



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CASTILLA Y LEON
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

REGISTRO GENERAL NUMERO 20/2020

IND INDETERMINADAS 0000012 /2020

SOBRE: CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

Querellante: Sindicato médico CESM CASTILLA Y LEON-"CESMICYL"-

Procurador/a: ANA ISABEL ESCUDERO ESTEBAN Abogado: AMOR LAGO MENÉNDEZ

Querellados: CONSEJERA DE SANIDAD DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON, VERONICA CASADO VICENTE

-AUTO Nº 25/2020-

Señores:

Excmo. Sr. Presidente:

D. JOSE LUIS CONCEPCION RODRÍGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. CARLOS JAVIER ÁLVAREZ FERNANDEZ

D. IGNACIO DE LAS RIVAS ARAMBURU

En BURGOS, a tres de julio de dos mil veinte.

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO.- Con fecha 21 de mayo del presente año se recibió en esta Sala de lo Civil y Penal, del Tribunal Superior de Justicia, escrito de la Procuradora de los Tribunales doña Ana Isabel Escudero Esteban, en representación de sindicato médico CESM CASTILLA Y LEON – CESMICYL, interponiendo querrela criminal contra D^a VERONICA CASADO VICENTE, Consejera de Sanidad de Castilla y León, a quien se le imputa un delito contra la seguridad de los trabajadores, cometido en el ejercicio de su cargo. Con esa misma fecha se requirió a la querellante para que aportara poder especial o, en otro caso, firme y ratifíquese a presencia judicial su poderdante en el escrito de querrela, presentándose telemáticamente escrito de fecha 12 de junio de 2020, junto con el poder especial solicitado.

-FUNDAMENTOS DE DERECHO-

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.3 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo del Estatuto de Autonomía de Castilla

y León, es competente esta Sala para conocer de la querrela que motiva las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- Es también competencia de esta Sala la admisión o inadmisión de la querrela, según lo dispuesto en los artículos 272, 312 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 277 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y que éste ha de ser especial para formularla si no estuviere suscrita por el querellante.

TERCERO.- El artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, a ejercitar la acción popular, si bien en el segundo caso habrá de prestarse fianza, según los artículos 280 y 281 de la propia Ley.

En el caso que nos ocupa el querellante, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos en Castilla y León, ostenta la condición de ofendido que le permite ejercitar la acción penal sin prestar fianza, consta en el poder otorgado al Procurador actuante su especial destino a la presentación de esta querrela.

CUARTO.- La presente querrela se formula por un delito contra la seguridad de los trabajadores que vendría integrado por:

- La adquisición de material sanitario de protección por la Consejería de Sanidad, en concreto el modelo de mascarilla MOLOVEN BUTTERFLY TYPE y las KN95 de la marca 'Subolun', sin procedimiento alguno de previo análisis y/o verificación que garantizase su eficacia.

-La falta de control en su recepción, la falta de verificación de su idoneidad, su entrega y posterior tardía retirada.

Todas estas acciones, según el querellante, suponen no cumplir con las obligaciones que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la Autoridad Sanitaria, poniendo en grave riesgo a todo el personal receptor de las mencionadas mascarillas, para su integridad y salud, y, de resultar que previamente se tenía conocimiento o existían dudas sobre su efectividad, el dolo de su acción sería indudable entrando en este caso, concurso con un delito lesiones, de quien se ha contagiado.

QUINTO. - Según se afirma en la querrela, con el modelo de mascarilla MOLOVEN BUTTERFLY TYPE se filtran las partículas el 21,14 % de media y con las KN95 de la marca 'Subolun' el 53,84 % de media, frente al 6 % máximo permitido de las mascarillas FFP2, según las pruebas realizadas por el Centro Nacional de Medios de Protección Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo y Economía y Seguridad Social, y como consecuencia de dichas deficiencias el personal que

suele utilizar las KN95 o las FFP2, que desarrolla sus funciones principalmente en las unidades de cuidados intensivos (UCI) o urgencias, queda totalmente desprotegido.

En definitiva, la entrega al personal sanitario de las mascarillas defectuosas equivale, según el querellante a no dar, no entregar, no cumplir con las obligaciones que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al empresario, y, de resultar que previamente se tenía conocimiento o existían dudas sobre su efectividad, el dolo de su acción sería indudable, respondiendo en cualquier caso por imprudencia grave.

