



Roj: **ATSJ PV 13/2020 - ECLI: ES:TSJPV:2020:13A**

Id Cendoj: **48020340012020200010**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2020**

Nº de Recurso: **6/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Medidas Cautelares**

Ponente: **JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO SOCIAL**

### **EAEko AUZITEGI NAGUSIA LAN-ARLOKO SALA**

Barroeta Aldamar, nº 10 7ª Planta - C.P./PK: 48001 Bilbao

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

**NIG / IZO: 00.01.4-20/000038**

**NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.34.4-2020/0000038**

**PROCEDIMIENTO DE LA SALA N.º / SALAKO ERREKURTSOAREN ZK.: 21/2020**

**TIPO DE PROCEDIMIENTO/ PROZEDURA-MOTA: Procedimiento de instancia / Auzialdiko prozedura**

*Sobre / Gaia :* TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

**MEDIDAS CAUTELARES 6/2020**

**DEMANDANTE/S/ DEMANDATZAILEA :** E.L.A. ABOGADO/ ABOKATUA: DAVID PENA DÍAZ

**DEMANDADO/S / DEMANDATUA :** AMBUIBÉRICA, S.L.U. y MINISTERIO FISCAL

### **A U T O**

**ILMOS. SRES. PRESIDENTE:**

D. PABLO SESMA DE LUIS

**MAGISTRADOS/AS:**

D. JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA (PONENTE)

D. MODESTO IRURETAGOYENA ITURRI

En Bilbao, a 24 de abril de dos mil veinte.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de abril de 2020, ha tenido entrada en esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco demanda en procedimiento especial de Tutela de Derechos Fundamentales (Derecho a la Salud, Vida e Integridad Física) con solicitud de medida cautelarísima inaudita parte (en materia de Prevención de Riesgos Laborales) formulada por la Confederación Intersindical ELA frente a AMBUIBERICA. SLU y Ministerio Fiscal solicitando que se condene a la empresa demanda a fin de que realice a toda la plantilla, de forma urgente e inmediata, los Tests rápidos de detección de anticuerpos para COVID 19 y en tanto dure la vigencia de la referida pandemia.

En dicho escrito de demanda se solicita por la demandante que, previo acto de juicio, se dicte sentencia con la solicitud que damos por íntegramente reproducida, con la petición de medida cautelarísima para que se



condene a la empresa demandada a fin de que realice a toda la plantilla, de forma urgente e inmediata, los Tests rápidos de detección de anticuerpos para Covid 19 y en tanto dure la referida pandemia .

**SEGUNDO.-** Además solicita que se dé curso como medida cautelarísima inaudita parte por el riesgo evidente que supone cada día sin la adopción de dichas medidas, basándose en los artículos 79 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de la Ley 31/1995 y el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Se trata de un escrito que aporta también documentales probatorias en un total de 45 folios (dobles).

**TERCERO.-** Se ha procedido a la deliberación sobre la medida cautelarísima inaudita parte instada en tal demanda, realizándose dicha deliberación 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 utilicen sistemas telemáticos o de análoga naturaleza para la práctica de las actuaciones procesales.

Se han observado las prescripciones legales.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La presente papeleta de demanda que articula la entidad sindical demandante exige atender prima facie a la solicitud de medidas cautelares cautelarísimas, que concuerdan con la presentación y registro simultáneo de la papeleta de demanda citada en los antecedentes de hecho, que se funda en una cuestión de fondo correspondiente a la tutela de derechos fundamentales que pormenorizan la integridad física, salud, y la vida consagrados en el artículo 15 de la Constitución, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, y sin perjuicio de la previsión del resto de derechos humanos concernientes (derecho a la Salud art. 43 de la Constitución) y al derecho a la Seguridad e Higiene en el Trabajo ( art 40.2 de la Constitución).

