

JDO. DE LO SOCIAL N. 3 GIJON

SENTENCIA: 00168/2018

DEMANDA 619/2017

En Gijón, a 24 de abril de 2018

En nombre del Rey, la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, doña Catalina Ordóñez Díaz, ha dictado esta **SENTENCIA** en materia de CONFLICTO COLECTIVO

Demandantes

Sindicado Comisiones Obreras (CCOO)/Letrada doña Nuria Fernández

Sindicato Corriente Sindical de Izquierdas (CSI)/Letrado don Adrián Álvarez

Demandada Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA)/Letrada doña Asunción Riesco

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28-9-2017 el sindicato Comisiones Obreras presentó demanda en solicitud de juicio y sentencia que declare que los auxiliares de enfermería que prestan servicios en la Residencia Mixta del ERA en Gijón están en la situación de peligrosidad descrita en el convenio colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias, que son acreedores del complemento específico incluido entre las retribuciones fijadas en el convenio colectivo, y cuanto más proceda en derecho, obligando a la entidad demandada a que, estando y pasando por tal declaración, proceda a cumplir y a abonar lo mandado.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la actora solicitó que el juzgado oficiara al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de Asturias, para que remitiera todos los partes internos de comunicación de accidente laboral provenientes de los auxiliares de enfermería del centro de trabajo de la Residencia Mixta de Gijón del ERA, relacionados con agresiones por parte de los internos.

TERCERO.- Por Decreto de 6-10-2017 se admitió a trámite la demanda y se señaló juicio para el 20/12/2017.

CUARTO.- El 10-11-2017 se personó en el procedimiento el sindicato Corriente Sindical de Izquierdas, diciéndose con interés directo y legítimo en el resultado del proceso, dada



la condición de asociación sindical legitimada para defender los derechos de los trabajadores y, además, con representación en los órganos de representación colectiva del personal por cuenta del ERA.

Por Diligencia de ordenación de 14-11-2017 se tuvo CSI por parte en el procedimiento.

QUINTO.- Se celebró juicio en la fecha señalada al efecto, con la asistencia de las partes.

La demandante CCOO ratificó la demanda y CSI se adhirió a la misma.

La demandada contestó y se opuso a la demanda.

Como pruebas quedó incorporada la documental aportada. La demandante CCOO insistió en el interés por incorporar la documental a que había hecho referencia en otro sí de la demandada y la acotó al periodo de los últimos diez años, para recabar del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Principado los partes internos de los auxiliares de enfermería de la Residencia Mixta de Gijón de accidentes e incidentes por agresiones.

Se oyó a las testigos propuestos por la actora, doña Ana Isabel Carreto González y doña Belén Iglesias Coral.

A propuesta de la parte actora se oyó a la perito doña Patricia García-Mier Martínez, en su condición de titulada superior en prevención de riesgos laborales y auditora en sistemas de prevención de riesgos.

La demandante CCOO hizo alegaciones a la documental aportada por la demandada: al documento nº 7 (certificado emitido por la gerencia del ERA) por falta de objetividad y resultar contrario a lo que acreditado de contrario; al documento que contiene sentencia recurrida y referida a penosidad no a peligrosidad; al documento nº5, que la demandada identifica como certificado del jefe de servicio de prevención de riesgos laborales de 13-12-2017, porque estima que carece de objetividad.

La demandante CSI alegó en contra del valor probatorio de la sentencia aportada por la demandada como documento nº 8 ó 9 por falta de relación con el pleito actual, pues deriva de la exposición al riesgo del tráfico rodado.

La demandada hizo alegaciones a la documental aportada por la actora, el documento titulado como "prevalencia patología psiquiátrica área de válidos", que carece de firma y fecha. Cuestiona el informe pericial, efectuado tras visitar el centro de trabajo sin autorización de la Dirección, que atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio del residente, a la intimidad, al honor, a la dignidad de los residentes fotografiados en actitudes denigrantes y sin consentimiento del fotografiado y de sus familiares para el uso de la imagen. A esta objeción contestó la demandante CCOO que las fotografías están incorporadas por error, pues forman parte de otro informe emitido con distinta finalidad.



SEXTO.- En el acto del juicio se acordó recabar del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Principado de Asturias los documentos solicitados por la parte demandante en la demanda acotados al periodo de los últimos diez años y una vez recibida, tras el oportuno examen por las partes, señalar nuevo día para la exposición de las conclusiones al juicio.

SÉPTIMO.- La solicitud de documentos al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales se efectuó en estos términos *"copia de los partes internos de accidentes e incidentes, de los que hayan dado cuenta los Servicios de Enfermería de la Residencia Mixta de Gijón en los últimos diez años, como consecuencia de agresiones sufridas a mano de los residentes"*.

El organismo requerido respondió por escrito de 15-1-2018 y aportó determinados documentos.

Se dio traslado a las partes del resultado de la diligencia última. La demandada CSI interesó que se solicitara de la Dirección de la Residencia Mixta de Gijón que recabara de la Coordinación de enfermería todos los partes de incidencias derivados de agresiones sufridas por las auxiliares de enfermería de la Residencia en los últimos diez años. Se denegó lo interesado por la codemandada CSI, dado el momento procesal en que esa parte formulaba la solicitud.

El 23 de febrero de celebró comparecencia con las partes, para que expusieran las conclusiones orales al juicio. Mantuvieron las respectivas pretensiones de estimación/desestimación de la demanda.

OCTAVO.- Los autos quedaron vistos para sentencia el 23-2-2018.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Establecimientos Residenciales para Ancianos (en adelante ERA), organismo autónomo dependiente de la Administración del Principado de Asturias, gestiona varias residencias y centros polivalentes de recursos para personas mayores en Asturias.

Entre las residencias, la llamada Residencia Mixta de Pumarín Gijón (en adelante la Residencia) atiende a usuarios en el centro de día y en las dependencias destinadas a alojamiento permanente o temporal.

Los usuarios tienen la condición de válidos o autónomos, de asistidos o dependientes en mayor o menor medida para las actividades básicas de la vida diaria, por edad, alteración de la salud física o mental cumplida la edad mínima de 50 años.

En el año 2017 las plazas de usuarios válidos ascendían a 186, las de asistidos a 289.

SEGUNDO.- La Residencia cuenta con una unidad especial de demencias, situada en la zona sur de la quinta planta. Es una zona cerrada, a donde llegan usuarios de nuevo ingreso y residentes de la propia residencia que presentan severo



deterioro cognitivo, intensas y diarias alteraciones de conducta de tipo disruptivo y otras que ponen en peligro la seguridad del afectado, cuando la situación no se ataja eficazmente con los medios al uso de contención psicológica, ambiental ni farmacológica.

TERCERO.- En la Residencia se hizo efectiva la propuesta de la Consejería de Sanidad del Principado, que en el año 2013 previó el acogimiento de pacientes procedentes de unidades terapéuticas de salud mental, como medida socio sanitaria contemplada en el marco de asistencia a enfermos con trastorno mental severo, mayores en situación de fragilidad o adultos con discapacidad.

CUARTO.- La presencia de usuarios de la Residencia que padecen alteraciones de la salud mental dio lugar a que en el año 2013 el sindicato CSI denunciara ante la Inspección de Trabajo que los residentes de la quinta planta agredían al personal. En el mes de julio de 2016 el Defensor del Pueblo dirigió una serie de sugerencias a la Dirección de la Residencia, tal que contemple la atención psiquiátrica a través de la incorporación de un psiquiatra en la plantilla o cuente con ese profesional a título de consultor; que impulse una mejor coordinación con las unidades de salud mental de los servicios sanitarios. Solicitaba información sobre la aceptación o no por parte de la Residencia de otra sugerencia anterior sobre la adaptación del centro a los nuevos perfiles de los residentes que ingresan.

