicos, la calificación de la actividad como susceptible de devengar estos pluses depende de la voluntad de las partes, manifestada en el convenio colectivo, por acuerdo, por una decisión unilateral del empresario y/o mediante la designación de un tercero. Por ejemplo, puede establecerse el abono de este complemento por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, previo informe del comité de seguridad, vigilante de seguridad o representantes de los trabajadores (CCol de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales art.22, BOE 23-11-21).

También puede caber en la negociación la neutralización de este complemento por el establecimiento de un sistema retributivo que justifique la fijación del salario en función a las dificultades o características intrínsecas del puesto, evidenciando los criterios a la hora de tener en cuenta esta compensación a la actividad de las personas concretas que se vean obligadas a trabajar en estas condiciones diferentes al resto. También puede pactarse expresamente su eliminación, por considerar desaparecido el elemento del cual traía causa, e incluso por haber sido pactada la supresión a cambio de realizar inversiones para lograr aquel objetivo.

## 5. CONCLUSIONES

El núcleo del debate se sitúa en determinar si, para la actividad desarrollada en alta, media y baja tensión (como en las analizadas en las sentencias comentadas), existen condiciones de peligrosidad y riesgo suficientes como para determinar la retribución del complemento de peligrosidad recogido en convenio colectivo, a pesar de las medidas de protección tomadas.

Jurídicamente el debate ha sido resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y Castilla y León, apoyándose sobre la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo y señalando que las medidas de seguridad adoptadas por el empresario en este tipo de actividad minoran los riesgos a los que el trabajador se encuentra sometido, pero no determinan su desaparición pues la única manera en que los riesgos desaparecerían por completo sería la no realización de trabajos en contacto o proximidad con cables o líneas de tensión que puedan ocasionar daños por electricidad, incendio o explosión ya que se trata de un trabajo desempeñado en condiciones claras de peligrosidad de un modo prolongado y habitual.

Esta doctrina puede ser únicamente debatida desde el punto de vista jurídico con una prueba objetiva de la no superación de las especiales condiciones de riesgo y peligrosidad, como ocurre en el supuesto de penosidad por el excesivo sonido por encima de los 80 decibelios (SSTS 25-11-09, 30-11-11 y 28-3-12). Esta vía jurídica de defensa, asimismo, precisa de elementos objetivos claros de referencia para cada uno de los factores de riesgo presentes en la actividad, y, teniendo en cuenta que son varios los recogidos por las sentencias y escasos los parámetros objetivos existentes (tras una breve investigación de algunos de ellos), el espacio de interpretación para los Tribunales es muy amplio. Por lo tanto, la viabilidad de defensa es limitada, a la vista del amplio número de factores de riesgo y los escasos parámetros a tener en cuenta abriendo, de esta forma, la puerta a una interpretación laxa a la hora de valorar la presencia de peligrosidad.

La última alternativa pasaría por la negociación colectiva, la cual, con vistas a la neutralización de la retribución de dicho complemento, podría contemplar compensaciones de similar naturaleza, inversiones con el objeto de eliminar dichos riesgos y pactar su eliminación o sistemas objetivos de retribución que diferencien las especiales condiciones de dichos puestos de trabajo por la realización de esas tareas y compensen dicho complemento.