Con todo, en la presente inicial resolución, con forma de auto, debemos preliminarmente dar contestación a la propuesta excepcional de medida cautelarísima inaudita parte, que se articula siguiendo el art. 79 de la Ley 36/2011 LRJS (en relación al artículo 180.5 del mismo texto), así como el art. 728 de la Ley 1/2000 LEC (en concreto arts. 730 y siguientes), partiendo de una exigencia de medidas que resultan necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en el planteamiento de la cuestión de fondo, que ahora no analizaremos, y bajo los principios básicos del fundamento y límite constitucional de una tutela cautelar, que por supuesto viene comprendida dentro de la tutela judicial efectiva que ha impuesto al legislador ordinario la posibilidad de que el órgano judicial adopte medidas cautelares, incluso no pueden quedar limitadas a supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales sino que lo son en toda clase de derechos e intereses legítimos, e implican el derecho a obtener del juez predeterminado por la Ley un pronunciamiento fundado y motivado, razonadamente, sobre esas peticiones cautelares o cautelarísimas .

Debemos recordar que las medidas cautelares previstas en el proceso social estaban detalladas en la antigua Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (también en las previas de 1990 y 1980), pero la actual ley 36/11 supera las limitaciones de la única previsión del embargo preventivo, intervención o administración del depósito de cosa mueble, la formación de inventario o la cesación, aceptando ahora la posibilidad de la adopción de medidas cautelares siguiendo la adaptación de medidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las previstas en el texto procesal común, que posibilita las exigencias de adopción, en el procedimiento adecuado para tramitarlas, con peticiones tanto declarativas como de condena, y no solo para acordar la abstención temporal de una determinada conducta o la protección de ciertos derechos, con aseguramiento efectivo de la tutela judicial, con modificación o extinción de condiciones de trabajo, en los que haya incurrido determinada medida empresarial , sino también para limitar los efectos de imposible o difícil reparación, en conductas no solo de omisión, o de no hacer, sino también en aplicaciones que pudieran darse de dar, entregar o hasta hacer, para enervar cualesquiera problemáticas derivadas del ejercicio, como de ausencia, en una evidente satisfacción del denominado ius resistendae, por parte de las personas trabajadoras ( o incluso como veremos personal laboral estatutario y/o funcionario).

Con todo, como luego veremos, la adopción de estas medidas cautelares y cautelarísimas exigen necesariamente el cumplimiento de los presupuestos o exigencias que se predicen en la definición del denominado peligro de mora procesal y la apariencia de buen derecho ( art. 729 LEC), pues el solicitante debe razonar mínimamente, y ofrecer actividad probatoria, de que su derecho exige la adopción de esa medida



preventiva, en satisfacción de actividad probatoria, o al menos indiciaria, de sospecha fundada de que la parte demandada puede estar o situarse en una situación de incumplimiento (aunque fuese preventivo o previo).

Es evidente que la adopción de la medida cautelar y cautelarísima se lleva a cabo siempre a instancia de parte, y como regla general debe otorgarse previa audiencia de las contrapartes. Aun cuando de manera excepcional, y con exigencia de argumentación razonada, cabe la adopción de la denominada medida cautelar inaudita parte, que también puede ser solicitada cuando concurren circunstancias de urgencia excepcional o pueda de alguna manera comprometerse el resultado de la medida cautelar conducente a satisfacer esa tutela judicial efectiva y cautelar, no pudiendo sustituirse por cualesquiera otras medidas igualmente eficaces pero menos gravosas.

