

RECURSO DE SUPPLICACION Nº: 1339/2018

SENTENCIA Nº: 1720/2018

NIG PV 20.05.4-17/001842

NIG CGPJ 20069.34.4-2017/0001842

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

En la Villa de Bilbao, a veinte de septiembre de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA y DOÑA ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados, ha pronunciado,**

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente,

S E N T E N C I A

En los Recursos de Suplicación interpuestos por DOÑA MAIDER RODRIGUEZ ZABALETA y por el SERVICIO VASCO DE SALUD, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de San Sebastián-Donostia, de fecha 7 de Febrero de 2018, dictada en proceso que versa sobre materia de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (TDF), y entablado por **DOÑA MAIDER RODRIGUEZ ZABALETA**, frente al **SERVICIO VASCO DE SALUD ("OSAKIDETZA")**, es Ponente la Ilmta. Sra. Magistrada **DOÑA GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**, 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*:

1º.-) Que D^a. MAIDER RODRIGUEZ ZABALETA, es desde el día 11 de julio de 1999 empleada estatutaria de OSAKIDETZA, con la categoría de Facultativa Especialista de Area (Psiquiatra). Que desempeñaba sus funciones en el puesto de FEA de Psiquiatría destinado en la Unidad de Enfermedades Infecciosas, con una antigüedad en ese puesto desde febrero de 2005, inicialmente como interina y después mediante una plaza en propiedad. Que en este puesto de trabajo, la actora tenía un horario de 8 a 15 horas de la tarde, distribuida de lunes a viernes, conjuntamente con las correspondientes guardias a partir de las 15 horas en el turno que le correspondiera de tarde o noche. Que en dicho puesto de trabajo la actora se encargaba de la atención psiquiátrica de la población en tratamiento psiquiátrico en la Unidad de Enfermedades Infecciosas tanto hospitalizados como ambulatoriamente.

2º.-) Que la actora solicitó el día 12 de junio de 2012 por email al Dr. Sr. Imanol Querejeta Ayerdi, Jefe del Departamento de Psiquiatría, una reducción de jornada de un 50% con exención de guardias, que pasaría a disfrutar a partir de su reincorporación tras su baja por su segunda maternidad.

3º.-) Que el Dr. Sr. Imanol Querejeta Ayerdi tras la solicitud de reducción de jornada presentada por la actora, decidió destinarle a partir del día 5 de Diciembre de 2012, a prestar servicios en el puesto denominado “Guardia de mañana”, los miércoles y viernes de 8 a 15 horas, y además un martes cada quince días con el mismo horario. Que el Sr. Querejeta en el email remitido a la actora comunicándole tal decisión, le indicaba las razones por las cuales había tomado la misma, y en concreto, le explicaba que había comprobado que las cargas de trabajo en la consulta de la actora eran bajas y que le quedaba mucho tiempo libre, de manera que, teniendo en cuenta además el hecho de que hubiera pedido una reducción de jornada y una exención de guardias, entendía razonable que a partir de su reincorporación se ocupara de atender el busca de las mañanas, que tanto complicaba la situación de las personas con trabajo diario en planta y con libranzas, ya que consideraba que hacer otra cosa podría poner en una situación de inestabilidad la consulta, algo que quería evitar.

4º.-) Que en el puesto de trabajo denominado “Guardia de mañana”, la actora tenía que atender todas las urgencias psiquiátricas del hospital, que implicaba el servicio de urgencias, pero también las urgencias de los pacientes hospitalizados. Que hasta ese momento, ese puesto de trabajo había sido asumido por turnos rotatorios y diariamente por todos los médicos psiquiatras del hospital, incluido la actora, que dejaron de realizar esa función a partir de la reincorporación de la Sra. Rodríguez, pues sería ella única y exclusivamente la que tenía que asumir esa labor. Que la actora asistía al igual que el resto de sus compañeros de departamento diariamente, a las reuniones obligatorias convocadas a primera hora de la mañana por el Sr. Querejeta.

5º.-) Que el Servicio de “Guardia de mañana” al que se destina a la actora está ubicado dentro del Hospital Donostia, en el despacho identificado como Box C-6, y cuenta con un ordenador con acceso a todos los programas vinculados a la asistencia sanitaria, correo electrónico, línea de teléfono y teléfono móvil. Que también cuenta con la asistencia de los recursos humanos del área médica, de enfermería y de gestión y servicios propios del Servicio de Urgencias que se pudieren necesitar. Que dicho despacho se encuentra a 125 metros de la consulta de la Unidad de Enfermedades Infecciosas donde había venido trabajando la actora con anterioridad.

6º.-) Que la entidad demandada contrató inicialmente al Sr. Galdeano para la realización de la jornada que la parte actora había reducido de un 50%, realizando el 100% de las funciones que la actora había venido realizando hasta el momento en la Unidad de Enfermedades Infecciosas.

7º.-) Que la actora también solicitó una reducción de jornada en noviembre de 2009 tras su baja maternal, sin que se produjera su cambio de puesto de trabajo, ya que continuó trabajando destinada en la Unidad de Enfermedades Infecciosas.

8º.-) Que durante el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2012 y el mes de agosto 2017, la actora accedió al sistema informático del Hospital Donostia un total de 13.149 ocasiones, de las cuales 3.233 (24.28%) lo hizo desde equipos del Servicio de Psiquiatría, y un total de 9.916 (75.41%) lo hizo desde equipos ubicados en el resto del hospital. Que el equipo informático más utilizado de todos ellos, es el equipo identificado con el nº WX32030HDO66186 que corresponde al equipo del Servicio Urgencias de mañanas, y ha sido utilizado en un 39,95 % del total de entradas en equipos del hospital. Que en el año 2015 no se registró ninguna entrada en el sistema informático, ya que la actora no llegó a trabajar ni un solo día.

9º.-) Que la actora solicitó el día 11 de Enero del 2013 ser reubicada en el Servicio de Psiquiatría, y el día 18 de enero del 2013 el Dr. Querejeta le vuelve a recordar que su ubicación era en el BOX C6 del Servicio de Urgencias Generales.

10º.-) Que la actora presentó el día 29 de Enero del 2014, una solicitud para la concesión de un "Permiso para Asistencia a Cursos y Congresos", así como con fecha 13 de Febrero de 2014 para participar en otro curso diferente, que fue denegada por el Sr. Querejeta por una cuestión formal, y en concreto por razón de que la actora solicitaba el permiso por horas cuando se debía de haber solicitado por días completos.

