

DEMANDA N.º: Procedimiento de **SENTENCIA N.º:** 837/2020
instancia 12/2020

NIG PV: 00.01.4-20/000029

NIG CGPJ: 48020.34.4-2020/0000029

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 1 de Julio de 2020.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./a. D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, Presidente en funciones, D^a ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON ITURRI, Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos nº 12/2020 de CONFLICTO COLECTIVO SOBRE INCUMPLIMIENTO DE NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE PREVENCIÓN Y RIESGOS LABORALES, iniciados por D. ANTONIO ALTAMIRANO LOPEZ -como delegado sindical de ESK en Osakidetza y en nombre y representación del sindicato Ezker Sindikalaren Konbergentzia-ESK- frente a OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, en ellos posteriormente se personó en calidad de demandante el sindicato LAB, ampliándose la demanda por la parte promotora frente a los sindicatos UGT, CCOO, ELA, LAB, USO, SATSE, SME, UTESE y USAE.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8 de abril de 2020 el sindicato ESK presentó ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco demanda de conflicto colectivo sobre incumplimiento de normativa en materia de prevención y riesgos laborales interesando la declaración de dicho incumplimiento por la demandada Osakidetza con infracción del art. 15 CE y condena a tomar las medidas oportunas para la protección de la

vida, integridad y salud del colectivo de sus trabajadores, así como al pago de una indemnización de 6.250 euros y de 100.006 euros.

SEGUNDO.- También se interesó la adopción de medidas cautelarísimas inaudita parte al amparo del art. 79 de la LRJS en relación a los arts. 726.2, 727.7 y 733.2 de la LEC, que se resolvieron por Auto de 15 de abril de 2020 desestimándolas por no haberse probado -tampoco de forma indiciaria- la realidad de algunas de las actuaciones señaladas, mientras que las restantes medidas solicitadas ya habían sido adoptadas por este Tribunal en Auto de 3 de abril de 2020 sobre medidas cautelarísimas formuladas en la demanda 8/2020 de tutela de derechos fundamentales planteada por el sindicato ELA frente a Osakidetza, Departamento de Salud del Gobierno Vasco y Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Señalados para el día 16 de junio de 2020 los actos de conciliación y juicio, comparecieron todas las partes a excepción de sindicato USAE, celebrándose la vista con el contenido que ha quedado debidamente registrado, dándose cumplimiento de forma previa por parte de Osakidetza y de ESK de los requerimientos que se les hicieron por Providencia de 26 de mayo de 2020 (presentación por Osakidetza de la respuesta escrita a la lista de preguntas del interrogatorio instado por la parte contraria y que fueron declaradas pertinentes, y subsanación por ESK de la demanda en los extremos solicitados)

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo afecta al colectivo de la plantilla de Osakidetza (laboral, estatutario y funcionario), estando la Mesa Sectorial de Osakidetza conformada por los sindicatos ELA, SATSE, LAB, SME, CCOO y UGT, con participación de estos sindicatos y del resto de los sindicatos comparecientes en las distintas Juntas de Personal o Comités de Empresa de las distintas organizaciones sanitarias en los términos reflejados en el bloque documental nº 1 de la prueba de Osakidetza (que se da por reproducido). D. Antón Altamirano López, promotor de la demanda, es el Delegado Sindical de ESK en Osakidetza en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

SEGUNDO.- El Real Decreto 463/20, de 14 de marzo, publicado ese mismo día, declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con posteriores prórrogas (la última por Real Decreto 555/20, de 5 de junio, hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020).

El mismo día 14 de marzo de 2020 se publicó en el BOPV el Decreto 6/2020, de 13 de marzo, del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19.

Por Orden de 18 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud, publicado en el BOPV de 20 de marzo de 2020, se crea el Comité de Dirección que gestionará y coordinará

todos los recursos sanitarios, de gestión y de voluntariado disponibles en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco para hacer frente a la crisis provocada por el coronavirus COVID-19. Es modificada por la Orden del mismo órgano de 17 de abril de 2020, publicada en BOPV de 27 de abril de 2020.

TERCERO.- El Ente Público Osakidetza tiene por objeto o finalidad la provisión de servicios sanitarios a través de las organizaciones públicas de servicios sanitarios dependientes del mismo (art.1 de sus Estatutos Sociales, Decreto 255/1997, de 11 de noviembre).

Las organizaciones de servicios del ente público Osakidetza vienen relacionadas en el anexo del Decreto 100/2018, de 3 de julio.