QUINTO.- Al mes de julio de 2005 la Administración del Principado de Asturias había dotado a la Residencia con determinados puestos de trabajo, que describía en el catálogo de puestos de trabajo anexo al convenio colectivo para el personal laboral del Principado de Asturias. Entre los puestos de trabajo incluía 126 de auxiliares de enfermería significados con los complementos específicos de penosidad y turnicidad, más otros 8 puestos de auxiliares de enfermería con solo el complemento de penosidad. En el catálogo de puestos de trabajo solo un puesto tenía asignado el complemento específico de peligrosidad, el de conductor.

SEXTO.- Sentencia firme dictada el 1-12-2008 en el procedimiento de conflicto colectivo nº 843/2008 del juzgado de lo social nº 1 de Gijón declaró el derecho de los operarios de servicio en el Centro Residencial de Cabueñes y en el Centro de Apoyo a la Integración dependientes de la Administración del Principado de Asturias (actual Consejería de Derechos y Servicios Sociales) al complemento de penosidad y peligrosidad, centros ambos de atención a personas con discapacidad psíquica y enfermedades mentales. Sentencia firme dictada el 21-6-2010 en el procedimiento de conflicto colectivo nº 258/2010 del juzgado de lo social nº 2



de Gijón declaró el derecho de los operarios de servicio en el servicio de lavandería de la Residencial al complemento de penosidad y toxicidad.

Sentencia firme dictada en el procedimiento nº 444/2013 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón en fecha 22-1-2104 desestima la demanda interpuesta por una auxiliar de enfermería en la Residencia, adscrita al centro de día, con tareas incluidas de acompañamiento de los usuarios en las salidas que efectúan del centro en el vehículo que conduce el conductor del centro, en solicitud de reconocimiento del derecho a recibir el complemento de específico de peligrosidad, por equiparación al complemento de esa naturaleza que recibe el conductor. La sentencia desestima la demanda bajo argumento de que la demandante no tiene incluido ese complemento en el catálogo de puestos de trabajo y no realiza un trabajo equiparable al del conductor desde el punto de vista de la peligrosidad que conlleva el tráfico de vehículos en la vía pública.

SÉPTIMO.- En la Residencia prestan servicios 132 auxiliares de enfermería, de los que 11 están adscritos al centro de día, 5 al equipo de refuerzo y apoyo, 2 a terapia ocupacional, 1 a fisioterapia, 1 a coordinación de enfermería y 112 integrados en equipos distribuidos por plantas en un sistema de rotación anual, en turnos de mañana, tarde y noche.

OCTAVO.- Los auxiliares de enfermería del centro de día en la Residencia tienen asignadas tareas de recepción de usuarios, lectura, juegos, psicoestimulación, asistenta en las comidas, en el baño y aseo, colaboración en las curas (incluida limpieza y reposición de material).

Los auxiliares de enfermería por plantas en la Residencia tienen asignadas distintas tareas según los turnos. En el de mañana atienden al aseo de los residentes, dan los desayunos, hacen las camas, reparten ropa, movilizan a los residentes que lo precisan, colaboran con el auxiliar técnico sanitario (ATS) en las curas, dan las comidas, reparten y reponen material, reparten la medicación. En el turno de tarde movilizan a los residentes, limpian sillas de ruedas, esterilizan material, suministran medicación, acuestan a los residentes, cada cierto tiempo limpian los cajetines de medicación y ordenan el almacén. En el turno de noche efectúan las rondas de habitaciones, movilizan a los residentes, suministran refuerzos y medicación, ayudan a la extracción de analíticas y atienden imprevistos.

NOVENO.- En el contacto diario con los usuarios y residentes, los auxiliares de enfermería en la Residencia reciben bofetadas, bastonazos, patadas, manotazos, mordeduras, tirones de pelo, arañazos, apretones, empujones, insultos y amenazas.

DÉCIMO.- La Residencia cuenta con modelos de parte interno de incidente y accidente laboral, que los trabajadores utilizan

para dar cuenta de las agresiones que sufren durante la jornada de trabajo y entregan a la Dirección del centro, al responsable de área o a los jefes de departamento.

Los partes recogen las manifestaciones de los auxiliares de enfermería por algunas de las agresiones que sufren a manos de los residentes, de los insultos y amenazas que les dirigen durante la ejecución del trabajo. Son ejemplo de ello ocho partes del año 2009, tres del año 2013, uno del año 2015, seis del año 2016.

En el año 2017 se registraron cuatro procesos de incapacidad temporal de auxiliares de enfermería por lesiones sufridas en agresión durante el trabajo y cinco partes de agresión sin incapacidad temporal.

UNDÉCIMO.- El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración del Principado de Asturias evaluó los riesgos laborales presentes en la Residencia en el año 2002. En la Evaluación distingue entre auxiliares de enfermería y auxiliares de enfermería en tareas especiales. Para ambos puestos contempla el riesgo causado por personas y no identifica riesgo de esta clase en ninguno de los grupos de auxiliares de enfermería, si bien para ambos prevé medida preventiva frente al mismo consistente en que el Servicio de Prevención pone a disposición del trabajador personal especializado para este tipo de riesgos.

DUODÉCIMO.- El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales elaboró en 2012 la Evaluación para la Residencia. Parte de la división de la plantilla en grupos homogéneos, que comparten el mismo tipo de riesgos laborales desde el punto de vista de las funciones propias del grupo.

Identifica al auxiliar de enfermería en el área médico-asistencial y distingue entre centro de día y residencia. Para ambos identifica riesgos debidos a personas. Describe el factor riesgo en el trato con usuarios, que en ocasiones pueden presentar conductas agresivas (verbales y físicas). Califica el riesgo de probabilidad baja, severidad dañina y tolerable, en un cuadro que contempla: probabilidad baja/media/alta; severidad ligeramente dañino/dañino/extremadamente dañino; y, resultado trivial/tolerable/moderado/importante/intolerable.

Contempla la medida preventiva consistente el deber de garantizar que los trabajadores reciban una formación suficiente y adecuada frente a situaciones de agresividad por parte de los usuarios.

DÉCIMO TERCERO.- El ERA elaboró protocolos para todos los centros. Entre otros incluyen protocolo de actuación en situaciones de agitación y conductas agresivas, para el equipo multidisciplinar integrado por enfermeros y auxiliares de clínica. El psicólogo de la Residencia elaboró un documento sobre pautas de intervención ante conductas de agresividad, que incluye las generales de conducta para prevenir e

intervenir ante comportamientos conflictivos, pautas de conducta ante personas con deterioro cognitivo y/o demencia y pautas de intervención antes conductas de agresividad.

DÉCIMO CUARTO.- El 30-6-2015 la sección sindical de CCOO solicitó reunión de la Comisión Paritaria del convenio colectivo del personal laboral del Principado, para reconocimiento del plus de peligrosidad del artículo 35 del convenio colectivo a los auxiliares de enfermería, por la concurrencia de singulares circunstancias en la prestación de servicios que los hace bien distintos de los que prestan trabajadores de la misma categoría destinados a funciones sanitarias: agresividad de los residentes con patologías psiquiátricas alojados en la planta quinta de la Residencia, la agresividad de los ancianos sin patologías psiquiátricas (válidos y asistidos) que producen numerosos altercados, agresiones y otras situaciones peligrosas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta sentencia debe responder al interrogante de si los trabajadores que prestan servicios de auxiliares de enfermería en la Residencia Mixta del ERA en Gijón ejecutan el trabajo en condiciones que lo hacen peligroso y, si por ello, son acreedores del complemento específico de peligrosidad conforme al contenido del artículo 35 del convenio colectivo para el personal laboral por cuenta de la Administración del Principado de Asturias.