11º.-) Que con fecha 1 de mayo del 2014, el Dr. Sr. Imanol Querejeta Ayerdi solicitó al Director Gerente del Hospital, la apertura de expediente disciplinario a la demandante, explicitando 32 supuestos errores de la actora y asegurando que han supuesto quejas de los pacientes y que todas ellas estaban relacionadas con la labor de la Dra. Rodríguez. Que si bien en un primer momento el Gerente del Hospital no accedió a la apertura de expediente disciplinario, finalmente se tramitó el expediente disciplinario, siendo finalmente sancionada la actora el día 22 de Septiembre de 2014 por una falta grave. Que una vez impugnada tal sanción, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de San Sebastián, dictó sentencia

el 17 de Noviembre de 2015, declarando nula la sanción impuesta y condenando en costas a Osakidetza.

12.-º) Que la actora solicitó el día 18 de junio de 2014, volver a retomar el 100% de la jornada de trabajo a partir del día 15 de septiembre de 2014, fecha a partir de la cual sin embargo la actora continuó destinada en el mismo puesto de trabajo.

13º.-) Que la actora solicitó el reconocimiento de prestación por riesgo durante el embarazo que le fue reconocido en el mes de Noviembre 2014. Que tras dar a luz a su tercer hijo el 23 de febrero de 2015, y una vez finalizada la IT por maternidad, solicitó excedencia voluntaria, que le fue reconocida, no volviendo a su puesto de trabajo hasta el día 18 de Enero de 2016. Que a partir de esa fecha, pasó a depender del Dr. Larrazabal, nuevo Jefe del Departamento, al que le solicitó el día 29 de diciembre de 2016 una reducción de jornada del 40% para el cuidado de su hija recién nacida, a partir del día 9 de enero de 2017.

14º.-) Que el régimen de dedicación de la actora a la actividad laboral ha sido de un 50% por la reducción reconocida para el cuidado de hijo, en los siguientes periodos: Desde el 18 de noviembre de 2009 hasta el 18 de enero de 2010; desde el 1 de diciembre de 2012 hasta el 14 de septiembre de 2014; desde el 19 de enero de 2016 hasta el 19 de junio de 2016 y desde el 19 de septiembre de 2016 hasta el 18 de diciembre de 2016. Que partir del día 9 de enero de 2017 hasta la actualidad ha sido de un 60%.

15º.-) Que la actora ha disfrutado de los siguientes periodos de excedencia por el cuidado de menor: Desde el 19 de septiembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012; desde el 1 de agosto de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015; desde el 5 de octubre de 2015 hasta el 17 de enero de 2016; desde el 20 de junio de 2016 hasta el 18 de septiembre de 2016; y desde el 19 de diciembre de 2016 hasta el 8 de enero de 2017.

16º.-) Que los procesos de IT por enfermedad común sufridos por la actora desde diciembre de 2012 hasta la actualidad, lo han sido con el diagnóstico de “Reacción de Adaptación-Ansiedad”, derivado del conflicto laboral sufrido por la relación mantenida con su superior jerárquico, el Sr. Querejeta. Que en concreto han sido los siguientes procesos de IT: - Del 12 al 28 de febrero de 2013; - Del 12 al 15 de marzo de 2013; - Del 2 al 22 de octubre de 2013;- Del 3 de marzo al 16 de abril de 2014; - Del 4 de junio al 30 de septiembre de 2014; - Del 3 al 4 de febrero de 2016; - Del 19 de mayo al 28 de julio de 2017; y del 24 de agosto de 2017 hasta el día 26 de noviembre de 2017.

17º.-) Que otros médicos psiquiatras han prestado servicios en el puesto de trabajo asignado a la demandante de Guardia de Mañana, en sustitución de la misma durante los procesos de IT, excedencia y reducción de jornada por cuidado de hijos, sin que conste que se haya producido algún tipo de problema, incidencia o queja de éstos, si bien no es el puesto de trabajo del Departamento de Psiquiatría del Hospital de Donostia más demandado o solicitado por estos profesionales para prestar sus servicios como médicos psiquiatras.

18º.-) ue los médicos psiquiatras denominados FEAs psiquiatras, tienen una jornada de trabajo de 8 a 15 horas de lunes a viernes. Que a partir de las 15 horas, se inicia el turno de guardia de tarde o de noche, hasta las 8 horas del día siguiente, turno que viene a ser

realizado por todos los médicos de planta de manera rotatoria, acudiendo también voluntariamente médicos de otros centros de salud. Que estos médicos de guardia están acompañados por un médico residente, o bien por dos médicos residentes si uno de ellos es de primer año, mientras que la actora debe de realizar su trabajo sin apoyo de otro facultativo.

19º.-) Que la actora presentó varias solicitudes en la Unidad Básica de Prevención del Hospital Universitario de San Sebastián, el día 21 de marzo de 2013, el día 8 de noviembre de 2013 y el día 19 de febrero de 2014, en los que relataba como se le había asignado después de reincorporarse tras su embarazo, a ocupar el puesto de urgencias psiquiátricas, por decisión de su superior, sin que se le hubiere dado participación en esa decisión, y sin que se hubiere hecho valoración de los riesgos psicosociales de tal decisión, teniendo en cuenta el conflicto existente con el Sr. Querejeta, en relación con los estilos de dirección y supervisión que la actora ponía de manifiesto que resultaban inadecuados, y que habían determinado procesos de IT.

20º.-) Que en el Departamento de Psiquiatría del Hospital Donostia, era por todos conocido que no era buena la relación entre la Dra. Rodríguez y el Dr. Sr. Imanol Querejeta Ayerdi, hasta el punto de que desde hace años dicha relación era prácticamente inexistente.

21º.-) Que en Osakidetza existe un Protocolo de Conciliación y/o Investigación en situaciones de conflicto o acoso moral en el trabajo. Que también existe un Plan de Prevención de Riesgos Laborales, emitido el día 9 de noviembre de 2004. Que también existe un Protocolo de Evaluación de Factores Psicosociales elaborado en enero de 2009. Que no consta un concreto análisis de los riesgos psicosociales del puesto de trabajo asignado a la actora, y menos aún que tal evaluación se haya realizado en la fecha en la que se decidió cambiar a la demandante a ese concreto puesto de trabajo, o bien practicado con posterioridad a las expresas solicitudes presentadas al efecto por la actora".

