



Roj: **ATSJ PV 11/2020 - ECLI: ES:TSJPV:2020:11A**

Id Cendoj: **48020340012020200008**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2020**

Nº de Recurso: **20/2020**

Nº de Resolución: **16/2020**

Procedimiento: **Medidas Cautelares**

Ponente: **GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO SOCIAL

EAEko AUZITEGI NAGUSIA LAN-ARLOKO SALA

Barroeta Aldamar, 10 7ª Planta - C.P./PK: 48001 Bilbao

TEL.: 94-4016656 **FAX:** 94-4016995

NIG / IZO: 00.01.4-20/000037

AUTOS DE LA SALA N.º / SALAKO AUTOEN ZK. : 20/2020 Sobre / Gaia : MATERIAS LABORALES COLECTIVAS

DEMANDANTE/S / DEMANDATZAILEA : E.S.A.N.- ERTZAINZAREN SINDIKATU ABERTZALE NAZIONALA
ABOGADO / ABOKATUA:

PROCURADOR / PROKURADOREA:

DEMANDADO/S / DEMANDATUA : CONSEJERIA DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO **ABOGADO / ABOKATUA:**

PROCURADOR / PROKURADOREA:

A U T O Nº 16/2020

ILMOS./ILMAS. SRES./SRA. PRESIDENTA

GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR

MAGISTRADOS:

JOSE LUIS ASENJO PINILLA.

JOSE FELIX LAJO GONZALEZ.

En Bilbao, a veintitrés de abril de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de abril de 2020 el Sindicato ESAN - Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala - presentó ante esta Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, solicitud de medidas cautelares "inaudita parte" (sic) frente a la CONSEJERÍA DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO, en materia de prevención de riesgos laborales al amparo de los arts. 79.1 LRJS y 733 LEC (sin audiencia del demandado), en relación con la crisis sanitaria generada por la epidemia de la COVID-19, en la que tras exponer los hechos y el sustento jurídico que tuvo por conveniente, concluía solicitando que se requiriera a la CONSEJERÍA DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO a implementar de manera inmediata y urgente las siguientes medidas:



" 1.- Suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FFP2 (sic), FFP3 (sic), gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos.

2.- Proceder a la desinfección diaria de todos los centros y vehículos de trabajo.

3.- Realizar el test de coronavirus, concretamente la denominada PCR, a todos los miembros de la Ertzaintza para aislar a los posibles agentes contagiados, evitando así la propagación de la enfermedad.

4.- Exigencia de una segunda prueba a todos los ertzainas positivos o que haya estado en cuarentena por contacto con alguna persona contagiada, que después de haber estado en aislamiento por la enfermedad se vayan a reincorporar a su centro de trabajo para comprobar si han superado definitivamente la enfermedad y evitar el riesgo de seguir contagiando a sus compañeros y ciudadanía.

5.- Realizar la prueba serológica a todos los miembros de la Ertzaintza que hayan dado negativo en la prueba de coronavirus para detectar a quienes hayan podido sufrir la enfermedad de forma asintomática y han generado anticuerpos que les inmunizan, por lo que pueden trabajar sin temor a infectarse ni a contagiar a los compañeros o a la ciudadanía".

SEGUNDO.- Esta petición de medidas cautelares sin audiencia de la parte requerida se formuló de forma aislada, esto es, no formando parte de una demanda en la que se actuara concreta acción colectiva por el Sindicato demandante frente a la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco.

TERCERO.- Recibida la anterior solicitud de medidas cautelar el día 22 de abril de 2020 se registró con el nº 20/2020 y fue designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Garbiñe Biurrun Mancisidor.

CUARTO.- Se ha procedido a la deliberación sobre la presente medida cautelar de forma no presencial, por medio técnico-telemático, en cumplimiento de las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/20, de 14 de marzo y el Real Decreto Ley 10/20 de 24 de Marzo, así como en las instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del Servicio Público Judicial, de 11 de marzo de 2020 y las posteriores de 8 y 2 de abril y 31, 30, 28, 26, 25, 23, 20, 18, 16, 14 y 13 de marzo de 2020. En atención a lo anteriormente indicado la presente resolución ha sido deliberada atendiendo a la recomendación de que siempre que sea posible se recomienda la utilización de sistemas telemáticos o de análoga naturaleza para la práctica de las actuaciones procesales. Se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De los antecedentes expuestos, se deduce que se solicita de este Tribunal la adopción de una medida cautelar urgente y sin audiencia de la parte demandada, con apoyo en los arts. 79 LRJS y 733 LEC, medida que se pide de modo previo a la interposición de demanda, tal como lo autoriza el art. 730.2 LEC.