De los dos sindicatos demandantes solo CCOO presentó escrito de demanda. Haciendo uso del recurso legal que contempla el artículo 13 de la LEC, el sindicato CSI se incorporó al procedimiento como demandante litisconsorte. La aplicación supletoria de ese texto legal en el procedimiento laboral supone que CSI ha de poder defender las pretensiones oportunamente formuladas por su litisconsorte y hasta formular las propias dentro del momento procesal oportuno. Como quiera que se tuvo por parte a CSI mucho antes de la fecha señalada para la celebración del juicio, esa parte pudo presentar demanda escrita, posibilidad que no utilizó. Llegado el acto de juicio CSI contestó a la demandada con un simple adherirse íntegramente a la demanda presentada por CCOO.

En la demanda la parte actora (CCOO) relataba que los 132 auxiliares de enfermería en la Residencia perteneciente al Organismo demandado sufren de manera habitual los comportamientos agresivos (insultos, golpes, a veces agresiones graves) de los internos que se fueron incorporando al centro por padecer patologías psiquiátricas y de los ancianos (válidos o asistidos) con y sin alteraciones propias de la edad (demencia senil, alzheimer, etc). Una situación de riesgo -dice la parte- que está incluida en la Evaluación de

riesgos laborales, si bien no tiene aparejado protocolo de actuación. Añadía que estos riesgos no son propios de la profesión de auxiliar de enfermería, sino específicos de los auxiliares de enfermería que atienden a personas con patologías psiquiátricas o enfermedades propias de la edad, situación que la Administración del Principado reconoce al personal que trabaja en condiciones similares, tal que los colectivos del Centro Residencial de Cabueñes y del Centro de Apoyo a la Integración. Concluía que los auxiliares de enfermería de la Residencia son acreedores del complemento específico de peligrosidad regulado en el artículo 35 del convenio colectivo. Relata que en su día llevó la cuestión a la Comisión Paritaria del convenio y no tuvo éxito.

Al exponer las conclusiones al juicio CCOO argumentó en contra de lo alegado por la demandada acerca de que la pretensión de la demanda altera la relación de puestos de trabajo, apunta que la Sala de lo Social del TSJPA ya se pronunció sobre este particular. Dice que en nada puede extrañar que esta peligrosidad no esté incluida en la relación de puestos de trabajo, si quien debe evaluarla ni siquiera la incluye en el plan y la evaluación de riesgos. Califica el plan y la evaluación de riesgos de obsoletos. Manifiesta que no es posible que el plan y la evaluación se adecuen a la realidad cuando está acreditado que el Servicio de Prevención ni siquiera tiene noticia de las incidencias que se registran en el centro. Argumenta también que la peligrosidad lo es al puesto de trabajo no a la categoría profesional, que llega de la mano de convivencia con pacientes de la tercera edad y con enfermos mentales. Dio por probado a través de la prueba de esa parte (documental y testifical) lo potencial y lo real de la peligrosidad sobre la que litiga.

La demandante CSI alegó en contra de la incidencia de la cuestión litigiosa en la relación de puestos de trabajo como causa de desestimación de la demandada alegada de contrario. Apuntó a lo obsoleto de la evaluación de riesgos laborales y a la dificultad de que se evalúe lo que realmente sucede si, como parece, el Servicio de Prevención no recibe noticia de las incidencias que se registran en el centro de trabajo, tal y como quedó demostrado a la vista de la discordancia entre el número de incidentes registrado por ese organismo y los que aporta la parte actora en juicio como prueba documental. Manifestó que la del auxiliar de enfermería es una profesión sanitaria no de asistencia social como la que debe realizar el colectivo afectado por el conflicto, que no está preparado para ese tipo de actividad; que los riesgos de agresión descritos en la prueba aportada son totalmente ajenos a la profesión del auxiliar de enfermería, desde la naturaleza de profesión sanitaria. Afirmó que la prueba aportada da cuenta del riesgo potencial, desde lo que son datos del centro (macro dimensión de la Residencia, contacto constante a diario con el residente, una media de 13 actos de asistencia al día por

persona asistida y unos 300 asistidos) y desde lo que son datos de los pacientes (asistidos y personas con problemas mentales, de etilismo y otras dependencias).

La demandada se opone a la demanda porque:

1º) La pretensión de la demanda conlleva la alteración de la relación de puestos de trabajo del convenio colectivo de aplicación, que no contempla la peligrosidad como complemento retributivo para la categoría profesional de que se trata.

2º) Considera que es en la Comisión negociadora del convenio donde se debe plantear esta cuestión.

3º) Se acoge al plan de prevención de riesgos laborales del colectivo citado en la demanda, que describe unos riesgos de baja probabilidad y leve o moderada repercusión dañosa.

4º) Se acoge a la existencia de un protocolo de actuación ante situaciones de agresividad.

5º) No admite como cierto el hecho afirmado en la demanda de llegada de usuarios con patologías psiquiátricas graves antes tratados en otros centros. No considera la demencia o alzhéimer enfermedad que genere personas peligrosas. Una comisión valora las llegadas del residente psicogeriatrico (por edad, dependencia, etc), que no son admitidos y se derivan a centros privados especializados.

6º) Si bien residen usuarios con conductas disruptivas, que alteran la pacífica convivencia, por lo que ocupan una planta separada, estos no son residentes peligrosos.

7º) No hay una situación generalizada de agresión al personal. Solo se registraron cuatro bajas leves con incapacidad temporal en los tres últimos años por agresiones. Teniendo en cuenta que los residentes asistidos son 289 y que cada uno requiere un mínimo de 13 asistencias al día, objetivamente no asistimos a una situación de peligrosidad, sino a meros riesgos inherentes al puesto de trabajo.

8º) En centros privados de geriatría, ni en los dependientes del SESPAS, este personal laboral cobra el plus de peligrosidad.

9º) La jurisprudencia del TS exige que concurren dos condiciones, una que el complemento esté incluido en la relación de puestos de trabajo, otro que objetivamente quede acreditada la peligrosidad en el trabajo. En las conclusiones al juicio manifestó que un certificado emitido en enero del presente año da cuenta de solo 6 partes internos de incidentes/accidentes desde el año 2008, para un número elevado de actos asistenciales al día. Rechaza la afirmación hecha de contrario sobre la función sanitaria del colectivo demandante, pues esta está asignada a auxiliares técnicos sanitarios y médicos. Se refiere a un plan de prevención revisado.

En el acto del juicio los demandantes no pueden modificar sustancialmente la demanda, ni a través de la prueba ni a través de las conclusiones. La demandante CSI alteró los términos del debate configurado en la demanda que en su día

presentó CCOO, a la que expresa y simplemente se adhirió, cuando en las conclusiones al juicio introduce una cuestión nueva; se trata del contenido funcional de los auxiliares de enfermería, sobre el que la parte diferencia entre el real de asistencia social del colectivo afectado por el conflicto y el debido como puramente sanitario según el Estatuto legal del personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica de la Seguridad Social o la regulación legal del título de técnico en cuidados auxiliares de enfermería. Se trata de un aspecto nuevo que no se admite ni se considera al dictar esta sentencia.

Quedó explicado de manera sucinta en qué hechos basaba CCOO la demanda para afirmar que los auxiliares de enfermería de la Residencia trabajan en condiciones de peligrosidad. En ningún momento alegó que ello tuviera que ver con la manipulación de determinado instrumental u objetos. Entre la prueba documental de esa parte encontramos un documento procedente del Servicio de Prevención que lleva por título "cuidado con los objetos cortantes y punzantes", firmado por la Coordinadora de Enfermería el 30 de agosto de 2016 (folio 143). Ese es un elemento nuevo, con incidencia en la cuestión litigiosa en la medida en que pudiera revelar peligrosidad en el cometido del auxiliar de enfermería, que la parte no expuso ni en tiempo ni en forma, de modo que no se tiene en cuenta al tiempo de decidir sobre la pretensión de la demanda.