CUARTO.- El 24 de enero de 2020 se reunió el Consejo Asesor de Enfermedades Infecciosas Emergentes de la CAV, dándose información sobre la situación del brote del nuevo coronavirus COVID-19 en China y las implicaciones para la CAV (propuesta de definición del caso y actuación para la red sanitaria vasca, diagnóstico clínico y microbiológico, medidas preventivas para el manejo y control de casos y EPIs para personal sanitario), proponiéndose que Osakidetza estableciera los procedimientos para la compra centralizada del material de EPI para las diferentes OSIs, y que los procedimientos se revisarían cuando se dispusiera de mayor información y del protocolo que se estaba elaborando (primer documento del bloque documental 4 aportado por Osakidetza, que se da por reproducido).

El primer caso de COVID-19 en Euskadi se detecta el 28 de febrero de 2020.

QUINTO.- En fechas comprendidas desde el 28 de enero de 2020 hasta finales del mes de mayo se han establecido, en torno al COVID-19, protocolos de vigilancia epidemiológica, de actuación para atención primaria, instrucciones internas y recomendaciones sobre pautas a seguir y medidas a adoptar (incorporados al bloque documental 4 de Osakidetza y en la última parte del bloque documental 5, se dan por reproducidos).

SEXTO.- Desde comienzos del mes de marzo de 2020 se han mantenido reuniones con los Comités de Seguridad y Salud Laboral de las Organizaciones de Servicios – OSIs (OSI Araba, Centro Vasco de Transfusión y de Tejidos Humanos, Emergencias, Hospital Gorliz, Hospital Sta Marina, OSI Barakaldo-Sestao, OSI Barrualde-Galdakao, OSI Bilbao-Basurto, OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces, OSI Uribe, Red Salud Mental Bizkaia, OSI Bidasoa, OSI Debarrena, OSI Debagoiena, OSI Donostialdea, OSI Goierri-Alto Urola, Red Salud Mental Gipuzkoa),

Por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de Osakidetza, a partir del 9 de marzo de 2020, se han remitido semanalmente a la Dirección de RRHH y a la Comisión Corporativa de Seguridad y Salud informes de situación (profesionales afectados,

organizaciones que han atendido pacientes COVID-19 y que tiene ingresados, ...), así como información sobre la provisión de EPIs a las OSIs.

Está incorporado al bloque documental 5 de Osakidetza, que se da por reproducido,

SEPTIMO.- En los centros y OSIS de Osakidetza se han impartido sesiones formativas (de forma presencial, telemática y on line, utilizando el formato “cascada”) en materia de riesgos derivados de la COVID-19 y prevención, con distinto alcance, y que han sido dirigidos a los distintos colectivos relacionados o conectados con la prestación sanitaria (bloque documental 6 de Osakidetza).

OCTAVO.- Encargándose cada OSI de Osakidetza de la adquisición del material de EPIs a través de sus equipos de compras, se incrementa su consumo a partir de la segunda semana de marzo, y con la entrada en vigor de la Orden de la Consejera de Salud de 18 de marzo -referida en el hecho probado segundo- es el Departamento de Salud el que coordina y adopta las decisiones tanto en relación con la adquisición del material y equipamiento, como de distribución del mismo.

La información sobre el material de protección suministrado a las OSIs y el incremento de consumo de material correspondiente al período enero-mayo de 2020, en relación al mismo período del año 2019, obra incorporada al bloque documental nº 7 de Osakidetza (que se da por reproducido).

NOVENO.- Por el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España, con sujeción a revisiones en función de la evolución y nueva información de que pudiera disponerse de la infección por el nuevo coronavirus, desde el 18 de marzo de 2020 se han emitido procedimientos de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, planteando asimismo, como medidas excepcionales, alternativas y posibles estrategias ante la escasez de EPIs en situación de crisis.

Aludiendo las anteriores documentos Osakidetza ha establecido una memoria de lavado de batas (OSI Uribe), ha marcado directrices sobre uso de batas normales (no impermeables) con uso por encima de delantales plásticos y sobre lavado de batas impermeables (dirigida a varias OSISs), ha dado instrucción de trabajo para la recogida y lavado de batas impermeables en la unidad de esterilización (OSI Bilbao-Basurto) y para la limpieza y desinfección de buzos (OSI Araba).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha emitido el 6 de abril de 2020, con carácter provisional, recomendaciones para el uso racional del equipo de protección personal frente a la COVID-19 y aspectos a considerar en situaciones de escasez graves, incluyendo en un anexo estudios sobre métodos de reacondicionamiento de mascarillas médicas y mascarillas autofiltrantes.

