



Roj: **ATSJ PV 10/2020 - ECLI:ES:TSJPV:2020:10A**

Id Cendoj: **48020340012020200007**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **17/04/2020**

Nº de Recurso: **14/2020**

Nº de Resolución: **14/2020**

Procedimiento: **Derechos Fundamentales**

Ponente: **JOSE LUIS ASENJO PINILLA**

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: 00.01.4-20/000031

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.34.4-2020/0000031

PROCEDIMIENTO DE LA SALA N.º / SALAKO ERREKURTSOAREN ZK.: 14/2020

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

Sobre / Gaia : TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

DEMANDANTE/S/ DEMANDATZAILEA : E.R.N.E. ABOGADO/ ABOKATUA: VANESSA ZUAZO GONZÁLEZ

PROCURADOR / PROKURADOREA: ITZIAR OTALORA ARIÑO

DEMANDADO/S / DEMANDATUA : GOBIERNO VASCO-EUSKO JAURLARITZA y MINISTERIO FISCAL.

A U T O N° 14/2020

ILMOS./ILMA. SRES./SRA. PRESIDENTA:

D.ª GARBINE BIURRUN MANCISIDOR

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA

D. JOSÉ FÉLIX LAJO GONZÁLEZ

En Bilbao, a 17 de abril de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Sindicato Ertzainen Nazional Elkartasuna (ERNE) solicita la adopción de medidas cautelares y sin previa audiencia de las partes, ante esta Sala. Evento que ha tenido lugar el 16 del mes en curso. No obstante, ha presentado un escrito en el día de hoy acompañando un documento que no adjuntaba en origen, pese a que decía haberlo hecho.

SEGUNDO.- Dicha solicitud va dirigida contra el Gobierno Vasco -Consejería de Seguridad- (GV). Dice afectar a todos los funcionarios/as de la Ertzaintza-Policía Autonómica del País Vasco-.

TERCERO.- Se registró el mismo día que se ha reseñado, con el num. 14/2020.

Ha sido designado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla.



CUARTO.- Tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente, acaba solicitando que se implementaran con carácter urgente e inmediato y en relación al colectivo nominado en nuestro segundo apartado, las siguientes medidas:

"...1.- Realizar el test de coronavirus a todos los miembros de la Ertzaintza, siempre y cuando se disponga de los medios necesarios para la práctica de dicha prueba, a fin de aislar a los posibles agentes contagiados, evitando así la propagación de la enfermedad.

2- Exigencia de la práctica de una segunda prueba a todos los ertzainas positivos o que hayan 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 efectivamente han superado definitivamente la enfermedad y evitar el riesgo de seguir contagiando a sus compañeros y a la ciudadanía cuya seguridad tienen encomendada.

3- Que se proceda a realizar los test de coronavirus a todos aquellos funcionarios/as de la Ertzaintza que hayan estado en contacto con una persona que haya dado positivo en covid-19 y en caso de que el resultado de esa prueba diera positivo después de haber estado en aislamiento por la enfermedad y antes de reincorporarse al trabajo, se le realice un segundo test a fin de comprobar si efectivamente ha superado la enfermedad, en aras a evitar la propagación de la enfermedad...."

QUINTO.- Se ha procedido a la deliberación y votación sobre la medida instada. Realizándose de forma no presencial por medios técnicos-telemáticos; atendiendo a la recomendación de que siempre que sea posible se utilicen tales sistemas u otros de análoga naturaleza, para la práctica de las actuaciones procesales.

Todo ello 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 y las posteriores de 8 y 2 de abril, todas de 2020.

SEXTO.- Igualmente, los tres componentes de la Sala ratifican el contenido de esta resolución. Por ende y de manera expresa, dan su conformidad al texto redactado y a su parte dispositiva. Se cumple así con la finalidad de evitar los desplazamientos, la propagación de las situaciones de contagio y la urgencia de la materia analizada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- ERNE reivindica y a través de las medidas ya expuestas en nuestros antecedentes de hecho, la protección del derecho fundamental a la integridad física de los funcionarios/as de referencia. Decisión que a su juicio tiene que adoptarse de manera inmediata y urgente, de ahí la solicitud que sea sin dar audiencia de contrario. Señala en ese sentido que la naturaleza de las tareas que ejecutan les supone estar en relación directa con el ciudadano, incluso aplicar el contacto físico en muchos casos; pero es que además, continúa, también se relacionan entre ellos/as y han de trabajar en equipo. De tal manera, sigue diciendo, esas actuaciones conllevan una elevada exposición al contagio del COVID-19 y con el consiguiente riesgo. A lo cual une que no se les están efectuando pruebas ni tests para detectarlo, por parte del GV.

SEGUNDO.- Sostiene su petición en los arts. 79 y 177, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS); los arts. 721, 728.1 y 733, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); y el art. 130, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.