SEGUNDO.- La relación de puestos de trabajo es el instrumento público con que cuenta la Administración para estructurar su organización y ha de reunir un contenido mínimo: denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, cuerpos y escalas a que están adscritos -en su caso-, sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Así lo dispone el artículo 74 del Estatuto Básico del Empleado Público y a ello se refiere la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, ordenadora de la Función Pública del Principado de Asturias, que define la relación de puestos de trabajo como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de servicio y de manera pública; el instrumento para crear, modificar y suprimir puestos de trabajo, que ha de incluir, en todo caso, la denominación y las características esenciales de los puestos, las retribuciones que les corresponden, los requisitos para su desempeño y su forma de provisión. Este texto legal cuando se refiere al personal laboral indica que se regirá por la legislación específica y por el convenio colectivo de aplicación, que las condiciones mínimas de la negociación del convenio colectivo han de pasar por principios de igualdad y homogeneidad del régimen laboral y retributivo, en función de la categoría profesional y de las condiciones del puesto de trabajo.



La Ley 7/1991, de 5 de abril, Ley de Ancianos de Asturias, atribuye al Consejo de Gobierno del Principado de Asturias la competencia para aprobar la plantilla y la relación de puestos de trabajo del personal al servicio del ERA y de sus centros, previa propuesta de aprobación a elevar por la entonces Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, previo informe de las Consejerías de Presidencia y de Hacienda-Economía-Planificación, una propuesta a su vez elaborada por el Consejo de Administración del ERA.

El convenio colectivo del personal laboral del Principado de Asturias regula y establece las normas por las que se rigen las relaciones laborales de los trabajadores/as que prestan servicios en cualquiera de las Consejerías de la Administración del Principado de Asturias, de los centros de ellas dependientes y en determinados organismos públicos, entre estos el ERA. Reconoce expresamente que la organización del trabajo es facultad exclusiva de la Administración, que la ordenación del personal laboral se realiza a través del catálogo de puestos de trabajo, según las necesidades del servicio, un catálogo que necesariamente ha de contener la totalidad de los puestos del personal laboral dotados presupuestariamente, los requisitos y categorías para el desempeño de los puestos. Indica que el catálogo ha de tener un contenido ineludible, entre otros aspectos debe incluir las características esenciales del puesto de trabajo, esto es, como mínimo la categoría profesional, el nivel de complemento de destino y específico, además de los complementos salariales inherentes a cada puesto. Incorpora el catálogo de puestos de trabajo como anexo al convenio por centros y entidades incluidos en su ámbito funcional. Respecto a las modificaciones del catálogo de puestos de trabajo las somete a informe de la Comisión de Clasificación Profesional (que tiene la misión de examinar y resolver cuantas cuestiones se deriven del seguimiento de los puestos de trabajo incluidos en el anexo al convenio, como Comisión distinta de la Comisión Paritaria) si se refieren a cambios de organización de los que se puedan derivar la creación, supresión o transformación de puestos singularizados, a circunstancias de obligado cumplimiento, a la racionalización y adecuación de plantillas que incidan sobre puestos vacantes; o las somete a negociación con dicha Comisión en caso de cambios debidos a circunstancias distintas a las sometidas al régimen de informe antes dicho.

El artículo 34 del convenio regula la retribución del personal sometido al convenio, distingue entre retribuciones básicas y retribuciones complementarias. Dentro de estas últimas contempla el complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de cada puesto de trabajo en atención a determinadas circunstancias, entre otras la peligrosidad. Distingue entre complemento específico con devengo fijo y complemento específico con devengo variable; el primero se percibirá para el puesto de trabajo a que se encuentre adscrito el trabajador, por la cuantía determinada como suma





de los importes de los elementos con que se haya configurado el puesto de trabajo, como se detalla en el catálogo de puestos de trabajo anexo al convenio, en cantidades, que referidas a una mensualidad, se especifican en la tabla salarial. Identifica seis elementos que integran este complemento específico con devengo variable, uno de ellos la peligrosidad, penosidad y toxicidad. En el complemento específico con devengo variable incluye una cantidad relacionada en las tablas salariales para los auxiliares de enfermería que realicen labores de atención al anciano.

La objeción de la parte demandada al litigio por lo que -a su modo de ver- supone de intromisión en la relación de puestos de trabajo, una esfera reservada a la Administración, que se modificaría de estimar la pretensión de los demandantes, se contesta con el simple reproducir el texto de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre este particular, de las que encontramos resumen en la dictada el 17 de febrero de 2009 en el recurso para unificación de doctrina 4523/2007 y en la dictada el 21 de abril de ese año en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 1595/2008 cuando resuelven sobre la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la retribución del complemento de singularidad de puesto de especial dedicación y del complemento de peligrosidad regulados en el convenio colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia, en concreto para conocer si la inclusión de esos complementos en le relación de puestos de trabajo es condición necesaria para su abono cuando el convenio colectivo señala expresamente que el derecho a la percepción de ese tipo de complementos solo será efectivo a partir de su inclusión en la relación de puestos de trabajo correspondiente.

El TS (Sala IV) afirma que puede suceder que un trabajador o un grupo de trabajadores se encuentren en determinadas condiciones de ejercicio de la actividad correspondiente a un puesto de trabajo respecto del que entiendan que ha de ser acreedor del complemento, pero no esté contemplado como tal en la relación de puestos de trabajo; que cabe intentar acreditar en la vía judicial que el trabajador lleva a cabo las actividades del puesto de trabajo en unas condiciones determinadas y postular el reconocimiento del derecho si cree estar en la situación objetiva de desempeño del puesto que lleva aparejado el devengo del complemento. Sostiene que no cabe discutir que la Administración tiene la potestad organizativa en exclusiva para establecer y modificar las relaciones de puestos de trabajo y la catalogación de los puestos, si bien, tal y como entienden la Sala III y la Sala de Conflictos, la Administración que actúa como empleadora, incluso si hipotéticamente se considerase que lo hace como Administración pública, no tiene potestad para pronunciarse válidamente sobre la percepción por parte de los trabajadores del plus de penosidad o peligrosidad, ni sobre la declaración de que un puesto laboral tiene carácter penoso o peligroso,





pues para eso es competente la jurisdicción social; que no puede atribuirse en un convenio colectivo a la autoridad administrativa la facultad para determinar la peligrosidad de determinados puestos de trabajo de personal laboral, que no tiene atribuida legalmente, pues se trataría de funciones cuasi jurisdiccionales que supondrían la vulneración de artículo 117.3 CE. Señala que ante las remisiones que efectúan determinados convenios colectivos a la autoridad administrativa y a sus decisiones singulares, plurales o generales como condición para poder tener derecho a determinados complementos salariales, se viene declarando la competencia plena del orden jurisdiccional social, por tratarse de cuestiones litigiosas promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. Concluye que cuando los demandantes entienden que por las características de su puesto de trabajo les corresponde el reconocimiento del derecho a determinado complemento previsto en el convenio colectivo aplicable y las cantidades derivadas, por lo que solicitan el reconocimiento del complemento y las consecuencias económicas que de ello se derivan, el objeto del proceso se refiere a materias propias del contrato de trabajo existente entre las partes, las pretensiones tiene un indiscutible carácter laboral y afectan únicamente a aspectos que son objeto de la negociación colectiva relativos a las condiciones de trabajo, sin que esto se desvirtúe por el hecho de que el reconocimiento del complemento salarial solicitado pueda tener alguna repercusión en la relación de puestos de trabajo como efecto indirecto, que no supone impugnación de un acto de administrativo ni incide en la potestad organizativa de la Administración pública sobre la relación de puestos de trabajo. El TS mantiene estos criterios en sentencias recientes, tal que las de fecha 27-7-2015 y 18-2-2016.

TERCERO.- La demandada invoca un defecto de procedimiento, por no haber acudido la parte demandante a la Comisión Paritaria del Convenio.

Aunque la Comisión Paritaria tiene expreso reconocimiento de competencias, entre otras la interpretación del convenio en su aplicación práctica, la objeción de esa parte sobre incidencia en la relación de puestos de trabajo sitúa en el plano de actuación a la Comisión de Clasificación Profesional, dada la función que le asigna el convenio colectivo.

