



Roj: **STSJ PV 2189/2019 - ECLI: ES:TSJPV:2019:2189**

Id Cendoj: **48020340012019101267**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **16/07/2019**

Nº de Recurso: **1035/2019**

Nº de Resolución: **1442/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO N.º: Recurso de suplicación 1035/2019

NIG PV 48.04.4-18/010369

NIG CGPJ 48020.44.4-2018/0010369

SENTENCIA N.º: 1442/2019

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 16 de julio de 2019.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. PABLO SESMA DE LUIS, Presidente en funciones, D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI y Dª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En los Recursos de Suplicación interpuestos, *de una parte*, por el **SINDICATO ELA** y, *de otra*, por **UTE URBI HIRU BASAURI** contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de los de BILBAO (BIZKAIA), de fecha 13 de febrero de 2019, dictada en proceso sobre **Conflicto** colectivo (**CIC**), y entablado por el **primer recurrente** frente al **segundo** y frente a **BABESTEN S.L., AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES S.L., SINDICATO UGT, SINDICATO LAB** y **COMITE DE EMPRESA DE RESIDENCIA BIZKOTXALDE**.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.ª ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya **relación** de hechos probados es la siguiente:

" **Primero** : La UTE URBI HIRU BASAURI (RESIDENCIA BIZKOTXALDE, La UTE), conformada por BABESTEN SL y AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES SL mantiene una nómina de 104 trabajadores que incluye ATS/DUES, fisioterapeutas, médicos, gerocultores y limpiadores.

Segundo: Las personas en jornada continuada disfrutan de un descanso de 20 minutos.

Tercero: La evaluación de riesgos **laborales** existente en la empresa establece estas directrices relativas a la contención y la prevención del riesgo biológico:

Medidas de higiene:

- La empresa dispone de esquemas sobre el correcto lavado higiénico de manos en las distintas plantas. Se sigue el protocolo de Osakidetza (5 momentos y 6 pasos para el correcto lavado de manos).
- Tendrá las siguientes características:
 - Se realizará de manera continua, no solo al finalizar la jornada o antes de ir a comer.
 - Será inmediato y obligatorio tras cada práctica asistencial, y siempre que la misma lo requiera.
 - Tras cada práctica asistencial y lavado higiénico de las manos se procederá al cambio de guantes, y a su desecho.
 - De manera concreta en cada contacto con heces y/o fluidos corporales por parte del personal se procederá al cambio de guantes y al lavado higiénico de manos antes y después de cada contacto y/o de forma tan frecuente como lo requiera la práctica asistencial.
 - Esta medida llevará el tiempo necesario para su correcta realización.
- En el caso de manchas y/o salpicaduras de heces o fluidos corporales considerables, se procederá al lavado higiénico específico de la zona afectada y cambio de ropa de la persona afectada de manera inmediata, para ello utilizará el tiempo necesario para una correcta higiene y para el cambio de ropa. La ropa manchada se desechará de manera inmediata y el aseo personal será específico de las zonas afectadas y/o partes del cuerpo expuestas a las manchas o salpicaduras en cada caso.

Otras medidas de higiene:

- No está permitido comer, beber o fumar en las zonas de trabajo.
- Se dispondrá de percheros individuales y de taquillas individuales para separar la ropa de trabajo y la de calle.
- Se dejará lavar y desinfectar la ropa de manera obligatoria en el centro de trabajo. Esta medida ni supondrá coste alguno para el personal.
- Las personas que realizando la atención asistencial a las personas usuarias presentaran manchas notorias con fluidos corporales, vómitos, heces, sangre, etc, deberán cambiarse de uniforme de manera inmediata durante la jornada. Dejándose a lavar y desinfectar en la residencia.

Cuarto: En el mencionado documento, y a propósito de lo dispuesto en el art. 7.2 del RD 664/1997, se afirma que las medidas contempladas en dicho precepto constituyen estándares de protección, y que las medidas que se aplican en el centro (descritas en el ordinal 3º) son más eficaces. Singularmente se anota que *"La medida debe ser inmediata, tras cada práctica asistencial y continuada a lo largo de toda la jornada para que sea eficaz. En el apartado de medidas correctoras hemos desarrollado las medidas necesarias. Definimos en el apartado de medidas de higiene/aseo personal cómo debe ser el mismo para que sea plenamente eficaz en nuestra actividad. No deben ceñirse al momento de abandonar el trabajo. Deben ser permanentes durante toda la jornada **laboral**."*

Quinto: Emite informe OSALAN a fecha de 29-5-2018, cuyo contenido se da por reproducido a este ordinal.

