

**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: 00.01.4-20/000033

AUTOS DE LA SALA N.º / SALAKO AUTOEN ZK.: 16/2020
Sobre / Gaia: MEDIDAS CAUTELARES

DEMANDANTE/S / DEMANDATZAILEA: COMISIONES OBRERAS DE EUSKADI
ABOGADO / ABOKATUA: JESUS GONZALEZ MARCOS

DEMANDADO/S / DEMANDATUA: SERVICIO VASCO DE SALUD OSAKIDETZA

AUTO N° 15/2020

ILMOS./ILMA. SRES./SRA.

PRESIDENTE

D. PABLO SESMA DE LUIS

MAGISTRADA/O:

D^a. ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA (PONENTE)

D.- JUAN CARLOS BENITO-BUTRÓN OCHOA

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El 17 de abril de 2020 la confederación sindical CCOO de Euskadi presentó ante esta Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, solicitud de medidas cautelarísimas “inaudita parte” frente a OSAKIDETZA-Servicio Vasco de Salud y Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, en materia de prevención de riesgos laborales al amparo del art.79.1 LRJS y 733 LEC (sin audiencia del demandado), en la que tras exponer los hechos y el sustento jurídico que tuvo por conveniente, concluía solicitando que se requiriera al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y Osakidetza para que de forma inmediata y urgente y durante la vigencia del estado de alarma procedieran a:

1º) Poner a disposición de todo el personal que presta servicios en los centros de trabajo de Osakidetza de test suficientes para la evaluación del Covid 19 ya sea por Test rápidos o Test prueba PCR y se proceda a su realización de forma inmediata;

2º) De forma subsidiaria, en el caso en que no fuera estimada la primera petición, que se ponga a disposición del personal de Osakidetza que haya estado en contacto, sea causal o no, con pacientes posibles o confirmados Covid 19 sin equipos de protección individual, de test suficientes para la evaluación del Covid 19, ya sea por test rápidos o por Test prueba PCR.

SEGUNDO La referida petición de medidas cautelares “inaudita parte” se formuló de forma aislada, esto es, no formando parte de una demanda en la que se actuara una concreta acción colectiva por la confederación sindical frente a Osakidetza y al Departamento de Sanidad.

TERCERO Recibida la anterior solicitud de medidas cautelares el día 17 de abril de 2020 se registró con el nº 16/2020 y fue designada Magistrada Ponente el Ilmo. Sra. Magistrada Doña Ana Isabel Molina Castiella.

CUARTO Se ha procedido a la deliberación sobre la medida cautelarísima instada inaudita parte instada 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 Como resulta de los antecedentes expuestos, se interesa del Tribunal la adopción de una medida cautelar urgente y sin audiencia de la parte demandada, con

apoyo en el art.79 LRJS y 733 LEC, medida instada de modo previo a la interposición de demanda como autoriza el art.730.2 LEC.

Es competente esta Sala de lo Social de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 e) LRJS en relación con el art. 9.5 LOPJ, al versar 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, funcionarial 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 (rec. 22/2018), lo que hemos expuesto recientemente en los Autos de 3 y 15 (2) de abril de 2020, al pronunciarnos sobre medidas cautelares "inaudita parte" en la pieza de medidas cautelares 1/2020, en la demanda 12/2020 y pieza de medidas cautelares 4/2020, 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 también 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 La confederación sindical CCOO de Euskadi nos recuerda que solicita estas medidas urgentes y del modo en que se insta, en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, en una situación de emergencia de salud pública constitutiva de una pandemia internacional 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 concurra 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 “inaudita parte” que Osakidetza ponga a disposición de todo el personal que presta servicios en sus centros de trabajo de test suficientes para la evaluación del Covid 19 ya sea por test rápidos o test prueba PCR procediéndose a su realización de forma inmediata y urgente y durante la vigencia del estado de alarma; de forma subsidiaria, lo interesado es que se ponga a disposición del personal de Osakidetza que haya estado en contacto con pacientes posibles o confirmados Covid 19, sin equipos de protección individual, sea casual o no (la solicitud indica “causal” pero consideramos que se trata de un error de transcripción), de test rápidos o test prueba PCR para la evaluación del Covid 19.

Ambas peticiones principal y subsidiaria se sostienen en las cifras que obran en el Anexo I del documento acompañado a la solicitud con el número 3, emitido por la Comisión Corporativa de Seguridad y Salud Laboral de Osakidetza de 8 de abril de 2020, en el que se recogen el número de contagios entre el personal que trabaja en los distintos servicios de la demandada, 1.206 profesionales a los que se ha realizado la prueba PCR con resultado positivo, 848 profesionales a los que no se ha realizado la prueba pero que se califican como “contacto” con casos confirmados o posibles Covid 19, describiendo el citado documento la relación de puestos de trabajo afectados con el concreto número en cada uno de ellos (esto es, enfermeras, auxiliares de enfermería, médicos, celadores...), que se refleja también en la solicitud.