SEGUNDO.- La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, *dice*:

"Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por D^a. MAIDER RODRIGUEZ ZABALETA contra OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, y el MINISTERIO FISCAL,

Y DECLARO:

- 1) Que la entidad demandada ha vulnerado el derecho fundamental de la actora a no ser discriminada por razón de haber ejercitado su derecho a disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo;
- 2) Que la entidad demandada ha incumplido las obligaciones que en el presente caso y en relación con la situación vivida por la Sra. Rodriguez Zabaleta, le resultaban exigibles en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales, y que como consecuencia de tal incumplimiento se han ocasionado da daños morales a la trabajadora demandante,

DEBIENDO estar y pasar las partes por esta declaración, y en base a lo anteriormente expuesto, ACUERDO, CONDENAR a OSAKIDETZA- SERVICIO VASCO DE SALUD,

- 1) A que cese inmediatamente en este comportamiento discriminatorio;
- 2) A que asigne a la actora en el plazo máximo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución, las mismas tareas que venía realizando con anterioridad a la asignación de su actual puesto de trabajo, y en similares condiciones que el resto de los médicos que prestan servicios en ese Departamento, teniendo en cuenta para ello en todo caso la reducción de jornada que tiene reconocida actualmente, con exención de guardias;
- 3) A que realice una valoración de los riesgos laborales de la Sra. Rodríguez, especialmente de los riesgos psicosociales; y además,
- 4) A que abone a la demandante una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en la cuantía de DIEZ MIL EUROS (10.000 euros),

ABSOLVIENDO a las codemandadas del resto de las pretensiones deducidas en su contra".

TERCERO.- Frente a dicha Resolución se interpusieron los Recursos de Suplicación anteriormente reseñados, que fueron impugnados de contrario (*por cada una de las partes recurrentes*).

CUARTO.- En fecha 16 de Marzo de 2018, y a instancia de la *-parte demandante-*, DOÑA MAIDEER RODRIGUEZ ZABALETA, fue emitido **AUTO DE ACLARACION DE SENTENCIA**, cuya Parte Dispositiva es *del tenor literal siguiente*:

PARTE DISPOSITIVA

"1.- Se desestima la petición formulada por MAIER RODRIGUEZ ZABALETA de aclaración o subsanación y complwmwnto de la Sentencia dictada con fecha 08/02/2018, en el presente procedimiento, por las razones expuestas en el Fundamento de derecho segundo.

2.- En consecuencia no ha lugar a variar el texto de la referida resolución".

QUINTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de Recurso de Suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 25 de Junio, fecha en la que se emitió Diligencia de Ordenación, acordando la formación del Rollo correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

SEXTO.- Mediante Providencia que data del 26 de Junio, se acordó, *-entre otros extremos-* que la Votación y Fallo del Recurso se deliberara el siguiente 4 de Septiembre; lo que se ha llevado a cabo en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La instancia ha dictado sentencia en la que ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por Dña. Mainer RODRIGUEZ ZABALETA contra OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD y el MINISTERIO FISCAL, y ha declarado: **1)** Que la entidad demandada ha vulnerado el derecho fundamental de la actora a no ser discriminada por razón de haber ejercitado su derecho a disfrutar de una reducción de jornada por cuidado de hijo; **2)** Que la entidad demandada ha incumplido las obligaciones que en el presente caso y en relación con la situación vivida por la Sra. Rodríguez Zabaleta, le resultaban exigibles en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales, y que como consecuencia de tal incumplimiento se han ocasionado daños morales a la trabajadora demandante, condenando a las partes a estar y pasar las partes por esta declaración y condenando en concreto a OSAKIDETZA- SERVICIO VASCO DE SALUD, **1)** A que cese inmediatamente en este comportamiento discriminatorio; **2)** A que asigne a la actora en el plazo máximo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución, las mismas tareas que venía realizando con anterioridad a la asignación de su actual puesto de trabajo, y en similares condiciones que el resto de los médicos que prestan servicios en ese Departamento, teniendo en cuenta para ello en todo caso la reducción de jornada que tiene reconocida actualmente, con exención de guardias; **3)** A que realice una valoración de los riesgos laborales de la Sra. Rodríguez, especialmente de los riesgos psicosociales; **4)** A que abone a la demandante una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en la cuantía de diez mil euros, absolviendo a la demandada del resto de pretensiones.

Frente a esta sentencia se alzan en suplicación las dos partes litigantes.

SEGUNDO.- OSAKIDETZA plantea en su escrito de recurso de suplicación la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimada en la instancia. Argumenta en tal sentido que la jurisdicción competente ha de serlo la jurisdicción contencioso-administrativa y no la social, con base en el artículo 2 a) LRJCA, que le atribuye el conocimiento de las cuestiones suscitadas en relación con la protección de derechos fundamentales, siendo así que la demandante es personal estatutario; que no es competente el orden social, pues el apartado 2.e) LRJS le atribuye el conocimiento de los litigios para garantizar el cumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos sociales, pero que, para la defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco de relación funcional o estatutaria, es competente el orden contencioso-administrativo; que la instancia ha rechazado la existencia de acoso moral.

A este respecto alega la parte actora en su escrito de impugnación del recurso de OSAKIDETZA, que la excepción en cuestión se plantea por la demandada ex novo en el recurso; que esta Sala de lo Social ya se ha pronunciado sobre su competencia en materia de prevención de riesgos laborales, invocando nuestra Sentencia de 25 de junio de 2013.

En primer lugar, hemos de rechazar la argumentación de la trabajadora demandante de que la excepción de incompetencia de jurisdicción ha sido planteada ex novo en el recurso, dado que no es así, pues consta que ya lo planteó en la instancia, en el juicio oral, lo

que se desprende con claridad de la dicción de la propia Sentencia recurrida, cuyo Fundamento de Derecho Tercero se refiere a esta cuestión, planteada por la demandada.

Cuestión parcialmente similar a la que nos ocupa ahora ha sido ya resuelta por esta Sala en nuestra Sentencia de 25 de junio de 2013 – Rec. 1005/13 , en la que se abordaba la competencia del orden social o del contencioso-administrativo para conocer de una demanda frente a OSAKIDETZA en la que se solicitaba se declarara lo siguiente: “*a) Que se han vulnerado sus derechos, particularmente los de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo; b) Que su traslado al ambulatorio de Durango y su mantenimiento en él es ilegal; c) Que se le está sometiendo a acoso laboral y mobbing continuado; d) La inmediata reposición en el pleno ejercicio y disfrute de su trabajo y labores en su plaza de Jefatura de la Sección de la Unidad de Enfermedades Infecciosas en el Hospital de Galdakao, y e) Que Osakidetza debe indemnizarle con la cantidad de 37.000 euros por los daños morales y perjuicios causados a su salud hasta el 13.1.12, más 100 euros adicionales por cada día desde esa fecha hasta su efectiva reposición en su plaza y funciones en el Hospital de Galdakao*”.

En aquella ocasión, el Juzgado declaró la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de dicha demanda y la Sala estimó parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el demandante, declarando la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer si se han vulnerado por la Administración los derechos del actor en materia de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo por la prestación de servicios en el Ambulatorio de Durango acordada por Osakidetza, con devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que entre a conocer de la misma en los términos expresados.