Sexto: Emite requerimiento la Inspección de Trabajo (IdT) el día 4-6-2018, que incluye el siguiente tenor: *"Proceda a reconocer, planificar e instaurar de manera organizativa 10 minutos para el aseo personal antes de las comidas y de abandonar el trabajo para todos los trabajadores con riesgo de exposición agentes biológicos."*

*El plazo para cumplir esta medida es de carácter inmediato. En caso de incumplimiento se procederá a adoptar las medidas sancionadas oportunas. En este sentido se advierte a la empresa de que estos hechos supone una infracción grave en materia de prevención de riesgos **laborales**, tipificada y cualificada como tal en el artículo 12.16 H) de la Ley de infracciones y sanciones del orden social, y sancionada con multa entre 2046 y 40.985 €."*

Séptimo: Consultado por la empresa, el Ministerio de Trabajo responde el 27-6-2018 en estos términos (a título meramente informativo y no vinculante):

*"Consideramos que no es obligatorio aplicar, sin excepción, todas las medidas reconocidas en los artículos 5 al 13 del RD 664/1997 en las actividades con manipulación no intencionada de agentes biológicos, tal y como indica la correspondiente Guía técnica del citado RD, sino que la decisión sobre qué medidas preventivas deben implantarse, cuándo, dónde y/o cuáles trabajadores deben de seguirlas debe tomarla el técnico de prevención en base a la información recogida en la evaluación de riesgos en **relación** con las condiciones y características propias de la actividad, las características de los agentes biológicos presentes o potencialmente presentes y las condiciones y características de los trabajadores expuestos, y en base a su conocimiento y experiencia."*

Octavo: A raíz del requerimiento de la IdT, la UTE reconoce el disfrute de 10 minutos con anterioridad a la comida de las personas que se desempeñan a jornada partida (fisioterapeuta, 2 gerocultoras, 2 limpiadoras).



Noveno: A finales de septiembre de 2018, la UTE reconoció a los ATS/DUES, fisioterapeutas, médicos, limpiadores y gerocultores la posibilidad de anticipar su salida del trabajo 10 minutos al objeto de dar cumplimiento al requerimiento de la IdT.

Décimo: El intento de mediación ante el PRECO fracasó el 24-10-2018."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que, estimando la demanda de **conflicto** colectivo presentada por ELA (Autos 1000/2018), frente a UTE URBI BASAURI (BABESTEN SL, AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES SL) y en la que fueron parte LAB, UGT y el Comité de empresa, y declaro el derecho del personal perteneciente a la categoría de ATS/DUES, Fisioterapeutas, Médicos/as, Gerocultores/as y Limpiadores/as de la empresa demandada, dispongan dentro de la jornada **laboral** de 10 minutos para el aseo personal antes de la comida (trabajadores a jornada partida) y otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo."

TERCERO .- El 21 de febrero de 2019 se dictó, a instancia de parte, auto de aclaración del fallo que quedó redactado en estos términos:

"Que, estimando parcialmente la demanda de **conflicto** colectivo presentada por ELA (Autos 1000/2018), frente a UTE URBI BASAURI (BABESTEN SL, AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES SL) y en la que fueron parte LAB, UGT y el Comité de empresa, y declaro el derecho del personal perteneciente a la categoría de ATS/DUES, Fisioterapeutas, Médicos/as, Gerocultores/as y Limpiadores/as de la empresa demandada, dispongan dentro de la jornada **laboral** de 10 minutos para el aseo personal antes de la comida (únicamente en favor de los trabajadores a jornada partida) y de otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo."