Puestos a su vez en relación, continúa, con el art. 14, de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (RD) y el apartado tercero de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo (la Orden, en delante), por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

TERCERO.- La medida cautelar articulada contiene una serie de pretensiones que, según la Ley, han de conocerse por el orden jurisdiccional de lo Social, conforme al art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Puesto en relación con el artículo 2. e), de la LRJS, expresamente invocado por la parte actora.

Es competencia de esta Sala y actuando en instancia, de acuerdo a lo establecido en el art. 7, de este último Texto. Y si bien podrían existir problemas interpretativos sobre esa asignación, creemos que esas dudas quedaron despejadas por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24-6-2019, rec. 123/2018.

No obstante lo anterior, ante cualquier duda competencial sobre todo a la vista del escrito de ERNE y la cita de preceptos de alguna manera sujetos a una interpretación un tanto equívoca, incluso discordante desde una perspectiva procesal -por ejemplo los arts. 2.e) y el 177-, optaremos por ratificar nuestra competencia. A tal



fin, invocamos el principio de tutela judicial efectiva - art. 24.1, de la Constitución-; puesto en relación con la urgencia que preside la medida propugnada y a la postre evitar un innecesario peregrinaje entre Juzgados.

CUARTO.- Las medidas cautelares han de adoptarse, en principio, tras ser oídas las partes. Así lo establece el art. 180.5, puesto en relación con el art. 76.1, de aplicación supletoria; ambos de la LRJS.

También es lo usual que la parte actora las solicite coincidiendo con la presentación de la demanda o con posterioridad a la misma. Sin embargo, ERNE no ha articulado esa demanda en el caso que nos ocupa. Entiende que concurren las razones de urgencia y/o necesidad establecidas que justificarían un pronunciamiento previo a dicha formulación.

Mismas razones que le llevan a solicitar que se dicten sin que se conceda previa audiencia al GV, omitiendo también la correspondiente vista. Supuesto de carácter extraordinario, aún más si cabe.

QUINTO.- Enlazando con lo anterior hay que dirimir acto seguido si concurre la doble excepcionalidad ya comentada. Es decir, si hay apariencia y subrayamos ese término pues no requiere de una prueba plena, de que de no adoptarse la medida precautoria, pudiera peligrar la vida o la integridad física del personal que conforma la Ertzaintza.

La respuesta ha de ser positiva por argumentos comunes y de acuerdo a lo que a continuación exponemos.

En este orden de cosas, son notorios los desgraciados efectos que está produciendo el COVID-19. Son igualmente conocidas las rápidas, letales o mórbidas consecuencias que está generando. La ciudadanía conoce el fenómeno, así como la también necesidad de observar determinadas medidas de protección y comportamiento en orden a paliar tales efectos, en lo posible. También la Administración ha tenido que declarar el estado de alarma en el RD 463/2020; posteriormente prorrogada.

Situación extraordinaria de la que igualmente se hacen eco las diversas resoluciones judiciales dictadas en supuestos similares al que hoy nos ocupa; es decir medidas cautelares sin audiencia de contrario. Baste como ejemplo el reciente auto de esta Sala de 15 de abril de 2010, num. 13/20120, y donde también nos hacíamos eco de la situación de estos funcionarios -tercer párrafo, del también tercer fundamento de derecho-

Continuando con nuestro hilo argumental, ese riesgo de contagio es extensible al personal afectado por la solicitud en curso. Compartimos con el Sindicato compareciente los supuestos que describe en su escrito como factores que puedan incidir en esa desgraciada consecuencia. Destacaremos a tal fin la relación directa que ha de mantener con el ciudadano; incluso la necesidad de aplicar el contacto físico con el mismo, a veces de manera forzada, impidiéndole, a su vez y en esos casos, mantener cualquier tipo de las cautelas preestablecidas con carácter general.

Obligaciones que se infieren de manera específica de los nums. 2, 6 y 7, del apartado primero, al igual que el cuarto y quinto, de la susodicha Orden.

SEXTO.- La Orden de referencia establece una concreta regulación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por extensión a los de la Policía de las Comunidades Autónomas, en materia de "*Autoprotección y vigilancia de la salud*".

Nos estamos refiriendo a su apartado tercero. Refiere lo siguiente:

" 1. Los funcionarios policiales incluidos en el ámbito de aplicación de esta Instrucción, independientemente de su Cuerpo de pertenencia, tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Se observarán en todo caso las recomendaciones e instrucciones impartidas en cada caso por las Autoridades sanitarias en relación con la prevención de la transmisión del coronavirus COVID-19.

2. Las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil, así como las Autoridades de las que dependen los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales adoptarán las medidas necesarias para que los equipos de trabajo de su personal involucrado en las actuaciones objeto de la presente regulación sean adecuados para garantizar su seguridad y salud en el cumplimiento de las funciones previstas, velando por su uso efectivo y correcto, y procurando la necesaria vigilancia y seguimiento del estado de salud de los mismos.