Los razonamientos de la Sala en aquella ocasión son igualmente válidos en la presente, por lo que los hacemos nuestros, recordando que fueron los siguientes: “*(...) El art.2 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) aplicable al supuesto por razones cronológicas, establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan (el subrayado es nuestro) "Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones*”.

Consiguientemente, con la nueva redacción de la norma procesal, la competencia de esta jurisdicción se extiende a la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de riesgos laborales, también cuando son funcionarios y personal estatutario, incluidas la reclamación de responsabilidad por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

De la demanda y posición sostenida en el recurso resulta que lo impugnado es el trasladar y mantener al actor en el Ambulatorio de Durango prestando servicios en las condiciones que relata en el escrito rector y reproduce en el recurso, denunciando que se ha infringido la normativa de riesgos laborales por mantenerle en una situación que socava su salud con un apartamiento de su puesto de trabajo.

En lo peticionado, y en la situación por la que acciona el actor, inciden de modo directo las actuaciones de Osakidetza adoptadas en la resolución 675/10 de 22 de octubre de 2010 que acordó el reingreso del actor en el servicio activo (tras ser declarado no apto transitorio en resolución 1002/08 del Director Gerente del Hospital de Galdakao, que se confirmó por sentencia primero del Juzgado de lo Contencioso, y más tarde por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ del País Vasco en sentencia de 18.2.11), y de manera fundamental el reingreso que acordó el ente en resolución 676/2010, determinante de la prestación de servicios profesionales por el actor en el Ambulatorio de Durango.

Ambas resoluciones fueron recurridas por el demandante ante la jurisdicción contencioso administrativa, dada su condición de personal estatutario, vía presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Vitoria, que fue remitida en diciembre de 2011 desde Vitoria al Juzgado de lo Contencioso de Bilbao; en ella se interesaba la nulidad de ambas resoluciones con declaración de la vulneración de derechos fundamentales y reposición del demandante a su plaza de Jefatura de Sección de Enfermedades Infecciosas en el Hospital de Galdakao. Resulta también acreditado que se ha dictado sentencia - cuya firmeza no consta- por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao el 28.11.12, desestimando la impugnación de ambas resoluciones declarándolas conforme a derecho, sentencia en la que se descarta la vulneración de derechos fundamentales.

La puesta en relación de la demanda origen de estas actuaciones con la dicción literal del art.2 e) LRJS, nos lleva a concluir que esta jurisdicción es competente para conocer si se han vulnerado por la Administración los derechos del actor en materia de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo por la prestación de servicios en el Ambulatorio de Durango acordada por Osakidetza en concreto si en relación a la valoración del puesto de trabajo y de las funciones del nuevo puesto, así como también la indemnización que proceda, en su caso, y que reclama por daños y perjuicios derivados de la infracción de riesgos laborales manifestada. Indudablemente los pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa administrativa relativos a las resoluciones de Osakidetza antes mencionadas son competencia de tal orden e inciden claramente en la acción ahora actuada, pero no privan de competencia a esta jurisdicción en la materia que ex art.2 e) LJS tiene atribuida, sin perjuicio de que carezcamos de competencia para la petición que inserta en el punto 4º del suplico de la demanda (reposición del actor a su plaza de Jefatura de la Sección de la Unidad de Enfermedades Infecciosas en el Hospital de Galdakao) como tampoco podemos pronunciarnos sobre la resolución de Osakidetza que acuerda el traslado del actor al ambulatorio de Durango, pero sí corresponde a este orden jurisdiccional el examen y pronunciamiento sobre el modo en que desarrolla en dicho puesto su función en la concreta materia de riesgos laborales que denuncia y que es la que tiene atribuida por tratarse de personal estatutario (...).

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de febrero de 2017 – Rec. 1635/16 , invocada por OSAKIDETZA, así como el precedente que la misma cita, analiza la acción ejercitada para llegar a la conclusión que la acción lo es por vulneración del derecho a la integridad física al alegarse que viene sufriendo un acoso laboral y no a la materia relativa a la prevención de riesgos laborales, por lo que el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo. En dicha ocasión y en el precedente invocado – Sentencia de la misma Sala de 27 de septiembre de 2016, Rec. 859/16 -, la demanda pretendía lo siguiente: *“Declarar la nulidad de los expedientes iniciados frente a la actora con motivo de las supuestas infracciones cometidas en el desarrollo de sus funciones. Cesar de inmediato en cuanto a la imposición de realización de funciones ajenas al puesto de trabajo y categoría profesional que ostenta la actora. Condena a la demandada al abono de seis mil euros (6.000,00) conforme a la indemnización como pago de indemnización (sic) por daños morales y perjuicios causados, con todo cuanto más proceda en Derecho”*.

Conclusión a la que no obsta la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 17 de mayo de 2018 – Rcu. 3598/16, en la que se declaró la competencia del orden contencioso-administrativo en un supuesto de personal estatutario que reclamaba, no en materia de prevención de riesgos laborales, sino en denuncia de un acoso laboral, canalizada por la vía de la tutela de derechos fundamentales, entendiéndose que la competencia del orden social para conocer de esta materia de tutela de derechos fundamentales se circunscribe a la relación laboral, sin incluir a los empleados públicos que no tengan la condición de laborales. Ha de recordarse que el propio TS razona que *“lo que aquí se dilucida no es la reclamación frente a la Administración empleadora por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención, como sucedía en el supuesto de esa sentencia de esta Sala. En el presente caso el actor persigue la salvaguarda de un derecho fundamental cuyo ataque entiende producido en el marco de la relación de prestación de servicios que mantiene con la Administración demandada. No nos encontramos en marco del art. 2 e) LRJS, sino en el del art. 2 f) LRJS.*

El procedimiento para la tutela de derechos fundamentales tiene un cauce y marco distinto y no delimitado por la legislación ordinaria. Al efecto, lo que la demanda plantea no es una cuestión delimitada a los derechos que para el demandante surgen de la LPRL, sino la lesión de un derecho fundamental que atribuye a dicha Administración en la medida que el sujeto directamente causante de la misma se hallaba también bajo la esfera de su organización.

La circunstancia de que, además, pudiera haberse incurrido en incumplimientos en materia de prevención de riesgos -entre los que, no se duda, se incluyen los riesgos psicosociales-, no constituiría nunca el objeto del procedimiento de tutela, cuya cognitio se halla limitada al examen de los derechos fundamentales en juego desde la perspectiva de la norma constitucional; como expresamente establece el art. 178.1 LRJS . Dicha limitación implica que su objeto se ciñe exclusivamente a la tutela judicial del derecho fundamental supuestamente vulnerado en base al incumplimiento de la norma constitucional que establece tal derecho.