CUARTO.- Frente a dicha resolución se interpusieron sendos Recursos de Suplicación, que fue impugnados por UTE URBI HIRU BASAURI, el primero, y por los Sindicatos ELA y UGT, el segundo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida en suplicación ha estimado parcialmente la demanda de **conflicto** colectivo planteada por el sindicato ELA frente a UTE URBI HIRU BASAURI conformada BABESTEN SL, AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES SL (Residencia BIZKOTXALDE, en adelante la UTE), en la que fueron parte LAB, UGT y el comité de empresa, declarando el derecho del personal con categorías de ATS/DUES, Fisioterapeutas, Médicos/as, Gerocultores/as y Limpiadores/as a que dispongan dentro de la jornada **laboral** de 10 minutos para el aseo personal antes de la comida (únicamente en favor de los trabajadores con jornada partida), y de otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo (tanto para personal con jornada partida como continua).

La decisión de instancia se ampara en cuanto a la petición inserta en demanda en nuestra sentencia de 2 de mayo de 2017 (rec.761/2017) invocada por la parte actora, si bien da respuesta también a la solicitud articulada en el acto de juicio -en el que se solicitó este derecho y con igual extensión para las personas trabajadoras con jornada continua-, reconociéndoles solamente el derecho a los 10 minutos de aseo antes de abandonar el trabajo.

Frente a tal pronunciamiento recurren en suplicación tanto la UTE como la parte actora, la primera interesando la completa desestimación de pretensión ejercitada en su contra con su subsiguiente absolución, y la demandante solicitando que los 10 minutos de aseo se reconozcan también al personal con jornada continua de modo previo a cualquier ingesta alimento (en referencia al tiempo de descanso, que vincula al "tiempo de bocadillo").

SEGUNDO.- Comenzando por el recurso de la UTE, el primero de los motivos contiene dos apartados que, amparados en la letra b) del art.193 LRJS , pretenden la reforma de hechos probados, concretamente la modificación del ordinal tercero y la inclusión de un nuevo hecho probado.

La revisión de hechos probados está condicionada a que la certeza del dato cuya inclusión se interesa, o la falta de veracidad de aquél que se pretende eliminar, queden evidenciados, de manera indubitada, concluyente e inequívoca, por la fuerza directa que derive de documentos o pericias obrantes en autos, es decir, sin requerir la adición de ninguna otra prueba y sin tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, y siempre que su contenido no entre en contradicción con el de otros elementos probatorios que evidencien cosa contraria.

Las normas procesales no conceden preferencia a ninguna prueba sobre otra igual o diferente, sino que, cuando existen varias sobre el mismo punto, es el órgano de instancia quien ha de ponderarlas conjuntamente y elegir aquella que estime más objetiva y convincente conforme a las reglas de la sana crítica, en los términos previstos en los artículos 97.2 LRJS , y 326 y 348 LEC , por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica,



sin que pueda la Sala efectuar una nueva ponderación de la prueba, y solamente de forma excepcional puede revisar las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida siempre que resulte relevante la modificación, y se apoye en concreto documento auténtico o prueba pericial que, patentice de manera clara, evidente y directa, el error del juzgador de instancia, y sin que sea posible admitir la reforma fáctica de la sentencia con base en las mismas pruebas que sirvieron de fundamento para su confección, dado que no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador "a quo", por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada.

Acomodándonos a estas pautas pasamos a analizar el motivo revisorio.

A) La reforma del *hecho probado tercero* pretende dar por reproducida la evaluación de riesgos **laborales** existente en la empresa con apoyo en el documento nº 1 que contiene la citada evaluación, documento en el que se ha basado el Juzgador de instancia para construir el ordinal.

Novación que descartamos precisamente porque tal documento ha sustentado la redacción del ordinal, y nada añade al resultado del recurso tener por reproducido el mismo.

B) Tampoco se asume la *inclusión de un nuevo hecho probado* -el séptimo bis- tendente a dejar constancia de la incorporación a las actuaciones de la Guía Técnica elaborada por el INSS en virtud de la Disposición Final Primera RD 664/1997, dado que ni se muestra relevante a los fines de este recurso de suplicación, ni acude el Juzgador al mismo para apoyar el relato fáctico o la conclusión jurídica que extrae, sin que pueda la Sala suplantar su criterio en un recurso extraordinario como el que nos ocupa.

TERCERO.- El motivo segundo y último del recurso de la UTE denuncia la infracción del art.7.2 RD 664/1997 de 12 de mayo sobre la protección de las personas trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo por su indebida aplicación, en **relación** con el art.4, Anexo I y Disposición Final Primera del mismo texto legal.