Lo primero que hemos de analizar es nuestra competencia, que resulta de lo previsto en el art. 2 e) LRJS, puesto en relación con el art. 9.5 LOPJ, ya que lo instado versa sobre una pretensión cautelar promovida por un Sindicato para el cumplimiento por la demandada como empleadora de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales - STS de 24 de junio de 2019, rec.123/2018 -, dada la "vis atractiva" del orden social respecto de las pretensiones actuadas en materia de prevención de riesgos laborales con independencia de la naturaleza laboral, funcional o estatutaria del vínculo que liga a los afectados con la parte demandada, criterio ratificado por Auto 12/2019 de 16 de mayo - Rec. 22/2018 - de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, lo que hemos expuesto recientemente en los Autos de 3, 15 (2), 17 y 21 de abril de 2020, al pronunciarnos sobre medidas cautelares sin audiencia de la parte requerida en la pieza de medidas cautelares 1/2020, en la demanda 12/2020, pieza de medidas cautelares 4/2020, piezas de medidas cautelares 14/20 y 16/20, respectivamente. La competencia objetiva es propia de esta Sala dado el ámbito de afectación de la medida instada (y de la demanda que en su día pueda interponerse), al comprender y no exceder los tres territorios de nuestra Comunidad Autónoma, tal y como razonábamos en las resoluciones que hemos mencionado, en particular en el Auto de 3 de abril de adopción de medidas cautelares frente a Osakidetza y el Departamento de Sanidad, y ello aun cuando el art.7 LRJS no mencione de forma expresa el art.2 e) LRJS al entroncar la competencia funcional de la Sala de lo Social de conformidad con los arts. 61 y 723 de la LEC.

SEGUNDO.- El Sindicato ESAN manifiesta que solicita estas medidas urgentes y del modo en que las insta, en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, que ha motivado en nuestro país la declaración del estado de alarma. Así lo reflejamos en el Auto de 3 de abril del año en curso, en el que hicimos constar que "mediante el RD 463/2020 (retocado por el RD 465/2020)... con declaración inicial por la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 de una emergencia de salud pública de importancia internacional, que el 11 de marzo de 2020 ya predica como situación de emergencia de salud pública y/o pandemia internacional,



hace que conocidas el resto de previsiones normativas excepcionales y urgentes (piénsese en los últimos RDL 12 y 11 del 2020 del 31 de marzo, y también en los previos RD 10/2020, 9/2020, 8/2020, 7/2020 y hasta el previo 6/2020), que bajo la premisa de una gestión de situación de crisis sanitaria excepcional, pormenoriza en innumerables órdenes ministeriales posteriores cualesquiera criterios de desarrollos interpretativos, que incluso recogen materias de recursos humanos en el ámbito de los servicios sanitarios y sociales (Orden SND 295/2020 de 26 de marzo o en la previa Orden SND 232/2020 de 15 de marzo, modificada posteriormente por la OSND 319/2020 de 1 de abril) siempre bajo el amparo de una adopción de medidas de protección de la salud pública (también en el ámbito económico), como urgentes y orientadas a responder a la crisis sanitaria sin precedentes ocasionada por el Covid-19".

Como es sabido, la adopción de la medida cautelar por la vía del art. 79 LRJS y sin oír previamente a la demandada, que es lo solicitado en el concreto supuesto, exige que concorra lo que se denomina el requisito de "periculum in mora" (peligro de que la mora en el trámite procedimental cause daños irreparables) y también la apariencia del buen derecho ("fumus boni iuris"), esto es, si hay apariencia de que, de no adoptarse la medida precautoria, puede peligrar la vida o la integridad física del personal afectado. Requisitos ambos que entendemos concurren en la medida cautelar instada como a continuación exponemos. Para ello partimos (como también hemos hecho en las resoluciones de la Sala ya mencionadas sobre medidas cautelares en materia de prevención de riesgos laborales), de la normativa que impone al empresario la obligación de velar por la salud de las personas trabajadoras en el centro de trabajo, y en concreto citamos la Directiva 95/30 CE de 30 de junio que adaptó la previa Directiva 93/88/CE de 12 de octubre, que a su vez modificó la inicial 90/679/CE de 26 de noviembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición de agentes biológicos durante el trabajo, el Convenio 187 de la OIT de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, el Convenio 155 de la OIT de 22 de junio de 1981, el art. 3 de la Carta Social Europea y por supuesto los arts. 15, 43 y 40.2 de nuestra Constitución, además del Estatuto de los Trabajadores (arts. 4 y 17), y los arts. 14 y 15 de la Ley 31/95 de Prevención de riesgos laborales. Traemos también a colación la STJE de 12 de enero de 2006 (C-132/2004), que interpretó el artículo 2.2 de la Directiva 89/391 del Consejo, de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, y si bien indicó que "...la presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil...", en todo caso subrayó que "...era preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva."

En este caso, se solicita como medida cautelar sin audiencia de la parte requerida que la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco lleve a cabo las medidas indicadas.

