

En BILBAO (BIZKAIA), a 5 de abril de 2017.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 6 D/Dª. JAIME SEGALES FIDALGO los presentes autos número 65/2017, seguidos a instancia de ELA contra FERROSER SERVICIOS AUXILIARES S.A., ANSAREO SANEAAMIENTOS, LAB, UTE BILBAO KIROLAK, CCOO y ESK sobre DERECHO A ANTIGÜEDAD / TRIENIOS.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A Nº 151/2017

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 20 de enero de 2017 tuvo entrada demanda formulada por ELA contra FERROSER SERVICIOS AUXILIARES S.A., ANSAREO SANEAAMIENTOS, LAB, UTE BILBAO KIROLAK, CCOO y ESK y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo todas salvo FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A. y UTE BILBAO KIROLAK, y abierto el acto de juicio por S.ª, las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero: UTE KIROLAK BILBAO se halla conformada por ANSAREO SANEAAMIENTOS SA y FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA. Se ocupa de tareas de limpieza en diversos polideportivos de Bilbao. Mantiene una plantilla que ronda los 105 trabajadores y en su comité de empresa están representados 3 miembros de ELA, 3 miembros de CCOO, 2 de LAB y 1 de ESK.

Segundo: La empresa debe ocuparse de limpiar las piscinas, estando afectados por esta demanda 30 trabajadores (limpiadores y peones especialistas).

Tercero: El personal de limpieza atiende, además de la piscina, otros entornos de la instalación deportiva, dedicando a la tarea de limpiar la piscina entre 30 minutos y 60 minutos diarios, dependiendo del tipo de piscina.

Cuarto: En la piscina se utilizan Bromo (Br) y Cloro (Cl) en orden a asegurar la contención de los riesgos biológicos.

Quinto: Las trabajadoras utilizan normalmente guantes para la realización de sus tareas de limpieza.

Sexto: El intento de mediación ante el PRECO fracasó el 13-1-2017.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero: CONVICCIÓN

No se disputa por los ordinales 1º, 2º y 5º.

El ordinal 3º se deduce de la declaración de la testigo Sra. FERNANDEZ.

El ordinal 4º fue puesto de manifiesto por el Perito Sr. OTZERINJAUREGI (informe en el doc. nº 1 de ELA).

Segundo: PLANTEAMIENTO DEL CASO.

Entiende ELA que el personal que se ocupa de la limpieza de las piscinas debería devengar los complementos tóxico y peligroso y, subsidiariamente, sólo el tóxico. Identifica el colectivo afectado en las aproximadamente 30 personas que han de enfrentarse a la limpieza de las piscinas (zonas de playa) por término aproximado de entre una hora y media hora diarias. Sostiene su petición en la existencia de elementos de riesgo biológico (propiciados por usuarios de piscina y el ambiente húmedo) así como en los tratamientos químicos que precisa el entorno de la piscina. Se adhieren a su planteamiento los sindicatos CCOO, ESK y LAB

Opone ANSAREO SANEAMIENTOS SA, en primer lugar, la excepción de inadecuación de procedimiento por considerar que este tipo de controversia debiere remitirse a litigio individual, en el que pueda comprobarse en nivel de afectación particular de cada trabajador. Ya por lo que hace al fondo, señala que el entorno de una piscina no alcanza niveles de toxicidad de consideración dado su uso recreativo incluso para niños.

El art. 6 del CLB (BOB 26-8-2013) indica:

Trabajos nocturnos y excepcionalmente penosos, tóxicos y peligrosos.

Los trabajos nocturnos se abonarán con un incremento del 25% y los penosos, tóxicos y peligrosos con un 20% sobre el salario base.

Cuando corresponda la percepción de dos pluses de los indicados, siendo uno de ellos nocturno, el incremento será de un 45%. En caso de darse dos pluses de tóxico, penoso y peligroso, el incremento será del 40%.

Las cuantías que vinieran percibiendo las/os trabajadoras/es por los mencionados pluses, no podrán ser absorbidas ni compensadas con los incrementos salariales de los Convenios. Percibirán el Plus de Tóxicos, Penosos o Peligrosos todas/os las/os trabajadoras/es que trabajen en

centros o puestos de trabajo donde esté reconocido para las/os trabajadoras/es del Centro, respetando dichos pluses a las/os trabajadoras/es que los vienen percibiendo.