Por la Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene, con sujeción a modificaciones según aparezca nueva evidencia científica, se han dado recomendaciones para la descontaminación de respiradores de partículas ante desabastecimiento debido a la pandemia COVID-19.

Los extremos anteriores están incorporados al bloque documental 8 de Osakidetza que se da por reproducido.

DECIMO.- En el bloque documental nº 9 de Osakidetza, que se da por reproducido, se incorporan los datos sobre test realizados a los profesionales y resultados obtenidos en OSI Araba, Red de Salud Mental de Araba, OSI Rioja Alavesa, Centro Vasco de Transfusión y Tejidos Humanos, Emergencias, Hospital Gorliz, Hospital Sta. Marina, OSI Barakaldo-Sestao, OSI Barrualde-Galdakao, OSI Bilbao-Basurto, OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Gurutzeta, OSI Uribe, Red de Salud Mental de Bizkaia, OSI Bidasoa, OSI Debabarrena, OSI Debagoiena, OSI Donostialdea, OSI Goierri-Alto Urola, OSI Tolosaldea y Red de Salud Mental de Gipuzkoa.

A fecha 10 de junio de 2020 se realizó al menos una prueba PCR al 75,1% de la plantilla y un test serológico al 87,3%, continuando en marcha el estudio dirigido a cubrir la totalidad de la plantilla. Los resultados obtenidos hasta ese momento arrojan, de promedio, una prevalencia de COVID-19 entre el personal de Osakidetza que ha entrado en contacto del 6%, frente al 5% de la población en general.

Por el Ministerio de Sanidad se emitieron sucesivas guías de actuación (documentos técnicos) frente al COVID-19 en los profesionales sanitarios y socio-sanitarios, dándose en Osakidetza instrucciones internas por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales con indicaciones e interpretación sobre el PCR en trabajadores sanitarios, criterios de alta y su seguimiento. Siguiendo las directrices marcadas por el Comité de Dirección COVID-19 del Departamento de Salud y por los documentos del Ministerio de Sanidad se fueron marcando las pautas de actuación con envío a las gerencias de las OSIs.

UNDECIMO.- Se han fijado protocolos de actuación en atención primaria de sospechas de infección por el COVID-19 tanto por el Ministerio de Sanidad como por la Subdirección de Asistencia Sanitaria Osakidetza/Departamento de Salud Gobierno Vasco, contemplándose en ambos casos las actuaciones asignadas al personal no sanitario y al personal sanitario. Su contenido, obrante al bloque documental 10 de Osakidetza, se da por reproducido.

DUODÉCIMO.- Por la Inspección de Trabajo se han dictado requerimientos, de cumplimiento inmediato y continuo, a las OSISs Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces (hospital de Cruces), Górliz (Hospital de Gorliz), Bilbao-Basurto (Hospital de Basurto), Uribe (Hospital de Urduliz), Barakaldo-Sestao (Hospital de San Eloy) y Barrualde-Galdakao (Hospital de Galdakao) de reposición de EPIs (mascarillas y batas impermeables) cuando resulte necesario para cumplir con las instrucciones sobre su uso, garantizando que su

utilización, mantenimiento, limpieza y desinfección se haga según las instrucciones del fabricante, evitando su reutilización cuando no este contemplado su uso más allá de una única vez porque ello pondría al trabajador en una situación de riesgo al estar portando un equipo que podría estar contaminado. (documento nº 1 de SATSE que se da por reproducido).

DECIMOTERCERO.- En relación al uso de los EPIs, Osakidetza ha impartido en diferentes momentos, dependiendo de la disponibilidad, las siguientes instrucciones (documentos nº 5 y 6 de ESK; documentos nº 2 y 3 SATSE):

-En relación al uso de mascarillas: -“No necesito mascarillas si me muevo por el hospital/centro de salud, no entró en contacto con pacientes (distancia>1,5 m), atiendo usuarios tras una mampara, reparto material (lencería, fungibles, ...), realizo pruebas de diagnóstico, tomas de muestras sanguíneas, si soy personal de limpieza, realizo labores de mantenimiento” (cartelería sobre uso adecuado de mascarillas en OSI Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces); -que la duración de las mascarillas quirúrgicas debía de tener un mínimo de turno de trabajo, hasta que estuvieran deterioradas (en la unidad básica de prevención, emergencias), siendo reutilizables, sin que debieran ser usadas (tampoco otros EPIs como guantes) fuera de las áreas con pacientes COVID posibles, probables o conformados (el 17.3.2020 en OSI Bilbao-Basurto); -que si no hay disponibilidad de FFP2, las mascarillas quirúrgicas pueden ser utilizadas para la atención a casos posibles, probables o confirmados de infección por COVID-19, utilizándose en procedimientos que generen aerosoles las FFP3 y, si no hubiera disponibilidad, las FFP2, señalando que para aumentar la durabilidad tanto de las FFP2 como de las FFP3 se podía acoplar por encima una mascarilla quirúrgica o una pantalla facial (el 4.4.2020 en OSI Araba); -que la mascarilla FFP2/FFP3 se deberá utilizar durante una semana de trabajo siempre que no esté dañada (Hospital Sta. Marina, OSI Bilbao-Basurto); -que la mascarilla quirúrgica debe ser utilizada hasta su deterioro (suciedad, salpicaduras, secreciones ...), recomendándose guardarla en un sobre de papel o bolsa de plástico sin doblarla (OSI Bilbao-Basurto).