El art. 7.2 de la meritada norma legal establece que " *Los trabajadores dispondrán, dentro de la jornada **laboral**, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo* ".

La Disposición Final Primera del RD 664/1997, dispone que " *el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, elaborará y mantendrá actualizada una Guía Técnica, de carácter no vinculante, para la evaluación de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo* ".

Como la precitada Disposición indica, esa guía no tiene carácter vinculante y de hecho no acude el Magistrado de instancia a la misma (hemos rechazado su incorporación como hecho probado), pero la recurrente con el apoyo jurídico expresado sostiene que la medida contemplada en el art. 7.2 del RD 664/1997 es innecesaria atendiendo al contenido de las medidas preventivas y/o correctivas que se proponen en la evaluación de riesgos, especialmente, por la referida al lavado de manos tras cada práctica asistencial y siempre que la misma lo requiera, incidiendo en la literalidad del art.4.5, 4.6 del RD 664/1997, todo ello para sostener que la Evaluación técnica de la Residencia Bizkotxalde argumenta y detalla la implementación de medidas correctoras mejores y más eficaces que superan los estándares mínimos previstos en el art.7.2 RD 664/1997, por lo que la aplicación de la medida debatida no está entre las que se valoran como necesarias, resultando ser la excepción del art.4.5 plenamente aplicable.

Recientemente nos hemos pronunciado sobre esta misma cuestión (la parte demandada era otra Residencia), en sentencia de 4 de junio de 2019 (rec.803/2019), rechazando el recurso de la demandada (con un planteamiento y argumentación muy similar al articulado en el recurso actual).

En la citada sentencia hemos razonado acudiendo a nuestra sentencia de 2 de mayo de 2017, rec 761/2017, (al igual que la sentencia recurrida) que " *En lo que hace a la medida de los 10 minutos para el aseo personal antes de la comida y de otros 10 minutos antes de abandonar el trabajo, estando la medida contemplada en el art. 7.2 del RD 664/1997 como disposición mínima aplicable a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad **laboral**, situación en la que se encuentran los afectados por el presente **conflicto** colectivo (la propia recurrente reconoce que desarrollan la actividad de asistencia sanitaria prevista en el anexo I del RD, sin que cuestione el hecho probado quinto cuando dice que corren el riesgo de contagio por enfermedades infecto-contagiosas), sin que en este caso opere la excepción a su aplicabilidad prevista en el art. 4.5 del RD cuando recoge que se aplicarán las disposiciones de los artículos 5 al 13 del RD "salvo que los resultados de la evaluación lo hiciesen innecesario", porque, al contrario de lo que entiende la recurrente, la evaluación de riesgos no dice que esa medida sea innecesaria, sino que no tiene sentido la estricta aplicación de 10 minutos para el aseo antes de la comida y al abandonar el trabajo, y sin que tampoco pueda prevalecer la opinión del técnico de prevención que lo haya emitido -por mucho que coincida con*



lo contemplado en la Guía Técnica elaborada por orden de la DF 1ª del RD 644/1997, que, no olvidemos, carece de carácter vinculante- sobre una disposición mínima aplicable a la actividad desarrollada por los trabajadores afectados, debemos igualmente rechazar la oposición a la aplicabilidad a los mismos de esta medida".

Citábamos también la argumentación contenida en la que dictamos el 25 de septiembre de 2018 (rec 1622/2018), en la que afirmamos que " En el caso que nos ocupa es cierto que en la evaluación específica de riesgos **laborales** de la residencia demandada de fecha 15 de mayo de 2017 en lo atinente a las medidas del mencionado artículo 7.2, dice: "esta medida sería muy poco eficaz si se realiza tal y como está planteada en el R.D. Sería una medida innecesaria tal y como se plantea en el R.D. por lo que se ha readaptado para que su eficacia sea plena y por lo tanto conseguir una mejora sustancial en la seguridad del personal del centro", "entendemos por tanto que las medidas del artículo 7.2 son estándares de protección y por lo tanto consideramos que las medidas que aplicamos en el Centro mejoran y son más eficaces". Lo que se viene a decir es que la medida en el plano teórico resulta innecesaria resultando ser mejores las medidas que se aplican en el centro. Pero como dice nuestra sentencia ya citada "no puede prevalecer la opinión del técnico de prevención sobre una disposición mínima aplicable a la actividad desarrollada por los trabajadores afectados". Por otra parte dicha medida está indicada en estos casos por la propia Guía Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos, si bien no es vinculante. Y dado que los trabajadores de la empresa demandada reúnen los requisitos de exposición a agentes biológicos previstos en el Real Decreto 664/1997 para la aplicación de la medida controvertida, entendemos que la petición de la parte actora resulta atendible, sin que la empresa pueda oponer que ya adopta otras medidas de protección más eficaces que en su caso serían complementarias."