Tercero: SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

La STS de 11-12-2012, RAI 11.333 indica para un contexto asimilable: "Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse resolviendo cuestión similares a la planteada en el presente litigio. Así en la sentencia de 20 de enero de 2004 (JUR 2004, 101157) , recurso 191/2003 , se contiene el siguiente razonamiento: "En este sentido las sentencias de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4274) y 6 de marzo de 2002 (RJ 2002, 4656) han establecido que las pretensiones que tienen por objeto el reconocimiento del carácter peligroso, penoso, tóxico o insalubre de los puestos de trabajo no son normalmente pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo, porque este proceso exige que su objeto tenga una configuración general que puede extenderse a todo el grupo de trabajadores afectados; generalidad que no puede apreciarse en la declaración de un puesto de trabajo como penoso, peligroso o insalubre, porque, como dice la sentencia de 6 de marzo de 2002 , tal declaración "ha de realizarse no con carácter general, sino de forma individualizada para cada puesto de trabajo, con lo que sería posible, en principio, llegar a conclusiones distintas para los distintos puestos en función de las factores de peligrosidad concurrentes en cada uno de ellos". De ahí que en estos casos no hay propiamente "un elemento común de decisión, sino tantas decisiones como puestos de trabajo para los que se pide singularmente el reconocimiento de la peligrosidad" y "esto excluye de forma patente el elemento de generalidad" propio del conflicto colectivo, salvo supuestos excepcionales en que la norma aplicable atribuyera el plus en atención a la categoría profesional de los trabajadores, lo que obviamente no es el caso. Por otra parte, no puede olvidarse que el proceso de conflicto colectivo, cuando afecta a intereses divisibles, es un conflicto sobre la interpretación del alcance de una norma, que se sitúa, por tanto, en la primera premisa del razonamiento jurídico, dotando así de la necesaria generalidad a la decisión, mientras que en el presente caso la pretensión deducida tendería que partir del establecimiento de determinados hechos: si existe o no peligrosidad en los puestos de trabajo relacionados y esto requiere una prueba y un juicio de hecho para cada uno de los puestos de trabajo, lo que, de conformidad con una reiterada doctrina de la Sala, no es objeto propio del conflicto colectivo, pues no puede entrarse en este proceso en una valoración de circunstancias particulares (sentencias de 18 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8818) , 18 de enero de 1995 , 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4447) , 27 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4679) , 8 de julio de 1997 , 13 de octubre de 1997 , 4 de marzo de 1998 , 31 de marzo de 1999 , 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 4432) , 6 de junio de 2001 (RJ 2001, 5497) , 24 de abril de 2002 (RJ 2002, 7857) , 22 y 24 de julio de 2002)."

Por su parte la sentencia de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4274) , recurso 2173/1996 señala: "Los elementos delimitadores del conflicto colectivo, que acaban de relacionarse, no concurren en el presente caso. La indefinición de la norma paccionada, en cuanto no dice que haya de entenderse por trabajo excepcionalmente penoso, tóxico o peligroso, comporta una

obligada individualización de las situaciones a las que puedan ser atribuidas o de las que puedan ser predicadas las notas de excepcional penosidad, toxicidad o peligrosidad. Tal indefinición normativa es correspondida, en el ámbito de esta litis, con una pretensión formulada en términos de tal amplitud que, de suyo, no permite la configuración de un grupo definido por un "interés general", cuya satisfacción pueda coherente con el contenido propio de la norma transcrita. Y ello es así porque tal contenido normativo aboca a que la identificación del supuesto grupo sólo pueda realizarse mediante la verificación individual de las circunstancias concurrentes en las situaciones laborales de los trabajadores; mas, como dice la sentencia de 7 de mayo de 1.997 (RJ 1997, 4226), "en este proceso no cabe entrar en la alegación y prueba de situaciones individuales de cada uno de los integrantes del grupo". En relación con lo expuesto, ya queda indicado que el citado artículo 17 se refiere al carácter excepcional del supuesto peligro o de las supuestas penosidad o toxicidad; pues bien, no es dudoso que tales notas sólo pueden predicarse de situaciones concretas, atendiendo a la naturaleza de las enfermedades de los pacientes, a los medios empleados para el tratamiento, a las circunstancias de hora o lugar del trabajo, o a las medidas de protección que puedan adoptarse."