Peticiones que se sustentan, en esencia, en la solicitud analizada, en las Recomendaciones de la OMS, del Ministerio de Sanidad y de la Comunidad Autónoma de Euskadi - sin mayor detalle - y en la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, que establece una concreta regulación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con la Covid-19, si bien tal Orden no detalla medida ninguna.

Pues bien, de un lado, hemos de recordar que en nuestro recentísimo Auto de 17 de abril de 2020 - Proc. Medidas cautelares 14/2020 -, hemos ya tomado decisión acerca de la medida de realizar tests a las personas agentes de la Erzaintza, debiendo en este momento remitirnos a aquella decisión y a sus argumentaciones que, conviene recordar, fueron, en esencia, las siguientes: se parte de que realizar los tests solicitados es incardinable en esa protección necesaria y, sobre, todo desde el punto de vista de que sea eficaz, elemento fundamental para garantizarla, siendo público que la Administración Sanitaria pretende extenderlos a una proporción importante de la ciudadanía, por lo que sería ilógico excluir a un colectivo que puede ser más sensible que otros al riesgo y por ende a la necesaria verificación del contagio; que, habiendo varios tipos de pruebas bajo esa denominación genérica, no habiendo hecho más precisión la parte actora, no podemos pronunciarnos al respecto; que lo reivindicado por ERNE no hace distinciones y parte de una equiparación absoluta, cuando menos aparente, pero entendemos que han distinguirse hasta cuatro situaciones diferentes en función del riesgo que tiene cada ertzaina a la hora de ejecutar el trabajo encomendado - quien realiza las tareas que venimos resaltando de relación directa con la ciudadanía y necesidad de aplicar el contacto físico, quien no tiene ese contacto público, y quienes han resultado "positivos" y quienes han estado en contacto con persona contagiada -; que, por ello, la implementación de esas medidas no puede tener un tratamiento indiscriminado desde la perspectiva de la urgencia e inmediatez que se reivindica para toda la Erzaintza y que, por ello, se va a escalar la respuesta - en un primer escalón y a su vez con una doble inclusión, han de estar quienes en su momento dieron positivo y quienes han finalizado la cuarentena estipulada por haber tenido contacto con persona contagiada, entendiendo en este caso que la obligación del demandado es inmediata e incondicionada y siempre previa a su reincorporación laboral; en un segundo escalón, y en función

de la disponibilidad material de dichos tests, la prueba ha de efectuarse a quienes estén en contacto con la ciudadanía; en un tercer escalón, a quienes realicen sus tareas sin tal contacto ciudadano -.

En cuanto al resto de las medidas ahora solicitadas, hemos de realizar las siguientes precisiones:

a) Se solicitan mascarillas del tipo FFP2 (sic), FFP3 (sic) - en realidad, según tenemos entendido, se trataría de las mascarillas FFP2 y FFP3 -, gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos. Pues bien, a este respecto, dado que la parte demandante no ha aportado indicio alguno de la razón de la necesidad de este tipo de mascarillas y elementos, y de que esta Sala, como es bien obvio, carece de los conocimientos suficientes al respecto a falta de aportación de datos de la parte solicitante, no se aprecia que las mascarillas hayan de ser de dicha clase, pues, según es conocido, se trata de mascarillas orientadas preferentemente a personal sanitario y similar, en contacto con personas enfermas o sospechosas de estarlo, siendo así que no es la situación de los agentes de la Ertzaintza, pues no están los ertzainas sometidos a ambiente donde haya carga viral y que, por tanto, no se aprecia la necesidad de tales mascarillas, entendiéndose, a falta de otra prueba, que ha de estarse a la normativa vigente, a la que aludiremos inmediatamente. Y lo mismo cabe decir de las gafas y guantes desechables solicitados.

En este sentido, como ya se ha hecho eco la Sala en su Auto de 15 de abril de 2020 - Demanda 13/2020 -, hemos de tener en cuenta que se ha generado una profusión incesante de normas y, así, al Protocolo del Ministerio de Sanidad de 30 de marzo de 2020 sobre el "Procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2", que ya reformaba otro previo del día 16 del mismo mes y año, le ha seguido otro posterior, el de 8 de abril de 2020 de tal Ministerio, modificando el anterior. Éste es el hoy en día vigente y al mismo estaremos - en adelante, será, el Protocolo -.