5. *La competencia para conocer sobre tutela de derechos fundamentales del ya mencionado art. 2 f) LRJS se circunscribe a la relación laboral, sin incluir a los empleados públicos que no tengan la condición de laborales.*

Precisamente, del propio art. 2 f) LRJS -que limita la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga al personal laboral de la Administración, y del art. 3 c) LRJS - que excluye expresamente la de esos derechos de funcionarios públicos y personal estatutario de los servicios de salud-, refuerzan la idea de que, excluidos esos derechos fundamentales íntima e históricamente ligados al catálogo de derechos de los trabajadores con mayor motivo debe entender desvinculada de la competencia de los órganos de lo social cualquier pretensión de tutela de otros derechos fundamentales que, pese a tener ese componente tan directo, puedan verse puestos en peligro en el desarrollo de la prestación de servicios.

6. *En línea con lo que ha sostenido la STS/3ª de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015), de haberse ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia para conocer hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción, pero «en la medida que aduce el acoso laboral continuado del que se considera víctima (...) estamos dentro del ámbito de protección definido por el artículo 53.2 de la Constitución y el artículo 114.1 de la Ley de la Jurisdicción (Contencioso Administrativa)»”.*

Por otra parte la STS (Sala 3ª) de 8 de marzo de 2017 – Rec. 810/2015 - (por error, el TS, Sala 4ª, en su Sentencia de 17 de mayo de 2018 se refiere al año 2018), razonó que “*Tampoco cabe inadmitir el recurso por inadecuación del procedimiento porque, al margen de que haya pretensiones claramente improcedentes en este proceso especial, por referirse a derechos no susceptibles del mismo o a infracciones en materia de prevención de riesgos laborales sobre las que carecemos de competencia, en la medida que aduce el acoso laboral continuado del que se considera víctima y, en relación con él su derecho a la carrera administrativa, estamos dentro del ámbito de protección definido por el artículo 53.2 de la Constitución y el artículo 114.1 de la Ley de la Jurisdicción”.*

Pues bien, en el caso que ahora analizamos, la demanda de Dña. Maider, junto con la subsanación posterior de la misma, solicitaba, tal como el juez de la instancia lo ha determinado, se declarara: **1)** Que se ha vulnerado con la actora la normativa de riesgos laborales; **2)** Que ha sido objeto de discriminación y represalia por su maternidad y **3)** Que ha sido sometida a acoso laboral, condenando a Osakidetza: **1)** A cesar en la discriminación y represalia; **2)** a asignar a la actora tareas asistenciales equiparables a la de sus compañeros; **3)** a realizar la valoración de los riesgos del puesto de trabajo de la actora, incluyendo los riesgos psicosociales; y **4)** a indemnizar a la actora con 52.000 euros por los daños morales que se le han causado, condenado además en costas a la demandada.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina judicial antedicha, así como la regulación vigente y las concretas pretensiones actuadas en el caso presente, hemos de resolver deslindando las distintas solicitudes que realiza la actora, como lo hicimos en nuestra antes citada Sentencia de 25 de junio de 2013, determinando la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la pretensión relativa a la vulneración de la normativa de

riesgos laborales, así como a la condena a realizar la valoración de los riesgos del puesto de trabajo de la actora, incluyendo los riesgos psicosociales, así como a indemnizarle en la suma de 52.000 euros por los daños morales causados, y declarando paralelamente nuestra incompetencia para el conocimiento del resto de pretensiones, que deberán sustanciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa.

De ahí que nuestro examen se limite a las pretensiones para las que somos competentes, de modo que no abordaremos ninguna otra cuestión, ni siquiera sobre la revisión de hechos probados, que se refiera a las materias o pretensiones cuya competencia no asumimos.

TERCERO.- LAS REVISIONES DE HECHOS PROBADOS INSTADAS POR AMBAS PARTES.

Ambas parte pretenden, con base en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social – en adelante, LRJS - la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;

b.-) Que el error sea evidente;

c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;

d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,

e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

Lo dicho hasta ahora ha sido explicitado por constante doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en un buen número de sentencias, de entre las que cabe citar las de 18 de febrero de 2014 – Rec. 108/2013 -, 14 mayo de 2013 –Rec. 285/2011 -, y 17 de enero de 2011 - Rec. 75/2010 -.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige –como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan “*concluyente poder de convicción*” o “*decisivo valor probatorio*” y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretenden las partes recurrentes se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los extremos que ahora se analizarán.

A.- LA REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS SOLICITADA POR LA DEMANDANTE.

Dña. Mainer solicita las siguientes modificaciones del relato de hechos probados contenido en la Sentencia de instancia:

a) la modificación del hecho probado quinto para darle la siguiente redacción alternativa:

"Que el Servicio de Guardia de mañana" al que se destinó a la actora está situado en un edificio distinto y a 252,37 metros del edificio en el que se ubica el Servicio de Psiquiatría, y el resto de los compañeros psiquiatras y personal de enfermería, de gestión y servicios propios del Servicio de Psiquiatría. Es el despacho identificado como Box C-6 de la urgencia general, que está en la mitad de una sala de espera. Que dicho despacho requiere de medidas de seguridad por lo que solo hay un mobiliario básico consistente en mesa anclada al suelo, ordenador anclado a la mesa y silla. No dispone del mobiliario habitual del que disponen sus compañeros en el edificio de psiquiatría".

Pretensión que basa en los siguientes medios de prueba obrantes en los autos: mapa obtenido de "google maps", documento n.º 4.c aportado por la demandante. Pretensión que se rechaza de plano, sin entrar a su análisis, ya que, tal como la propia recurrente manifiesta, tiene la virtualidad de acreditar la intención de acoso por parte del Jefe de Psiquiatría, siendo así que esta cuestión, como ya se ha dicho más arriba, no es de la competencia de la jurisdicción social.

b) la revisión del hecho probado décimo para añadir al mismo un párrafo del siguiente tenor:

"Que el Jefe de Servicio Sr. Querejeta impidió que todas las solicitudes de cursos y permisos para la formación solicitados por la actora durante sus años en la urgencia fueran tramitadas a los órganos competentes para su otorgamiento o denegación. En concreto la actora:

- Solicitó un permiso de asuntos propios del 4-01-2013, denegada con anotación manuscrita del Sr. Querejeta, y nunca tramitada a la Dirección. El Sr. Querejeta escribía en el mismo documento de la solicitud que "no se pueden pedir por horas". Sin embargo la jefa de Servicio de Personal, en email respondiendo a consulta de la actora, confirma la legalidad de la petición que realizó.

- Solicitó permiso para cursos y congresos para el 5-02-2014, denegada con anotación manuscrita del Sr. Querejeta y nunca tramitada a la Dirección.

- Solicitó un permiso de 3,5 horas para cursos y congresos para el 13-02-2014, denegada con anotación manuscrita del Sr. Querejeta y nunca tramitada a la Dirección.