La demandada aporta prueba de solicitud por parte del sindicato CSI efectuada en el año 2015 de reunión de la Comisión para tratar la cuestión y no consta respuesta.

En cualquier caso, el procedimiento judicial no cuenta con obstáculo procesal como el señalado.

CUARTO.- Las partes demandantes subrayan el llamativo resultado de la prueba documental recaba del Servicio de





Prevención de Riesgos Laborales, solicitada a instancia de CCOO. La respuesta de ese organismo y los documentos que facilitó están unidos a las actuaciones en los folios 381 a 396. Se trata de seis partes de incidencias que presentan enfermeras por agresiones a manos de residentes durante la ejecución del trabajo. Solo uno de esos partes guarda relación con los que presentaron los demandantes; se trata del parte del folio 393 (documento aportado por el Servicio de Prevención), cuya correspondencia encontramos en el folio 243 (documento nº 21 aportado por CSI), el mismo parte por agresión a un auxiliar de enfermería y a un ATS que contiene este relato *"la residente ...agredió e insultó a la residente..., al ir a separarlas la primera agredió a la auxiliar de enfermería con puñetazos, arañazos y empujones hasta tirarla al suelo, donde siguió agrediéndola. Intervino la ATS para tratar de calmarla pero...también la agredió con empujones, golpes, arañazos, etc. Intervino también el Dr...y entre los tres logramos que la residente se trasladara a su habitación"*. La respuesta del Servicio de Prevención y la documentación que aportó a solicitud judicial responden a lo solicitado y no entraña ocultación ni desconocimiento alguno. Examinando la documentación al tiempo de dictar sentencia se observó un error tipográfico en la solicitud de datos al Servicio de Prevención, pues no se interesó (como había indicado CCOO) que se aportaran los partes de incidentes y accidentes presentados por los auxiliares de enfermería, sino los partes internos de accidentes e incidentes de los que hubieran dado cuenta los Servicios de Enfermería (así consta en el folio 377). Se sopesó suspender de nuevo el plazo para dictar sentencia, con el objeto de solicitar exactamente los documentos que había identificado la parte actora y se estimó innecesario retardar por más tiempo la resolución judicial del conflicto, cuando la constatación judicial de los hechos relevantes para decidir se puede efectuar sobre el resto de las pruebas aportadas.

Para acreditar los hechos que relata en la demanda, la parte actora aporta prueba documental. La demandada puso el punto de atención en el que es documento nº 7 de los aportados por CCOO, que lleva el número de folios 141 y 142, la parte lo identifica como *"relación del número de pacientes con patologías psiquiátricas del área de Válidos de la Residencia mixta de Gijón y porcentaje atribuido a cada médico"* y lleva por título *"prevalencia del área psiquiátrica"*. Con ese escrito la actora quiere demostrar la presencia y la relevancia numérica de residentes con patología psiquiátrica en la Residencia. El escrito no reúne la condición de documento, pues no tiene autor. Para identificar la autoría no es suficiente que los datos escritos figuren en un soporte que lleva impresos los datos de la Consejería de Bienestar Social y del ERA. Aun cuando el escrito tuviera autor (que no es el caso), carecería de eficacia jurídica, pues carece de data, no identifica la fecha de emisión.





De entre los documentos aportados por CCOO el identificado como documento nº 6, titulado "informe sobre el programa de realojamiento en la Residencia Mixta de Gijón de personas mayores con discapacidad psíquica procedentes del hospital psiquiátrico, folios a 136 a 140 de las actuaciones, está desprovisto de eficacia probatoria. Se trata de copia de lo que se encabeza como "Comunicaciones orales-Mesa 14-Área interdisciplinar: residencias", que cita apellidos de los que parecen ser autores de un determinado relato, sobre aspectos diversos de distintas residencias; el apartado 1058 se refiere a "programa de realojamiento en residencias de personas mayores con discapaciada"-Residencia Mixta de Gijón, cita a Alonso Buelga, García Fernández, Fernández-Rebollos y a Rodríguez Álvarez y habla de un programa de atención integral a personas con discapacidad psíquica institucionalizadas, procedentes del Centro residencial de Cabueñes destinado a personas con discapacidad psíquica y del hospital psiquiátrico de Oviedo. A pie de página aparece el año 2002. Se trata de un escrito incompleto y no lleva firma, de modo que ni siquiera se puede considerar una autoría concreta y, para caso de que se tuviera por autores a las personas citadas con apellidos, se desconoce el porqué saben de los datos que aparecen en el escrito.

Procede hacer la misma observación sobre ineficacia probatoria respecto del documento 35 aportado por CSI, folio 258 de las actuaciones, identificado como "recomendaciones preventivas que se facilitan a los auxiliares". El documento aparece encabezado por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, pero carece de firma y data.

Las objeciones de la parte actora a determinados documentos aportados por la demandada, que son documentos 5 (certificado del jefe del servicio de prevención de riesgos laborales, folio 356), 7 (certificado del gerente del ERA y cuadro explicativo, folios 370 y 371) y 8 (sentencia dictada en el procedimiento nº 443/2013 del Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón, folios 372 a 376), a decir de las demandadas tienen que ver con la falta de objetividad, la falta de credibilidad y la condición de sentencia no firme (para el nº 8, aunque entre la prueba e la demandada pese a no estar incluida en la relación inicial de documentos encontramos copia de sentencia dictada en el procedimiento nº 633/2017 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, que es documento nº 5 repetido en la numeración de la parte, folios 357 a 360) que ni siquiera está relacionada con la cuestión de este litigio. Las objeciones a los documentos 5 (del folio 356) y 7 no comprometen la existencia misma del documento como prueba, la autenticidad ni la eficacia probatoria; tienen que ver con la fuerza probatoria de los documentos, que se someten al examen judicial y se valoran junto con el resto de las pruebas aportadas. El documento nº 8 es copia de sentencia dictada en el procedimiento nº 444/2013 del Juzgado de lo Social nº 2 de



Gijón, en cuyo texto encontramos mención expresa del carácter firme de la resolución; se trata de una resolución judicial que analiza una situación de hecho distinta a la de esta sentencia, pues tiene que ver con las condiciones de trabajo de una auxiliar de enfermería en la Residencia que pretende el reconocimiento de la peligrosidad por asimilación a la que tiene reconocido el conductor al que acompaña en el desempeño del trabajo con usuarios del centro. La sentencia del documento nº 5 (folios 357 y ss) no consta que sea firme, si bien responde a una pretensión distinta a la que aquí interesa, pues se refiere al reconocimiento del complemento de penosidad y el colectivo afectado por el conflicto es el de AT/DUE.

El documento nº 6 del ramo de prueba de la demandada, folios 361 a 369, adolece del mismo defecto ya apuntado, falta la data. Lleva por título "Pautas de intervención ante conductas de agresividad- CPR Mixta". Firmado por doña Mónica Fernández Valencia en calidad de Psicóloga de la Residencia, no lleva fecha, de modo que no resulta posible situar en el tiempo los hechos a que se refiere.

QUINTO.- La demandante CCOO aporta informe pericial a cargo de un Técnico en Prevención de Riesgos Laborales. El informe escrito es documento nº 2 de los aportados por esa parte, folios 76 a 91. En el acto de juicio la prueba suscitó el rechazo de la demandada, que alegó sobre la ilicitud de la prueba en cuanto que vulneradora de derechos fundamentales, una alegación rechazada de contrario. En las conclusiones al juicio la parte demandada varió el sentido de la valoración de esa prueba y se limitó a subrayar la falta de objetividad del informe, dado que se elaboró sin contar ni oír a la Dirección del centro de trabajo y la perito incorporó datos que no proceden de su personal intervención o actuación como perito, tal que las fotografías que forman parte del informe.