SEXTO.- A partir del 14 de marzo de 2020, fecha en la que se declaró el estado de Alarma, el Gobierno de España, en uso de las competencias excepcionales que le confiere el capítulo II de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, avocó la competencia para la adquisición de todos los suministros sanitarios en todo el territorio nacional, en favor del Ministerio de Sanidad, con prohibición expresa a las Comunidades Autónomas de continuar con la adquisición de material.

Desde ese momento – dice el informe de la Consejería de Sanidad, fechado el 27 de marzo, que aporta el querellante, - la Consejería de Sanidad ha requerido al Ministerio de Sanidad el suministro de todo el material necesario (se adjuntan los requerimientos), peticiones que prácticamente no han sido atendidas por el Ministerio, o bien lo han sido en una cantidad inferior a la demandada.

Esta falta de eficacia de la Autoridad Competente Delegada, motivó que a partir del día 17 de marzo de 2020, se volviera a autorizar a las Comunidades Autónomas para adquirir el material sanitario necesario, pero en ese momento ya se había producido un desabastecimiento del mercado mundial por rotura de estocaje en todos los productos demandados, lo que ha supuesto un obstáculo importante para la adquisición de los mismos por parte de la Consejería de Sanidad.

SÉPTIMO.- Con fecha 18 de marzo el Centro Nacional de Medios de Protección Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo difundió un documento, titulado:” **Comparativas de especificaciones técnicas aplicables a mascarillas autofiltrantes,**” en el que tras reconocer que existen distintas normas técnicas a nivel internacional sobre mascarillas autofiltrantes y distintos procesos de certificación o aprobación se limitaba a intentar mostrar los requisitos técnicos clave que establecer una equivalencia, sin entrar a valorar la diferencia que implica el proceso de certificación o aprobación en cada país.

Dos días antes el BOUE publicaba la Recomendación de la Comisión UE 2020/403 en la que se hacían, entre otras, las siguientes consideraciones:

(8) Con el trasfondo de la amenaza que representa el COVID-19, tales EPI y dispositivos médicos son esenciales para los trabajadores sanitarios, los servicios de primera

intervención y el resto del personal que participa en los esfuerzos por contener el virus y evitar su propagación.,

24) En consecuencia, para hacer frente a la escasez de EPI necesarios en el contexto del brote del COVID-19, cuando los EPI que no lleven el marcado CE estén destinados a entrar en el mercado de la UE, las autoridades de vigilancia del mercado pertinentes deben evaluar los productos y, si se considera que cumplen los requisitos esenciales de salud y seguridad establecidos por el Reglamento pertinente, deben adoptar medidas que permitan la introducción en el mercado de la Unión de dichos EPI durante un período limitado o mientras el organismo notificado efectúa el procedimiento de evaluación de la conformidad.

Sobre la base de estas consideraciones finalizaba:(La Comisión) invita a todos los agentes económicos de toda la cadena de suministro, así como a los organismos notificados y las autoridades de vigilancia del mercado, a que pongan en marcha todas las medidas a su disposición para apoyar los esfuerzos destinados a garantizar que el suministro de EPI y productos sanitarios en todo el mercado de la UE se corresponda con la demanda en continuo aumento. No obstante, esas medidas no deben ir en detrimento del nivel general de salud y seguridad, y todas las partes interesadas pertinentes deben velar por que los EPI o productos sanitarios que se comercializan en el mercado de la UE sigan ofreciendo un nivel adecuado de protección de la salud y la seguridad de los usuarios.

OCTAVO. -Ese mismo día, 20 de marzo, el BOE publicó la Resolución, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI con marcado CE europeo, en cuyo artículo 2º se resolvía aceptar las especificaciones NIOSH y Chinas, entre la que se encontraba la norma GB2626 (China), la cual, según se explica en dicha resolución, en principio la aplica el propio fabricante en un proceso de auto-certificación bajo su propia responsabilidad y la vigilancia del mercado es la que actúa en su caso y añadía , a continuación.