-En relación al uso de batas impermeables: -en ausencia de batas impermeables se recomienda el uso preferente de batas de TNT no impermeables reforzadas con un delantal de plástico en previsión de que se produzcan salpicaduras, y en las unidades con riesgo de salpicaduras y generación de aerosoles se recomienda el uso de batas impermeables si no hay disponibilidad de buzos, y de batas de TNT con delantal de plástico si no hay tampoco disponibilidad de batas impermeables, pudiendo aumentarse la durabilidad de las batas impermeables protegiéndolas con una bata de TNT o un delantal de plástico (el 4.4.2020 en OSI Araba); -“poner una X en la parte trasera de la bata cuando me la pongo, cuando pongo tercera X, tras uso, se tira a la basura” (OSI Bilbao-Basurto) -lavado de batas impermeables para nuevo uso.

El lavado de las batas impermeables conlleva la pérdida de sus cualidades de esterilidad e impermeabilidad.

DECIMOCUARTO.- En mascarillas FFP2 y FFP3 distribuidas por Osakidetza aparece la indicación “NR” que significa “no reutilizable”. En batas y buzos facilitados aparece la inscripción de un 2 dentro un círculo y con una barra transversal al que se acompaña la nota “la reutilización del producto supone riesgo potencial de infecciones en paciente y usuario”, y en otras la inscripción “do not-re-use” (no reutilizar) (documentos nº 2, 3, 10, 15 y 16 SATSE).

DECIMOQUINTO.- En los centros de atención primaria, para separar la atención a pacientes con patologías respiratorias que pudieran estar relacionadas con el COVID-19 de la atención del resto de las demandas sanitarias ha intervenido, decidiendo en tal sentido, personal no sanitario perteneciente al área de atención al cliente (documento nº 10 de ESK).

DECIMOSEXTO.- Los problemas de abastecimiento de EPIs se produjeron fundamentalmente la segunda quincena del mes de marzo y principios de abril de 2020, sin llegar a darse un desabastecimiento total en ningún momento, aunque fueron facilitados de forma desigual en el tiempo a los distintos colectivos y en función de las tareas desarrolladas. Faltaron algunos de ellos a comienzos del mes de marzo en algunos centros (para celadores del Hospital de Cruces; personal del Centro Coordinador de Emergencias de Bizkaia; auxiliares administrativos del Ambulatorio de Galdakao)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 97 de la LRJS, resultan de la valoración efectuada sobre la totalidad de la prueba documental aportada por las partes junto con el interrogatorio de la parte demandada y las testificales propuestas y practicadas.

SEGUNDO.- Por los sindicatos ESK, SATSE y SME se pide en primer lugar el mantenimiento de las medidas cautelarisimas que fueron solicitadas junto a la demanda que da origen a las presentes actuaciones y que fueron resueltas por Auto de 15 de abril de 2020. Señalan que si bien fueron desestimadas, ello vino motivado porque ya habían sido previamente adoptadas en Auto de 3 de abril de 2020 dictado en petición de medidas formulada junto a la demanda 8/2020 seguida por el sindicato ELA frente a Osakidetza, pero que, como las mismas han quedado sin efecto porque dicho sindicato ha desistido de su demanda, ahora se pide la declaración señalada en evitación de que puedan quedar incumplidas.

Pues bien, siendo cierto que las medidas cautelares acordadas en el Auto de 3 de abril de 2020 perdieron su virtualidad por lo que dispone el art. 731 de la LEC (“no se

mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal hasta terminado por cualquier causa”), también lo es que el Auto de 15 de abril de 2020 las mantiene vigentes con el alcance declarado. En este Auto no se negó la procedencia de parte de las medidas solicitadas, pero se dictó resolución desestimatoria en evitación de pronunciamientos reiterados porque ya estaban previamente adoptadas. La consecuencia es que no cabe hacer ahora ningún otro pronunciamiento adicional.

