



PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD

ANA MORENO MÁRQUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad no pueden contemplarse de forma aislada, es decir, sin tener en cuenta la normativa establecida en materia de prevención de riesgos laborales, ya que existe una clara conexión entre estos complementos y la presencia de riesgos para el trabajador; riesgos que, a su vez, determinan la necesidad de adoptar una serie de medidas preventivas para eliminarlos o, al menos, neutralizarlos; si bien en algunos casos deben ser asumidos por el trabajador. Por estar razón, en este trabajo se aborda fundamentalmente el tratamiento de estos complementos desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, con objeto de determinar cómo incide la normativa preventiva en su regulación convencional y hasta qué punto tiene sentido su previsión, o resulta totalmente incompatible con la citada normativa.

En particular, se analiza, entre otros aspectos, la posible convivencia entre las citadas medidas preventivas y los complementos de peligrosidad, penosidad o toxicidad, distinguiendo, al mismo tiempo, los diferentes factores que, en unos casos, intervienen en el nacimiento y en la extinción del derecho a la percepción de estos complementos, e incluso, en otros, condicionan su propia existencia, como el tipo de riesgo, bien inherente o consustancial, o bien ajeno a la labor que tiene encomendada el trabajador; o el establecimiento de medidas preventivas y la consiguiente eliminación de esos riesgos; o la exposición esporádica o habitual a los mismos. Lo que, finalmente, permite determinar cuál es la tendencia que se detecta, con carácter general, en las distintas regulaciones convencionales con respecto al mantenimiento o no de este tipo de complementos.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD: CUESTIONES PREVIAS
 - 2.1. Justificación genérica de este tipo de complementos
 - 2.2. Determinación de su percepción, de su cuantía u otras medidas sustitutorias
3. EL TRATAMIENTO DE LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, PENOSIDAD Y TOXICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
 - 3.1. El efecto sustitución
 - 3.2. Convivencia de las medidas preventivas con la percepción del complemento de peligrosidad, toxicidad o penosidad
 - 3.2.1. Trabajos con riesgos consustanciales y adopción de medidas preventivas
 - 3.2.2. Trabajos que se desarrollan en circunstancias ajenas a la labor de las que derivan riesgos y el establecimiento de medidas preventivas
 - A. La excepcionalidad como condición *sine qua non*
 - B. Otros condicionamientos que operan de manera restrictiva
 - 3.3. Soluciones transitorias
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Es bastante habitual que los convenios colectivos recojan complementos salariales de peligrosidad, penosidad y toxicidad, ya sea haciendo referencia a alguna o algunas de estas circunstancias o a todas ellas, y, a su vez, que exista una diversidad de regulaciones convencionales; lo que se refleja, entre otros aspectos, a la hora de establecer en qué condiciones se van a devengar este tipo de complementos, o cómo se determina su percepción, o qué cantidad va a percibir el trabajador. Aún así, en todos los casos es posible detectar un punto de conexión. En concreto, el riesgo o los riesgos laborales por los que se ven afectados los trabajadores; cuestión distinta es que, a su vez, el propio riesgo pueda dar lugar a distintas regulaciones. Ahora bien, no es posible ignorar que, aunque estos riesgos obtienen respuesta en los convenios en forma de partida salarial, siempre es necesario tener en cuenta la existencia de una normativa en materia de prevención de riesgos laborales; normativa que indudablemente va a repercutir en la propia regulación de estos complementos.

Por esta razón, es preciso analizar cómo actúa dicha normativa sobre la regulación convencional, es decir, hasta qué punto condiciona la existencia de estos complementos, y en qué supuestos son compatibles las medidas preventivas necesarias para eliminar o neutralizar los riesgos y el derecho a un complemento de este tipo. Estas cuestiones son las que se van a abordar en este trabajo. Sin embargo, antes de pasar a su estudio, se ha considerado conveniente hacer una breve referencia a ciertos aspectos que tie-



nen relevancia, como son la propia justificación de estos complementos, esto es, lo que les singulariza con respecto a otro tipo de complementos, o la concreción de su percepción; lo que, a su vez, permitirá constatar esa diversidad de regulaciones convencionales a las que se ha hecho referencia y servirá como punto de partida para el tratamiento de dichas cuestiones.

2. LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, TOXICIDAD Y PENOSIDAD: CUESTIONES PREVIAS

Como es sabido, aunque en la redacción actual del ET no existe una mención expresa de este tipo de complementos¹, es posible ubicarlos en el ámbito de los complementos de puesto de trabajo que contempla la norma. Pero, si se quiere conocer su regulación, a la vista de lo indicado en el art. 26 del ET, es necesario acudir a las previsiones contenidas al respecto en los convenios colectivos, ya que es en estos donde es posible encontrar la determinación de la estructura del salario o, en su defecto, será en el contrato de trabajo donde pueda quedar recogida dicha estructura y, por tanto, el complemento en cuestión.

¹ A estos complementos se refería el art. 5 b) del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, derogado tras la reforma operada por la ley 11/1994, de 19 de mayo, así como las reglamentaciones laborales y las ordenanzas laborales que progresivamente también quedaron derogadas. Generalmente las disposiciones de rango legal que han venido regulando el salario han reservado la concreción de su estructura a las disposiciones reglamentarias (*vid.* arts 37 y ss de la Ley de contrato de trabajo de 26 de enero de 1944; Ley de Relaciones Laborales de 8-4-1976; arts 26 y ss de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980). Así es posible encontrar referencias expresas a este complemento vinculado al puesto de trabajo, primero, en el Decreto 1844/1960, de 21 de septiembre y, después, como se ha indicado, en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto. Por su parte, tanto las reglamentaciones de trabajo y las ordenanzas laborales como los convenios colectivos también contenían referencias al respecto, si bien bastante parcas ya que las primeras establecían fundamentalmente la cuantía que debía percibir el trabajador; y, en los segundos, se añadía que sería la autoridad laboral competente la que calificaría la actividad como penosa, peligrosa o tóxica. Sobre estos complementos *vid.* BADIOLA SÁNCHEZ, A. M. —«El plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad: viejos y nuevos problemas», *RL*, 2000/II, pp. 1347 y ss; — «La estructura del salario y en especial el plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad: una cuestión de problemas prácticos», en AAVV *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2003, pp. 43-60; CRUZ VILLALÓN, J. «Los complementos salariales tóxico y de peligrosidad: algunas cuestiones prácticas», *RL*, 1991/I, pp. 1370 y ss; DE LAS HERAS BORRERO, F. M. «Los complementos salariales de penosidad, toxicidad y peligrosidad», *Revista de Política Social*, núm. 130, 1980, pp. 89 y ss; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. «Los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad (grandes ignorados por la doctrina científica y, sin embargo, fuente continua de litigios)», *AS*, mayo, 2007, pp. 57-72.

2.1. Justificación genérica de este tipo de complementos

Estos complementos tienen su causa en el trabajo, pero su justificación real reside en la concurrencia de alguna concausa que, en este caso, responde al hecho de que la realización de determinados trabajos puede ser peligrosa, tóxica o penosa para el trabajador que los tiene encomendados. De este modo, de una forma amplia, es posible señalar que estos complementos obedecen a las condiciones en las que el trabajador desarrolla su labor y que pueden ser nocivas para su seguridad y salud. Así, la causa condiciona su calificación como complementos de puesto de trabajo; si bien, la concausa les dota de singularidad y entidad con respecto al resto de los complementos que merecen idéntica calificación.

Esta justificación genérica se detecta en mayor o menor medida en la regulación contenida en los diferentes convenios colectivos; pero, como no puede ser de otro modo, se materializa de modo singular caso a caso. Sobre todo porque el ET no contiene unos parámetros de los que deben partir los sujetos negociadores a la hora de establecer los supuestos en los que podrían operar estos complementos. En este sentido, sería posible pensar en un listado de actividades en las que podría estar justificada la percepción de este tipo de complementos por parte del trabajador que las desempeñase. Sin embargo, al margen de su operatividad y de los problemas que pudieran plantearse, no existe, como ocurre en otros casos, ese listado de actividades, siquiera orientativo, caracterizadas por su peligrosidad, penosidad o toxicidad a efectos de percibir este tipo de complementos.

La cuestión es que en la práctica tampoco es posible encontrar, en términos generales, una regulación uniforme en los diferentes convenios colectivos en los que se recogen estos complementos; lo que obedece, entre otras razones, a las peculiaridades de cada sector, y, a su vez, se complica con los distintos tipos de labores que se pueden encontrar vinculadas a cada uno de ellos (aunque algunas sean comunes a varios sectores), así como a la diversidad de riesgos que están presentes en cada caso. Más aún si se tiene en cuenta que los trabajadores pueden verse afectados no sólo por los riesgos derivados de la concreta tarea que lleven a cabo, sino también por otros riesgos que proceden de otras labores, o de las circunstancias específicas que se dan en el lugar de trabajo. De ahí la complejidad y casi imposibilidad a la hora de establecer un listado de tareas para las que sería posible que se devengasen este tipo de complementos. Distinto es el establecimiento de ciertos criterios que permitan concretar en el marco de dicha concausa los contornos de su justificación específica; criterios a los que más adelante se hará referencia, ya que antes es preciso analizar cómo se viene determinando el derecho a su percepción.



2.2. Determinación de su percepción, de su cuantía u otras medidas sustitutorias

El ET no impone un reconocimiento obligatorio de este tipo de complementos. El derecho a percibirlo dependerá de lo que se haya negociado, o, en su defecto, de lo que se haya previsto en el contrato de trabajo. Es decir, habrá que analizar en cada caso si existe o no este derecho, lo que claramente vendrá condicionado por la regulación convencional, o por el pacto individual. Éste sólo tendrá operatividad cuando el convenio no haya establecido la estructura salarial, ya que, si la ha previsto, aunque no contemple estos complementos, no es posible un acuerdo al respecto en contrato de trabajo. En definitiva, de ese modo, el trabajador puede prestar servicios que pueden considerarse peligrosos, pero si no se ha previsto la existencia de un complemento al efecto el trabajador no podrá reclamarlo ².

Ahora bien, si se establece en convenio o, en su defecto, en contrato, el trabajador lo podrá reclamar en los términos allí señalados. En este aspecto destaca el hecho de que el ET deje libertad a las partes, de tal forma que en los convenios debería contemplarse, entre otros posibles aspectos, qué se entiende por un trabajo peligroso, penoso o tóxico, en qué condiciones se devengará, su cuantía, cuándo dejará de percibirse. El resultado debería ser una enorme variedad de regulaciones con respecto a estos complementos si se considera esa libertad de las partes y, de hecho, esto es lo que puede constatarse. Cuestión distinta es que, pese al amplio abanico de posibilidades que se presenta para los sujetos negociadores, en muchos casos la característica que está presente en esa diversidad de regulaciones es la parquedad ³. Es decir, el problema es que, en la mayoría de los supuestos, no se concretan algunos de estos aspectos. No es habitual que los convenios

² Vid. STSJ Murcia de 15-10-2001 (JUR 2001, 297163): los jueces no pueden «suplir a los contratantes singulares ni colectivos en el ejercicio de una facultad para la regulación de una materia, la estructura retributiva, que sólo a ellos compete según el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores» (F.J. 3.º); STSJ País Vasco, de 13-10-2005 (JUR 2005, 20974); STSJ La Rioja, de 28-3-2006 (AS 2006, 1863).