Por ello, como quiera que en el supuesto de autos se solicita junto a la demanda (que no de forma previa anticipada o con antelación, como ha ocurrido en otros supuestos) la alegación y acreditación de la medida cautelarísima ausencia y necesidad se debe estudiar preliminarmente en atención a la actividad probatoria documentada que aporta el solicitante, y que se circunscribe, entre otros, además del procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición de al SARS-cov/2 de 30 de marzo de 2020 con la recomendaciones y especie de protocolo del Ministerio de Sanidad (Protocolo ministerial); una serie de partes de baja de supuestos trabajadores contagiados, y partes de baja del personal afectado por el Covid; y también otras comunicaciones dirigidas a la empresarial respecto de posibles trabajadores afectados, que conciernen a la denominada actividad probatoria mínima preliminar y necesaria, que conllevará la exigencia de estudio por esta Sala en la adopción provisional de la medida cautelarísima y su mantenimiento hasta la finalización del proceso, manteniendo una tramitación de incidente breve cuya urgencia excepcional de adopción, no impedirá que con posterioridad celebremos ulteriormente una audiencia preliminar con intervención de las contrapartes y del Ministerio Fiscal con objeto de que también todos los personados efectúen alegaciones que estimen oportunas, y propongan, y practique también las pruebas relacionadas con el cuestionamiento de la medida cautelarísima, su posible justificación y proporcionalidad, en relación con los derechos fundamentales y el riesgo para la efectividad de la resolución, con amparo en un principio de prueba y sin exigencia alguna de entrar en cuestionamiento o discusiones respecto de la temática de fondo del asunto que evitamos en cualquier momento pueda prejuzgarse.

**SEGUNDO** Es por ello que esta Sala al comprobar que existe evidentemente un mínimo derecho de protección que concierne no solo a los derechos fundamentales delimitados por la solicitante, sino también como derechos humanos cuya normativa precisaremos con posterioridad, la existencia de verdaderos datos objetivados que nos permiten afirmar el padecimiento de una situación excepcional y la exigencia de una actuación preventiva para evitar cualquiera otros daños futuribles de imposible reparación, exigen el análisis de petición de la medida cautelarísima con independencia del pleno convencimiento judicial que exige el arbitrio en derecho para con la apreciación de cada situación puntual.

La apoyatura legal en la aplicación del art. 79.1 de LRJS en relación al 180.5 del mismo texto, así como los arts 721 a 747 LEC, puestos en relación ahora con el histórico acontecimiento de una declaración del estado de alarma en el estado español mediante la vigencia del RD 463/2020 (retocado por el RD 465/2020), y por otros posteriores en abril y en evidente afirmación de una gestión de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en mención preliminar que ya se contenía bajo la información a finales de diciembre de 2019 del Estado Chino; con una información genérica de determinadas causas de neumonía de origen desconocido (Coronavirus), 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 15,14,13, 12 y 11 del 2020 del 31 de marzo, y también en los previos RDL 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. Y otras varias posteriores, incluso en material de transporte.

Y si esa normativa de urgencia y excepcional fuera poco, la realidad tan notoria no exige ningún tipo de acreditación añadida, pues la pretensión cautelarísima, y bajo el principio de iura novit curia, permite aplicar también cualesquiera normas internacionales y comunitarias, como son el Reglamento 2016/ 425 de Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual que supera la Directiva 89/656/ CE de 30 de noviembre, que establecía disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual (en nuestro



ordenamiento el aún vigente RD 773/1977 de 30 de mayo ); así como 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. Por no insistir en la aplicación del Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006; o el Convenio 155 de la OIT de 22 de Junio de 1981, que en su artículo 16.3 obliga a los empresarios a suministrar a sus trabajadores ropas y equipos de protección apropiados, a fin de prevenir el riesgo de accidentes o efectos perjudiciales para su salud; pudiendo además citar el art. 3 de la Carta Social Europea hasta y hasta el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias varias como la del 5 de Diciembre de 2013 caso Vilnes y otros contra Noruega y la del 24 de Julio de 2014 caso Brincat y otros contra Malta.