E igualmente nos remitíamos a la sentencia de la Sala de 13 de noviembre de 2018 (rec 2139/18), que vino a complementar los argumentos anteriores señalando que " La empresa demandada reconoce, (y así consta en la evaluación de riesgos **laborales**), que resulta plausible la exposición de sus trabajadores a agentes biológicos, (aunque su actividad no implica una intención deliberada de manipularlos), por lo que la medida de higiene discutida resulta exigible en la empresa, por remisión del artículo 4.5 del RD 644/1997. No cabe entender que la empresa está exenta de esta obligación por previsión expresa de la normativa de prevención de riesgos **laborales**, como sostiene la recurrente. De la exégesis de la evaluación específica de riesgos **laborales** de la demandada de fecha 9 de mayo de 2018, que se encuentra reproducida en el hecho probado quinto de la sentencia, se aprecia que dentro de las medidas de higiene se recoge el lavado higiénico de manos, que se realizará de manera continua, no solo al finalizar la jornada o antes e ir a comer. De manera que las medidas de higiene, - en particular el lavado de manos-, antes de ir a comer o antes de finalizar la jornada, sí están contempladas como preceptivas u obligatorias en la propia evaluación de riesgos **laborales**. Y precisamente la medida reclamada en esta litis va dirigida a dar cumplimiento a las medidas de higiene antes de ir a comer o antes de finalizar la jornada, en la línea que exige la propia evaluación de riesgos **laborales**. La expresión de que la medida establecida en el apartado segundo del artículo 7 del RD 644/1997 no resulta necesaria en el centro de trabajo, se contradice con las anteriores manifestaciones que la propia evaluación de riesgos contiene, de manera que no puede aceptarse como una exclusión automática de la medida, como pretende la empresa recurrente. / De hecho, cuando la evaluación de riesgos describe las "medidas de barrera", afirma que se establecerán medidas de lavado higiénico de manos. Por consiguiente, no resulta suficiente con el empleo de guantes, sino que, además, se exige a la empresa implementar medidas de lavado de las manos, que deben llevarse a cabo, como hemos visto, antes de comer o de finalizar la jornada, - sin perjuicio de que también se haga de forma continua durante la misma-. En resumen, la evaluación de riesgos de la empresa, examinada en su conjunto, no excluye la medida del artículo 7.2 del RD 644/1997, sino que la ampara, pues tiende precisamente a hacer efectivas las medidas de higiene y lavado de manos antes de ir a comer o de finalizar la jornada que son específicamente mencionadas en la propia evaluación. Insistimos en que las otras medidas que menciona la evaluación de riesgos no hacen innecesario el lavado de las manos precisamente antes de comer o de finalizar la jornada, sino que los complementan. / Por otro lado, y como ya dijimos en nuestra sentencia de dos de mayo de 2017, esta conclusión no puede soslayarse a partir de la guía técnica, que carece de valor vinculante, ni de los informes de la ITSS o de Osalan. / Por último, queremos añadir a nuestros razonamientos que la Ley de Prevención de Riesgos **Laborales** 31/1995, de 8 de noviembre EDL 1995/16211, en su artículo 14.2, establece que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 EDL 1995/16211, señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 EDL 1995/16211 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Del juego de éstos tres preceptos se deduce, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 EDJ 2001/49262, "como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. / (...) Siendo así, debemos afirmar que la medida que el sindicato