Debido a la crisis del coronavirus, el Gobierno Chino dio la orden de que todas las mascarillas fueran verificadas en tres aspectos: eficacia de penetración, resistencia a la respiración y marcado. En consecuencia, todas las mascarillas que hay en el mercado Chino deberían tener informes de ensayo con estos tres resultados, realizados por el National Quality supervision and testing center for personal protective equipment. Cada provincia tiene al menos uno de estos laboratorios que están acreditados.

NOVENO. - Desde que el 18 de marzo se retoman las competencias de adquisición de productos sanitarios, la Consejería de Sanidad había invertido, ya, según el citado informe de 27 del mismo mes, más de 28.7 millones de euros, en la compra de material de protección personal a fabricantes de la República Popular China por importe total de 26.654.648 € habiéndose recibido y distribuido, a fecha del informe un avance del material adquirido (mascarillas FFP2), por importe de 716.270 euros.

El resto del material totaliza un importe de 25.938.378 €, que se desglosa en:

Material Unidades Importe

Batas impermeables 2.000.000 13.050.000 €

Buzos 214.000 2.424.800 €

Gafas protectoras 250.000 824.670 €

Guantes (pares) 2.600.000 850.200 €

Kits diagnóstico 12.000 69.600 €

Mascarilla FFP2/FFP3 3.950.000 8.235.000 €

Mascarillas quirúrgicas 2.500.000 1.193.400 €

Pantallas faciales 4.000 6.978 €

Según la documentación aportada por el querellante el 9 de mayo de 2020 se difundió a través de la prensa, un llamamiento de la Consejera en el que se afirmaba "*Cuando las compramos y fueron recibidos, estaban con certificados de garantías, homologadas por la norma GB2626. Empezaron a llegarnos quejas a través de los servicios de prevención y por eso las enviamos al Centro Nacional de Medidas de Protección, ya que el Ministerio nos permitía desde el día 24 que hiciéramos esta comprobación, porque ya les había pasado con otras CCAA*". Dicho análisis se pidió el día 24 de abril, el 7 de mayo llegó el informe negativo y el día 8 se procedió a la retirada de todas las mascarillas adquiridas al mismo fabricante.

DÉCIMO.- A la hora de efectuar una valoración penal de la actuación de la Consejera de Sanidad, resulta ineludible poner en relación la obligación de proteger a sus trabajadores y, de dotarles de los medios preventivos necesarios para que realicen su trabajo en las mínimas condiciones de seguridad, con el escenario en el que dicha actuación se llevó a cabo expuesto de manera resumida en los anteriores apartados y perfectamente conocido por el querellante, como se demuestra a través de la documentación que, con una estimable lealtad procesal ha puesto a disposición de la Sala, denunciando, no obstante, como se ha dicho, que la entrega de mascarillas, sin haber obtenido su previa homologación por Centro Nacional de Medios de Protección Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo Economía y Seguridad Social, es constitutiva del delito tipificado en los artículos 316 y 317 del Código Penal en relación con los artículos 14, 17 y siguientes de la Ley de Protección de Riesgos Laborales nº 31/1995 8 de noviembre.

UNDÉCIMO. - Con el trasfondo de la amenaza que representa el COVID-19, es innegable que el personal sanitario se encontraba, con ocasión de su trabajo expuesto a una

situación de riesgo, grave e inminente, en el que se imponen al empresario obligaciones en orden a preservar su salud e integridad personal que se enuncian, junto a los derechos correlativos de los trabajadores, el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) que autoriza incluso a interrumpir su actividad y abandonar su lugar de trabajo sin que el empresario pueda obligarles a reanudarla, escenario, que referido al personal que presta un servicio público esencial, resulta impensable, por impedirlo, además del carácter irrenunciable del servicio público de salud, inherente a su propia naturaleza, la altísima exigencia del código deontológico de dicho personal que le prohíbe *negar la asistencia por temor a que la enfermedad o las circunstancias del paciente le supongan un riesgo personal* (artículo 5 del Código de Deontología Médica), exigencia que no ha dudado en asumir, sin excepción la totalidad del personal, hasta sus últimas consecuencias y que ha merecido el respeto y la admiración, hasta el aplauso, de toda la ciudadanía.