Pero es evidente, como bien cita el solicitante, que además del art. 15 de nuestra Constitución y los ya citados artículos 43 (derecho a la salud) 40.2 (seguridad e higiene en el trabajo), tanto el Estatuto de los Trabajadores en sus arts 4.2 y 17, así como la Ley 31/95 de prevención de laborales en sus artículos 14 y 15; o sus desarrollos en el art. 3 del RD 486/1997; confirman, y en lo que se refiere a aplicación estricta de la protección sobre disposiciones mínimas y utilización de equipos de protección individual en el RD 773/97 de 30 de Mayo ya citado, una obligación legal de protección a los trabajadores por parte de la empresa y empresario, que implica evidentemente una obligación de dotación de cualesquiera medios preventivos necesarios para la realización del trabajo ordinario en una condiciones mínimas de seguridad e higiene.

De ahí que estimemos cumplidos los presupuestos tradicionales que legal y doctrinalmente se entienden inherentes a la procedencia de cualquiera adopciones de medidas cautelares y/o cautelarísimas ya por la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) ya por el peligro en el retraso (*periculum in mora*), en el sentido y consideración de que queda acreditada de manera suficiente, a veces notoria y expeditiva, que las medidas preventivas que requieren los solicitantes, y que pormenorizaremos, devienen necesarias para que el personal de los centros de trabajo que detallan (Bizkaia y Gipuzkoa), puedan específicamente realizar unas prestaciones de servicios en las mínimas condiciones de seguridad.

Además, ni que decir tiene que la situación excepcional y de urgencia, queda también acreditado por la evidencia ya expuesta de una pandemia internacional declarada, y que conlleva cierta afectación y profundidad en nuestra Comunidad Autónoma del País Vasco, requiriendo evidentemente que cualesquiera actividades empresariales, en privados y/o administraciones públicas, se viertan con adopción de medidas preventivas necesarias que eviten o mitiguen de alguna forma, con la utilización y lugar y tiempo de prestación de servicios los evidentes riesgos para la seguridad y salud de su personal trabajador, en caso de agentes biológicos como el presente.

En el mismo sentido citamos Autos del TSJPV 3-4-20 Auto 8/20 y en las demandas 12,13 Auto de 15 de abril (similar al presente) 14,16 y 20 entre otras.

**TERCERO.-** Queremos salir al paso, como requisitos en condición y presupuesto procesal , sobre la consideración de correspondencia en jurisdicción competente a este orden social, según el art. 2 e de la LRGS en relación al art. 9.5 del Poder Judicial, aún cuando en evidente demanda de tutela de derechos fundamentales, se circunscribe una pretensión cautelarísima de una central sindical demandante, que en el parámetro de una representación y afectación a todos los centros de trabajo que integran la actuación de la empresa incorpora no solo un condicionamiento de cumplimiento de obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, para personal laboral, incluida cualquier tipo de responsabilidad o tutela a consecuencia de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales de dichas relaciones de personal ( Sentencia TS de 24 de junio de 2019, recurso 123/2018, que también confirmó la Sala del TS de Conflictos de Competencia en el Auto 12/2019 de 16 de Mayo recurso 22/2018.)

Siendo además que la competencia tanto la objetiva como la funcional debe atribuirse a esta Sala de lo Social merced al art.7 de la LRJS, por cuanto, sin perjuicio que no hay un acto administrativo impugnado que trascienda, sino más bien una actuación de la empresa en el ámbito de una relación de personal que puede ser laboral, lo cierto es que existe la extensión de los efectos a un ámbito territorial superior a la circunscripción de un juzgado de los Social y entendemos que no superior al de la Comunidad Autónoma, que permiten afirmar su carácter colectivo del conflicto que trasciende en una tutela de derechos fundamentales y también en una medida cautelarísima, por mucho que el art. 2.e del la LRJS no contenga la mención expresa en la pretensión sustancial para con el art. 7 de la LRJS, máxime cuando la competencia funcional de la Sala de lo Social se entronca en virtud de los arts 61 y 723 de la LEC, por cuanto si hay competencia para conocer el pleito principal y del fondo de la tutela de derechos fundamentales , también lo tendremos para resolver sobre la incidencia preliminar de la medida cautelarísima.