demandante está reclamando a la empresa demandada tiene como finalidad garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, y al no tratarse de una medida irracional ni absurda o desproporcionada, debe ser exigible a la demandada por imperativo de la amplia obligación que en esta materia le atribuye la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos **Laborales**. Si la propia Evaluación de riesgos **laborales** contempla como preceptivo el lavado de las manos, resulta totalmente justificado y ponderado que el trabajador cuente con un breve período de 10 minutos para hacer efectiva esta medida de seguridad y salud antes comer o de abandonar su puesto de trabajo. / La medida que examinamos debe ser implementada por la empresa, precisamente para hacer efectivo y para posibilitar el lavado de las manos al personal, y evitar así cualquier distracción u omisión al respecto por las prisas inherentes a las jornadas de trabajo, - artículo 15.4 LPRL -. Y ello porque, como hemos dicho, las obligaciones en materia de seguridad y salud para la empresa no se constriñen a las reglamentariamente establecidas, sino que deben adoptarse las que sean necesarias, con el único límite de su futilidad, irracionalidad o desmesura. Recordemos en este punto, como colofón a nuestros argumentos, que el trabajador tiene derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, a tenor de lo previsto en el artículo 19 ET ; y que los propios representantes legales de los trabajadores pueden requerir al empresario para que adopte las medidas oportunas en materia de seguridad, y si la petición no fuese atendida dirigirse entonces a la autoridad competente, - apartado quinto del artículo 19 ET -. Esto es precisamente lo que el sindicato demandante está planteando a través del presente **conflicto** colectivo, solicitando que por parte de la empresa demandada se implemente la medida que señala el artículo 7.2 del Decreto 644/1997 -. Consideramos que la medida es totalmente razonable, atendiendo al riesgo de contacto con agentes biológicos que tienen estos trabajadores, y que no resulta superflua, sino que se complementa con otras medidas de seguridad, como los guantes o las mascarillas, que también menciona la evaluación de riesgos **laborales** " .

Por último, en la dictada el 7 de mayo de 2019 (rec. 733/2019), siguiendo las anteriores, afirmamos que " Como ya dijimos en la primera de las anteriores sentencias (que es firme), la medida contemplada en el art. 7.2 del RD 664/1997 está prevista como disposición mínima aplicable a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad **laboral** (art. 1.2), y en este caso, tal como recoge el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, que no se ha cuestionado, "los trabajadores afectados: personal gerocultor, personal sanitario y personal de limpieza, tienen riesgo por exposición a riesgos biológicos por contacto con fluidos corporales, piel y mucosas en la atención de los residentes". / Disponiendo el art. 4.5 que se aplicarán las disposiciones de los artículos 5 al 13 del Real Decreto salvo que los resultados de la evaluación lo hiciesen innecesario, tal innecesariedad no puede derivarse del hecho de que se haya evaluado el riesgo de exposición a los agentes biológicos con severidad leve, probabilidad posible y clasificación bajo, porque quedando patente su concurrencia -además de en el ordinal fáctico cuarto antes aludido- de la propia circunstancia de que en la evaluación de riesgos se fomente la medida de lavado de manos de forma continuada, esta medida de fomento, de conformidad con las razones ya expuestas en los anteriores pronunciamientos, no altera ni transforma la necesidad de dar a los trabajadores sometidos al riesgo la cobertura de protección prevista en el art. 7.2 del RD 664/1997 . "

En consecuencia, adoptando la línea decisoria expuesta en nuestros pronunciamientos previos al no tener razones que nos permitan apartarnos de lo argumentado y decidido en los mismos, desestimamos el recurso de la UTE.

CUARTO.- Abordando el recurso de la parte actora, contiene un primer motivo destinado a la revisión fáctica de la sentencia, proponiendo la modificación de los hechos probados segundo y noveno.

A) El ordinal segundo de la sentencia refleja que "Las personas en jornada continuada disfrutan de un descanso de 20 minutos", pretendiendo la parte actora en su recurso que se añada " Que ese descanso históricamente y de forma habitual y estructural en los centros residenciales, se ha venido reconociendo como "tiempo de bocadillo " .

El sustento de la modificación lo constituye, en esencia, la lectura que efectúa la recurrente del art.19 del V Convenio Colectivo para Centros de la Tercera Edad de Bizkaia (referido al descanso de 20 minutos al que tiene derecho todo el personal que trabaja de manera continuada al menos 4,30 horas diarias) en **relación** con el mismo precepto del IV Convenio Colectivo para Centros de la Tercera Edad de Bizkaia, la testifical de una trabajadora de la Residencia y representante legal de los trabajadores, y el documento 11 del ramo de prueba de dicha parte (cartelera de las trabajadoras de la Residencia donde figura ese descanso).

