



Roj: **AJSO 52/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:52A**

Id Cendoj: **15030440022020200001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **06/05/2020**

Nº de Recurso: **275/2020**

Nº de Resolución: **42/2020**

Procedimiento: **Medidas cautelares previas**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **XDO. DO SOCIAL N. 2 A CORUÑA**

AUTO: 00042/2020

**Tfno:** 981-.127/126

**Fax:** 981-185.125

**Correo Electrónico:** Social2.coruna@xustiza.gal Equipo/usuario: MC

**NIG:** 15030 44 4 2020 0001692

Modelo: N25700

### **MCC MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS 0000275 /2020**

Procedimiento origen: /

Sobre: ORDINARIO

**DEMANDANTE/S D/ña:** COLEGIO OFICIAL DE DIPLOMADOS EN ENFERMERIA DE A CORUÑA

**ABOGADO/A:** ANGEL MARIA JUDEL PEREIRA

**PROCURADOR: GRADUADO/A SOCIAL:**

**DEMANDADO/S D/ña:** FUNDACION URGENCIAS SANITARIAS 061, SERVICIO GALEGO DE SAUDE SERGAS ,  
CONSELLERIA DE SANIDADE

**ABOGADO/A: , ,**

**PROCURADOR: , ,**

**GRADUADO/A SOCIAL: , ,**

**AUTO**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 27/04/20 se presenta escrito en nombre y representación del Colegio Oficial de Enfermería de A Coruña en cuya virtud solicita que se adopten de manera inmediata las siguientes medidas:

*1ª) La entrega inmediata y urgente, en el plazo de cinco días, de máscaras filtrantes FFP3 de protección contra partículas, homologadas conforme, como mínimo, a la norma UNE-EN 149:2001+A1:2010, a todo el personal de enfermería del Servicio Galego de Saúde, con el uso, recambio y periodicidad que las normas preventivas y el fabricante de los dispositivos indiquen. En caso de no ser posible la entrega de mascarillas FFP3 a todo el personal de enfermería, mediando la adecuada justificación, se deberá entregar mascarillas FFP3 al personal de enfermería que tenga "exposición de riesgo" (profesionales con asistencia a pacientes sintomáticos), y mascarillas de tipo FFP2, al resto del personal de enfermería de todos los servicios y unidades de salud.*



2ª) El cese inmediato de la entrega al personal de enfermería del Servicio Galego de Saúde de mascarillas de tipo quirúrgico para su uso como Equipo de Protección Individual, con la correlativa información y comunicación fehaciente de esta circunstancia a todo el personal.

3ª) La entrega inmediata y urgente, en el plazo de cinco días, del resto de Equipos de Protección Individual. Como mínimo los indicados a continuación:

a) Guantes de protección contra los productos químicos y los microorganismos peligrosos, homologados de acuerdo con la norma UNE-EN ISO 374.5:2016.

b) Ropa de protección contra agentes biológicos, que incluya, como mínimo, mono o buzo con capucha, calzas, y delantales de protección química; toda ella homologada de acuerdo con la norma UNE-EN 14126:2004.

c) Gafas de montura integral y pantalla facial para todo el personal de enfermería que tenga "exposición de riesgo", homologadas de acuerdo con la norma UNE EN 166.

4ª) La realización inmediata y urgente de test PCR, en el plazo de cinco días, de forma escalonada y progresiva, de mayor a menor a nivel o grado de exposición al COVID-19, a todo el personal de enfermería. Los test deberán repetirse con la cadencia y periodicidad necesaria especificada por la autoridad sanitaria para identificar la irrupción periódica de nuevos contagios.

5ª) La realización inmediata y urgente de test PCR, en el plazo diez días, a todos los pacientes y/o acompañantes ingresados en los servicios hospitalarios por patologías distintas a la infección de COVID-19, que estén en la actualidad o en el futuro en los servicios sanitarios en régimen de hospitalización. Los test deberán repetirse con el cadencia y periodicidad necesaria especificada por la autoridad sanitaria para identificar la irrupción periódica de nuevos contagios.

6ª) La preparación, elaboración, y realización, en el plazo de diez días, con un específico cronograma por centro de trabajo y unidad, de forma inmediatos y urgentes, de planes de formación específica en riesgos biológicos y en equipos de protección de individual frente a riesgos biológicos que, dada la particularidad de prestaciones profesionales, habrá de ser específico para todo el personal de enfermería. Particularmente, y como mínimo, los planes formativos contarán con:

a) Formación e información en materia de riesgo de contagio por la incidencia del COVID-19;

b) Precauciones que deberán tomar para prevenir la exposición;

c) Disposiciones en materia de higiene;

d) Utilización y empleo de equipos y trajes de protección;

e) Manipulación, depósito y eliminación sin riesgos de los residuos contaminados, con sospecha de contaminación o con riesgo objetivo y potencial de contaminación por COVID-19;

f) Medidas que deberán adoptar los trabajadores en el caso de incidente y para la prevención de incidentes.