Finalmente, en este apartado, en cuanto a los contenedores de residuos tóxicos, tampoco tenemos indicio de que haya elementos de tal naturaleza en las Comisarías, siendo así que consta por ser público, que desde la Diputación Foral de Gipuzkoa - por ejemplo - se ha indicado que los elementos de protección referidos - guantes, mascarillas...- han de depositarse en el contenedor destinado al "resto" o "errefusa" - en euskera -. Ahora bien, el Protocolo antedicho contempla que los EPI desechables deben colocarse en los contenedores adecuados de desecho y ser tratados como residuos biosanitarios clase III, por lo que respecto a los EPI desechables, estaremos a tal previsión.

b) En relación con la pretendida medida de desinfección diaria de centros y de vehículos, también hemos de reseñar que no se ha aportado indicio ni norma de ninguna clase al respecto. En tal sentido, hemos de reseñar que, dado que los vehículos suelen ser utilizados por distintos agentes y patrullas, parece razonable su desinfección diaria en su interior, en sus superficies de contacto, entendiéndose por desinfección una limpieza con producto desinfectante de efectos contrastados en relación con el virus de referencia. Pero no se aprecia la misma necesidad en las instalaciones de las distintas Comisarías, salvo en la parte de las mismas en que la ciudadanía tiene acceso - para protección de esta y de los agentes -, pues los interiores pueden ser objeto de la limpieza ordinaria, a lo que han de unirse las medidas individuales de protección - mascarillas, guantes y, en todo caso, limpieza de manos, notablemente -.

c) En cuanto a la realización de tests, la falta de indicios de la necesidad de una u otra concreta prueba hace, como ya se ha anunciado más arriba, que nos sometamos a lo decidido por esta Sala en nuestro Auto de 17 de abril de 2020, que se transcribirá en la Parte dispositiva. En este particular nos apartamos de lo decidido en el Auto de esta Sala de 15 de abril de 2020 - Demanda 12/2020 -, en el que, en relación con medidas cautelares solicitadas frente a OSAKIDETZA, se desestimó una petición por tratarse de peticiones coincidentes con las resueltas por este Tribunal en un Auto anterior y considerándose que su estimación actual, con alcance superponible a las que ya están dictadas, constituye una reiteración innecesaria. En el presente caso, existe una diferencia sustancial que nos hace apartarnos de aquel criterio y es la de que tanto estas medidas ahora solicitadas como las decididas en el Auto de 17 de abril a instancias del Sindicato ERNE, lo han sido sin que en ninguno de los dos casos se haya interpuesto aún demanda, por lo que, de no hacerlo el Sindicato ERNE, aquellas medidas quedarían sin efecto y, por tanto, también las ahora solicitadas por el Sindicato ESAN, no siendo ese el resultado querido por este Tribunal, sin perjuicio de que tal pérdida de efecto se produzca si tampoco ESAN interpone su demanda en el plazo de 20 días desde la adopción de las medidas.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el at. 730.2 LEC, la vigencia de las medidas que se adoptan ahora se mantendrá durante veinte días, contados a partir de la notificación de esta resolución, de no interponerse la correspondiente demanda.

CUARTO.- Contra la presente resolución no cabe recurso alguno - artículo 733.2 LEC -.

PARTE DISPOSITIVA



Se acuerda estimar en parte la medida cautelar sin audiencia de la parte requerida solicitada por el Sindicato ESAN frente a la CONSEJERÍA DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO, requiriendo al demandado a adoptar las siguientes medidas:

- a) a proporcionar a todas las personas agentes de la Ertzaintza mascarillas, gafas y guantes desechables que se imponen en el Protocolo de Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020 según corresponda a cada puesto, atendida la diversa clasificación de los riesgos de exposición que se indican en el protocolo indicado;
- b) a desinfectar a diario el interior de los vehículos utilizados por las patrullas y las dependencias de las Comisarías de acceso público en sus superficies de contacto;
- c) a que los elementos que tengan la consideración de EPI desechables sean depositados en los contenedores adecuados de desecho y ser tratados como residuos biosanitarios clase III;
- d) a efectuar el test de coronavirus que científicamente resulte procedente y adecuado en cada caso en los términos siguientes: a aquellos funcionarios/as de la Ertzaintza, que en su momento dieron positivo, así como a los que han finalizado la cuarentena estipulada por haber tenido contacto con alguna persona contagiada, en ambos casos antes de reincorporarse al trabajo; prueba que igualmente habrá de efectuarse a los que con motivo de las tareas asignadas estén en contacto con la ciudadanía, siempre y cuando se dispongan de los medios necesarios para la realización de la misma; finalmente, a los que realicen sus tareas sin tal contacto ciudadano y con idéntica precisión a la que se acaba de realizar.

Se advierte al solicitante Sindicato ESAN que la vigencia de estas medidas se mantendrá durante veinte días, contados a partir de la notificación de esta resolución, de no interponerse la correspondiente demanda.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, contra la que no cabe recurso alguno. Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos y mandamos.

Procedimiento de instancia 20/2020-Auto fin proced. 23/04/2020

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- Los Magistrados que forman el Tribunal arriba indicado han manifestado expresamente, por vía telemática, su conformidad con el contenido de la presente resolución. Doy fe.