Del mismo modo damos por sobreentendida no solo la capacidad jurídica procesal y de postulación y legitimación del sindicato demandante, constituido y con representatividad notoria y suficiente (que cita en el hecho segundo de su demanda), más si no también otorga sus poderes adjuntos en postulación suficiente, y advierten no solo de la legitimación activa propia del art. 2 de la LRJS sino que también confirma la legitimación pasiva para la empresa Ambuiberica SLU.

**CUARTO.-** Llegados a este punto esta Sala procederá por cortesía doctrinal y judicial a recordar que ya existen precedentes de resoluciones que de alguna manera han resuelto medidas cautelares relacionadas con la materia de prevención de riesgos laborales y el suministro de equipos de protección individual en supuestos de profesionales varios, y también del personal sanitario, de los que vamos a citar sin ánimo de exhaustividad los siguientes, a los efectos meramente ilustrativos y de conocimiento de los ávidos lectores jurídicos y judiciales; Auto del Juzgado de lo Social AJSO Madrid de 19 de marzo de 2020, 30/2020; AJS Santa Cruz de Tenerife 27 de marzo de 2020, R 276/2020; Auto del TSJ Canarias de 29 de Marzo de 2020; 42/2020 recurso 22/2020; Auto AJSO de Guadalajara de 27 de Marzo de 2020 recurso 235/2020; AJSO Castellón de 27 de Marzo de 2020 recurso 222/2020; AJSO Toledo de 27 de Marzo de 2020 recurso 338/2020; AJSO de Segovia de 27 de Marzo de 2020 número resolución 15 de 2020 recurso 222/20 AJS León 27 de marzo de 2020 número de resolución 20/2020 recurso 239/20; AJS Zamora de 27 de Marzo de 2020 resolución 14/2020 número de recurso 160/2020; AJS Albacete 30 de Marzo de 2020 número de resolución 20/2020 número de recurso 250/2020; Auto del Juzgado de lo Social nº1 de Vitoria de 30 de marzo de 2020 número 13/2020; Medidas Cautelares Previas 184/2020; así como el Auto del TSJ de Cataluña Sala de lo Social de 31 de marzo de 2020 número 8/2020; el de 1 de Abril de 2020 número 318/20; y el conocido ATSC-A 29-3- 20 número 2418/20.

Y en autos del TSJPV a las demandas 8/10 (3-4-20), 12/20, 13/20 15 de abril 14/20, 16/20 y 20/20 entre otras.

Es por ello que nuestra solución, más sin perjuicio de haber afirmado ya la apariencia del buen derecho, concurre evidentemente según las justificaciones documentales y los argumentos vertidos ut supra, y sin intentar prejuzgar el cuestionamiento del fondo del asunto, en un juicio que se considera indiciario, provisional y momentáneo, por cuanto la realidad constatada de o bien una tardanza o en su caso ausencia de cualesquiera ausencia de cualesquiera medios de carácter preventivo (carencia de test de detección de Covid-19), por las razones de fondo que fuesen, mediante el indicio de una posible infracción de los deberes normativos establecidos para con las empresariales, unido a ese peligro de mora procesal, que la ausencia o retraso de las protecciones básicas citadas puedan suponer para el riesgo actual, que ya no es incierto ni futuro, en exigencias de adoptar medidas ciertamente eficaces para evitar los contagios y limitar el estado de emergencia sanitaria, exigen que no solo la evidente situación jurídica de proclamación de un estado de alarma, que no evita la tutela judicial efectiva ni la satisfacción de los derechos fundamentales y humanos (vida, integridad física, salud, prevención de riesgos.....) hacen exigible que, en lo concerniente a una demanda de fondo sobre la tutela de derechos fundamentales de este personal público, la inicial exigencia del pedimento de una normativa de prevención de riesgos en protección anticipada, guarde la última conexión con los derechos citados e intente evidenciar la existencia de un riesgo grave inminente, por posible falta de medidas de prevención solicitadas que pudiera afectar a estos derechos de salud, integridad física y vida en concreto y evidentemente para con aquellos encomiables integrantes del personal de transporte sanitario, que en la prestación del servicio esencial para la comunidad otorgan un sustento en la crisis pandémica, y no solo para ellos mismos sino también para la ciudadanía en general, cuando exigen una protección individual elemental al objeto de evitar contraer, contagiar y dilatar la crisis sanitaria-