³ Vid. art. 79 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BO. Illes Balears 18 octubre 2005); art. 21 del Convenio Colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de la provincia de Barcelona para los años 2005-2008 (DO. Generalitat de Catalunya 3 noviembre 2005); art. 11 del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de Trabajo para el Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 24 del Convenio Colectivo de Tintorerías y Lavanderías de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 28 de abril 2006); art. 40 del Convenio Colectivo de empresas de

precisen si un trabajo se considera o no peligroso, penoso o tóxico, esto es, no suelen definir la concausa a la que se ha hecho referencia, ni distinguen entre lo que es peligroso, penoso, o tóxico. En este aspecto, puede afirmarse que se ha seguido manteniendo la línea establecida en las reglamentaciones y ordenanzas laborales, en las que la nota común al efecto era la ausencia de una regulación detallada. Aunque en ciertos casos sí es posible encontrar, una distinción entre lo que es peligroso, penoso o tóxico⁴; o una consideración conjunta⁵, o algún ejemplo específico⁶; y, en otros, no se da una definición de las notas de peligrosidad, penosidad o toxicidad, sino que se parte de la vinculación de estas características, y, por tanto, del derecho

captación, elevación y distribución de aguas potables y residuales de Extremadura (DO. Extremadura 18 marzo 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de captación, elevación, tratamiento, depuración y distribución de aguas de Albacete (BO. Albacete 3 julio 2006).

⁴ Vid. art. 35, en relación con el art. 34 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 agosto 2005). El art. 34 hace referencia a retribuciones básicas y complementarias y, entre estas últimas, se establece un complemento específico destinado a retribuir determinadas condiciones particulares de cada puesto de trabajo; en concreto, por lo que aquí interesa, peligrosidad, penosidad y toxicidad. Por su parte, es el art. 35 el que define: «A) Trabajo penoso. Se considera penosa aquella actividad laboral cuyo desempeño habitual suponga una especial carga de trabajo física o mental que repercuta negativamente en la seguridad y salud de los trabajadores, sin que existan medidas preventivas o protectoras o que éstas resulten manifiestamente insuficientes para el colectivo que las desempeña. B) Trabajo peligroso. Se considera peligrosa aquella actividad laboral que aún contando con las medidas de prevención y protección racionalmente posibles y adecuadas a la tarea a desarrollar, puede producir un daño o deterioro efectivo en la seguridad y salud de los/las trabajadores/as. C) Trabajos tóxicos. Son aquellos trabajos habituales en los que se manipulen productos químicos o biológicos con una concentración ambiental durante toda la jornada laboral superior al Valor Límite Ambiental (VLA) adoptado por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) para ese contaminante, independientemente de que el trabajador/a utilice los Equipos de Protección Individual (EPI) que, en función de la evaluación inicial de riesgos, se hayan determinado que es preciso utilizar».

⁵ Vid. art. 26 en relación con el art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 24 en relación con el art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004) en los que se define qué se entiende, de forma general, por actividad continuada, tóxica o peligrosa. En concreto indican: «aquellos puestos de trabajo que estén en contacto con colorantes minerales, pinturas, barnices; o cuando se produzcan gases, vapores u otros agentes tóxicos en los que se manipulen sustancias fácilmente inflamables, así como también aquellos en los que se produzca una atmósfera de polvo de madera en suspensión».

⁶ El art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007) señala como ejemplo de labores «excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas» las de «limpieza de hormigoneras y camiones hormigoneras con hormigón fraguado en su interior».

al complemento, a determinadas actividades o puestos específicos⁷, o a la prestación de servicios en condiciones especiales⁸.

Además, a veces sí que se establecen vías específicas para proceder a la determinación de las tareas que se consideran peligrosas, penosas o tóxicas, como son, entre otras, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁹, previo informe del comité de seguridad, o de los representantes de los trabajadores¹⁰, o, en los casos en los que no se llegue a un acuerdo, la intervención de la comisión paritaria del convenio¹¹, o de la Comisión Paritaria de Salud Laboral (previo informe técnico elaborado por el Gabinete Técnico de Salud Laboral Provincial correspondiente)¹², o de la autoridad judicial¹³ o del organismo competente en la mate-

⁷ Vid. art. 18 del Convenio Colectivo del sector de Establecimientos Sanitarios de Hospitalización de Cantabria (BO. Cantabria 17 marzo 2006); art. 31 del Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005); art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005); art. 34 del Convenio Colectivo Campo de la provincia de Cuenca (BO. Cuenca 22 junio 2007); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera para Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 69 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BOE 10 junio 2005); art. 18 del Convenio Colectivo del Sector de fincas urbanas de Zaragoza (BO. Zaragoza 11 marzo 2005); art. 57 del Convenio Colectivo básico, de ámbito estatal, para las Industrias Cárnicas (BOE 28 febrero 2005); art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Sevilla (BO. Sevilla 20 marzo 2007); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006); art. 17 del Convenio Colectivo de Trabajo para la actividad de Talleres de Reparación, Mantenimiento e Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 (BO. La Rioja 24 agosto 2006); art. 17 del Convenio Colectivo del sector Comercio y Manufactura Vidrio Plano de Málaga (BO. Málaga 5 abril 2006); art. 31 del Convenio Colectivo para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia (BO. Región de Murcia 3 julio 2006).

⁸ Vid. art. 17 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Industrias de Frío Industrial (BOE 23 octubre 2007).

⁹ Vid. art. 16 del Convenio Colectivo estatal para la fabricación de helados (BOE 10 marzo 2006); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

¹⁰ Cfr. art. 21 del Convenio Colectivo para la Industria de Alimentos Compuestos para Animales para el período 2006-2008 (BOE 18 enero 2007).

¹¹ Vid. art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

¹² Vid. art. 23 del Convenio Colectivo de rematantes y aserraderos de maderas de Pontevedra (BO. Pontevedra 22 junio 2007).

¹³ Vid. art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005). art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005): «será la autoridad judicial al en-

ria¹⁴. En algún caso, también se contempla la actuación de una comisión de trabajo que elabora un estudio de las actividades y labores que se consideran excepcionalmente peligrosas¹⁵, e incluso la confección, por parte de las empresas y los representantes de los trabajadores, de una relación de puestos de trabajo donde existan condiciones de excepcional penosidad, toxicidad, peligrosidad o suciedad¹⁶

Pero lo que no cabe es atribuir la facultad de determinar si una determinada labor es o no peligrosa a la autoridad administrativa, tal y como venía sucediendo¹⁷. Es decir, son las partes, las que pueden establecer la existencia del complemento, sin que sea admisible la intervención de la citada autoridad para hacer una declaración formal al respecto¹⁸. Es más, no es

juiciar los casos concretos quien determine si el puesto de trabajo es tóxico, penoso o peligroso»; art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

¹⁴ Vid. art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006).

¹⁵ Vid. art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005).

¹⁶ Vid. art. 22 del Convenio Colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora (BO. Zamora 24 agosto 2005).

¹⁷ La calificación de los puestos como peligrosos, penosos o tóxicos se encomendaba a la autoridad laboral de acuerdo con lo establecido en el art. 17.14 del Decreto 799/1971, de 3 de abril, en el que se atribuía a las Direcciones Provinciales de Trabajo competencia en materia de «acuerdos sobre declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros de naturaleza análoga, y cuantas resoluciones se relacionan con la materia». Estos complementos vinculados a la situación de peligrosidad, penosidad o toxicidad, según los casos, carecían de sentido en el momento en el que se establecían medidas tendentes a su desaparición. Lo que nuevamente se comprobaba por la Delegación Provincial de Trabajo para dejar de abonarse a los trabajadores. Vid. SSTSJ Navarra de 26-3-1990 (AS 1990, 2050); Andalucía de 9-7-1993 (AS 1993, 3311). De esta forma se excluía al orden jurisdiccional social de esa calificación. Distinto era que, una vez reconocida la condición de trabajo peligroso, tóxico, etc, el orden jurisdiccional social pudiese conocer las reclamaciones de las diferencias salariales. Vid. ALBIOL MONTESINOS, I. *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Ediciones Deusto, Bilbao, 1992, p. 97; CRUZ VILLALÓN, J. «Los complementos salariales tóxico..., *op. cit.*, pp. 1375-1377. Pues bien, el citado art. 17.14 «fue tácitamente derogado por los artículos del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (STSS de 18-12-1998 (RJ 1999, 308)).

¹⁸ Se vulneraría lo dispuesto en los arts. 117.3 de la CE, 9.5 de la LOPJ y 1 y 2 de la LPL. Cfr. STS 18-7-91 (RJ 1991, 6253), en la que se indica que la atribución de competencias a la administración laboral en materia de declaración de trabajos tóxicos y peligrosos «resulta contraria a la configuración del ámbito jurisdiccional del orden social, tal como éste se delimita en el artículo 1 de la LPL (...) y en el art. 9.5 de la LOPJ, sin que exista, como ya se ha dicho, norma con rango legal que, en razón a su conexión con una competencia típicamente administrativa, habilite a la administración para adoptar decisiones de esta naturaleza, pues no pueden serlo las cláusulas generales y residuales de los apartados a) y b) del art. 11 de la Ley

competente para resolver discrepancias o conflictos entre las partes, sino que la decisión de estos conflictos es competencia de la jurisdicción laboral¹⁹. Sin que esto signifique que la declaración judicial sustituye a la administrativa, ya que el derecho a percibir el complemento en cuestión no se genera desde que existe una sentencia que constata su existencia, sino que sus efectos se vinculan al momento en que el trabajador inicia su labor en la que concurren las circunstancias que determinan su calificación como peligrosa, penosa o tóxica en los términos previstos por las partes²⁰.

Al margen de lo señalado, lo que sí dejan claro las regulaciones convencionales son las cuantías que van a percibir los trabajadores, cuantías que, como es lógico, difieren. Si bien, con independencia de este dato, suelen concretarse a partir del establecimiento de porcentajes (diversos) sobre el salario base²¹ que, a su vez, suelen variar según el mayor o menor tiempo de dedicación²², y según concurra una o más condiciones (peligrosidad,

de Delegaciones del Trabajo de 10 de noviembre de 1942 que, en la medida que contemplaran con carácter general un sistema alternativo de ejercicio de funciones jurisdiccionales por la Administración, resultarían incompatibles con el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.4 de la CE) y con la propia posición que a la Administración corresponde en el nuevo marco de relaciones laborales»; STSJ Comunidad Valenciana 12-9-1995 (AS 1995, 3420); SSTS 18-12-1998 (RJ 1998, 308); 4-11-99 (RJ 99, 8517); 10-10-2000 (RJ 2000, 9425); STSJ Baleares 28-3-2006 (JUR 2006, 189483).