- Solicitó un permiso para cursos y congresos para el 27-02-2014, denegada con anotación manuscrita del Sr. Querejeta y nunca tramitada a la Dirección.

- El mismo día 27 de febrero del 2014, realizó petición, pero esta vez mediante solicitud formal de Licencia de Asuntos Particulares (a costa de su propio sueldo). Nunca fue tramitado por el Sr. Querejeta a la Dirección.

- Solicitó un permiso para cursos y congresos para el 26-03-2014, denegada con anotación manuscrita del Sr. Querejeta y nunca tramitada a la Dirección".

Pretensión que basa en los siguientes medios de prueba obrantes en los autos: documentos obrantes a los folios 200 a 210. Pretensión que se rechaza también de plano, sin entrar a su análisis, ya que, tal como la propia recurrente manifiesta, revela una clara manifestación de conducta lesiva constitutiva de acoso y de infracción de las normas de organización del Centro Hospitalario en orden al sujeto que ha de resolver las solicitudes y de la obligación de la administración de tramitar todas las solicitudes, siendo así que esta cuestión, como ya se ha dicho más arriba, no es de la competencia de la jurisdicción social.

c) la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal vigésimosegundo, para el que propone el siguiente tenor literal:

"El trabajo asignado a la demandante anula su derecho a la promoción profesional, negándole el acceso a los niveles de la carrera profesional reconocidos por Osakidetza. En "Modelo de Desarrollo profesional de Facultativos" elaborado por Osakidetza, se describen los Indicadores de Actividad Asistencias por los que se valora a los psiquiatras del Servicio de Psiquiatría Hospitalaria. La demandante no tiene opción de realizar méritos valorados con estos indicadores, ya que no trabaja en hospitalización, ni en consultas externas ni en pruebas complementarias. La demandante sólo atiende Urgencias. El número de atenciones en Urgencias, el número de pacientes ingresados y el tiempo medio de espera, son Indicadores de asistencias de Facultativos que trabajan en el Servicio de Urgencias Generales".

Pretensión que basa en el documento B-5, en los folios 163-166, aportado por la propia demandante. Pretensión que se rechaza igualmente, sin entrar a su análisis, dado que trata, como la demandante expresa, de acreditar con ello la dificultad de desarrollo profesional, lo que está extramuros de las materias propias de nuestra competencia, como ya venimos reiterando.

d) la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal vigésimotercero, para el que propone el siguiente tenor literal:

"El Sr. Querejeta, Jefe de Servicio de Psiquiatría del Hospital de Donostia, ordenó solo a la actora no dejar para el turno de tarde ninguna actividad que haya sido solicitada por la mañana.

Igualmente le ordenó no dirigirse a ningún compañero para pedirle ninguna cuenta, ni explicación por asuntos de organización del Servicio".

Pretensión que basa en el documento C-7, en los folios 184-186, aportado por la propia demandante. Pretensión que se rechaza igualmente, sin entrar a su análisis, dado que con ello se acreditaría, como la recurrente manifiesta, una nueva expresión de aislamiento de la demandante respecto de sus compañeros, lo que está extramuros de las materias propias de nuestra competencia, como ya venimos reiterando.

e) la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal vigésimocuarto, para el que propone el siguiente tenor literal:

"Que el Sr. Querejeta, Jefe de Servicio de Psiquiatría del Hospital de Donostia, llegó a ponerse en contacto con el Hospital en el que la actora realizó su residencia para preguntar sobre si la demandante tiene la mínima capacidad exigible para trabajar como Médico de Urgencias".

Pretensión que basa en el documento C-22, en el folio 219, aportado por la propia demandante. Pretensión que se rechaza igualmente, sin entrar a su análisis, dado que con ello se pretende acreditar, tal como se dice, un nuevo intento del Dr. Querejeta de actuar contra la dignidad de la demandante poniendo en duda su capacidad profesional, lo que queda fuera de las materias a examinar en función de nuestra competencia.

B.- LA REVISIÓN DE HECHOS PROBADOS SOLICITADA POR LA DEMANDADA OSAKIDETZA.

Por su parte, OSAKIDETZA pretende la revisión del relato fáctico en los siguientes extremos:

a) la sustitución del hecho probado decimosexto por otro del siguiente tenor:

"DECIMOSEXTO: Que todos los procesos de it, que la actora trae a la causa son por enfermedad común, que ninguno de ellos han sido reconocidos, como de accidente laboral o enfermedad profesional, sin que tampoco, ninguno de ellos haya sido impugnado ni en vía administrativa ni judicial. Que los mismos están calificados, al margen de las ILT, derivadas de los embarazos de la demandante, con un diagnóstico de "Reacción de Adaptación-con humor de ansiedad". Que en concreto, han sido los siguientes procesos de IT, del 12 al 28 de febrero de 2013, 17 días; del 12 al 15 de marzo de 2013; 3 días; del 2 al 22 de octubre de 2013, 20 días; del 3 de marzo al 16 de abril de 2014, 43 días; del 4 de junio al 30 de septiembre de 2014, 117 días; del 3 al 4 de febrero de 2016, 1 día; del 19 de mayo al 28 de julio de 2017, 29 días; y del 24 de agosto al 26 de noviembre, 69 días".

Pretensión que procede analizar, ya que, tratándose de las causas de las diversas situaciones de IT en que se ha hallado la demandante, ello guarda relación directa con la materia de la prevención de riesgos laborales, que es de nuestra competencia. Pretensión que, sin embargo, se desestima, ya que la documental que invoca no revela de manera fehaciente que las dichas situaciones de IT no se debieran al conflicto laboral, siendo irrelevante a estos efectos que no se hubiera impugnado la determinación de su contingencia de enfermedad común.

b) la revisión del hecho probado decimoctavo para añadir al mismo el siguiente párrafo:

"No obstante, al coincidir el mismo horario, con la jornada de trabajo normal, para cualquier eventualidad, en dicho horario de 8 de la mañana a tres de la tarde, se encuentra trabajando toda la plantilla, de psiquiatras del turno de mañana".

Pretensión que no procede analizar, ya que versa sobre cuestión relativa al modo de prestar servicios de la demandante en relación con el pretendido aislamiento que la actora manifiesta sufrir, lo que resulta ajeno a nuestra competencia, como ya hemos ido expresando más arriba.

c) la revisión del hecho probado decimonoveno para añadir al mismo el siguiente párrafo:

"Que no obstante, en la Unidad Básica de Prevención, después de analizar su caso, le comentaron que el mismo, no tenía relación con la prevención de riesgos psicosociales ya que existía o subyacía una situación de conflicto interpersonal y que lo que se debería de activar era el protocolo del mismo, a lo cual la Dra. Rodríguez, se negó, siendo su

autorización un requisito inexcusable, no volviendo a solicitar nada más a Unidad Básica de Prevención, en lo que se refiere a la valoración de riesgos de su actividad en el nuevo puesto de trabajo".