Las primeras objeciones de la demandada a la prueba pericial tienen que ver con el hecho de que la perito accediera al centro de trabajo sin haber solicitado antes si quiera autorización de la Dirección; con la toma de fotografías de residentes o usuarios sin su consentimiento o el de sus familiares. Quiere ver en ello vulneración de la inviolabilidad del domicilio de los residentes, de la intimidad y el derecho a la propia imagen de los residentes y usuarios de la Residencia que constituye lugar de trabajo.

La pericial corrió a cargo de perito de parte, se trata de una pericial extrajudicial aportada por la actora como prueba en el acto del juicio, una prueba por medio de la que esa parte persigue que el juez entre en contacto con la verificación de la exactitud de la afirmación de hecho que realiza el propio litigante en un acto de alegación sobre la existencia de unas condiciones de trabajo peligrosas para los auxiliares de

enfermería, en concreto de las agresiones a las que se ven expuestos, como riesgo cierto y constante, que se materializa con habitualidad en el día a día de trabajo.

En el informe pericial se describe la metodología del trabajo: entrevistas con auxiliares de enfermería, que describieron el trabajo y los riesgos que corrían; revisión de la Evaluación de riesgos laborales del año 2012 y la planificación preventiva elaborada por el Servicio propio mancomunado del Principado de Asturias; visita al centro de trabajo; Consulta de la normativa vigente. En el apartado "Resultados"- Entrevistas realizadas el informe dice así *"se realizan las visitas el 22 de julio de 2014 y el pasado 23 de mayo de 2017 (el informe está firmado el 24 de mayo de 2017) al centro de trabajo, en compañía de las delegadas de prevención y de varias auxiliares de enfermería. La visita se realiza a todo el centro, observando y prestando atención al trabajo de las auxiliares de enfermería. Durante toda la visita hay un olor desagradable, que se acentúa más en algunas habitaciones"*.

Ninguna de las partes aporta el reglamento de régimen interno de la Residencia. El artículo 6 de la ya citada Ley 7/1991 exige ese reglamento a todo establecimiento residencial de ancianos del Principado de Asturias, como instrumento para regular la organización y el funcionamiento interno, las normas de convivencia, los derechos y deberes del residente, la utilización de las instalaciones y servicios por parte de los usuarios, dentro del marco de libertad y confidencialidad garantizados en la Constitución. Es la misma norma que indica que reglamentariamente se regulará el contrato de hospedaje en esos centros. Por ello, se desconoce cuál es el régimen de entrada a las dependencias de la Residencia. Ahora bien, se puede afirmar que la entrada no es libre, que no puede resultar indiscriminada, puesto que en el texto de la Ley 7/1991 el artículo 23 indica que *"el personal al servicio de la Administración sanitaria y de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma que desarrolle tareas de inspección en materia de establecimientos para ancianos estará autorizado, previa acreditación de su identidad, para entrar libremente en cualquier momento y sin previa notificación en todo establecimiento sujeto a las prescripciones de esta Ley y las disposiciones que la desarrollan"*. En consecuencia, la entrada de la perito en las dependencias de la Residencia, en la medida en que no contó si quiera con notificación a la Dirección del centro, se considera ilegítima.

El artículo 18.2 de la Constitución consagra la inviolabilidad del domicilio como un derecho fundamental, que garantiza el ámbito de privacidad de la persona, dentro del espacio limitado que el propio sujeto puede elegir y que se caracteriza por quedar a salvo de invasiones o ingerencias externas protagonizadas por otras personas, incluida la autoridad pública. En la definición de domicilio inviolable en

el sentido del art. 18.2 CE, la jurisprudencia consolidada afirma que es el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.

Es preciso estar a las reglas que emanan de las sentencias del TC en materia del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Resulta de interés la sentencia nº 10/2002, de 17 de enero, que dice así "El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros. Precisado en estos términos el concepto constitucional de domicilio <...> las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a tales fines. <...> Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la



Constitución garantiza en su art. 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito”.

En la casuística analizada en sentencias del TC encontramos otros supuestos de hecho que resultan de interés en este caso. En la sentencia nº 209/2007, de 24 de septiembre afirma que “asiste la razón a quien dice actuar en defensa de su titularidad del domicilio en la casa donde se había quedado a pernoctar unos días, que era la vivienda en la que moraba como arrendatario un amigo suyo, único que pagaba las rentas de alquiler, aunque aquél colaboraba en los gastos de manutención. Si el rasgo esencial del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE es el de constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada, el domicilio con protección constitucional a efectos de inviolabilidad se identifica con la morada de las personas físicas, con el reducto último de su intimidad personal, la casa del amigo en la que se encontraba el demandante de amparo cuando fue detenido era su domicilio en tal momento, el lugar en el que, siquiera transitoriamente, mientras se encontraba en dicha localidad, «vivía», tenía su espacio vital de referencia, un ámbito en el que recogerse, salvaguardar sus objetos más personales y poder desarrollar los aspectos de su vida personal que considerara más privados”.

En otra sentencia, la nº 189/2004, de 2 de noviembre, el TC extendió la declaración de domicilio inviolable “con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando... la función de estos alojamientos es facilitar aposento a los militares destinados en una determinada plaza”.

En la sentencia nº 50/1995, de 23 de febrero indica que “en primer término, su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada”.





En la nº 22/2003, de 10 de febrero indica que "la inviolabilidad del domicilio, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, sin que esta titularidad individual se pierda por el hecho de que un mismo domicilio sea compartido por varias personas. El ejercicio del derecho, de contenido «fundamentalmente negativo», consiste en el ejercicio de la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es, de la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona. Si la convivencia en un mismo domicilio no altera, en principio, ni la titularidad del derecho ni la posibilidad de su ejercicio, resulta que cada titular del mismo mantiene una facultad de exclusión de terceros del espacio domiciliario que se impone al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del comorador que desea la visita de un tercero que no mora en él. Ello no obsta para que la composición razonable de los intereses en juego de los comoradores haga que usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comorador y que los terceros que ingresen en el domicilio puedan así confiar a priori en que la autorización de uno de los titulares del domicilio comporta la de los demás. En este sentido hemos dicho que «cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes. Puede suceder, naturalmente, que excepcionalmente aquel pacto no exista como tal, o que sea evidente que no concurra respecto a determinadas entradas domiciliarias por el perjuicio que puedan comportar para alguno de los moradores. Así, para el caso de una cónyuge separada que autorizó el registro de la vivienda común en unas diligencias en las que se imputaba a su marido un delito contra ella, afirmamos en la STC 22/2003 que «el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa».

También en este punto se echa en falta el reglamento de régimen interior de la Residencia para conocer qué dispone respecto al uso de instalaciones de la misma por parte de los residentes, de trabajadores y de terceros llegado el caso. Ahora bien, es necesario poner en relación la referencia que hace la perito en su informe a lo por ella constatado en algunas "habitaciones" con la descripción del edificio que aparece en la página 5 del informe (folio 80 de las actuaciones), para señalar que el término "habitaciones" se refiera a la zona de alojamiento reservada para cada residente



(aunque sea una habitación compartida con otros residentes), como espacio físico distinto a zonas comunes que no se circunscribe al acotado para la esfera más íntima del residente. Desde esta consideración, teniendo en cuenta el amplio amparo constitucional otorgado el domicilio como espacio inviolable, se estima que la prueba aportada como informe pericial tiene una procedencia ilícita, por lo que supuso de intromisión no consentida en la esfera más privada de los residentes. La entrada en esos espacios no está autorizada por los residentes, no lo está tampoco por la Gerente, ni por la Dirección. Las auxiliares de enfermería y las delegadas de personal, en cuya compañía defiende la perito la entrada en el centro para elaborar el informe pericial, no son titulares del ámbito invadido ni están legitimadas para tal intromisión, que por su parte se debe al desempeño de los cometidos laborales que tienen encomendados, rebasaron los límites del legítimo actuar permitiendo la entrada de terceros para fines no estrictamente laborales, aunque el fin último estuviera relacionado con la defensa de los derechos que nacen del contrato de trabajo, pues la consecución de ese fin cuenta con cauces legales que permiten compaginar el derecho a la tutela judicial y el respeto a la inviolabilidad del espacio más íntimo del residente, que, además, se encuentra en situación de alta vulnerabilidad por razón de edad o de salud.