¹⁹ *Vid.*, entre otras, SSTS 18-7-91 (RJ 1991, 6253); 20-7-92 (RJ 1992, 5633); 28-9-92 (RJ 1992, 6823); 6-4-1993 (RJ 1993, 2913); 5-6-1993 (RJ 1993, 5961); 20-7-1993 (RJ 1993, 6293); 25-10-93 (RJ 1993, 8067); 26-4-94 (RJ 1994, 5351); 13-7-1994 (RJ 1994, 6660); 23-11-95 (RJ 1995, 8246).

²⁰ *Cfr.* SSTS de 10-9-2000 (RJ 2000, 9425) y de 31-1-2001 (RJ 2001, 3828). No obstante, en algunos convenios aún se indica. *Vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias siderometalúrgicas de Palencia (BO Palencia 18 noviembre 2005) en el que se indica que será «la autoridad judicial o administrativa correspondiente» las que califique las tareas como penosas, tóxicas o peligrosas; art. 14 del Convenio Colectivo del sector de Industria y Comercio del vino de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 19 octubre 2005); art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo para las Industrias de Hostelería de Segovia (BO. Segovia 4 agosto 2006).

²¹ *Vid.* art. 11 del Convenio Colectivo Provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera para Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 22 del Convenio Colectivo para el sector de Metal Comercio de Zamora (BO. Zamora 24 agosto 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006).

²² *Vid.* art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13

penosidad, toxicidad)²³. En algún caso, se condiciona la percepción de este complemento a la realización de las tareas peligrosas, penosas o tóxicas durante un determinado periodo de tiempo a lo largo de la jornada²⁴. De todos modos, no sólo es posible constatar una amplia variedad de posibles retribuciones por este concepto, sino que también hay que destacar el hecho de que en ciertos convenios se contemplen reducciones de jornadas que varían igualmente en función de la presencia de una, dos o tres de las circunstancias indicadas²⁵; incluso en algún caso se establece que el trabajador puede elegir entre percibir un determinado porcentaje sobre el salario base o la reducción de la jornada²⁶, o se indica la posibilidad de que exista un acuerdo entre la Dirección de la empresa y el Comité o los Delegados de Personal para sustituir el abono del complemento por la citada reducción²⁷.

marzo 2007); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de Derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 31 del Convenio Colectivo para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia (BO. Región de Murcia 3 julio 2006); art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 21 del Convenio Colectivo Nacional para la Industria de Alimentos Compuestos para Animales para el período 2006-2008 (BOE 18 enero 2007). art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007); art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Aserradores y Almacenistas de Madera (BO. Cantabria 13 abril 2005).

²³ *Vid.* art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

²⁴ *Vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

²⁵ *Vid.* art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006); art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005).

²⁶ *Vid.* art. 33 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Toledo (BO. Toledo 22 noviembre 2005).

²⁷ *Vid.* art. 16 del Convenio colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. Cantabria 3 junio 2005).



3. EL TRATAMIENTO DE LOS COMPLEMENTOS DE PELIGROSIDAD, PENOSIDAD Y TOXICIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como se ha señalado, estos complementos tienen su causa en el trabajo, pero en realidad su justificación se encuentra en la concurrencia de una concreta concausa. En este supuesto se trata del hecho de que la realización de determinados trabajos puede ser peligrosa, tóxica o penosa para el trabajador. Ahora bien, si se tiene en cuenta la existencia de una normativa en materia de prevención de riesgos laborales, habrá que analizar en qué términos es posible la convivencia de medidas preventivas con los citados complementos.

3.1. El efecto sustitución

La alternativa entre percepción del complemento o establecimiento de medidas de seguridad no tenía razón de ser mientras permanecía vigente la OGSHT²⁸, y menos aún en la situación actual tras la entrada en vigor de la LPRL. En ningún caso cabe sustituir las medidas preventivas por este complemento salarial, ni siquiera en los supuestos en los que se opta por reducir el tiempo de trabajo, ya que, aunque el trabajador se expone por menos tiempo a los riesgos en cuestión, esto no significa su desaparición sino que vuelven a estar presentes en el momento en el que reinicia la labor. Es cierto que el ET deja libertad a los negociadores para determinar las condiciones de acceso a este tipo de complementos, pero esta norma no puede contemplarse de forma aislada. Es decir, si estos complementos vienen a compensar una determinada situación de riesgo y la LPRL y sus normas de desarrollo establecen una serie de obligaciones para empresarios y trabajadores dirigidas a eliminar, neutralizar y controlar los riesgos, no es posible ignorarlas en el momento de establecerlos²⁹.

²⁸ Aunque en algunos casos la ausencia de medidas preventivas parecía justificar la existencia del complemento. *Vid.* STSJ Cantabria de 13-7-1995 (AS 1995, 2742): «la falta de medidas de seguridad coadyuva dicha consideración» (F.J. 2.º).

²⁹ Con la LPRL cambia la situación precedente «pasando de una actitud conformista cuyo efecto directo era pagar el riesgo al trabajador a otra belicista o activa en la que el riesgo ha de ser, o bien eliminado de raíz, o bien minorado hasta los límites posibles de los conocimientos y de la capacidad humana de que en cada momento se disponga» (cfr. SSTSJ Madrid de 23-12-1999 (AS 1999, 7246); 29-6-2000 (AS 2000, 3413); 28-1-2000 (AS 2000, 739); 29-3-2000 (AS 2000, 2365)). *Vid.* STSJ Cataluña, de 8-7-2003 (AS 2003, 3777), en la que se niega el derecho al abono del plus de peligrosidad por la existencia de medidas de seguridad.

Un referente básico a la hora de interpretar el alcance y el contenido del deber general de prevención (art. 14 LPRL) y de los concretos deberes que se establecen en la LPRL y en sus normas de desarrollo³⁰ son los principios de la acción preventiva. Pero estos principios no sólo se van a proyectar en este sentido, sino también en otros ámbitos de la relación laboral; en concreto, en cuanto a los complementos salariales a los que aquí se hace referencia³¹. El legislador establece una obligación general y unas obligaciones instrumentales en materia de prevención de riesgos laborales pero el parámetro de referencia es común a cualquier trabajo, esto es, estos principios se proyectan en todas las actividades desde un punto de vista positivo, en el sentido de que no cabrá asumir un daño por parte del trabajador.

Por tanto, el punto de partida debe ser evaluar los riesgos, eliminarlos, combatirlos en su origen, sin que sean admisibles compensaciones económicas. Si así fuera estos complementos se entenderían en términos de reparación de las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte del empresario. En definitiva, la ausencia de medidas de prevención no da lugar a la calificación del trabajo como peligroso, por el contrario esto significa que deben ser corregidas las deficiencias³², por lo que aunque el complemento puede estar justificado por la existencia de la concausa a la que se ha hecho referencia, ésta no puede, a su vez, ampararse en el citado incumplimiento³³. De ese modo, la eliminación o la neutralización de los riesgos va a determinar su ausencia³⁴, por lo

³⁰ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, *op. cit.*, p. 113.

³¹- En algunos casos, los convenios hacen referencia a esos trabajos precisamente para incidir en el hecho de que son penosos, tóxicos y peligrosos y, por tanto, las empresas deben tomar las medidas preventivas que sean necesarias para evitar que lo sean. *Vid.* art. 23 del Convenio Colectivo del sector de remanentes y aserraderos de maderas de Pontevedra (BO Pontevedra 22 junio 2007); art. 24 del Convenio colectivo de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO Galicia 2 agosto 2004).

³² *Vid.* STSJ Canarias de 2-6-1995 (AS 1995, 2439).

³³ Algunos convenios colectivos han dejado de establecer complementos de este tipo partiendo precisamente del hecho de que en realidad obedecían a la compensación de un riesgo derivado de ausencia de medidas de prevención. *Vid.* STSJ Madrid, de 23-6-1999 (AS 1999, 2920).

³⁴ Cfr. STSJ Castilla-La Mancha, de 25-11-2003 (AS 2003, 1251): «el actor, con la categoría profesional de Técnico de Mantenimiento General, especialidad de fontanería, viene desempeñando las tareas propias y consustanciales a tal categoría, consistentes, básicamente, en trabajos de entretenimiento, mantenimiento y reparación de las instalaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha en el Campus de Cuenca, lo que desvirtúa la consideración del carácter habitual y excepcionalmente peligrosos de su puesto de trabajo objetivamente considerado, sin que desde luego la posible falta de elementos tendentes a disminuir la siniestralidad en el desempeño de sus funciones (...) pueda transmutar la configuración del puesto de trabajo» (F.J. 4.º). *Vid.* también STSJ Aragón de 6-3-1996 (AS 1996, 513).

que el cumplimiento del deber de seguridad, de acuerdo con la evolución de la técnica va a actuar de forma restrictiva con respecto a la justificación que puede tener este complemento³⁵.

Ahora bien, existen trabajos en los que, aún adoptando todas las medidas posibles, va a haber ciertos riesgos que van a seguir estando presentes. Es decir, el hecho de que se tomen medidas preventivas no siempre va a excluir el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo³⁶. Es en estos casos en los que hay que plantear la posible admisibilidad de un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad, ya que sí que puede constatarse la presencia de la concausa a la que se ha hecho referencia; puesto que se han adoptado todas las medidas posibles, y, aun así, los riesgos siguen estando presentes y el trabajo debe llevarse a cabo.

3.2. Convivencia de las medidas preventivas con la percepción de los complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad

Una vez descartada esa posible sustitución de las medidas preventivas por estos complementos, es necesario determinar hasta qué punto esa presencia de riesgos a la hora de realizar el trabajo viene a justificarlos. Es cierto que los convenios colectivos son los que recogen los términos en los que es admisible el disfrute de estos complementos pero, como ya se ha indicado, en muchos casos su principal característica es la parquedad con que queda reflejado; lo que ha venido causando problemas a la hora de concretar si los trabajadores a los que se les aplican esos convenios tienen o no derecho a percibir los mencionados complementos (o a reducir su jornada en los términos en los que estos indican). Pues bien, partiendo de esa diversidad de regulaciones prevista en los diferentes convenios, se va a tratar de extraer una serie de criterios para determinar en qué medida está prevista la convivencia de las medidas de seguridad y salud laboral que deben adoptarse en las empresas con los citados complementos. Para ello se tendrá en cuenta, junto a la adopción de medidas preventivas, dos aspectos fundamentales, de un lado, la tarea que realiza el trabajador, y, de otro, las circunstancias que rodean a esa tarea para ver cómo influyen en cuanto a los riesgos a los que se encuentra sometido el trabajador y con respecto al nacimiento o no del derecho al complemento en cuestión.

³⁵ Obviamente, tampoco cabría que el trabajador renunciase al establecimiento de medidas preventivas con objeto de sustituirlas por dicho complemento.