Pretensión que procede analizar, ya que versa sobre cuestión propia de nuestra competencia, como es la de la prevención de los riesgos laborales. Pretensión que se rechaza, dado que la instancia ha valorado ya de manera muy amplia toda la prueba practicada al respecto y razonado en torno a lo que estima acreditado en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia recurrida, sin que se acredite el error del juzgador en la apreciación de la prueba, sino una valoración de la misma en sentido del pretendido por la demandada.

d) la revisión del hecho probado vigésimoprimer para suprimir del mismo el último párrafo, referido a la falta de constancia de un concreto análisis de los riesgos psicosociales del puesto de trabajo asignado a la actora. Pretensión que se analiza, dado que versa sobre materia de nuestra competencia, y que se rechaza, habida cuenta de que, como se acaba de decir, a este respecto se razona ampliamente por la instancia en el Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia recurrida, sin que se acredite error alguno en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- El artículo 193-c) de la LRJS recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, “*examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia*”, debiendo entenderse el término “*norma*” en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las “*normas sustantivas*”, en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS, lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

TERCERO.- LAS INFRACCIONES JURÍDICAS DENUNCIADAS POR LAS PARTES.

Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugnan ambas recurrentes la Sentencia de instancia, alegando diversas infracciones jurídicas. En el mismo sentido que ya hemos razonado sobre la revisión de hechos probados, advertimos ya desde este momento

que también las denunciadas infracciones de normas y de jurisprudencia serán analizadas únicamente en lo que se refiere a materias propias de la competencia del orden jurisdiccional social, a saber, tal como hemos dicho más arriba, las relativas a la prevención de riesgos laborales y a la indemnización solicitada, sin entrar al estudio de materias cuyo análisis no nos corresponde.

A.- LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.

El recurso de la demandante Dña. Mainer imputa a la Sentencia recurrida haber incurrido en las siguientes infracciones:

a) la infracción de los artículos 15 y 18 de la Constitución española, en relación a la existencia de acoso, que la instancia no ha apreciado;

b) la infracción del artículo 85.1 LRJS y la jurisprudencia que lo interpreta, argumentando que la elevación de la pretensión indemnizatoria de los 10.000 euros solicitados en la demanda a los 52.000 euros solicitados en el juicio oral no constituye una variación sustancial de la demanda;

c) la infracción del artículo 235 LRJS acerca de la pretendida condena en costas de OSAKIDETZA, argumentando que, dado que no actúa como gestora de prestaciones de Seguridad Social sino como empleadora, cabe la imposición de las costas.

Analizaremos cada una de estas infracciones denunciadas.

a) En primer lugar, la infracción de los artículos 15 y 18 de la Constitución española, en relación a la existencia de acoso, situación de acoso que la instancia no ha apreciado que concurra. Infracción cuyo análisis no vamos a abordar, dado que se trata, como ya se ha analizado más arriba, de materia que no corresponde al ámbito de competencia de la jurisdicción social, por tratarse la demandante de personal estatutario de OSAKIDETZA y corresponder esta cuestión, directamente relativa a la vulneración de determinados derechos fundamentales, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Respecto a la infracción del artículo 85.1 LRJS y la jurisprudencia que lo interpreta, desde luego, hemos de abordarla. Recordaremos que la recurrente argumenta, en esencia, contra lo decidido por la instancia, que la elevación de la pretensión indemnizatoria de los 10.000 euros solicitados en la demanda a los 52.000 euros solicitados en el juicio oral no constituye una variación sustancial de la demanda, puesto que ello solo se produce con la alteración de la causa de pedir. En primer lugar, hemos de expresar que la STS de 13 de octubre de 2016 – Rcu. 274/2015 -, que invoca la demandante en su recurso, no resuelve como indica, puesto que se ha limitado a transcribir el párrafo que, a su vez, el TS transcribía como fundamentación de la Sala de suplicación, siendo así que el Alto Tribunal aprecia, en el caso concreto, variación sustancial de la demanda, si bien no se trataba de un caso de mera elevación de las cantidades reclamadas.

Pues bien, en el caso, la parte demandante ha elevado de manera muy relevante la pretensión indemnizatoria – de los 10.000 euros pretendidos en la demanda a los 52.000

euros que solicitó en el acto del juicio oral -. Variación que sustentó en la nueva normativa de la LISOS y en un cálculo distinto de la indemnización reclamada. Modificación que, desde luego, en opinión de esta Sala, ha sido sustancial, dada la relevancia cuantitativa que tiene, dado que se ha sustentado en otro criterio de cálculo – lo que es, a su vez, una modificación de la causa de pedir, y dado que no existe razón alguna para haberlo hecho en el juicio oral, de manera sorpresiva, puesto que bien pudo haberse comunicado previamente mediante un escrito ampliatorio de la demanda y su pretensión, a fin de garantizar una adecuada defensa a la parte demandada.

De ahí que entendamos que la instancia no ha incurrido en la infracción que se denuncia del artículo 85.1 LRJS, por lo que este motivo del recurso será desestimado.

c) Por último, la infracción del artículo 235 LRJS acerca de la pretendida condena en costas de OSAKIDETZA, argumentando que, dado que no actúa como gestora de prestaciones de Seguridad Social sino como empleadora, cabe la imposición de las costas.

Pretensión que desestimamos de plano. En efecto, el denunciado artículo 235 LRJS versa sobre la imposición de costas en los recursos de suplicación y casación, lo que no es el caso, puesto que la demandante está pretendiendo la imposición de costas en la instancia, por lo que el precepto invocado está totalmente fuera de lugar. Pero, a ello cabe añadir que, como la instancia ha razonado, no se aprecia razón alguna para imponer las costas a OSAKIDETZA por la vía de la previsión del artículo 97.3 LRJS – que la demandante no denuncia en su recurso -, dado que no se aprecia mala fe o temeridad en la demandada.

B.- LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS POR LA DEMANDADA OSAKIDETZA.

El recurso de OSAKIDETZA imputa, por su parte, a la Sentencia recurrida haber incurrido en las siguientes infracciones:

a) la incompetencia de esta jurisdicción social, lo que ha sido ya resuelto al inicio de la presente Fundamentación jurídica, por lo que es innecesario su abordaje en este momento;

b) la infracción de los artículos 8 y 10 L.O. 3/2007, en relación con la discriminación por haber ejercitado derecho a reducción de jornada por cuidado de hijo;

c) la infracción de los artículos 25 y 26 del RD 521/1987 sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, y ello en relación con la adscripción del personal a las funciones correspondientes, lo que correspondería al Jefe de Servicio;

d) la aplicación indebida de los artículos 14, 15, 16, 18, 21 y 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

Pasemos a analizar cada una de estas infracciones denunciadas.

a) En primer lugar, la infracción de los artículos 8 y 10 L.O. 3/2007, en relación con la discriminación por haber ejercitado derecho a reducción de jornada por cuidado de hijo.