TERCERO.- Osakidetza plantea también con carácter previo varias excepciones procesales entrelazadas: a) Alega inadecuación de procedimiento por no ser correcta la modalidad de conflicto colectivo utilizada al afectar la cuestión planteada a personal estatutario y funcionario, refiriéndose también de forma tangencial, aunque sin aludir a la existencia de una falta de legitimación activa, a la representatividad ostentada por los sindicatos personados; b) Señala que el encauzamiento de la cuestión a través de un conflicto colectivo determina que la demanda adolezca de defectos por no haberse identificado debidamente a los trabajadores afectados ni haberse procedido a su individualización de cara al cumplimiento de la condena que pueda dictarse; c) Viene a decir que la consideración en la demanda de que la actuación empresarial conlleva una conducta discriminatoria y vulneradora del derecho a la vida y a la integridad física determina que el procedimiento adecuado sea el correspondiente a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, con la consiguiente falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al Ministerio Fiscal.

No puede prosperar ninguna de ellas.

1.- El sindicato promotor de la demanda, ESK, dando respuesta a la subsanación a la demanda que le fue requerida por Providencia de 26 de mayo de 2020, señala que los colectivos afectados por el conflicto colectivo vienen constituidos por la totalidad del personal de Osakidetza (laboral, estatutario y funcionario), lo que permite identificarlos con un grupo genérico de trabajadores que denuncian que por parte de la empleadora ha habido un incumplimiento de normativa en materia de prevención y riesgos laborales (así se encabeza la demanda), es decir, que buscan la interpretación que merecen determinadas decisiones empresariales de carácter colectivo. Concurren, por lo tanto, los elementos previstos en el art. 153 de la LRJS, debiendo estimarse por ello adecuado el cauce del procedimiento de conflicto colectivo empleado, sin que impida esta apreciación el hecho de que entre los afectados haya, además de personal laboral, personal estatutario y funcionario, puesto que, dirigida la acción ejercitada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, el art. 2 e) de la LRJS la incluye en el ámbito del orden jurisdiccional social y dicho artículo da cobertura a las acciones ejercitadas en su defensa por todos los empleados, sean personal laboral, personal estatutario de los servicios de salud o funcionarios. En cuanto a la materia competencial ya nos pronunciamos en este sentido en el Auto de 15 de abril de 2020 al resolver sobre las medidas cautelarisimas, siendo de recordar el Auto del Tribunal Supremo de 6.4.2020 (proced. 2/2020) y el Auto de 16.5.2019 (rec 22/2018) de la Sala de Conflictos de Competencia del mismo Tribunal.

No se excepciona la falta de legitimación activa, pero diremos que la actuación sindical viene amparada por los arts. 154 y 155 de la LRJS y por los datos incorporados al hecho probado primero.

2.- Sin que la demanda busque una individualización de los efectos derivados de la condena que pueda obtenerse (declaración de un incumplimiento con condena a la toma de las medidas oportunas en beneficio del colectivo afectado; obtención de una indemnización para el sindicato demandante ESK), y estando correctamente identificada la parte afectada en los términos que ya hemos señalado, la demanda no incumple con las exigencias contempladas en el art. 157 de la LRJS.

3.- Sin negar que la demanda alude a una actuación empresarial discriminatoria y contraria al derecho a la vida, integridad física y salud de los trabajadores, con referencia a los arts. 14 y 15 de la Constitución, sin embargo la anuda a los incumplimientos de la normativa en materia de prevención y riesgos laborales, que es el objeto de la demanda, tal como se hace constar en su encabezamiento y en el suplico. Interesada la declaración de ese incumplimiento, se insta la condena a la adopción de las medidas oportunas para dar protección a esos derechos fundamentales, e igualmente se pide el abono de una indemnización al amparo de infracciones previstas la LISOS relacionadas con el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que hayan determinado un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados. Por lo tanto, las peticiones formuladas resultan ajenas a las que son propias del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (contempladas en el art. 182 de la LRJS), y así lo entiende también el sindicato promotor de la demanda cuando no la dirige frente al Ministerio Fiscal (art. 177.3 de la LRJS), lo que hace que tampoco pueda acogerse la falta de litisconsorcio pasivo necesario por este motivo.

CUARTO.- Entrando sobre el fondo del asunto, a la hora de determinar si por parte de la demandada se ha producido un incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, hemos de mencionar en primer lugar la deuda de seguridad que contrae todo empresario con el personal a su servicio.