3. Los distintos Cuerpos policiales informarán periódicamente a la Secretaría de Estado de Seguridad, conforme a lo previsto en el apartado primero, letra b) de la instrucción sexta, de los casos de infección por el coronavirus COVID-19 que se puedan producir entre sus respectivos integrantes así como del personal sometido a cuarentena o medidas de aislamiento, sin perjuicio de las comunicaciones que en otros ámbitos territoriales o competenciales se puedan producir".



También vemos conveniente recordar la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12-1-2006, 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. Así, aunque indicaba 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...". También destacaba que ello no era óbice para que igualmente fuera "...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."

SÉPTIMO.- Sentadas estas bases ha llegado el momento de pronunciarse sobre las tres peticiones que se articulan y en orden a su pertinencia. Siempre partiendo de que tal como reseñábamos en el fundamento de derecho que precede " *tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*".

Partiremos de que realizar los tests solicitados es incardinable en esa protección reconocida y sobre todo desde el punto de vista de que sea eficaz, elemento este fundamental para garantizarla. Así, es público que la Administración Sanitaria pretende extenderlos a una proporción importante de ciudadanos. Por lo cual sería ilógico la exclusión de un colectivo que puede ser más sensible que otros al riesgo y por ende a la necesaria verificación del contagio

Igualmente precisamos que existen varios tipos de prueba bajo esa denominación genérica. La falta de precisión de la parte actora nos impide pronunciarnos al respecto. De tal manera que nos mantendremos también en esa indeterminación.

OCTAVO.- Lo reivindicado por ERNE no hace distinciones laborales y parte de una equiparación absoluta, cuando menos aparente, pues por los términos que emplea en su expositivo pudiera inferirse alguna distinción.

Sin embargo, entendemos que han distinguirse hasta cuatro situaciones diferentes. Y en función del riesgo que tiene cada ertzaina a la hora de ejecutar el trabajo encomendado.

Así, no puede ser el mismo aquel que realiza las tareas que venimos resaltando

-relación directa con el ciudadano y necesidad de aplicar el contacto físico-, que aquellos otros/as que no tienen ese contacto público ciudadano. Es evidente que las posibilidades de contraer el COVID-19, no son iguales; pues tampoco lo es la exposición; siempre a priori y en términos generales. Estas referencias se corresponden con los dos primeros.

Distinguidos esos dos colectivos, pasemos al tercero. Afecta a la denominada "*segunda prueba de los ertzainas positivos*"; y contemplada desde la perspectiva de vuelta inmediata a sus tareas habituales.

Finalmente, el cuarto y último, está constituido por los que el escrito iniciador de estas actuaciones configura como los "*que hayan estado en cuarenta por contacto con alguna persona contagiada*". Nuevamente desde el punto de vista de su reincorporación al trabajo.

NOVENO.- La implementación de esas medidas y visto lo argumentado, no puede tener un tratamiento paralelo e indiscriminado desde la perspectiva de la urgencia e inmediatez que se reivindica para toda la Ertzaintza.

Aunque sea solo terminológicamente, ERNE habla solo de "*Exigencia*", en relación a los colectivos que hemos reseñado en tercer y cuarto lugar. Del resto, o sea respecto a los que son nuestros dos primeros, matiza que "*siempre cuando se disponga de los medios necesarios para la práctica de dicha prueba*".

Por tanto, en un primer escalón y a su vez con una doble inclusión, han de estar los ertzainas que en su momento dieron positivo. Así como aquellos que han finalizado la cuarentena estipulada por haber tenido contacto con alguna persona contagiada. Obligación que establecemos que es inmediata e incondicionada y siempre previa a su reincorporación laboral.

Luego y en función de la disponibilidad material de dichos tests, dicha prueba ha de efectuarse a los que estén en contacto con la ciudadanía.

Finalmente a todos los anteriores, los que realicen sus tareas sin tal contacto ciudadano.

DÉCIMO.- Contra el presente auto no cabe recurso y de acuerdo a lo establecido en el art. 733.3, de la LEC. Y sin costas.

UNDÉCIMO.- De acuerdo a lo establecido en el num. 1, del art. 79, de la LRJS, la vigencia de lo aquí decidido únicamente se mantendrá durante veinte días, contados a partir de la notificación de esta resolución, de no interponerse la correspondiente demanda. Asimismo, se celebrará la audiencia establecida en el art. 180.5, de la LRJS, el próximo día 29, a las 11 horas, quedando las partes notificadas de la misma e igualmente, con la presente resolución.



Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos en lo sustancial la solicitud de medidas cautelares y sin previa audiencia de las partes, contenidas en el escrito presentado por el Sindicato Ertzainen Nazional Elkartasuna, y, en su consecuencia, requerimos al Gobierno Vasco - Consejería de Seguridad-, para que de manera urgente e inmediata proceda a efectuar el test de coronavirus 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 acabamos de realizar. Sin costas

Notifíquese esta resolución a las partes.

MODO DE IMPUGNARLA: Contra la presente, no cabe recurso.

Auto 17.04.2020 Medidas cautelares 14/2020

DILIGENCIA.- 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.