En efecto y en esta circunstancia excepcional que estamos viviendo, se ha generado una profusión incesante de normas y así, no resulta de extrañar que al protocolo del Ministerio de Sanidad de fecha 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 (documento número 2 de la demanda) que cita el sindicato demandante, que ya reformaba otro previo del día 16 del mismo mes y año, le haya 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 estamos.

A los efectos que nos interesan, resulta que en la versión actual y en la anterior del protocolo y tratándose del personal de empresas como la demandada, se distingue el tipo de medidas a aplicar según el escenario de riesgo que tenga cada trabajador en su puesto de trabajo. Según el puesto y el grado de exposición, se adoptan diversas medidas preventivas. El sindicato demandante no tiene en cuenta ello, sino que hace tabla rasa de las distinciones del tipo de medidas en función del grado de exposición y pide por igual y para todo el personal medidas que, cuando menos en algunos de los casos, sólo se prevén para el más alto grado de exposición al virus.

Y así, en tal protocolo se clasifica al personal según el grado de exposición al agente patógeno y en función de ello, se fijan unas y otras medidas preventivas de su salud. Al efecto, basta comprobar que una parte del personal de ambulancias se incluye dentro del grupo de personal que se asume que tiene exposición al riesgo,



pues en tal grupo se incluye expresamente a los técnicos de transporte sanitario que tenga contacto directo con la persona sintomática trasladada. Pero no todos van en ese grupo. En efecto, dentro del personal sobre el que se califica que hay un bajo riesgo de exposición, se incluye, entre otros, al personal no sanitario que pueda tener contacto con material sanitario o previsiblemente contaminado. En el mismo sentido, en otro grupo distinto, dentro del personal con baja probabilidad de exposición, expresamente se incluye a los técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto directo con el paciente. Aparte de ello es de suponer que existirá personal administrativo en la empresa demandada y que no hace funciones de transporte de enfermos. Es de suponer que también requerirá otro tipo de medidas. Como se ha dicho, en cada grupo de trabajadores distintos se fijan unos y otros grupos de medidas preventivas a adoptar.

Empero, se reitera, a la hora de pedir la medida, el sindicato demandante no distingue entre el personal, sino que pide finalmente diversas medidas de protección individual de Tests para todos los trabajadores afectados por igual, cuando es lo cierto que las medidas preventivas a adoptar son distintas según la evaluación del riesgo en cada caso. Así y por ejemplo, tampoco cabe equiparar la medida a adoptar en el vehículo de transporte luego de llevar al enfermo, con la medida que se deba adoptar en las dependencias administrativas.

A pesar de ello, lo cierto y verdad es que la prueba documental aportada con la demanda si que sugiere, por vía indiciaria, que si que ya hay varios casos de trabajadores de la demandada contaminados por el coronavirus indicado y además, que ha habido dos actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a requerir a la empresa para que subsane determinadas deficiencias en materia preventiva cuando menos en orden al mantenimiento y limpieza de la ropa de trabajo y su destrucción, así como de los equipos de protección personal de finales del mes pasado, la primera y otra, también de lavado y desinfección de ropa y equipos de protección del día 8 de este mes. También en orden a la información a dar a los representantes de los trabajadores de finales de marzo de 2019 y de forma desvinculada con el COVID hay otro requerimiento de la Inspección y finalmente consta una actuación de Osalan en relación a las taquillas del centro de trabajo. De toda esa información también se deduce que la empresa ha adoptado medidas preventivas y se advierten algunas irregularidades o deficiencias. Así mismo, constan diversos partes de incidencias en los que se indica lo que el trabajador considera son irregularidades en esta materia, dando por sobreentendido que en la empresa se aplica lo que en alguno de los documentos indicados se denomina "el protocolo del Coronavirus". Consta también con el sello de la empresa la Instrucción Técnica de Limpieza y Desinfección de Vestuario Laboral COVID-19 suscrito por la empresa donde se contiene diversas medidas de limpieza de locales, normas sobre empaquetado y lavandería de elementos.