³⁶ Vid. STS 21-7-1997 (RJ 1997, 5939); STSJ Comunidad Valenciana de 10-6-1999 (AS 1999, 6666).

3.2.1. *Trabajos con riesgos consustanciales y adopción de medidas preventivas*

En la regulación prevista en los convenios colectivos pueden detectarse diferencias significativas, sobre todo en cuanto a los parámetros que determinan el derecho a la percepción de los complementos de penosidad, peligrosidad y toxicidad. Sin embargo, si se analizan desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, es posible comprobar un tratamiento más o menos homogéneo. En todos los casos se parte de la presencia de una serie de riesgos para el trabajador, ya sea por la realización de trabajos específicos³⁷ por determinados trabajadores³⁸; o actividades concretas, como la manipulación o el transporte de ciertos productos que se consideran tóxicos³⁹, o la reparación de vehículos en carretera⁴⁰; o por emplear determi-

³⁷ Cfr. Art. 48 del Convenio Colectivo del Campo de Albacete (BO. Albacete 28 julio 2006); Disposición adicional tercera del Convenio Colectivo del sector Agrícola, Forestal y Pecuario (BO. Región de Murcia 1 diciembre 2007); art. 17 del Convenio Colectivo del sector Comercio y Manufactura Vidrio Plano de Málaga (BO. Málaga 5 abril 2006).

³⁸ Cfr. Convenio Colectivo estatal de empresas de mensajería (BOE 12 diciembre 2006).

³⁹ Cfr. art. 20 del Convenio Colectivo de ámbito provincial para el sector de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lugo (DO. Galicia 8 noviembre 2005); art. 12 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de tracción mecánica de mercancías de la provincia de Lleida para el año 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 3 octubre 2006); art. 21 del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Granada (BO. Granada 10 julio 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de Transportes Discrecionales de Mercancías de Jaén (BO. Jaén 8 agosto 2006); art. 19 del Convenio Colectivo de trabajo de tracción mecánica de mercancías y logística de la provincia de Girona para los años 2005, 2006 y 2007 (DO. Generalitat de Catalunya 2 octubre 2006); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006); art. 22 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de transportes de mercancías por carretera y logística de la provincia de Tarragona para los años 2005-2007 (DO. Generalitat de Catalunya 31 marzo 2006); art. 41 del Convenio Colectivo del sector del Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BO. Córdoba 30 septiembre 2005); art. 37 del Convenio Colectivo del sector del «Transporte de Mercancías de las Illes Balears» (BO. Illes Balears 13 septiembre 2005); art. 20 del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de Palencia (BO. Palencia 31 agosto 2005); art. 30 del convenio Colectivo del sector de Actividad de Transportes por Carretera, Garajes y Aparcamientos de Burgos (BO. Burgos 12 agosto 2005); art. 36 del Convenio Colectivo de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería (BO. Almería 20 mayo 2005); art. 31 Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 24 del Convenio Colectivo de trabajo de ámbito sectorial para la actividad de Oficinas y Despachos de Jaén (BO. Jaén 22 septiembre 2006); art. 16 del Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de «Comercio Textil», de la Comunidad Foral de Navarra (BO. Navarra 24 mayo 2006).

⁴⁰ Cfr. art. 17 del Convenio Colectivo de Trabajo para la actividad de Talleres de Reparación, Mantenimiento e Inspección Técnica de Vehículos de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 (BO. La Rioja 24 agosto 2006).

nados medios, por ejemplo, mecánicos⁴¹; o por el hecho de que la labor se deba desarrollar necesariamente en determinadas circunstancias, por ejemplo, a temperaturas muy bajas⁴².

Pues bien, aunque en los convenios se presenten una diversidad de razones que en cada situación determinan el nacimiento del derecho al complemento que ahora se analiza, todas ellas tienen en común el hecho de que los sujetos negociadores han tenido en cuenta que en esos trabajos concretos existen una serie de riesgos para la seguridad y salud del trabajador que dan lugar a que esas labores se califiquen como peligrosas, penosas o tóxicas, y, a su vez, se diferencien del resto de las tareas que se llevan a cabo por los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. En estos casos se parte de la labor que realiza el trabajador y, en particular, de los riesgos inherentes o consustanciales a la misma. Es decir, se trata de riesgos propios de esa determinada labor aisladamente considerada que son los que determinan su peligrosidad, penosidad o toxicidad y para los que las empresas están obligadas a adoptar medidas preventivas con objeto de eliminar o neutralizar los riesgos. Hay que tener en cuenta que, si finalmente se eliminan o neutralizan, aunque los convenios colectivos hagan referencia a esas tareas, que por una u otra razón son consideradas penosas, peligrosas o tóxicas, lo que se produciría es una desaparición de la concausa que determina el establecimiento de este tipo de complementos.

Si bien nada impide que se prevea su percepción para los trabajadores que lleven a cabo determinadas labores, al margen de la adopción de medidas preventivas que eliminen o neutralicen los riesgos⁴³. Visto en estos términos el complemento puede carecer de sentido, ya que la eliminación o neutralización de los riesgos prácticamente evitaría calificar al trabajo como peligroso, penoso o tóxico. Sin embargo, lo normal es que no se llegue a

⁴¹ Cfr. art. 31 Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005).

⁴² Vid. art. 31 Convenio Colectivo de trabajo del sector de Pastelería, Confitería, Bollería y Comercio de Valencia (BO. Valencia 28 marzo 2006); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006).

⁴³.- Vid. art. 35 C) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 de agosto 2005). En algunos casos sólo se hace referencia a ciertos trabajos penosos, tóxicos y peligrosos de forma genérica, sin plantearse si se han establecido o no medidas preventivas para eliminar esos riesgos, y la posible existencia de riesgos que no se hayan podido eliminar, sino que sólo por el hecho de prestar servicios con determinados medios o permanecer en contacto con ciertos productos ya se tiene derecho a la percepción del complemento. Cfr. art. 31 del Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005): «Se abonará el siete y medio por ciento sobre hora trabajada, siempre que el trabajo se realice con medios mecánicos. Los trabajadores que permanezcan en contacto permanente con productos tóxicos percibirán un incremento del siete y medio por ciento sobre el tiempo empleado».

este extremo, sino que, en general, la previsión de estos complementos esté vinculada al hecho de que, al margen de que se adopten medidas que minoran los riesgos de esas labores⁴⁴, siempre van a estar presentes determinados riesgos que no es posible eliminar, o neutralizar. Esos riesgos, por una parte, son potenciales y reales (a pesar de haberse adoptado todas las posibles medidas preventivas), es decir, no se requiere que sean inminentes, ya que si ello fuera así sólo se reconocería el derecho al complemento cuando el trabajador hubiera sufrido daños y, en estos casos, no se trata de resarcir esos daños sino la propia situación de riesgo en la que presta servicio; y, por otra, son propios de esas tareas que, si se quiere que se lleven a cabo, el trabajador debe asumir, de tal forma que si no fuese así, no podría desempeñarse el trabajo en cuestión pero esta solución chocaría con otros intereses que están en juego.

Por tanto, el hecho de que se siga realizando la labor, aún conociendo el riesgo que genera, significa admitirlo. Así, por ejemplo, el trabajador que transporta sustancias o productos tóxicos, aunque se adopten todas las medidas necesarias para preservar su seguridad y salud, soporta un riesgo potencial que podría llegar a actualizarse; lo mismo sucede con los trabajadores que deben manipular ciertas sustancias o productos; o los que necesariamente deben realizar su labor en cámaras frigoríficas a unas temperaturas muy bajas; o con los vigilantes de seguridad que deben llevar armas de fuego⁴⁵, entre otros. La solución no pasa por suprimir los factores de riesgos, porque esa supresión impide la realización del trabajo, es decir, sólo cabría dejar de realizar todos estos trabajos en los que se pueden detectar riesgos inherentes o consustanciales al trabajo en cuestión para que estos no existieran. De esta forma, en estos casos, conviven las medidas preventivas, con los riesgos que no cabe eliminar y con un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad que da respuesta a estos últimos⁴⁶ y que opera como fórmula para resarcir ese riesgo consustancial que asume el trabajador; no en términos de reparación, sino de compensación.

De todos modos, hay que recordar que en muchos casos no se reconocen este tipo de complementos, aunque la tarea sea la misma que se recoge

⁴⁴ Cfr. art. 16.7 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005): «las empresas, con la colaboración de los comités de seguridad y salud en el trabajo o vigilantes de seguridad, en su caso, procurarán reducir al máximo los riesgos derivados de los trabajos penosos, tóxicos o peligrosos»; art. 16 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. 3 junio 2005).

⁴⁵ Cfr. art. 69 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008 (BOE 10 junio 2005). No se trata de un plus condicionado por la categoría profesional. *Vid.* STS de 10-10-1997 (RJ 1997, 7348); STSJ Galicia, de 6-4-1999 (AS 1999, 5382).

⁴⁶ *Vid.* STSJ Principado de Asturias, de 15-6-2007 (JUR 2007, 285954).

en otros convenios para determinar su percepción. Es decir, puede ocurrir que un mismo trabajo, dependiendo del convenio aplicable al trabajador, esté o no vinculado a un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad. Desde el punto de vista de la prevención de riesgos, si se considera la labor aisladamente considerada, los riesgos pueden ser los mismos, sin embargo, el tratamiento por los sujetos negociadores puede ser diferente; aunque no varíe objetivamente su percepción como peligrosa, penosa o tóxica⁴⁷. En definitiva, las labores de riesgo que en el ámbito de la prevención deben recibir el mismo tratamiento, no operan en todos los casos como concausa a la hora de establecer estos complementos a los que se viene haciendo referencia, por ello no necesariamente van a convivir.

Lo lógico, más que esa convivencia, es la tendencia a su eliminación, no sólo en los casos en los que la adopción de las medidas preventivas elimina o neutraliza los riesgos, sino también en los que deben asumirse ciertos riesgos. Tendencia que se detecta en algunos convenios, sobre todo cuando los riesgos no deben asumirse de forma continuada. Aunque el objetivo de los negociadores no es tanto prescindir de estos complementos como acotar su ámbito subjetivo estableciendo límites al respecto a la hora de determinar su devengo. Esta limitación se obtiene introduciendo ciertos condicionamientos como la necesidad de que los trabajos en cuestión se lleven a cabo «habitualmente»⁴⁸, o de que el contacto con ciertas sustancias sea «directo»⁴⁹, o de modo «permanente»⁵⁰, no esporádico u ocasional⁵¹;

⁴⁷ Esa consideración se tiene en cuenta en la propia valoración de los puestos de trabajo.