7ª) La protocolización inmediata, en el plazo de cinco días, de un plan específico de manipulación, depósito y eliminación sin riesgos de los residuos contaminados, con sospecha de contaminación o con riesgo objetivo y potencial de contaminación por COVID-19 en cada centro de trabajo, que incorpore un específico plan formativo a aplicar en cada uno de ellos, adscrito a los organismos indicados.

**SEGUNDO.**- El referido escrito fue turnado a este Juzgado de lo Social núm. Dos de los de A Coruña y registrado como procedimiento de medidas cautelares MCC - 275/2020,

**TERCERO.**- Por Diligencia de ordenación de fecha 27/04/20 se solicitó aclaración de los términos de dicho escrito, siendo presentado nuevo escrito en fecha 28/04/20, que consta en autos.

**CUARTO.**- Por nueva Diligencia de fecha 29/04/20 se da traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informe sobre la competencia de este juzgado para conocer de la solicitud formulada. En fecha 05/05/20, el Ministerio Fiscal informa negativamente sobre la competencia en los términos que se dan por reproducidos. Asimismo, el Colegio Oficial de Enfermería presenta nuevo escrito de fecha 05/05/20, cuyo contenido se da por reproducido.

**QUINTO.**- Con fecha 06/05/20 se pasan los Autos para decidir sobre la inadmisión de la solicitud.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se ha planteado por el Colegio Oficial de Enfermería de A Coruña una medida cautelarísima, consistente en la adopción de las medidas que se han recogido en el Antecedente de Hecho primero anterior.



Y a la vista de lo peticionado y de las condiciones concurrentes (acción ejercitada) se ha dado traslado al Ministerio Fiscal, que ha considerado la falta de jurisdicción, de competencia y, también, de legitimación.

**SEGUNDO.-** 1.- Según lo dispuesto en el art. 79.1 LRJS: «Las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia se registrarán por lo dispuesto en los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes, si bien podrá anticiparse en forma motivada la efectividad de las medidas cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar»; esto es, se trata de una medida a adoptar antes de la presentación de la demanda propiamente dicha, por lo que los presupuestos procesales deben cumplirse en los mismos términos que los exigibles para aquélla, puesto que la medida cautelar o, como en este caso, cautelarísima (al solicitarse su adopción *inaudita parte*) no puede existir ni tiene sentido sin la interposición de una futura demanda, y de ello se infiere que de no concurrir competencia o la legitimación para impetrar la tutela judicial del pleito principal (ejercitar la acción que subyace) tampoco se darán respecto de la medida cautelar. Es lo que cifra el artículo 723.1 LEC, al que se remite el precepto procesal laboral antes reproducido, que señala que «[s]erá tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal», con lo que será obligado, conforme al artículo 725 LEC (sobre medidas cautelares) a examinar «de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial»; lo que es un reflejo de lo que norma el artículo 5 LJS al regular la apreciación de oficio de la falta de competencia o de jurisdicción. Es cierto -y se está adelantando el óbice que se podría esgrimir por el solicitante, que en el párrafo segundo del artículo 725 LEC se permite la adopción de medidas cautelares (bajo las circunstancias que se recogen en él) aunque el órgano no sea competente, pero sólo si no lo fuere territorialmente, no cuando la falta de competencia - como en este caso- sea la objetiva. En definitiva, la competencia vendrá determinada por la demanda principal o, cuando menos, por la acción que pretende ejercitar y lo mismo cabe señalar respecto de la legitimación, razón precisamente por la que el actor fue requerido a fin de que concretase su acción, especificando que pretende la protección de la vida e integridad física y psicológica de los trabajadores, derivado del incumplimiento de medidas específicas en materia de prevención y riesgos laborales; y ello por la modalidad procesal específica de tutela de derechos fundamentales; será, entonces, esta acción la que condicione los presupuestos procesales a los que se hacía referencia anteriormente y que deben concurrir también para la adopción por este órgano judicial de la medida cautelar anudada a aquélla.

En este punto es preciso recordar que el artículo 2.e) LJS atribuye a la jurisdicción laboral el conocimiento de las pretensiones que traten de «garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral»; por lo tanto, al menos desde un punto de vista genérico, es cierto que el conocimiento de una pretensión que trata de asegurar prevención de riesgos laborales corresponde al orden social, sin embargo, habría que determinar si este concreto Juzgado de lo Social tiene competencia no ya territorial, sino objetiva para conocer de dicha pretensión; y, también, si concurre legitimación del actor en relación con la acción ejercitada. Básicamente (aunque no de forma exclusiva) la pretensión relativa a la prevención de riesgos laborales puede plantearse a través de dos vías procedimentales distintas: una, la tutela de los derechos fundamentales; y otra, la del conflicto colectivo. Pues bien, el Colegio ha aclarado en su escrito de 27/04/20, tras el requerimiento efectuado- que lo que ha ejercitado es una tutela de derechos fundamentales y a ello habrá que ceñirse.