DUODÉCIMO. -Contraída en este caso, la obligación del empresario conforme lo dispuesto en el apartado 1º de dicho artículo en relación con el citado artículo 17 a informar de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección, y, al tiempo, dotarles de los equipos de protección individual que la inminencia del contagio y su gravedad requerían, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, se trata de establecer si existen indicios que permiten atribuir a la Consejera de Sanidad responsabilidad penal por haber incumplido dichas normas, cuando ordenó la adquisición y posterior distribución de dicho material en las circunstancias descritas en su informe, poniendo en peligro serio e inminente la integridad física y la vida de los trabajadores integrados en el servicio público de salud de Castilla y León.

DECIMOTERCERO. -Tanto de la documentación aportada por el querellante como de la normativa emanada de las instancias europea y estatal regulando la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19 se desprende que las recomendaciones de la Comisión de la UE, y la normativa del Ministerio de Sanidad, dictada en fechas inmediatamente anteriores y posteriores a las órdenes de adquisición y distribución de las mascarillas, le autorizaban a adquirir el material sin atender a las normas de homologación europeas, describiéndose en el informe transcrito, con total transparencia, el procedimiento de adquisición, en el que primó por encima de consideraciones de otra índole, la preservación de la salud y la integridad física del personal sanitario, aceptando como suficiente, dada la urgencia, la homologación efectuada en el país de procedencia (China), en consonancia con el artículo 2º de la Resolución, de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, sobre especificaciones alternativas a las mascarillas EPI, asimismo transcrita, hasta que, como consecuencia de las quejas recibidas fueron enviadas al Centro Nacional de Medidas de

Protección, ya que el Ministerio permitía desde el día 24 que se hiciera esta comprobación, según manifestó la propia Consejera.

DECIMOCUARTO. - El delito que se imputa a la Consejera castigado en el artículo 316 del Código Penal (y 317 en su modalidad imprudente), se caracteriza con varios elementos que obligan, para la integración del mismo, a tener en cuenta lo dispuesto fuera de la propia norma penal, en la reguladora de prevención de riesgos laborales (STS nº 1360/1998 de 12 de noviembre). Ante todo, el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica, en este caso la Junta de Castilla y León, son los administradores y encargados del servicio (la Consejera de Sanidad) que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso. En segundo lugar, se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral, a lo que en la descripción legal del tipo se alude en su comienzo diciendo "con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales" sin olvidar que en las mismas se tipifican una serie de infracciones y sanciones de naturaleza administrativa, (artículos 16 y siguientes de la LPRL). Y, por último, es preciso, para la integración del tipo que, con la infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo.

DECIMOQUINTO.- Definido así el alcance del delito que se imputa a la Consejera en la querrela no cabe tachar su actuación de conducta tipificada en los artículos 316 y 317 del Código Penal citados, ya que, no ha quedado acreditado, ni de forma indiciaria, atendida la versión de los hechos recogida en la querrela, que no cumpliera con la obligación de proveer de los equipos de protección individual al personal sanitario a su cargo, en la medida de sus posibilidades, y tampoco cabe reprochar que no se contrastara debidamente la adecuación de dichos medios para preservar del riesgo de contagio, pues estaban amparados por una homologación (GB2626-2006) reconocida como válida por el Ministerio de Industria Comercio y Turismo, lo que en principio podía estimarse suficiente para su inmediata entrega, habida cuenta la imperiosa necesidad de dotar al personal sanitario de dichos equipos y las dificultades para proveerse de los mismos, circunstancias reconocidas tanto a nivel europeo, como nacional, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran derivarse al amparo de dicha LPRL.

En virtud de los anteriores fundamentos jurídicos, con la competencia ordinaria para conocer de los hechos a que la misma se contrae, esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ignacio de las Rivas Aramburu

ACUERDA: No haber lugar a la admisión de la querrela presentada por el sindicato médico CESM CASTILLA Y LEON - CESMCYL contra la Consejera de Sanidad de Castilla y León D^a VERONICA CASADO VICENTE, archivando las mismas sin más trámites.

Así, por este auto, contra el que cabe recurso de súplica en el plazo de tres días ante esta misma Sala, que se notificará al Ministerio Fiscal y al querellante, y que se comunicará a la Consejera de Sanidad, junto con copia de la querrela, para su conocimiento y demás efectos, lo mandan y firman los Señores del margen, de que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.