⁴⁸ *Vid.* art. 20 del Convenio Colectivo de ámbito provincial para el sector de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Lugo (DO. Galicia 8 noviembre 2005); art. 16 del Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de «Comercio Textil», de la Comunidad Foral de Navarra (BO. Navarra 24 mayo 2006); art. 25 del Convenio Colectivo de Transportes Discrecionales de Mercancías de Jaén (BO. Jaén 8 agosto 2006); art. 19 del Convenio Colectivo de trabajo de tracción mecánica de mercancías y logística de la provincia de Girona para los años 2005, 2006 y 2007 (DO. Generalitat de Catalunya 2 octubre 2006). De todos modos, la habitualidad no hay que circunscribirla a un desarrollo de la actividad en condiciones de peligrosidad a lo largo de toda la jornada laboral. Cfr. STSJ Castilla-La Mancha, de 24-11-2004 (JUR 2004, 311634): «dicho riesgo es habitual, porque se repite diariamente (a la hora del desayuno, comida, merienda y cena), aunque no sea continuado durante todas las horas de la jornada laboral» (F.J. 6.º).

⁴⁹ *Vid.* Art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceitunas de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005).

⁵⁰ *Vid.* Convenio Colectivo del Sector Agropecuario de Valencia (BO. Valencia 13 diciembre 2005); art. 18 del Convenio Colectivo de Mercancías de Bizkaia (BO. Bizkaia 3 mayo 2006).

⁵¹ *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana, de 8-6-1999 (AS 1999, 3912): «el demandante realiza su trabajo como auxiliar veterinario, con todas las connotaciones que normalmente lleva acarreada esa actividad, sin ninguna especialidad que permita calificar su trabajo como tóxico o peligroso, aunque ocasionalmente pueda serlo» (FJ 2.º); STSJ Comunidad Valenciana de 10-

con independencia de que en las puntuales ocasiones de exposición al riesgo se caractericen por su intensidad⁵². Esto excluye de su percepción a trabajadores que, aun realizando la misma labor, con idénticos riesgos, en la misma empresa tienen menos probabilidad de que se actualicen por el menor tiempo de exposición o por ser ésta ocasional. No obstante, en algunos casos, en lugar de esa exclusión, se opta por vincular la percepción de los complementos en proporción al tiempo de exposición a los riesgos⁵³.

3.2.2. *Trabajos que se desarrollan en circunstancias ajenas a la labor de las que derivan riesgos y establecimiento de medidas preventivas*

En esa tendencia a la restricción es posible contemplar en muchos convenios cómo, en lugar de hacer referencia a los trabajos o tareas en los términos que se acaban de analizar, lo que hacen los sujetos negociadores es circunscribir la percepción de los complementos a la necesidad de que los trabajos sean «excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos»⁵⁴. La cues-

6-1999 (AS 1999, 6666): «la consideración como penoso de cualquier trabajo no significa sin más que dé lugar al devengo de un plus específico porque aunque en el desarrollo de su trabajo las actoras en algún momento tenga que adoptar posturas rígidas o estar en posiciones forzadas con motivo del traslado de los internos discapacitados y aseo y vestido de los mismos, ello no significa que su trabajo se desarrolle continuamente de forma penosa» (F. J. único).

⁵² Cfr. STSJ Cataluña, de 5-2-1999 (AS 1999, 885): «si bien en ocasiones tienen que acceder a andamios o torres metálicas fijas en que la peligrosidad es mayor, no consta que ello sea lo habitual, como tampoco puede afirmarse que exista penosidad por el hecho de tener que transportar el material de un lugar a otro cuando para esta operación pueden utilizarse medios mecánicos, o que en ocasiones el material tenga que ser izado utilizando cuerdas o poleas ocupando tal operación gran parte de la jornada» (F.J. 3.º).

⁵³ *Vid.*, por ejemplo, art. 37 del Convenio Colectivo del sector del «Transporte de Mercancías de las Illes Balears» (BO. Illes Balears 13 septiembre 2005).

⁵⁴ *Vid.* art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO. Palencia 18 noviembre 2005); art. 11 del Convenio Colectivo provincial para el sector de «Limpieza de Edificios y Locales» de Valladolid (BO. Valladolid 6 octubre 2005); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 20 del Convenio Colectivo provincial de trabajo para la actividad de Industria Siderometalúrgica de Ávila (BO. Ávila 2 agosto 2005); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 16 del Convenio Colectivo del sector del Metal de Córdoba (BO. Córdoba 18 noviembre 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 30 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemen-



ción en estos casos es, por una parte, delimitar en qué consiste esa excepcionalidad, y, por otra, determinar si existen otros aspectos que, aún estando presente esa excepcionalidad, condicionen el derecho al complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad.

A. *La excepcionalidad como condición sine qua non*

No basta que el trabajo o la tarea se consideren peligrosos, penosos o tóxicos para que nazca al derecho al complemento, sino que los sujetos negociadores lo condicionan a la presencia de esa excepcionalidad a la que se ha hecho referencia. Lo importante en estos casos no es la tarea en cuestión y los riesgos inherentes o consustanciales a la misma, es decir, los citados sujetos no vinculan el complemento al nivel normal de penosidad, peligrosidad o toxicidad de la labor aisladamente considerada. De esta forma, parece que hay que entender que el complemento retribuye situaciones anormales en cuanto a penosidad, peligrosidad, o toxicidad. El problema es que, en los casos en los que los convenios indican expresamente que el riesgo debe ser excepcional, no señalan en qué consiste esa excepcionalidad⁵⁵. Por tanto, en todos los supuestos la cuestión es qué ha de considerarse normal y con qué ha de compararse esa situación para llegar a ese resultado y establecer un límite entre los riesgos inherentes o consustanciales, propios de la concreta labor que desarrolla el trabajador, y estas situaciones de riesgo excepcional.

Es más, aunque en algunos casos los convenios no indican esa excepcionalidad con respecto al riesgo⁵⁶, se ha hecho una interpretación res-

to de la provincia de Huesca (BO. Huesca 14 julio 2003); art. 34 del Convenio Colectivo sectorial para las industrias de derivados del cemento de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 14 julio 2006); art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006); art. 49 del III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (BOE 9 enero 2007).

⁵⁵ Vid. STSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «se trata de un concepto jurídico indeterminado incorporado en una norma colectiva aplicable en un determinado ámbito» (F.J. 3.º). No obstante, en algún caso se hace referencia a esa excepcionalidad en cuanto a los trabajos penosos, tóxicos o peligrosos y a continuación se señalan cuáles son; lo que sucede en el art. 45 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (BO. Sevilla 21 octubre 2005) y en el art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006). En estos casos, aunque se menciona esa excepcionalidad, se vincula a determinados trabajos y a los riesgos inherentes a los mismos, con lo que puede incluirse en los supuestos a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

⁵⁶ Vid. art. 79 del Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BO. Illes Balears 18 octubre 2005);

trictiva al respecto vinculando la percepción del complemento de peligrosidad, toxicidad o penosidad a la situación de riesgo excepcional; de ahí que se señale que es una simplificación con respecto a la denominación del complemento⁵⁷. Pero esto no afecta a su contenido en cuanto a que se haga extensivo para cualquier trabajo en el que exista cierto riesgo⁵⁸. En estos casos, ante la falta de precisión de los convenios, se ha tratado de evitar que la mayoría de los puestos de trabajo puedan ser considerados peligrosos porque de algún modo pueden conllevar riesgos.

Pues bien, tanto en los casos en los que los convenios indican expresamente esa excepcionalidad como en los que sólo se hace referencia a esa peligrosidad, penosidad o toxicidad, sin mayor precisión, los Tribunales se han pronunciado al respecto y han señalado que debe tratarse de un riesgo sobreañadido, superior al normal⁵⁹. En este sentido hay que distinguir entre la situación de riesgo que se genera a partir de la realización de las tareas propias de la función desarrollada por el trabajador y la existencia de un riesgo adicional al mismo⁶⁰, esto es, de un peligro

art. 21 del Convenio Colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de la provincia de Barcelona para los años 2005-2008 (DO. Generalitat de Catalunya 3 noviembre 2005); art. 27 del Convenio Colectivo de trabajo para Manipulado, Aderezo, Relleno y Deshueso de Aceitunas (BO. Región de Murcia 16 septiembre 2006); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

⁵⁷ Cfr. STSJ Cantabria, de 5-3-2004 (AS 2004, 558); STSJ Cantabria, de 16-9-2004 (JUR 2004, 264372).

⁵⁸ Cfr. STSJ Cantabria, de 13-1-2005 (JUR 2005, 38049).

⁵⁹ Cfr. SSTS de 11-4-2000 (RJ 2000, 3947) y de 26-2-2001 (RJ 2001, 2817), en las que se indica que debe tratarse de un riesgo o incomodidad que supere a la actividad de la categoría y servicios que se preste y nunca inherentes al trabajo propio del puesto ocupado. En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 28-11-2002 (AS 2002, 150); STSJ Cataluña, de 5-3-2004 (AS 2004, 558): «si todos ellos sufren en similar medida las mismas condiciones no habrá lugar a la percepción del complemento. Si, por el contrario, no tienen un salario fijado como tales, sino que se integran dentro de una categoría o grupo profesional más amplio, entonces el término de comparación será esa categoría o grupo en el que se integran. Si el convenio fija un salario para una determinada categoría o nivel profesional, en la determinación del mismo se habrá tomado en consideración el nivel ordinario o normal de penosidad, peligrosidad o toxicidad de los puestos correspondientes a la categoría»; STSJ Extremadura de 20-7-2006 (AS 2006, 2313); SSTSJ Canarias de 28-4-2006 (AS 2006, 1380); Cantabria de 22-2-2006 (JUR 2006, 102506); Castilla-La Mancha, Albacete, 9-1-2007 (JUR 2007, 82074). Esta exigencia se indica en algunos convenios: *vid.* art. 25 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Siderometalúrgicas de Palencia (BO Palencia 18 noviembre 2005); art. 36 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 25 agosto 2005).

⁶⁰ *Vid.* STSJ Comunidad Valenciana, de 8-6-1999 (AS 1999, 3912) «sin que se haya comparado con puestos de trabajo de su misma serie y demostrado que el ocupado por el recurrido comportara un peligro o riesgo adicional».

«superior»⁶¹. Se trata de un peligro real, ajeno a los cometidos del trabajador, a las funciones que se tuvieron en cuenta a la hora de definir su puesto de trabajo y encuadrarlo en una determinada categoría o grupo profesional⁶². Por tanto, no es un riesgo inherente o consustancial, sino un riesgo ajeno a la concreta función, pero, a su vez, vinculado a una serie de factores que están presentes a la hora de realizarla y que nada tienen que ver con la misma⁶³. Ese riesgo ajeno a la labor también debe ser potencial, es decir, no es necesario que sea inminente, ya que si ello fuera así sólo se reconocería cuando el trabajador hubiera sufrido daños⁶⁴. En definitiva, en estos casos tampoco se trata de resarcir el daño que se ha producido, sino la situación de riesgo en la que presta servicios el trabajador.