Novación que descartamos porque el soporte probatorio al que acude la recurrente es inhábil a efectos revisorios según hemos mencionado al referirnos a los requisitos para la revisión de hechos probados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

Por lo demás, la recurrente se apoya en realidad en la literalidad el art.19 del IV Convenio Colectivo para Centros de la Tercera Edad de Bizkaia, Convenio que no está vigente, y en el que el tiempo de descanso de 20 minutos diarios para el personal que trabajaba de manera continuada se hacía constar que era tiempo "para comer el



bocadillo", expresión empleada coloquialmente pero que ni se identifica en la actualidad con el descanso de 20 minutos en la jornada continuada, ni tampoco entonces.

B) En cuanto a la reforma del ordinal noveno, el mismo refleja que "A finales de septiembre de 2018, la UTE reconoció a los ATS/DUES, fisioterapeutas, médicos, limpiadores y gerocultores, la posibilidad de anticipar su salida del trabajo 10 minutos, al objeto de dar cumplimiento al requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

La demandada pretende que quede con la siguiente redacción: "*A finales de septiembre de 2018, la UTE procede a modificar el horario de ATS/DUES, fisioterapeutas, médicos, limpiadores y gerocultores, para aplicar la medida, habiéndose interpuesto frente a dicha modificación dos demandas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo*".

Esta revisión -apoyada en las demandas a que alude la redacción propuesta- es absolutamente deductiva y valorativa, además de contar con apoyo claramente insuficiente (no es documental hábil a efectos revisorios las demandas interpuestas por la parte social) por lo que se rechaza, sin perjuicio de señalar también que no tiene relevancia a los efectos de lo debatido en el presente recurso.

QUINTO.- Abordando la censura jurídica que contiene el recurso de la parte actora, su sustento lo constituye la vulneración del art.7.2 RD 664/1997 de 12 de mayo, en **relación** con el art.19 del IV Convenio Colectivo de Centros de la Tercera Edad de Bizkaia y con el art.19 del V Convenio Colectivo de Centros de la Tercera Edad de Bizkaia, en **relación** con el art.3.1 d) ET.

A lo largo del mismo sostiene que debe reconocerse el tiempo de 10 minutos para el aseo antes de la pausa o descanso "para comer el bocadillo" o la ingesta de cualquier otro alimento, a las personas trabajadoras que disfrutan de la jornada continuada, defendiendo una interpretación del tiempo de descanso para este personal establecido en el art.19 del Convenio Colectivo actual conforme a los usos y costumbres, en consonancia con el Convenio Colectivo anterior que indicaba que la pausa de 20 minutos era para comer el bocadillo, por lo que la razón de ser de esos 10 minutos para el aseo personal se mantiene pues se trata de una pausa para la ingesta de cualquier alimento, apoyándose también en el informe de la Inspección de Trabajo que se refiere a los 10 minutos para el aseo personal *antes de las comidas* y, en consecuencia, para cualquier toma de alimento.

El Juzgador de instancia ha considerado que esa pausa establecida en el art.7.2 RD 668/1997, no debe extenderse al tiempo de descanso del que goza el personal con jornada continuada, que solamente debe alcanzar a la interrupción de la jornada para comer y, por tanto, a las personas trabajadoras con jornada partida, descartando que porque tenga este personal derecho a una pausa o descanso de 20 minutos (hecho probado segundo), tengan derecho al tiempo de aseo previo a esa pausa que se reclama.

Mostramos nuestra conformidad con la decisión de instancia también en este punto, no sin antes recordar que, respecto de la interpretación del art.19 del V Convenio Colectivo de Centros de la Tercera Edad de Bizkaia, con la concreta lectura que realiza el Magistrado de instancia del tiempo de descanso de 20 minutos para este personal en **relación** con el tiempo de 10 minutos para el aseo personal "antes de la comida" (que contiene el art.7.2 RD 694/1997 de 12 de mayo), conforme a SSTS de 29 de junio de 2016 (rec.265/2015), y 8 de febrero de 2018 (rec.269/2016), cuando se trata de interpretación de contratos individuales, pactos y Convenios Colectivos, es facultad privativa de los órganos de instancia, cuyo criterio, como más objetivo ha de prevalecer salvo que no sea racional ni lógico o ponga de manifiesto la notoria infracción de algunas de las normas que regulan la exégesis contractual, teniendo un amplio margen de apreciación el órgano de instancia, ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concurrentes.