2.- Llegados a este punto, entonces, la primera conclusión que se extrae es que, si la acción realmente ejercitada por el Colegio Oficial de Enfermería de A Coruña es la de tutela de derechos fundamentales para proteger el derecho a la salud de sus colegiados y colegiadas en materia de prevención de riesgos laborales, es obvio que carece de legitimación activa o legitimación *ad procesum*, porque el artículo 177.1 LJS, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 17.2, la reduce al trabajador o al sindicato («[c]ualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso...»), por lo que ningún otro ente, organismo o persona física o jurídica podría ejercitar una acción para la protección de un eventual derecho fundamental lesionado; de hecho, la única posibilidad que se prevé en el propio artículo 177, en su párrafo segundo, de participación de una persona distinta al trabajador afectado es la del sindicato o de una entidad pública o privada, pero sólo para el caso de discriminación, y exclusivamente como coadyuvante («En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos



de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado»). En otras palabras y con respecto a este asunto, si los interesados son los colegidos, sólo éstos podrían ejercitar la acción cuya estimación se pretende, sin que el Colegio tenga no ya legitimación activa (pueda demandar dicha tutela), sino que -incluso- no podría participar ni como coadyuvante en el pleito que se sustanciase en su caso; y no se trata de una legitimación *ad causam* que tendría que resolverse respecto del fondo y una vez celebrado el juicio con la sentencia, sino de otra *ad procesum*, que es presupuesto procesal y exige examinarla con la presentación de la demanda. Es más, incluso respecto de la primera se ha llegado a afirmar que el órgano judicial debe analizar el presupuesto básico o constitutivo de la relación jurídico procesal de la legitimación activa, o legitimación *ad causam*, aunque su inexistencia no haya sido alegada por las partes ( STS 03/03/06 Rev. 17/04) con base en jurisprudencia civil ( SSTS 30/01/96 EDJ 23; 26/04/01 EDJ 5100; 15/10/02 EDJ 39398 y 16/05/03 EDJ 17169) en la que se afirma que tal legitimación se constituye en cuestión ligada indisolublemente al interés legítimo que hay que poseer para accionar y ejercitar el derecho a la tutela efectiva de tales intereses (artículo 24.1) y que, como tal, puede ser examinada de oficio por el órgano jurisdiccional.

Y todo ello, al margen de que, en caso de se pudiese llegar a sostener que ostenta dicha legitimación por sus colegidos, estaría acumulando acciones que no lo pueden ser (artículo 26.1 LJS), de tal forma que la pretensión relativa a cada uno de los colegidos debería tramitarse a través de una demanda separada; esto es, identificando cada uno de los colegidos y presentando una demanda individual por cada uno de ellos.

3.- Por agotar todas las posibilidades argumentativas, la otra vía para plantear esa protección para un colectivo laboral es precisamente la modalidad procesal de conflicto colectivo, que, a la vista de lo que se suplica y como certeramente ha señalado el Ministerio Fiscal, es el adecuado para dar satisfacción a una pretensión como la planteada. Y lo es, puesto que el artículo 153.1 LJS atribuye a esta modalidad la tramitación de «las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo»; en este caso, se trata de un grupo genérico de trabajadores y lo que se atribuye a los futuros demandados es un comportamiento o ausencia de él contrario a las normas de prevención de riesgos laborales de los primeros. Por lo tanto, es esta la modalidad a través de la que debería haberse tramitado la demanda planteada, pues incluso se admite respecto de funcionarios y personal estatutario de los servicios de salud ( STS 10/04/13 EDJ 55486), sin embargo, de haber sido esta la modalidad elegida -que, según el Colegio en su aclaración, no lo es- concurriría nuevamente una falta de legitimación activa y, además, otra de competencia de este Juzgado de lo Social.

De manera sucinta, la falta de legitimación activa, nuevamente *ad procesum*, deriva del artículo 154 LJS, pues en él se limita expresamente la legitimación activa para promover los procesos sobre conflictos colectivos, dependiendo de su ámbito, a los sindicatos, asociaciones empresariales, empresarios o representación legal o sindical, Administraciones Públicas empleadoras, asociaciones representativas de los TRADE; sin embargo, entre estos sujetos no se encuentra un Colegio profesional, lo que implica que carecería de legitimación activa, con independencia de su ámbito.