⁶¹ Vid. STSJ País Vasco, de 9-12-1998 (AS 1998, 4995); STSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «su interpretación exige poner en correlación el riesgo del caso con el normal del sector regulado por el convenio colectivo, como es el de la limpieza, de forma que si éste supera con mucho lo que es normal en el citado sector, el trabajador, por dicha circunstancia, tendrá derecho a percibir un complemento salarial al que no serán acreedores los trabajadores que se limitan a padecer el nivel de riesgos habitual en el sector regulado por el convenio colectivo» (F.J. 3.º).

⁶² Vid. STSJ Castilla-La Mancha, de 27-10-2004 (AS 2004, 3182): personal de limpieza y servicio doméstico en colegio público de atención especial que realiza funciones propias de su categoría profesional, por tanto no se reconoce el derecho a percibir el plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos.

⁶³ Vid. STS de 16-12-1998 (RJ 1998, 10518): se reconoce el plus de peligrosidad porque existen riesgos de altercados o agresiones de quienes tienen trato con los internos. También se reconoce en la STSJ Canarias, de 30-12-2001 (JUR 2001, 12335): puesto de portero en un centro de reforma de menores, sin embargo existe un riesgo específico que se deriva de la relación con los menores en los que concurren especiales condiciones sociales, es decir, ese contacto con los citados menores conlleva una peligrosidad implícita. Es decir, el puesto de portero aisladamente considerado puede tener unos riesgos inherentes o consustanciales, y como riesgo añadido, ajeno a los riesgos propios de sus labores de portero, se presenta el contacto con esos menores en los términos señalados. Es cierto que estos riesgos los sufre con ocasión del trabajo que desempeña pero en realidad no son los propios de su labor como portero, sino que derivan de unas circunstancias en las que ésta se desarrolla. STSJ Galicia de 7-12-2002 (JUR 2002, 24411): «los trabajadores (...) sufren en el desarrollo de sus funciones riesgos tan significativos y de entidad como el síndrome de Burnout, agresiones y sobreesfuerzos y exposición a agentes biológicos; riesgos estos que, además (...) afectan a todos los trabajadores del Centro en mayor o menor medida. Situación laboral ésta que conduce a la calificación como «peligrosos» de los puestos de trabajo (...) siendo los riesgos antes mencionados calificables o identificables de sobreañadidos a los inherentes a los puestos de trabajo». Sin embargo, en la STSJ Castilla-La Mancha, de 21-6-2001 (JUR 2001, 274049), no se reconoce el derecho al devengo del plus de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos ya que, a pesar de prestar servicios en un centro psiquiátrico en el que existen riesgos tales como el contagio de enfermedades, las agresiones, físicas, psíquicas o verbales, la trabajadora se limita a realizar las funciones propias de su categoría profesional, sin tener que mantener vinculación directa alguna con los enfermos que residen en el centro.

⁶⁴ Vid. STS 21-7-1997 (RJ 1997, 5939).

Pues bien, puede haber trabajadores que presten servicios en un mismo centro, con idéntica categoría y desempeñen las mismas labores, y sin embargo, no por ello tengan derecho todos ellos a percibir el complemento desde el momento en que las circunstancias que concurren en la realización del trabajo varíen y determinen la peligrosidad o no del mismo tipo de labor en términos de excepcionalidad; puesto que son esas circunstancias las que configuran su calificación⁶⁵. Por el contrario, puede ocurrir que ese riesgo adicional afecte a la totalidad o a la mayor parte de los trabajadores que desarrollan su actividad en un mismo centro, con independencia de la categoría profesional de los trabajadores, es decir, al margen de la labor que realicen los trabajadores. Esto no supone que el riesgo sea genéricamente inherente a las diferentes categorías profesionales⁶⁶, es decir, no por ello el riesgo deja de ser excepcional⁶⁷.

Desde este punto de vista, la concreta labor del trabajador se sitúa en una posición secundaria a la hora de determinar si tiene o no derecho al complemento, ya que lo relevante para percibir el complemento no es el riesgo consustancial de la labor al que se hacía referencia en el epígrafe anterior, es decir, lo decisivo no es la tarea del trabajador o la presencia de riesgos que deba asumir en su realización, pese a la adopción de medidas preventivas. En estos casos es indiferente que el trabajador asuma riesgos vinculados a su labor, esto es, consustanciales o inherentes a la misma. Aunque esto suceda no operará como concausa para determinar el devengo del complemento, el trabajador asumirá los riesgos sin que por ello lo perciba⁶⁸.

⁶⁵ De todas formas, siempre habrá que tener en cuenta los términos en los que se establece este complemento en los Convenios, ya que la situación de riesgo puede ser idéntica (STS de unificación de doctrina de 20-6-2000 (RJ 2000, 7406)) pero la redacción de aquellos puede permitir un tratamiento diferenciado y, por tanto, la denegación a unos y la concesión a otros (STSJ País Vasco de 24-3-1998 (AS 1998, 1307)). En definitiva, pese a esa identidad, el derecho al complemento dependerá de los términos en los que se reconozca en los Convenios.

⁶⁶ Cfr. STS de 21-7-1997 (RJ 1997, 5939).

⁶⁷ Cfr. STSJ Cantabria, de 1-2-2005 (JUR 2005, 7111).

⁶⁸ Vid. STSJ Galicia 30-5-1998 (AS 1998, 1439); STSJ Cataluña, de 8-10-2002 (AS 2002, 3515): «el puesto de trabajo del delegado de asistencia al menor ya está compensando económicamente a través de su clasificación profesional en el grupo A.1, con independencia de si se tiene o no titulación superior, en consideración precisamente a sus funciones y riesgos inherentes al puesto de trabajo»; STSJ Castilla-La Mancha, de 22-11-2003 (AS 2003, 1250): «se hace necesario para que opere su reconocimiento que el puesto de trabajo ocupado implique un plus de penosidad, peligrosidad o toxicidad que no sea consustancial con el trabajo ordinario correspondiente a una determinada categoría profesional» (F.J. 4.º); STSJ Galicia, de 7-11-2004 (JUR 2004, 168128): «la declaración de penosidad de un puesto de trabajo a efectos de percibir el plus correspondiente, requiere que su desempeño se produzca bajo una serie de condiciones específicas, sobre las que constituyen el ejercicio normal del mismo puesto, condiciones particularizadas y de riesgo sobreañadido que son las que justifican esa declaración y la

En definitiva, la excepcionalidad a la que se hace referencia en los convenios no está vinculada a los riesgos inherentes o consustanciales de la labor aisladamente considerada, sino a riesgos ajenos a la misma pero que afectan al trabajador que realiza esa labor⁶⁹. Desde este punto de vista la evaluación de riesgos tendrá un papel muy importante a estos efectos ya que, a partir de la misma, se podrán concretar los riesgos que propiamente derivan del trabajo que se realiza y aquellos que pueden afectar al trabajador pero que son ajenos a esa labor. Es más, si se tiene en cuenta esa posición secundaria de la labor a la que se ha hecho referencia, el trabajador puede llevar a cabo una tarea para la que se hayan adoptado las medidas preventivas necesarias para eliminar o neutralizar los riesgos, y no se vea expuesto a riesgos derivados de la misma, y, sin embargo, tener derecho al complemento.

percepción del plus, por lo que si no existen en la realidad tales circunstancias reveladoras de un riesgo claro, objetivo y añadido al normal, no cabe la posibilidad de agregar un nuevo concepto retributivo, ya que sino estaríamos retribuyendo de más el puesto de trabajo, por el ejercicio de las mismas funciones que se tuvieron en cuenta al describirlo y para fijar la retribución ordinaria, indemnizando injustificadamente el mismo concepto» (F. J 2.º).

⁶⁹ La interpretación de lo que se entiende por trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos ha variado y, en ocasiones, se ha vinculado a determinados puestos de trabajo. *Vid.* STSJ País Vasco de 17-3-1998 (AS 1998, 1299): en la que no se reconoce este complemento al personal de limpieza por no concurrir los requisitos fijados en el convenio colectivo pese a la situación de violencia y actos terroristas contra el personal y los intereses del Ministerio de Defensa. Aunque esta situación de conflictividad y, por tanto, de riesgo tiene una mayor incidencia en determinadas zonas, el Tribunal señala que el complemento se atribuye por puestos y no por zonas geográficas o centros determinados. Es decir, se reconoce sólo para las excepcionales características de riesgo propias de puestos de trabajo determinados. De esta forma se realiza una interpretación restrictiva del contenido del Convenio. En el mismo sentido STSJ País Vasco de 17-11-1998 (AS 1998, 7217), en este caso para diversas funciones tales como las de oficial administrativo, DUE, oficial de mantenimiento, jefe de hostelería, ATS, limpiadora, telefonista, camarera, auxiliar administrativa, cocinera y jefe de mantenimiento. El Tribunal considera que estos trabajos no están caracterizados por «la nota de excepcional peligrosidad» que se exige en el Convenio Colectivo para la percepción del complemento. Y en la STSJ País Vasco de 27-10-1998 (AS 1998, 7291) para trabajadoras con categoría de oficial de administrativo. No obstante, *vid.* el voto particular de esta sentencia: «sí que existe un nexo entre la actividad laboral y el riesgo: la ubicación del puesto de trabajo, el deber de trabajar en un centro de trabajo donde se da tal connotación, conforme consta por notoriedad (...). Nos referimos a un puesto de trabajo y este viene determinado por el centro donde la actividad laboral se ha de prestar». Hay que señalar que en todos los casos se reconoce de forma indirecta la existencia de ese riesgo excepcional, ya que cuando se trata de funcionarios que prestan servicios en esas instalaciones del Ministerio de Defensa sí que se les reconoce un plus vinculado a esas circunstancias peligrosas. Por tanto, se está reconociendo una peligrosidad que no está unida de forma directa a la función que realizan y, sin embargo, en estos casos cuando se trata de personal laboral se hace una interpretación restrictiva del convenio colectivo y se demanda esa vinculación del riesgo excepcional a las concretas labores.

B. *Otros condicionamientos que operan de manera restrictiva*

Ahora bien, aunque se trate de un riesgo añadido, superior al normal y ajeno a la labor, el que determina el derecho al complemento, no basta con su concurrencia. De hecho, la misma dependerá de otros factores. En concreto, habrá que ver si es evitable o no, ya que en el primer caso, no debería existir dicho riesgo si se adoptan las medidas preventivas al efecto, y, como ya se ha indicado, tampoco cabría no tomar dichas medidas y en su lugar abonar este complemento; mientras que en el segundo, es decir, si no se puede evitar, su inevitabilidad será el factor que determinará el derecho al complemento. En el último supuesto, los trabajadores deberían soportar un riesgo ajeno a su labor y estaría justificada la existencia de este tipo de complementos que se vincularían a las circunstancias que concurren en la realización de la tarea. Desde este punto de vista, la excepcionalidad no vendría justificada por la existencia de riesgos ajenos a la concreta labor del trabajador, por ejemplo, labores de limpieza y riesgo de atentado terrorista, sino por la imposibilidad de controlarlos estableciendo dichas medidas. Hay un nivel de riesgo que debe asumir el trabajador; riesgo al que no se sometería si prestara servicios en otras condiciones y esto determina que nazca el derecho al complemento cuando así se ha establecido en convenio colectivo.