Todo esto ya lo hemos manifestado en nuestro precedente auto de 15 de abril de 2020, demanda 13/20.

También debemos afirmar, sin lugar a dudas, que no somos ignorantes de la evidente dificultad derivada de la escasez de los medios de protección individual, en evidencia notoria y también pública comunicada, pero evidentemente las obligaciones y prerrogativas de las empresariales y de las ejecutivas y gubernativas pasan por el principio de otorgamiento de prioridades en las distribuciones, que no conllevan una función judicial de predeterminación y sí la exigencia de garantía de una tutela judicial efectiva, que debe otorgar esta Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, para con el personal que en ejecución del servicio esencial y en la función principal y heroica de garantizar la seguridad y los derechos fundamentales, no solo propios sino del resto de ciudadanía, conllevan irremisiblemente que su implicación e inusitada actuación de servicio público, no exija un sacrificio ulterior e inexigible de sus propios y particulares derechos de salud además de la protección eficaz en materia de prevención y riesgos laborales.

No olvidemos que la declaración del estado de alarma, tal cual preconiza la ley Organica 4/1981 de 1 de Junio en el desarrollo del art 55 de la Constitución (que no el 155), al contemplar en sus artículos 4 a 12 una evidencia de series de normas de excepción, como es la crisis sanitaria actual, no conlleva evidentemente la suspensión de los derechos fundamentales que concuerdan con los aquí citados, cuales son los de vida, salud y prevención de riesgos laborales, por mucho que haya otras limitaciones ejemplificativas ( limitación de circulación, permanencia, practicas intervenciones empresariales u otros).

A mayor abundamiento consideramos que las actuales medidas cautelarísimas que aceptamos (test) en este momento procesal, resultan posiblemente proporcionadas y actas para evitar posibles exposiciones a riesgos biológicos como los actuales. Por cuanto no se han descubierto cualesquiera otras medidas proporcionables y proporcionadas que en costo y oportunidad obtengan los mínimos fines de protección de salud y prevención, más sin perjuicio de que ciertamente en la pormenorización o individualización de las exigencias las contrapartes puedan delimitar o precisar el colectivo su preferencia de necesidad y determinación de servicios y otros aspectos particulares de exposición y riesgo a detallar.

Por todo lo mencionado, y como quiera que los demandantes de la medida cautelarísima inaudita parte, en la consonancia de fondo de una demanda de tutela de derechos de fundamentales (vida, salud e integridad física



y prevención de riesgos) pormenorizan su petición en la provisión a la plantilla de test rápidos de detección de anticuerpos para Covid 19, y en la medida en que no los esté observando, esta Sala deberá declarar la admisión y aceptación parcial de tal medida cautelarísima que abarca exigencias respecto a la provisión de test suficientes para la evaluación, en una pauta de previsión positiva y de petición cautelar que esta Sala podrá aceptar en su generalidad, sin perjuicio de que si bien acepte su provisión inmediata y en tanto dure la vigencia de la crisis sanitaria Covid-19, pueda siquiera relativizar el término de acopio, devengo y exigencia, en el ámbito de concepto jurídico indeterminado y general de una inmediatez, que pauta el devenir temporal, pero que no podemos exigir en ejecución provisional tan inmediata o puntual, más sin desconocer la realidad humana y profesional también del proveedor empresarial.