Aunque el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución son derechos autónomos susceptibles de consideración y tratamiento separado, en este caso la inviolabilidad del domicilio (condición que se reconoce en las habitaciones de uso reservado de cada residente dentro de la Residencia) es instrumento del derecho a la intimidad. En ese espacio el residente guarda sus pertenencias, duerme, descansa, se retira de la vista, observación y contemplación del resto de residentes con los que no comparte habitación, del personal y de las visitas de terceros al resto de usuarios. Es el espacio reservado a su intimidad, en un ámbito donde este espacio es de por sí muy reducido y limitado, precisamente por la clase de establecimiento de que se trata y la asistencia que precisa el residente.

El derecho a la propia imagen es otro de los derechos fundamentales que la demandada tuvo por vulnerado con motivo de la elaboración de la pericial aportada en juicio por la demandante. Está recogido como tal derecho en el ya citado artículo 18.1 de la Constitución, como un exponente más del derecho de la personalidad, relacionada con la dignidad humana. La cita tiene que ver con las fotografías que la perito incorporó al informe. A decir de la perito no son de elaboración propia, sostiene que se las proporcionaron los trabajadores y que ni siquiera deberían estar incorporadas a este informe, pues formaban parte de otro elaborado en relación con la pretensión de reconocimiento de la condición de penosidad. Las fotografías forman parte del informe

pericial, al que están incorporadas como "anexo fotográfico", de modo que la perito las hizo suyas. La representación fotográfica aporta algunas tomas de figuras humanas, pero como no reproduce la toma de cuerpo entero las figuras corpóreas no son reconocibles, de modo que no se estima la vulneración de aquel derecho.

El artículo 90 LRJS dispone que no se admitirán las pruebas que se hubieran obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos que supongan vulneración de derechos fundamentales. Por consiguiente, no se admite el informe pericial aportado por la actora.

SEXTO.- La prueba sobre la que se construye la convicción judicial para responder a las pretensiones de las partes se concreta en prueba documental y en la testifical aportada por la demandante.

Entre la prueba documental encontramos copia de partes internos de incidentes y accidentes sufridos por los auxiliares de enfermería en la Residencia por agresiones a manos de residentes cuando realizan su trabajo. Un trabajo que está definido en el convenio colectivo de aplicación como el del trabajador/a que con el título de técnico/a en cuidados auxiliares de enfermería, o título específico equivalente, realiza su actividad en centros asistenciales, bajo la dependencia de quien coordine la enfermería, o sea responsable de la unidad o centro de trabajo al que preste servicios, ocupándose entre otras funciones de la asistencia integral al usuario o usuaria en relación con las tareas o actividades que no pueda realizar por sí, así como aquellas relacionadas con su preparación técnica, o que se deriven del contenido y denominación de su puesto de trabajo. Son las funciones asignadas en el convenio colectivo las que se han de poner en relación con las condiciones reales de ejecución del trabajo por parte del colectivo demandante, no las funciones que se puedan entender derivadas de la titulación por la que se accede al puesto de trabajo, como pretende la demandante CSI.

Los partes, algunos ilegibles, salvo excepciones identifican fecha (algunas muy remotas y se ha puesto la atención en los que se refieren al periodo 2009 a 2017), trabajador agredido, categoría profesional, todos auxiliares de enfermería salvo la excepción de un operario y una trabajadora social, así como los hechos. Son numerosos y los demandantes explicaron que no aportaron la prueba con pretensión de ser exhaustivos, sino como mera muestra de la realidad que está en la base de su afirmación de que el trabajo es peligroso porque a diario el colectivo se expone a la agresión física. Un informe emitido por la Dirección del ERA en el año 2017 (el informe no identifica el mes de emisión, si bien la parte que lo aporta lo identifica como certificado de 18 de diciembre de 2017) indica que de los datos obrantes en el organismo y de los informes recabados de la Residencia (esta referencia a las

fuentes no permite dar al documento valor de certificado, pues no se indica si quiera que se hayan tomado datos de "archivos y registros" de la Administración o del organismo ERA) no se desprenden partes por agresión en los años 2015 y 2016, solo informa de nueve partes (cuatro con baja médica) en el año 2017. Sin embargo, entre los partes que aporta la actora encontramos un parte interno de agresión a una auxiliar de enfermería (folio 225), que dice haber sufrido contusiones a nivel de columna cervical por una agresión a manos de una residente que califica de psicogeriatría, que no responde a tratamiento y que conserva buen estado físico a pesar de su edad (la residente); describe el suceso de este modo *"al llegar a la planta, a la salida del ascensor, una residente la arremete, golpeándola, tirándole del pelo, mordiendo, la tira al suelo dándole patadas"* y en el apartado del modelo de parte interno reservado a indicación de las medidas que a juicio de la trabajadora pueden prevenir este tipo de accidentes recoge *"un centro residencial no puede tener a usuarios psicogeriatricos"*. Encontramos varios partes con fecha del año 2016 (folios 66, 224, 226, 230, 238, 247). Los incidentes son, sin duda, más de los que la parte demandada quiere considerar.

Esa prueba documental se completa con el testimonio de doña Isabel Carreto. La testigo, auxiliar de enfermería en la Residencia desde el año 1992, manifestó que es este personal el que tiene el trato más cercano e íntimo con el residente (para aseo, comida, compañía, vestido), un contacto en el que se producen agresiones tanto por parte de los válidos como por parte de los asistidos, algunos por su demencia, por alcoholismo, por drogadicción, por síndrome confusional que llega con una simple infección hasta que es tratada. La testigo pone ejemplos, se refiere a que cuando bañan a los residentes estos les tiran del pelo, les dan patadas (incluso en la barriga), les golpean con el bastón, todo ello como algo habitual. Relata que vivió una agresión a modo de intento de estrangulamiento por parte de un residente. Declara que cambió el perfil del residente, pues con motivo del cierre del psiquiátrico llega gente joven (con 50 años) con demencias importantes, que están repartidos por toda la casa y en la planta 5ª residen los que presentan riesgo de fuga; que esta derivación viene dada por el hecho de que esta residencia cuenta con médico de manera permanente, de modo que reciben a las personas más peligrosas con enfermedad mental, no solo ancianos. Añade que el personal no sabe cómo tratar a estos residentes, pues no recibe formación específica; que aunque hay un protocolo de agresividad, el personal no recibe información ni formación sobre este protocolo, por lo que la reacción es la que cada uno puede buenamente discurrir en cada caso. Declara que estos incidentes son de alta habitualidad.

La testigo doña Belén Iglesias Colao, auxiliar de enfermería en la mixta desde el año 1988 con una pausa de 8 años por excedencia, declara que el perfil del residente cambió del abuelo o anciano dependiente a ancianos muy deteriorados con



demencia, residentes más jóvenes con alcoholismo o enfermedades psiquiátricos, que como residentes más graves llegan aquí porque se considera que el centro tiene más medios, por la noche queda una enfermera que sigue las pautas que marca el médico. Explica que los residentes psicogerítricos se acogen en la planta 5ª sur cerrada si muestra una demencia muy avanzada y en otro caso se mezclan con el resto. Dice que la agresividad sucede a menudo, que recibir un bofetón del residente es algo normal en el día a día, golpes con bastones, patadas, que los golpes son imprevisibles y sucede a menudo porque este personal es el más próximos al residente, su referencia y hasta su voz.