-El llamado «deber de seguridad» o «deuda de seguridad» de la empresa con sus trabajadores se configura claramente en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, establece que «en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho ... a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales», derecho que ratifica el artículo 19.1 de la misma Ley diciendo: «El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo».

-La obligación anterior viene desarrollada en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRP).

a/ Esta Ley y sus normas de desarrollo son de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de

los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas (art. 3.1).

b/ En su art. 4 se define la «*prevención*» como el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo; Como «*riesgo laboral*» la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo (para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo); Como «*daños derivados del trabajo*» las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo; Y como «*riesgo laboral grave e inminente*» aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores (en el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata).

c/ Enlazando con esta última definición, dadas las características del agente de riesgo invocado en la demanda (COVID-19), diremos que el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la *protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo*:

En el art. 2 a) define a los “*agentes biológicos*” como “*microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad.*”

Y en el art. 8.1 señala que “*El empresario garantizará una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos por exposición a agentes biológicos, realizada por personal sanitario competente, según determinen las autoridades sanitarias en las pautas y protocolos que se elaboren, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Dicha vigilancia deberá ofrecerse a los trabajadores en las siguientes ocasiones: a) Antes de la exposición. b) A intervalos regulares en lo sucesivo, con la periodicidad que los conocimientos médicos aconsejen, considerando el agente biológico, el tipo de exposición y la existencia de pruebas eficaces de detección precoz. c) Cuando sea necesario por haberse detectado en algún trabajador, con exposición similar, una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición a agentes biológicos.*”

d/ Entre los artículos que integran la LPRL, destacaremos -de forma sintetizada- los que se refieren al derecho que tienen los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, con el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14); a los principios de acción preventiva que deben de aplicar los empresarios y que consisten en evitar los

riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en su origen, adaptar el trabajo a la persona, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro, planificar la prevención, adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, y dar las debidas instrucciones a los trabajadores, previendo incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que pudieran cometer (art. 15); a la evaluación de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores por el empresario, tanto inicial (atendiendo a la naturaleza de la actividad, al elegirse los equipos de trabajo y sustancias a utilizar, el acondicionamiento de los lugares de trabajo, etc.) como cuando cambien las condiciones de trabajo, con controles periódicos y obligación de modificación de las actividades de prevención cuando se aprecie su inadecuación (art. 16); a la adopción por el empresario de las medidas necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse, garantizando que la utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización y que los trabajos de reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello, proporcionándoles los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velando por su uso efectivo cuando sean necesarios (art. 17); a la adopción por el empresario de las medidas adecuadas para que los trabajadores estén informados en relación a los riesgos genéricos y específicos existentes, a las medidas y actividades de protección y prevención aplicables, y a las que deben de adoptarse en situaciones de emergencia, facilitando la consulta y participación de aquéllos (art. 18); y a la formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, que debe garantizarse a los trabajadores tanto al momento de su contratación como con posterioridad si se produjeran cambios (art. 19).

-Y vinculándolo con lo hasta ahora expuesto, recordaremos que el Tribunal Supremo, en sentencia unificadora de fecha 30 de junio de 2010 (rcud 4123/2008), viene a señalar que *“La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias.”* (...) *“la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente [vid. arts. 14.2, 15 y 16 LPRL], máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo”*.

Y en sentencia más reciente de 11 de diciembre de 2018 (rcud 1653/2016), recopilando doctrina jurisprudencial, nos recuerda, junto a lo anterior, que *“el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" (artículo 4.2.d) y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene " (artículo 19.1). Obligación que más específicamente y con mayor rigor de exigencia desarrolla la LPRL cuyos rotundos mandatos contenidos en los artículos. 14.2 , 15.4 y 17.1 LPRL - determinaron que se afirmase que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado y que deben adoptarse las medidas de*

protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran (STS de 8 de octubre de 2001 -rcud 4403/00).”.

QUINTO.- Antes de seguir con el análisis de las denuncias formuladas en la demanda hemos de mencionar los Autos del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de fechas 25 y 31 de marzo de 2020, en los que, frente a la petición de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos -como medida cautelarísima instada dentro de procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales- para que requiriese al Ministerio de Sanidad la provisión a todos los hospitales de España de una serie de medios de protección para el personal sanitario frente al coronavirus, han venido a señalar que, aunque la Sala acepta como hecho notorio que el personal sanitario no cuenta con todos los medios necesarios para prestar, debidamente protegido, su trabajo decisivo ante la pandemia del coronavirus, sin embargo considera que la cuestión jurídica a resolver en este momento no es la insuficiencia de medios sino si puede ser reprochada como resultado de una inactividad antijurídica de la Administración.