En resumidas cuentas procederemos a estimar parcialmente la solicitud de medida cautelarísima presentada, más sin perjuicio de que celebremos ulteriormente la comparecencia prevista en el art. 180.5 LRJS que conllevará la citación y notificación ex profeso.

Y es que la notoria y conocida escasez de determinados medios de producción impide un pronunciamiento global con determinación de plazo mínimo exigible, que a la postre sería de difícil ejecución al convertirse en una especie de obligación de hacer dificultosa, cuando no de difícil cumplimiento y ejecución, en los momentos de devengo y adquisición de muchos de los test de detección de anticuerpos para Covid-19, máxime cuando nuestro requerimiento judicial para proporcionar a este colectivo demandante específico transporte sanitario esas medidas de protección necesarias para ejercer su profesión en condiciones de seguridad, aun de ser preferentes predeterminantes y necesarios, tampoco debería condicionar y desatender cualesquiera otros colectivos profesionales de idéntica prioridad o si se quiere vulnerabilidad, que podrá ser objeto de matización por las contrapartes.

**QUINTO.-** Como se ha indicado en los antecedentes de la presente resolución, la misma se ha deliberado telemáticamente y por tanto, de forma no presencial de los miembros de la Sala, y por ello se procede a la firma de la misma por el Magistrado ponente, siguiendo las recomendaciones que se contienen en las diversas instrucciones del Consejo General del Poder Judicial relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el Covid-19, que expresamente indican que *"siempre que sea posible se encomienda la utilización de sistemas telemáticos o de análoga naturaleza para la práctica de actuaciones procesales"*. En tal sentido se ha hecho la deliberación y lectura previa por parte de los tres componentes de la Sala del presente auto, y se hace constar expresamente la conformidad con el texto redactado y con su parte resolutoria, obteniendo así la finalidad de la adopción de medidas específicas para evitar los desplazamientos, la propagación de las situaciones de contagio y atendiendo tanto la normativa del RD 463/20, de 14 de marzo y del RDL 10/20, de 24 de marzo, así como a las instrucciones dictadas por el CGPJ y los diversos acuerdos de nuestra propia Sala de Gobierno.

**SEXTO.-** Contra la presente resolución interlocutoria y cautelar no cabe recurso alguno y tampoco es objeto de imposición de cualesquiera cargas de caución o costas por recordar ya que el art. 79 1. 3 de la LRJS establece que los sindicatos, en cuanto ostentan la representación colectiva de sus intereses, están exentos de prestación de caución, garantía e indemnizaciones y medidas cautelares que pudieran acordarse, y así expresamente se evita la aplicación de los arts. 746 y 747 de la LEC.

En virtud de todo lo expuesto.

## PARTE DISPOSITIVA

Esta Sala acuerda estimar parcialmente las medidas cautelarísimas formuladas por el Sindicato ELA, y en consecuencia acordamos:

1º) Admitir a trámite la demanda correspondiente a la tutela de derechos fundamentales en su admisión de actividad probatoria y señalamiento que citaremos.

2º) Estimar en lo esencial las medidas cautelarísimas, sin perjuicio de la propuesta de celebración ulterior en comparecencia prevista, que también se citará.

3º) Requerir a la empresa Ambuibérica SLU para que con carácter urgente e inmediato, y en tanto dure la vigencia de la pandemia Covid-19, que cumpla las medidas aprobadas en los protocolos vigentes, en la medida en que no lo esté cumpliendo, y que provean a las plantillas de trabajadores de la empresa según relación de trabajadores de riesgo y contacto que hemos referenciado (según corresponda a cada puesto de trabajo) de los tests de detección de anticuerpos COVID-19, en los términos señalados por los Protocolos ministeriales (8-4-2020).

Sin costas, sin caución.



Contra este no cabe recurso alguno

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