No obstante, hay que matizar, el trabajador puede no tener derecho al complemento pese a haberse previsto en convenio, no sólo por el hecho de que ya no le afecte ese riesgo añadido, ya sea por el establecimiento de medidas preventivas o por un cambio en las circunstancias en las que presta servicios, por ejemplo, una modificación del lugar en el que se realiza la labor⁷⁰, sino porque finalmente, aunque existan ciertos riesgos ajenos a esa labor puedan ser asumidos por el trabajador, ya que son riesgos que aún estando presentes no pueden calificarse como excepcionales, puesto que las medidas preventivas han conseguido disminuirlos hasta tal punto que no tiene sentido calificarlos como tales⁷¹. En este caso, sigue existiendo un riesgo

⁷⁰ Cuando son las «especiales circunstancias del lugar» en el que se llevan a cabo las tareas las que determinan su consideración como excepcionalmente penosas, peligrosas, o tóxicas. *Vid.* STSJ Navarra de 9-9-1997 (AS 1997, 3271). En este sentido, las SSTSJ País Vasco de 9-9-1997 (AS 1997, 3088); País Vasco de 24-3-1998 (AS 1998,1307). Reconocen el plus de peligrosidad. Los edificios en los que prestan servicios los trabajadores han sido objeto de atentados terroristas contra sus instalaciones (Comisaría de Policía de San Sebastián y Gobierno Civil, ubicadas en el mismo edificio).

⁷¹ Cfr. SSTSJ Canarias, de 29-3-2004 (JUR 2004, 142288): «no hay que confundir la existencia del riesgo con la prevención de su materialización, puesto que para la percepción del complemento es aquella existencia la determinante, sin perjuicio, claro está, de la obligación del empleador de adoptar las pertinentes medidas preventivas que en nada afectarán a la percepción del complemento si no hacen desaparecer el riesgo o disminuyen su entidad hasta



ajeno a la labor que realiza el trabajador, y por el que se ve afectado, pero este riesgo carece de entidad para poder ser considerado como excepcional. De esta forma, no todo riesgo ajeno a la labor en el sentido indicado es excepcional y determina el derecho al complemento. En definitiva, se tiende a realizar una interpretación restrictiva con objeto de evitar que cualquier riesgo pueda ser considerado excepcional ⁷².

Pero no siempre basta con que esté presente ese riesgo excepcional. En algunos casos las circunstancias que generan la situación de riesgo deben concurrir de manera habitual ⁷³, y no esporádica ⁷⁴; lo mismo que, como se ha analizado, en los supuestos en los que se genera el derecho al complemento vinculado a riesgos consustanciales al trabajo que desempeña el trabajador. Esa habitualidad ha de entenderse como «desempeño dilatado en el tiempo» ⁷⁵. De tal forma que ese desempeño dilatado hace que el trabajador se vea sometido a una situación de riesgo de forma continuada ⁷⁶. Por

un nivel tal que deje de reunir el carácter de «excepcional» que exige el precepto convencional» (F. J. 3.º); de 3-11-2004 (JUR 2004, 26806); de 3-11-2004 (JUR 2004, 26807); de 12-11-2004 (JUR 2004, 36212); y, de 2-12-2004 (JUR 2004, 85201); de 28-4-2006 (AS 2006, 1380).

⁷² Cfr. STS de 27-2-2001 (RJ 2001, 2820), hace referencia a la «necesidad de rigorizar al máximo los criterios del complemento que deberán acomodarse a circunstancias verdaderamente excepcionales». En este sentido la STSJ Galicia, de 7-5-2002 (JUR 2002, 207410), no se ha considerado que exista derecho a devengar el plus de peligrosidad para el caso de un trabajador vigilante nocturno en un centro de atención a menores ya que «las circunstancias en que desarrolla su cometido profesional, en modo alguno, entrañan, objetivamente consideradas, la concurrencia de un riesgo determinante de la producción de un perjuicio o daño de cualquier naturaleza».

⁷³ Cfr. por ejemplo, art. 60 del II Convenio Colectivo del Personal Laboral de Administración y Servicios de las Universidades Públicas de Castilla y León (BO. Castilla y León 18 enero 2007).

⁷⁴ No obstante, la percepción del complemento vinculada a los citados riesgos excepcionales no siempre está condicionada a la citada habitualidad. De hecho, como ya se ha indicado, en algunos supuestos se hace referencia a la excepcionalidad de los riesgos y, al mismo tiempo, se establecen diferentes cuantías para este tipo de complemento en función del tiempo de exposición del trabajador a este tipo de riesgos. Cfr. art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 43 del Convenio Colectivo del Sector de Aserradores y Almacenistas de Madera (BO. Cantabria 13 abril 2005); art. 49 del Convenio Colectivo Estatal del Corcho (BOE 9 enero 2007); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de Derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007).

⁷⁵ Cfr. STS u.d. de 21-7-1997 (RJ 1997, 5939); STS de u.d. de 22-1-1999 (RJ 1999, 3747).

⁷⁶ Vid. STSJ Asturias de 19-6-1998 (AS 1998, 2322); hace referencia a la necesaria «situación de agresividad continuada» para la salud del trabajador.

tanto, cuando el trabajador sufra ocasionalmente esa situación no tendrá derecho al complemento ⁷⁷, es decir, sólo se compensa la persistencia en cuanto a la exposición a ese riesgo excepcional; la que tiene lugar de forma puntual no parece ser relevante a estos efectos. El hecho de que disminuya esa exposición, implica que las posibilidades de que se actualice el riesgo también son escasas; de ahí que no se genere el derecho a retribución para compensar esa posibilidad. Por tanto, el trabajador puede prestar servicios en una situación peligrosidad excepcional, y sin embargo al ser ocasional no existe ese derecho a ser retribuido.

3.3. Soluciones transitorias

Se ha señalado que no cabe sustituir las medidas preventivas por este complemento. No obstante, podría pensarse en una posible solución transitoria en el sentido de reconocer el complemento de peligrosidad, penosidad, o toxicidad, según los casos, hasta que se adopten las medidas preventivas ⁷⁸. Sin embargo, esta solución quizás fuese admisible en los primeros momentos en los que entró en vigor la LPRL, ya que, a pesar de ello, fue necesario un periodo para establecer las medidas preventivas y que, por tanto, fueran efectivas. Como es sabido, el propio desarrollo reglamentario de la norma

⁷⁷ STSJ Cantabria, de 13-1-2005 (JUR 2005, 38049): «dada la localización de los despachos de las actoras, éstas sólo sufren un riesgo ocasional cuando los enfermos se desplazan por la zona de administración y consultas, bien a consultar con algún facultativo o realizar algún trámite en gerencia. Es decir, realizan sus funciones en despachos independientes y en los que no existe un contacto permanente con los enfermos y especialmente con los que puedan acarrear cierta peligrosidad. Falta, en definitiva, el requisito de la habitualidad» (F.J. 2.º).

⁷⁸ Cfr. STS u.d. de 11-4-2000 (AS 2000, 2583), se reconoce el derecho al complemento de peligrosidad en tanto en cuanto no se procure su eliminación, de ahí que indique la necesidad de ir eliminándolo cuando los trabajos dejen de ser penosos, peligrosos o tóxicos por aplicación de las adecuadas medidas de seguridad. *Vid.* art. 59 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid (BO. Comunidad de Madrid 22 marzo 2000). En dicho artículo se indicaba con respecto a los complementos de penosidad y toxicidad que «desaparecerán a medida que por la Comunidad de Madrid se tomen las medidas adecuadas para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que les dieron origen». *Vid.*, así mismo, art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005): «las empresas afectadas por este Convenio dedicarán su máxima atención a tratar de eliminar, en el tiempo más breve posible, los trabajos de carácter tóxico, penoso o peligroso. El personal que realice trabajos excepcionalmente tóxicos, penosos o peligrosos (...) percibirán, mientras no se apliquen por la empresa los medios de protección adecuados para eliminar dicho carácter, en concepto de complemento de puesto de trabajo, la cantidad equivalente al 10 por 100 de su salario base»; art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 31 agosto 2004).

ha venido a establecer obligaciones para el empresario, exigibles pero, en algunos casos, difíciles de cumplir de forma inmediata; de tal forma que incluso las normas reglamentarias señalaron distintos momentos para su entrada en vigor a estos efectos⁷⁹. Pues bien, si se parte de estas consideraciones, podría ser admisible el hecho de que se contemplasen estos complementos en términos de transitoriedad hasta que pudiesen establecerse las medidas preventivas necesarias⁸⁰.

El problema es que en estos momentos no es aceptable esta solución. Sin embargo, existen convenios en los que están presentes los complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad en términos de transitoriedad. Aún así hay que distinguir, ya que no se establecen en todos los casos del mismo modo, lo que, a su vez, significa que el efecto que tiene este tipo de complementos en relación a las medidas de prevención de riesgos es diferente. Por una parte, existen previsiones convencionales en las que los sujetos negociadores establecen estos complementos como una solución provisional ante la ausencia de las citadas medidas⁸¹, es decir, mientras éstas no se apliquen los trabajadores percibirán dicho complemento (o disfrutarán del descanso correspondiente cuando así se haya previsto). En este caso se está admitiendo el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos parece que de forma provisional, aunque en ningún supuesto se establece un término, lo que tampoco justificaría este tipo de previsiones, y, al mismo tiempo, se acepta el intercambio de seguridad y salud laboral por una compensación económica (o por descanso). De este modo, los negociadores son conscientes de la existencia de riesgos derivados del trabajo en cuestión y, en contra de las obligaciones que imponen las normas de seguridad y salud laboral, optan por que no se eliminen o, cuando no sea posible, por que no se neutralicen. El resultado negativo, aparte del citado incumplimiento, es que

⁷⁹ Un caso muy significativo fue el del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero, no ya por la distinción entre sus preceptos con respecto a su entrada en vigor, sino por su relevancia para el cumplimiento de las obligaciones que estaban previstas en la LPRL y que esta norma venía a desarrollar. Más aún si se tiene en cuenta que la norma, a su vez, tuvo que ser desarrollada.

⁸⁰ *Vid.* STS u.d. de 11-4-2000 (RJ 2000, 3947).

⁸¹ Cfr. art. 32 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO. Toledo 14 noviembre 2005); art. 7.3.7 del Convenio Colectivo Estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares 2004-2005-2006 (BOE 31 agosto 2004); art. 35. A) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BO. del Principado de Asturias 26 agosto 2005); art. 29 del Convenio Colectivo del Sector de Aceites y sus Derivados de Ciudad Real (BO. Ciudad Real 14 abril 2006); art. 28 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de productos dietéticos y preparados alimenticios para el período 2007-2009 (DO. Generalitat de Catalunya 5 octubre 2007); art. 11.9 del Convenio Colectivo estatal para la Industria Fotográfica 2005-2009 (BOE 6 junio 2006).

los trabajadores innecesariamente van a asumir los riesgos derivados del trabajo que desempeñan; lo que en absoluto puede admitirse. En definitiva, a la vista de lo indicado, en ningún caso, es la ausencia de medidas preventivas lo que puede determinar la calificación de un puesto como peligroso, penoso o tóxico.