En igual sentido, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, al resolver el 6 de abril de 2020 sobre las medidas cautelares solicitadas por tres sindicatos de Policía en las que solicitaban distintas medidas de protección frente al coronavirus (Autos de medida cautelar núms. 97/29, 98/29 y 100/20), subrayando el “esencial y valioso servicio” que los agentes están prestando a la ciudadanía “en una situación particularmente difícil”, ha señalado que es un hecho absolutamente notorio la escasez de equipos de protección individual para todos los colectivos sujetos a riesgo de contagio.

Pues bien, partiendo de esa situación extraordinaria, motivada por una crisis sanitaria sin precedentes que deviene en pandemia de alcance mundial (declarada primero el 31 de enero de 2020 por la OMS como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional, y elevada el 11 de marzo de 2020 a la condición de Pandemia Universal), hemos de analizar las actuaciones seguidas por Osakidetza en relación al conjunto del personal de su plantilla, sin ignorar que en la búsqueda de evitar o frenar los efectos del nuevo y desconocido agente biológico sobre la población se genera una abundante actividad normativa a nivel estatal y autonómica, normativa que es revisada y rectificada a medida que se va teniendo mayor información sobre su expansión y efectos, dando lugar a la elaboración de nuevos y sucesivos protocolos, instrucciones, guías y recomendaciones de actuación.

SEXTO.- De la abundante prueba documental aportada, junto con los extremos resultantes de las pruebas de interrogatorio de la demandada y de las testificales practicadas, resultan acreditados determinados extremos que nos llevan a entender que, pese a que hayan podido existir problemas de abastecimiento en determinados períodos (lo que no es negado por Osakidetza), los mismos han venido asociados a la carencia de material a distribuir y no a una gestión que pueda ser tachada de insuficiente o antijurídica.

Así lo demuestran: a) Que el Consejo Asesor de Enfermedades Infecciosas Emergentes de esta Comunidad Autónoma, en fecha 24 de enero de 2020, anterior a las

declaraciones oficiales realizadas por la OMS y los Gobiernos central y autonómico, y antes también del primer caso de COVID-19 en Euskadi, celebrara una reunión sobre las implicaciones que podía tener el brote del COVID-19 para la CAV y en la red sanitaria vasca, efectuando propuestas de actuación por Osakidetza para el abastecimiento de material EPI y sobre medidas preventivas para su manejo y control por el personal sanitario; b) Que desde el 28 de enero de 2020 se establecieran protocolos de vigilancia epidemiológica, de actuación para atención primaria, instrucciones internas y recomendaciones sobre pautas a seguir y medidas a adoptar en torno al COVID-19, manteniéndose desde principios del mes de marzo reuniones con los Comités de Seguridad y Salud Laboral de las distintas OSIs, e informándose semanalmente por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de Osakidetza a la Dirección de RRHH y a la Comisión Corporativa de Seguridad y Salud sobre la situación existente (profesionales afectados, OSIs con pacientes COVID-19) y sobre la provisión de EPIs; c) Que pasaran a impartirse a los distintos colectivos relacionados con la prestación sanitaria sesiones formativas en materia de riesgos y prevención en relación a COVID-19, con adquisición incrementada de EPIs, por las necesidades derivadas de la nueva situación, por las propias OSIs y en coordinación con el Departamento de Salud del Gobierno Vasco.

Ahora bien, sentado lo anterior, tampoco puede ser ignorado (habiendo quedado igualmente demostrado) que en relación a las mascarillas y a las batas se dieron por Osakidetza instrucciones de uso, reutilización y lavado (hecho probado decimotercero) que, aunque condicionadas por la disponibilidad y por las medidas señaladas por el Ministerio de Sanidad y la OMS con carácter excepcional ante situaciones de escasez, se separaron de las indicaciones sanitarias (aunque posteriormente pudieran ser rectificadas) y dejaron de lado las recomendaciones de uso señaladas por los fabricantes (hecho probado decimocuarto) que advertían el riesgo potencial de infecciones para el paciente y para el usuario que conllevaba su reutilización o uso inadecuado, siendo de destacar en este aspecto los requerimientos de cumplimiento inmediato y continuo realizados por la Inspección de Trabajo -a las OSIs Ezkerraldea-Enkarterri-Cruces (Hospital de Cruces), Górliz (Hospital de Górliz), Bilbao-Basurto (Hospital de Basurto), Uribe (Hospital de Urduliz), Barakaldo-Sestao (Hospital de San Eloy) y Barrualde-Galdakao (Hospital de Galdakao)- de reposición de EPIs (mascarillas y batas impermeables) cuando resulte necesario para cumplir con las instrucciones sobre su uso, garantizando que su utilización, mantenimiento, limpieza y desinfección se haga según las instrucciones del fabricante, evitando su reutilización cuando no este contemplado su uso más allá de una única vez porque ello pondría al trabajador en una situación de riesgo al estar portando un equipo que podría estar contaminado (hecho probado duodécimo).