Cuestión en la que la Sala no va a entrar por tratarse de materia que queda fuera de nuestra competencia, limitada en los términos que más arriba se han expuesto, pues no es propio de esta jurisdicción el examen de una posible vulneración de los derechos fundamentales del personal estatutario, como se ha reiterado ya.

b) la infracción de los artículos 25 y 26 del RD 521/1987 sobre estructura, organización y funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, y ello en relación con la adscripción del personal a las funciones correspondientes, lo que correspondería al Jefe de Servicio. Lo que tampoco es propio de la competencia de este orden social de la jurisdicción, tal como se expresó – y se ha reiterado en la presente resolución – en nuestra anteriormente invocada Sentencia de 25 de junio de 2013.

c) la aplicación indebida de los artículos 14, 15, 16, 18, 21 y 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. Cuestión en la que, por lo antedicho, hemos de entrar, por constituir materia litigiosa propia de la competencia de este orden social de la jurisdicción. Argumenta en este sentido, en esencia, la recurrente OSAKIDETZA que la situación no está protegida por la Ley, dado que existe una regulación específica sobre discriminación; que la demandante solo planteó una vez la solicitud de evaluación de los riesgos laborales; que la cuantía de la condena es excesiva y, además, falta de motivación; que no se ha acreditado que las situaciones de IT tengan origen en causa de carácter profesional.

La instancia ha tenido por acreditado, en esencia, que: entre la demandante y el Jefe del Departamento de Psiquiatría existía un enfrentamiento laboral relevante, lo que plasma en diversos hechos, así como que se ha hallado en situación de IT por enfermedad común por “reacción de adaptación-ansiedad” derivado del conflicto laboral en cuestión en diversos períodos de los años 2013, 2014, 2016 y 2017; la demandante presentó varias solicitudes – en marzo y noviembre de 2013 y febrero de 2014 – en la Unidad Básica de Prevención del Hospital de San Sebastián, relatando varios hechos relativos a un cambio de puesto de trabajo, pasando a urgencias psiquiátricas, sin que se hubiera hecho valoración de los riesgos psicosociales, teniendo en cuenta el conflicto existente con el Jefe del Departamento, lo que había determinado varios procesos de IT; en el Departamento de Psiquiatría del Hospital Donostia era conocido que no era buena la relación entre la demandante y el Jefe, hasta el punto que desde hace años la relación era prácticamente inexistente; si bien en OSAKIDETZA existe Protocolo de Conciliación y/o Investigación en situaciones de conflicto o acoso moral, así como un Plan de Prevención de Riesgos Laborales de 2004 y Protocolo de Evaluación de Factores Psicosociales de 2009, no consta concreto análisis de los riesgos psicosociales del puesto asignado a la demandante.

Teniendo en cuenta la exclusiva competencia de la Sala en la materia indicada, lo cierto es que se constata la existencia de una mala relación entre la demandante y el Jefe del Departamento de Psiquiatría, así como un cambio de puesto de trabajo, pasando a urgencias de psiquiatría, y unas consecuencias en la salud psíquica de la actora, con varias situaciones de IT, y solicitudes en tres ocasiones en relación con la evaluación de los riesgos psicosociales sobre su nuevo puesto de trabajo. Se constata igualmente que no consta evaluación de tales riesgos en el nuevo puesto de trabajo al que se ha destinado a la demandante a partir de diciembre de 2012.

Esta conducta de OSAKIDETZA, en el contexto indicado, constituye una infracción de los preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que la Sentencia ha analizado y considerado vulnerados, siendo así que la demandante lo solicitó hasta en tres ocasiones y que ni siquiera consta que se hubiera puesto en marcha el Protocolo de conciliación y/o investigación, aunque éste hubiera de haberse paralizado cuando se acudió a la vía judicial.

En definitiva, se aprecia el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales por la falta absoluta de evaluación de los que afectaban a su nuevo puesto de trabajo y, con especial relevancia, los riesgos psicosociales.

Infracción que es imputable a la demandada OSAKIDETZA, que conocía la problemática de referencia, por haber sido así comunicada por la demandante en tres ocasiones a la Unidad Básica de Prevención del Hospital en que prestaba servicios.

A ello no obsta que las situaciones de IT no tuvieran formalmente carácter u origen profesional, dado que la demandante ya hizo saber a la empleadora toda la realidad de la situación, como se ha dicho ahora mismo.

En cuanto a la cuantía objeto de condena en concepto de indemnización de daños y perjuicios, entendemos que la misma resulta adecuada en la cantidad fijada de 10.000 euros, toda vez que el incumplimiento empresarial ha sido grave y que revela la falta de reacción ante una realidad laboral conflictiva, con las consecuencias que ello conlleva para la demandante.

De ahí que este motivo del recurso de OSAKIDETZA sea desestimado.

CUARTO.- No procede hacer declaración sobre costas en el recurso de Dña. Maider, por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

No procede hacer declaración sobre costas en el recurso de OSAKIDETZA, por haber vencido, siquiera parcialmente, la parte recurrente (artículo 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social).

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA MAIDER RODRÍGUEZ ZABALETA, frente a la Sentencia de 7 de Febrero de 2018 del Juzgado de lo Social nº 3 de Donostia-San Sebastián, en autos n.º 367/17, y estimamos en parte el interpuesto por OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, declarando la incompetencia de este orden social de la jurisdicción para el conocimiento de las pretensiones relativas a: la existencia de discriminación y represalia por su maternidad y a la concurrencia de acoso laboral, así como a la relativa a la asignación a la actora de tareas asistenciales equiparables a la de sus compañeros, por lo que los pronunciamientos de la instancia relativos a estas cuestiones se tendrán por no puestos.

Se confirma el pronunciamiento acerca del incumplimiento por la entidad demandada de las obligaciones que en el presente caso y en relación con la situación vivida por la Sra. Rodríguez Zabaleta, le resultaban exigibles en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales, y que como consecuencia de tal incumplimiento se han ocasionado da daños morales a la trabajadora demandante, así como el pronunciamiento relativo a la condena a la demandada a realizar la valoración de los riesgos laborales de la Sra. Rodríguez, especialmente de los riesgos psicosociales y al abono a la demandante de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en la cuantía de diez mil euros.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes 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, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Iltma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

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 4699-0000-66-1339-18.

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 4699-0000-66-1339-18.

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.