Por otra parte, los convenios también contemplan el establecimiento del complemento de peligrosidad, penosidad y toxicidad en términos de transitoriedad pero de un modo distinto. En concreto, la existencia del complemento está condicionada por la desaparición de las circunstancias que lo determinaron⁸². Es decir, en estos casos ya no se trata de sustituir medidas preventivas por la percepción de una determinada compensación económica o por el disfrute de un tiempo de descanso derivado del citado complemento; por el contrario, se parte de los supuestos en los que, como se ha señalado, conviven esas medidas preventivas con dicho complemento. Es decir, se trata de casos en los que se hace referencia a la existencia de riesgos que no han podido ser eliminados pese a la adopción de medidas preventivas⁸³, si bien en unos supuestos serán riesgos consustanciales a la propia

⁸² Cfr. art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51.3 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 51 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 16 del Convenio Colectivo del sector de Industrias Químicas de Cantabria (BO. 3 junio 2005); art. 26 en relación con el art. 33 del Convenio Colectivo para el sector de almacenistas de madera de la provincia de Pontevedra (DO. Galicia 3 noviembre 2004); art. 36 del Convenio Colectivo del sector de carpintería, ebanistería y actividades afines de la Provincia de Pontevedra (DO. Galicia 2 agosto 2004); art. 27 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 35 del VI Convenio Colectivo único del personal laboral de la Generalidad de Cataluña para el período 2004-2008 (DO. Generalitat de Cataluña 24 mayo 2006); art. 14 del Convenio Colectivo del Metal de Cuenca (BO. Cuenca 5 junio 2006); art. 49 del IV Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento (BOE 18 octubre 2007); art. 22 del Convenio Colectivo de trabajo para la Industria de Derivados del Cemento de Ávila (BO. Ávila 28 septiembre 2006); art. 37 del Convenio Colectivo para el Sector de Derivados del Cemento de Álava (BO. Territorio Histórico de Álava 14 julio 2006)

⁸³ La Disposición transitoria segunda del vigente Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid para los años 2004-2007 (BO. Comunidad de Madrid 1 junio 2005) indica que estos pluses «responden a circunstancias verdaderamente excepcionales». Por esta razón sólo se mantendrán «cuando no puedan ser eliminadas las condiciones que determinan la calificación tóxica, penosa y/o peligrosa».



labor, cuando así esté previsto en los convenios, mientras que en otros serán riesgos ajenos a la misma pero inevitables. El resultado en estos casos, aunque también se perciba el complemento en términos de transitoriedad, es distinto al que antes se ha analizado. Es decir, es cierto que se parte de la existencia de riesgos y por ello se establece el complemento, pero el punto de partida es totalmente diferente.

En concreto, la idea no es la sustitución de las medidas preventivas por el complemento, sino la presencia de las mismas y la progresiva eliminación de los riesgos inevitables, ya sea por la modificación de las condiciones, o por la adopción de nuevas medidas derivadas del progreso en la materia ⁸⁴; lo que determina, a su vez, la eliminación del complemento. En este sentido, dicha eliminación también tendrá lugar por el cambio en las condiciones en las que los trabajadores desempeñan su labor. Es decir, esta provisionalidad del complemento tiene una relación directa con su carácter no consolidable (art. 26.3 ET, en el que se señala la condición de no consolidables de los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo, salvo acuerdo en contrario), ya que su percepción depende del ejercicio de la actividad profesional en un determinado puesto ⁸⁵.

4. CONCLUSIONES

Un puesto de trabajo puede ser considerado peligroso, penoso o tóxico pero eso no significa que automáticamente se vaya a ver compensado en

⁸⁴ Vid. art. 72 del Convenio Colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19 diciembre 2006): «mientras existan en alguna medida».

⁸⁵ Al margen de lo anterior, y de que el riesgo sea consustancial o ajeno a la labor, puede ocurrir que los trabajadores no perciban este complemento porque se incluya en el salario de calificación del puesto, esto es, en la propia valoración del mismo. Vid. art. 43 del Convenio Colectivo de trabajo del sector de Derivados del Cemento (BO. Almería 8 marzo 2007); art. 55 del Convenio Colectivo para el sector de derivados del cemento para Granada y su provincia (BO. Granada 12 agosto 2005); art. 51 del Convenio Colectivo del sector de derivados de Sevilla (BO. Sevilla 7 febrero 2007); art. 43 del Convenio Colectivo para el sector de Industrias de Derivados del Cemento de Huelva (BO. Huelva 13 marzo 2007); art. 27 del Convenio Colectivo del Sector de Derivados del Cemento de Córdoba (BO. Córdoba 30 agosto 2006); art. 13 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias de derivados del Cemento, Materiales y Prefabricados de la Construcción de Cádiz (BO. Cádiz 17 noviembre 2006); art. 44 del Convenio Colectivo del sector de derivados del Cemento de Málaga (BO. Málaga 7 junio 2007); art. 16 del Convenio Colectivo de trabajo de la industria de la construcción y obras públicas de la provincia de Barcelona para los años 2005 y 2006 (DO. Generalitat de Catalunya 20 diciembre 2005); art. 24 del Convenio Colectivo del sector de empresas Siderometalúrgicas de Málaga (BO Málaga 23 marzo 2005); arts. 48 y 49 del IV Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento (BOE 18 octubre 2007).

términos de salario. Es necesario que los sujetos negociadores hayan previsto un complemento de peligrosidad, penosidad o toxicidad, según los casos, para que, a partir de esa previsión, pueda considerarse la posibilidad de percibirlo. Y se hace referencia a posibilidad y no a su efectiva percepción porque, aunque los convenios colectivos contemplen este tipo de complementos, puede afirmarse que intervienen distintos factores a la hora de determinar si un trabajador tiene o no derecho a percibirlos, entre ellos, desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, la presencia del riesgo, su tipo, y, en todos los casos, el hecho de que sea o no evitable; sin olvidar, en algunos supuestos, la necesidad de que esa presencia del riesgo, y, por tanto, de la exposición al mismo, no sea ocasional.

Pues bien, esa conexión entre riesgo y derecho al complemento se detecta en todos los convenios en los que los sujetos negociadores han decidido que exista este concepto salarial. Es decir, la concausa en cualquier caso es el riesgo que sufre el trabajador con ocasión de la realización de su trabajo. Pero, en ningún supuesto, es posible sustituir las medidas preventivas por el establecimiento de este tipo de complementos, y, por la misma razón, siempre que sea posible deberán eliminarse o neutralizarse los riesgos; aunque esto implique, a su vez, que el trabajador deje de percibir estos complementos. Lo que, al mismo tiempo, dependerá de los términos en los que estén regulados.

El riesgo como factor común a todas las regulaciones convencionales no opera del mismo modo en todos los casos. Esto es así porque a la vista de las regulaciones convencionales en las que se contempla este tipo de complementos no puede afirmarse que siempre exista una correlación entre asunción de cierto grado de riesgo, después de haber adoptado todas las posibles medidas preventivas, y derecho a percibir el complemento. Los trabajadores pueden realizar labores para las que deban asumir cierto riesgo y, sin embargo, no se encuentren entre las previstas en las que señale el convenio en cuestión, o no tengan las características que éste indica, o no se trate de las categorías profesionales que apunta. Es decir, puede ser que el convenio haya dejado al margen determinadas labores que, a pesar de ser peligrosas, penosas o tóxicas, y de conllevar ciertos riesgos su realización al margen de la adopción de todas las posibles medidas preventivas, deberán de llevarse a cabo y, por tanto, los trabajadores van a asumir ciertos riesgos que no se van a compensar de este modo. Por tanto, no siempre hay una correlación entre riesgos inherentes o consustanciales a la labor y percepción de este tipo de complementos; aún en los casos en los que las regulaciones convencionales son más precisas.

Pero la diferencia fundamental en la consideración del riesgo opera en los supuestos en los que sólo se hace referencia a trabajos excepcionalmente peligrosos, penosos o tóxicos; o en los que únicamente se mencionan es-

tos adjetivos sin señalar esa excepcionalidad ni hacer ningún tipo de concreción al respecto. Si se tiene en cuenta la interpretación llevada a cabo por los Tribunales en estos casos, el resultado es que la parquedad de los convenios finalmente determina una delimitación restrictiva del círculo de sujetos que van a tener derecho al complemento. En estos casos es indiferente que los trabajadores realicen actividades muy peligrosas, penosas o tóxicas o, por el contrario, labores en las que no se detecta riesgo alguno. De esta forma, el riesgo derivado de la labor en cuestión ni se tiene en cuenta ni, por tanto, se resarce de modo alguno. Esto implica circunscribir la operatividad del complemento a situaciones de riesgo para el trabajador siempre y cuando ese riesgo sea ajeno a su labor. Por tanto, cuando los convenios señalan este complemento para los trabajados excepcionalmente peligrosos, penosos o tóxicos (o sin hacer referencia a esa excepcionalidad) el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad, según los casos, no está vinculado de una forma genérica a cualquier riesgo inevitable, sino sólo a los riesgos ajenos a los de su labor aisladamente considerada; lo que significa que nada tienen que ver con los que derivan de las funciones que realiza el trabajador en el marco de su categoría profesional. En definitiva, son riesgos que superan y, por tanto, se añaden a los propios de dicha categoría profesional; riesgos que debe soportar el trabajador, al margen de los derivados de su labor, y que aún adoptando medidas preventivas no es posible eliminar, ya que si lo fuera no se generaría el derecho al mencionado complemento.

En general, puede afirmarse que se detecta una tendencia restrictiva en cuanto al mantenimiento de este tipo de complementos. Por una parte, porque en muchos convenios a la hora de establecer estos complementos no se tienen en cuenta los riesgos inherentes o consustanciales a la labor en cuestión, sino únicamente los ajenos a la misma en los términos indicados, e incluso cuando se parte de esos riesgos inherentes o de riesgos ajenos en muchos casos se acota el complemento al condicionar su percepción a que exista una cierta habitualidad en la exposición al riesgo en cuestión. Por otra parte, aunque los convenios contemplen estos complementos, la obligación empresarial de adoptar medidas preventivas, para eliminar o neutralizar los riesgos, determina la desaparición del complemento de forma progresiva, en el sentido de que los sucesivos avances en esta materia permiten que esto suceda y, por tanto, que los complementos carezcan de razón de ser. De forma que prevención de riesgos laborales y complementos de peligrosidad, penosidad y toxicidad conviven en la medida en que existan riesgos inevitables, en unos casos inherentes o consustanciales y en otros ajenos o añadidos; de lo contrario se presentan como términos antagónicos.