En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala se solicita que se declare que en la aplicación del artículo 37 del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de la Comunidad de Madrid (LCM 2011, 162), los trabajadores del centro de trabajo de UTE Cobeña Copisa y Sogeoosa tienen derecho a que se declaren los trabajos realizados por los empleados como especialmente penosos, tóxicos o peligrosos, debiéndose condenar a la empresa demandante a estar y pasar por tal declaración.

El artículo 37 en su apartado 1 del citado convenio colectivo dispone que: "A los trabajadores deberá abonarse un incremento del 25 por 100 sobre su salario base. Si estas funciones se que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, efectuaran durante la mitad de la jornada o en menos tiempo, el plus será del 10 por 100."

El apartado 4 de dicho precepto establece: "El caso de discrepancia entre las partes sobre si un determinado trabajo, laboral o actividad debe calificarse como excepcionalmente penoso, tóxico o peligroso, corresponderá a la jurisdicción competente resolver lo procedente."

El tenor de la norma no señala que haya de entenderse por trabajo excepcionalmente penoso, tóxico o peligroso, lo que necesariamente obliga a la individualización de cada una de las situaciones a las que pueda atribuirse tal excepcionalidad, por lo que un determinado puesto de trabajo sólo puede calificarse como excepcionalmente penoso o peligroso atendiendo a las concretas circunstancias que concurren en el mismo."

La aplicación del indicado criterio al caso de autos apunta a la apreciación de la excepción propuesta y ello al considerar no únicamente la morfología del precepto convencional, muy similar al valorado por el TS, sino asimismo al periodo de exposición de cada trabajador, que

oscila entre los 30 minutos y los 60. Aun aceptando que para todos y cada uno de ellos existe un mismo entorno expuesto al cloro y al bromo, resta conocer el nivel de intensidad con el que se utilizan esos compuestos en cada uno de los polideportivos, lo que podría reportar niveles de exposición mayores en un caso que otro. No debe perderse de vista que estamos ante lugares abiertos a su uso -y sin mayores restricciones- por parte de niños (quienes estarían aún más expuestos en el momento de disfrutar del baño, ya dentro del entorno tratado químicamente), lo que pone en entredicho la toxicidad de una exposición ambiental en exposiciones diarias de 30 minutos. No obstante, y ante la eventualidad de que en un caso particular, la aludida exposición -dadas especiales características del entorno o de la actividad- pudiere tenerse por tóxica, procede derivar el debate a los procedimientos individuales que pudieren entablarase entablen.

Estas consideraciones se proyectan desde luego sobre la exposición a los elementos estructurales de peligro (Cl y Br) sin que quepa extenderla a los elementos biológicos, que aún se ven más condicionados por el tipo de tarea particular de cada trabajador (limpieza de retres, vestuarios infantiles, etc...), lo que impide operar incluso con un colectivo aproximadamente predefinido, como podría ser el caso de la exposición al Br y al Cl.

Por lo que procede el acogimiento de la excepción procesal invocada por ANSAREO SANAMIENTOS SA.

Tercero: RECURSOS

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación de acuerdo, que deberá anunciarse al término de los 5 días tras la notificación de la presente.

Vistos y considerados los preceptos legales de aplicación al caso.

FALLO

Que, apreciando la excepción de inadecuación de procedimiento en autos 65/2017, entablados por el sindicato ELA frente a UTE KIROLAK BILBAO (ANSAREO SANAMIENTOS SA y FERROSER SERVICIOS AUXILIARES SA) en el que fueron partes CCOO, LAB y ESK, absuelvo a las demandadas de cuanto se pretendía.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación, por comparecencia o por escrito de las partes, su abogado o representante, designando el letrado que habrá de interponerlo. Siendo posible el anuncio por la mera manifestación de aquéllos al ser notificados.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: En fecha cinco de Abril de dos mil diecisiete fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.