Además, en los términos en que se ha planteado el conflicto, este Juzgado de lo Social carecería de competencia objetiva, que no territorial como indica el solicitante de la medida; y ello, aunque el solicitante haya manifestado una petición subsidiaria en el sentido de restringir los efectos del conflicto (pese a que aclara que no se trata de uno de esa clase)-, porque no es dable dividir un conflicto para alterar las reglas de la competencia, que -se insiste- es objetiva y no territorial, lo que excluiría -como se ha adelantado- la regla excepcional del 725 LEC (al margen de que la competencia territorial tampoco es disponible en el orden social, tal y como previene el artículo 5.1 LJS). No se debe olvidar que, una vez determinado que el orden jurisdiccional competente es el social, se hace preciso concretar, al existir varios órganos competentes, a cuál le corresponde resolverlo en única instancia, en atención al objeto del proceso o de la naturaleza de las pretensiones ejercitadas; y esa concreción se hace a través de la competencia objetiva ( SSTS 21/06/10 EDJ 145248; 10/06/09 EDJ 151109; y 20/09/07 EDJ 184460); que es de carácter imperativo, vinculante, improrrogable e indisponible, como cualquier competencia en el orden social, y, por ello, examinable de oficio ( artículos 5 LJS y 240.2 LOPJ).

El criterio que preside la determinación del órgano competente es el del alcance territorial de los efectos del conflicto planteado ( STS 02/07/12 -rcud 2086/11-; y 17/01/12 - rco 21/11-), es decir, se determina el órgano competente para el conocimiento en instancia por la afección territorial del mismo, precisando, eso sí, que debe ser el del ámbito del conflicto ( STS 21/07/09 -rcud 3389/08-, que sistematiza las distintas posiciones jurisprudenciales), pues, por una parte, la competencia se determina por los límites reales e inherentes a



la cuestión debatida ( STS 20/12/04 -rco 44/04-), lo que supone que ni cabe extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda, o en puras conjeturas o hipótesis de futuro ( STS 25-10-04 -rcud 5046/03-); y, por otra parte, tampoco -y esto es lo determinante en este asunto- cabe ceñirse a los límites artificialmente diseñados por las partes, porque la delimitación del ámbito de afectación no se deja a la libre determinación de las partes ( SSTS 18/03/97 -rcud 3140/96- y 13/03/02 -rcud 1231/01-), pues el conflicto tiene por su alcance una proyección necesaria, que no puede ser desconocida ni quedar al arbitrio del demandante para que ésta configure el objeto del proceso a medida de su legitimación.

Y es evidente que, planteado como ha sido el presente conflicto colectivo, concurriría una falta de competencia objetiva, pues el artículo 7.a) LJS atribuye a las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de «los procesos sobre las cuestiones a que se refieren las letras f), g), h), j), k) y l) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, así como de todos aquellos que expresamente les atribuyan las leyes»; y en este supuesto, la medida se extiende -siquiera la parte la restrinja en una petición subsidiaria- a todos centros sanitarios que se ubican dentro de la Provincia de A Coruña, en las que prestan servicios los colegiados del Colegio Provincial y, por tanto, correspondientes a circunscripciones judiciales distintas, lo que comporta que la competencia para decidir sobre dicha pretensión le corresponda a la Sala de lo Social y no a un Juzgado de lo Social. En sus escritos la parte actora pretende sostener que la competencia territorial le permite presentar la demanda en A Coruña, mas, primero, si se tratase de un proceso de tutela de derechos fundamentales carecería de legitimación y, en todo caso, debería dividir esta demanda en tantas como colegiados, lo que supondría que la competencia territorial tampoco sería en todos los casos los Juzgados de A Coruña, sino sólo en los supuestos de los colegiados que prestasen sus servicios en centros ubicados en esta circunscripción; y, segundo, de tratarse de un conflicto colectivo, el ámbito del mismo sería provincial como poco, sino autonómico o, incluso, nacional -dadas la asunción de competencias por parte del Ministerio de Sanidad-, con lo que este Juzgado carecería de competencia no territorial, sino objetiva.

4.- En el supuesto enjuiciado, sin pretender con ello menoscabar o poner en duda -en modo alguno- la razonabilidad y necesidad de las medidas requeridas por un colectivo que, sin duda alguna, merece nuestro más profundo respeto, agradecimiento y admiración, se ha señalar que atendiendo los términos en que se redacta la solicitud inicial el Colegio carecería de legitimación activa para el planteamiento de la medida (articulada a través de un proceso de tutela de derechos fundamentales) y, de haberlo hecho a través del de conflicto colectivo, también y, además, concurriría una incompetencia objetiva.

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

#### **PARTE DISPOSITIVA**

SE INADMITE, la solicitud formulada por el Colegio Oficial de Enfermería de A Coruña por falta de legitimación activa, acordándose en consecuencia, el archivo de las actuaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, y frente a ella cabe formular RECURSO DE REPOSICIÓN.