Y en este supuesto, el Juzgador de instancia ha considerado que ese tiempo para el aseo personal previo a la comida del art.7.2 RD 694/1997, se circunscribe estrictamente a la interrupción de jornada para ese menester, y no se extiende a otras interrupciones de jornada, singularmente al tiempo de descanso del que gozan el personal con jornada continuada conforme al Convenio Colectivo, cualquiera que sea el destino de ese tiempo.

Conclusión con la que mostramos nuestra conformidad dado que ni el art.19 del Convenio Colectivo cuando regula el tiempo de descanso para el personal con jornada continua está pensado para la ingesta de alimento o la toma de café, u otro destino específico que no sea la interrupción de la jornada **laboral**, ni el art.7.2 RD 694/1997, cuando regula los 10 minutos para el aseo personal contempla otros supuestos que no sean la comida en su sentido literal o el abandono del trabajo por fin de la jornada. Es decir, ni legal, ni convencionalmente, se considera esa pausa de 20 minutos un parón para comer, por lo que no se puede aplicar el art.7.2 RD 694/1997.

Consecuencia de lo expuesto es la desestimación de ambos recursos de suplicación, confirmando la sentencia recurrida.



SEXTO.- Cada parte hará frente a las costas causadas a su instancia (art.235 LRJS).

FALLAMOS

Se **desestiman** los recurso de suplicación interpuestos por el SINDICATO ELA y por UTE URBI HIRU BASAURI contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao dictada el 13 de febrero de 2019 , en los autos nº 1000/2018, seguidos por el primer recurrente contra el segundo y contra BABESTEN S.L., AZTERTZEN SERVICIOS ASISTENCIALES S.L., SINDICATO UGT, SINDICATO LAB y COMITÉ DE EMPRESA DE RESIDENCIA BIZKOTXALDE. Se confirma la sentencia dictada en materia de **conflicto** colectivo. Sin costas.

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

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

El Ilmo. Sr. Magistrado D. Modesto Iruretagoyena Iturri participó en la deliberación y fallo de la presente sentencia, encontrándose en el día de la fecha en situación de licencia por enfermedad. Por ello, en aplicación de lo indicado en el art. 261 de la LOPJ , el Ilmo. Sr. Presidente en funciones, D. PABLO SESMA DE LUIS, firma la presente en su nombre.

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

E/

VOTO PARTICULAR que realiza el Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS en el recurso de la Sala nº 1.035/2019.

El art. 7.2 del Real Decreto 664/1997 prevé que los trabajadores expuestos a agentes biológicos dispongan para el aseo personal de 10 minutos antes de la comida y de otros 10 minutos antes de abandonar el puesto de trabajo.

En la evaluación de riesgos que se elaboró en la empresa aquí demandada se reconoció la exposición a agentes biológicos a los médicos, coordinadores de enfermería, gerocultores, auxiliares-celador nocturno, personal de cocina, de limpieza y de lavandería. Es decir: a todo el personal afectado por este **conflicto**. La evaluación preveía como medida lavar adecuadamente las manos, según el protocolo de lavado higiénico de manos que a su vez sigue el protocolo del Servicio Vasco de Salud, que se realizará de forma continua, no sólo al finalizar la jornada o antes de ir a comer.

No se ha acreditado que la empresa prohíba u obstaculice esta recomendación.

El art. 7.2 del Real Decreto 664/1997 constituye una disposición mínima. Esta disposición queda superada y claramente mejorada por la práctica empresarial que, siguiendo la recomendación de la evaluación de riesgos en la empresa, permite a todos los trabajadores afectados no solo que puedan asearse antes de comer o de acabar la jornada sino cuantas veces lo estimen oportuno a lo largo de la misma, por lo que no les asiste el derecho que reclaman, al resultar adicional e innecesario al que ya poseen.

Así, por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la suscribe, junto con el voto particular del Ilmo. Sr. Magistrado D. PABLO SESMA DE LUIS, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

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 4699-0000-66-1035-19.

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 4699-0000-66-1035-19.

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.

FONDO DOCUMENTAL C-100