En relación a los test de detección, aunque por los datos incorporados al hecho probado décimo, podemos señalar que en la actualidad se han practicado, y se siguen practicando, en la totalidad de las OSIs, habiéndose realizado a fecha 10 de junio de 2020 al menos una prueba PCR al 75,1% de la plantilla y un test serológico al 87,3%, lo que tampoco puede ignorarse es que, tras una insuficiencia previa, las medidas en este aspecto han sido adoptadas a raíz de las medidas cautelarísimas acordadas por resolución de 21 de abril de 2020 de esta Sala en los autos nº 16/2020, determinando que con fecha 5 de mayo

de 2020 se comunicara a la Sala que se habían trasladado a todas las OSIs las pautas y criterios de actuación.

También ha quedado probado a través de las testificales que hubo carencias a comienzos del mes de marzo de EPIs en algunos centros (para celadores del Hospital de Cruces; personal del Centro Coordinador de Emergencias de Bizkaia; auxiliares administrativos del Ambulatorio de Galdakao).

Pues bien, sin que proceda declarar la existencia de la vulneración de ningún derecho fundamental, que tampoco es el objeto del conflicto colectivo planteado, y sin necesidad de reiterar las normas preventivas y la doctrina jurisprudencial que se ha recogido en el fundamento de derecho cuarto, partiendo de que la exposición en el trabajo al COVID-19 merece la calificación de riesgo laboral grave e inminente por ser probable racionalmente que sus efectos se materialicen en un futuro y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores, aunque no se manifieste de forma inmediata (art. 4.4 LPRL), que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo con el correlativo deber del empresario o de la administración de protección de los trabajadores o del personal a su servicio frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL), que el empresario debe de adoptar las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo realizado de forma que garanticen la seguridad de la salud y la seguridad de los trabajadores, proporcionándoles al efecto los EPIs adecuados (art. 17 LRPL), y estando el empresario obligado más específicamente, en el caso de los agentes biológicos susceptibles de originar cualquier tipo de infección (como ocurre con el COVID-19), a garantizar una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores conforme a los protocolos y pautas que determinen las autoridades sanitarias tanto antes de la exposición, a intervalos regulares en lo sucesivo con pruebas eficaces de detección precoz, como cuando sea necesario por haberse detectado en el trabajador una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición del agente biológico (art. 8.1 del RD 664/1997), en virtud de los incumplimientos en materia de prevención que se han concretado en los párrafos anteriores debemos estimar parcialmente la demanda, declarando incumplida por Osakidetza en esos términos la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, condenándola a tomar las medidas oportunas para la protección del personal a su servicio (laboral, estatutario y funcionario).

Y solicitado también en virtud del art. 183.1 de la LRJS el abono de una indemnización al sindicato ESK por importe de 6.250 euros y 100.006 euros, petición que, además de vinculada a una vulneración de derechos fundamentales no apreciada y ajena a la acción ejercitada, se sustenta en las infracciones previstas en el art. 12.16 de la LISOS sobre incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales -por supuesto, respecto de los trabajadores y no respecto de un sindicato- y en el art. 13.4 de la misma Ley que alude a la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales -con un alcance subjetivo que, nuevamente, excluye al sindicato-, no puede accederse a dicha petición por falta de amparo legal, lo que refuerza la parcialidad de la estimación de la demanda.

SÉPTIMO.- Contra la presente resolución cabe recurso de casación (art. 206.1 de la LRJS).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente la demanda sobre conflicto colectivo interpuesta por la Sindicato ESK frente a Osakidetza (habiendo sido también parte los sindicatos UGT, CCOO, ELA, LAB, USO, SATSE, SME, UTESE y USAE), declaramos incumplida por Osakidetza, con el alcance fijado en el fundamento de derecho sexto, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, condenándola a tomar las medidas oportunas para la protección del personal a su servicio (laboral, estatutario y funcionario). No se accede al resto de la pretensiones formuladas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe **recurso de casación ordinario** que podrá plantearse en el plazo de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0012-20.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0012-20.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.