Las testigos son la prueba de que en el centro de trabajo los residentes tienen distinto perfil, pues con el residente anciano más o menos dependiente por razón de edad, con o sin deterioro de las facultades mentales por el solo hecho de la edad, conviven otras personas que si bien por edad no tienen aquella condición comúnmente entendida de ancianidad padecen alteraciones a nivel de salud mental que influye en la conducta y desencadena mayor riesgo. Aunque la Dirección del ERA emite informe (que el propio documento llama "certificado"), unido al folio 327, y afirma que en la Residencia no hay plaza psicogerítricas, no procede estar al concepto formal de psicogerítrico (por lo demás ni siquiera explicado), para estimar que la convivencia en el centro de trabajo no está exenta de la presencia de personas con alteración de la salud mental o de la conducta, por razones varias (que ni siquiera viene al caso identificar con uno u otro diagnóstico, pues no es objeto de esta sentencia ni resulta necesario conocer con exactitud). Es la propia demandada la parte que aporta un documento nº 4 (folio 353), que identifica como "protocolo de actuación de la llamada planta 5ª sur", que lleva por título "unidad especial de demencias UED CPRPM Mixta", un documento sin fecha que lleva el anagrama del ERA. Al cambio en el perfil del residente se refiere un documento del Defensor del Pueblo que lleva fecha 13-7-2016 que lleva por título "atención psiquiátrica en la residencia mixta Pumarín de Gijón", que habla de la información sobre la aceptación o no de una sugerencia anterior en relación con al cambio de perfil del residente que ingresa. Prueba de la presencia de residentes con alteraciones psiquiátricas, más allá de lo común o esperado, la encontramos en las propuestas de acciones sociosanitarias recogidas en un documento técnico de noviembre de 2013 de la Consejería de Sanidad, que contempla el alojamiento en la Residencia de 30 plazas de salud mental del Área sanitaria V para dar salida a muchos pacientes ingresados en la Unidad Terapéutica. A residentes con patología psiquiátrica se refieren las dos testigos. En cualquier caso, el acceso de estas personas está previsto en el artículo 3 de la Ley 7/1991, de 5 de abril, Ley del Anciano de Asturias, en la medida en que señala que a efectos de acceder a plaza



residencial dependiente del Principado se consideran ancianos a las personas mayores de 65 años, a pensionistas de más de 60 años, a pensionistas de más de 50 años con incapacidad física o psíquica cuyas circunstancias personales, familiares o sociales aconsejan el ingreso en un establecimiento residencial. En consecuencia, es una realidad la presencia en la Residencia de enfermos psíquicos o personas con alteraciones de conducta, que pueden incrementar el riesgo de agresión para el personal que está continuamente en estrecho contacto con el mismo y para actividades que suponen una franca (y sin duda legítima y necesaria) intromisión en su más estrecho ámbito de intimidad propicia para desencadenar la reacción violenta.

Entre la prueba documental que aporta la actora encontramos la Evaluación de riesgos laborales elaborada por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración del Principado de Asturias (folios 92 y ss). Entre la documentación que aporta la demandada el documento obrante al folio 356 recoge informe firmado por el jefe del Servicio y responsable del área de seguridad don Juan Celestino Menéndez Iglesias el 13 de diciembre de 2017. Afirma lo que ya consta en la Evaluación del año 2012 (no así en la del año 2002 que aporta la demandada), esto es, que en el puesto de trabajo del auxiliar de enfermería está presente el riesgo de agresión física y verbal por parte de los residentes, un riesgo calificado de baja probabilidad y resultado que aunque dañino resulta tolerable. Desde esa prueba se afirma también la existencia de comportamientos violentos por parte de los usuarios de la Residencia para con el colectivo afectado por este conflicto.

Las referencias del personal afectado a las condiciones laborales de peligrosidad dieron lugar incluso a denuncias ante la Inspección de Trabajo en el año 2013, sin que conste actuación alguna de la Inspección, que contesta a la denuncia dejando en manos del ERA la investigación de los incidentes y la adopción de medidas preventivas.

SÉPTIMO.- La prueba revela que:

- 1)-El riesgo de sufrir agresión está presente en el trabajo el auxiliar de enfermería en la Residencia.
- 2)-El trabajo que ha de realizar el auxiliar de enfermería que le expone a la agresión no es residual ni insignificante en cuanto a duración y frecuencia, dados los continuos actos de asistencia directa que tiene con los residentes para movilizarlos, vestirlos, asearlos, darles la comida y la medicación, ayudar al servicio de enfermería en las curas.
- 3)En el sistema de prevención de riesgos laborales hoy por hoy existente no se pusieron en marcha medidas preventivas que hayan reducido de manera significativa el riesgo, con menos lo han eliminado. Por toda medida prevenida la Evaluación se refiere a que se ha de garantizar que los trabajadores



recibirán una formación suficiente y adecuada frente a situaciones de agresividad por parte de los usuarios. No hay prueba alguna de que la empleadora haya proporcionado formación a los auxiliares de enfermería, ni suficiente ni adecuada, y las testigos manifiestan que no la han recibido. A esos fines no se puede considerar formación adecuada y suficiente el mero redactar un protocolo de actuación, que hoy por hoy está en fase de elaboración en lo específico sobre agresiones.

4) El riesgo no es consustancial al puesto y a la categoría en sí mismos consideradas, como demuestra el hecho de que ni siquiera se contemplara al configurarlo en la relación de puestos de trabajo.

5) En la retribución del colectivo afectado por el conflicto no se contemplan medidas de corrección para equilibrar trabajo y salario de los auxiliares de enfermería de la Residencia, puesta en relación con la retribución de otros trabajadores de la misma categoría que presten servicios en otros centros de trabajo carentes de las particularidades que aquí nos ocupan.

Esa especial situación de riesgo se apreció en sentencia respecto de trabajadores con la categoría de auxiliar de enfermería en el Centro Residencial de Cabueñes, dependiente de la Consejería de Derechos y Servicios Sociales del Principado de Asturias, según documental que aportan los demandantes, expuestos a agresiones de los residentes y usuarios, que sufren deficiencias de tipo psíquico.

En el trabajo habitual de los auxiliares de enfermería de la Residencia concurren condiciones excepcionales, que permiten apreciar el elemento de peligrosidad, que integra el complemento específico de peligrosidad con devengo fijo, que prevé el artículo 34 del convenio, puesto en relación con el artículo 35 que dice así *"se considerará 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"*. Interpretado el derecho a este complemento como determina la jurisprudencia del TS, entre otras en la sentencia 1095/2016 de 21 de diciembre.

OCTAVO.- El artículo 191.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social indica que son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo cuando la presente Ley disponga otra cosa. Ese precepto en el nº 3.f) incluye expresamente el recurso frente a sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo.



VISTO lo expuesto



FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda presentada por los sindicatos Comisiones Obreras y Corriente Sindical de Izquierdas frente a Establecimientos Residenciales para Ancianos del Principado de Asturias.

Debo declarar y declaro que los auxiliares de enfermería que prestan servicios en la Residencia Mixta de Pumarín Gijón, prestan servicios en condicione de peligrosidad, que les hace acreedores del complemento específico de devengo fijo llamado complemento de peligrosidad previsto en el convenio colectivo del personal laboral por cuenta del Principado de Asturias.

Que debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por lo declarado en el Fallo de esta sentencia y a abonar al colectivo afectado por el presente conflicto el complemento específico de peligrosidad.

Incorpórese la presente sentencia al Libro correspondiente, expídase testimonio de la misma para su constancia en los autos de referencia y notifíquese a las partes con la indicación de que no es firme. **Cabe interponer contra ella recurso de suplicación, previo anuncio en la sede de este Juzgado dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación,** a efectuar por simple manifestación en comparecencia o por escrito de las partes o de sus abogados, graduados sociales colegiados o representantes.

Así por ésta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- Seguidamente se procede a dar cumplimiento a lo prevenido en los artículos 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.