El documento en cuestión evidencia la realidad de la inmensa cifra de afectados entre el personal de Osakidetza, y no solamente sanitario con contacto directo con pacientes Covid 19, como se extrae del mismo.

Por su parte, la Instrucción de Osakidetza de 30 de marzo de 2020, también aportada y con la que el sindicato solicitante de la medida muestra su desacuerdo, prevé que únicamente se realicen pruebas a los trabajadores de Osakidetza que sean “**caso**” esto es, que presenten síntomas compatibles con la infección por Covid 19, no considerando “**contacto**” cuando aun habiendo atendido a casos probables o confirmados de pacientes Covid 19, han utilizado equipos de protección adecuados y estén asintomáticos, y cuando se trate de **trabajadores con contactos casuales asintomáticos que no hayan utilizado equipos de protección distingue entre contactos de bajo riesgo y contactos de alto riesgo**, y solamente para éstos segundos establece el aislamiento domiciliario durante 14 días y realización de prueba PCR cuando comiencen con síntomas a las 72 horas del inicio.

Pues bien, consideramos insuficiente ese modo de actuación de Osakidetza puesto que de las pocas certezas a día de hoy existentes en orden a la Covid 19 y en la que coinciden tanto los científicos, autoridades sanitarias, epidemiólogos y, en suma, los expertos en la materia, está en el “peligro” que representan las personas asintomáticas y, sin embargo, positivas, portadoras del virus, puesto que sin síntomas de enfermedad transmiten la infección, siendo ésta la razón por la que la OMS lleva tiempo aconsejando la realización masiva de test, y nuestro Gobierno ya ha considerado esa necesidad de realización de pruebas de detección para conocer la real incidencia del virus -el estado de la cuestión-, que considera se erige en pieza fundamental para la organización de la denominada “desescalada” (la transición desde el confinamiento a una cierta normalidad). En definitiva, la necesidad de reforzar la detección precoz para detectar los asintomáticos positivos (planteándose el ejecutivo incluso el aislamiento -voluntario- en infraestructuras habilitadas a los contagiados asintomáticos).

La necesidad y oportunidad de realizar esos test al personal sanitario de Osakidetza en contacto directo o indirecto con pacientes Covid 19 confirmados o posibles, con la finalidad de proteger su derecho a la integridad física y a la salud-y con ello, también proteger al resto de ciudadanos en cuanto pacientes-, resulta obvia y entendemos que no

precisa de mayor explicación desde la perspectiva de su salud laboral -y su clara repercusión en los pacientes y por supuesto otros contactos familiares o no-, pero también al resto de personal no sanitario de Osakidetza ante los contactos casuales o no con pacientes confirmados o posibles de Covid 19, como se explica en la solicitud -sobre todo si no llevan equipos de protección individual-, aunque no con la misma premura que al personal sanitario.

En consecuencia, y desde esta perspectiva, que es la manejada en la solicitud, ha de acogerse la medida cautelar si bien en los términos que más adelante precisaremos.

Llegados a este punto, significamos que con carácter previo al dictado de este pronunciamiento, exactamente al día siguiente de la presentación de la solicitud de medidas cautelares, el 18 de abril del año en curso, el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco ha anunciado que se van a realizar test rápidos a la totalidad de profesionales de Osakidetza, de manera progresiva y con el fin de identificar cuántos profesionales han generado anticuerpos y reforzar así su seguridad (y con ello la de las y los pacientes), indicando también que la aplicación de los test rápidos **comenzará con los colectivos de especial riesgo** (señalando el personal de las UCIs, personal de Urgencias o el que ha estado atendiendo a pacientes Covid 19 de modo directo, equipos quirúrgicos, personal de las unidades que asisten a pacientes oncohematológicos..), para posteriormente y de forma paulatina extenderse al resto de profesionales de Osakidetza.

Ahora bien, a día de hoy no se ha llevado a cabo la puesta a disposición de los test de forma más o menos general para el personal de Osakidetza ni la realización de los mismos, y por ello tiene sentido la estimación y subsiguiente adopción de la medida instada con las matizaciones que realizamos seguidamente.

En efecto, somos conscientes que esa puesta a disposición y realización de test rápidos o test prueba PCR no es posible que sea de forma inmediata y simultánea al personal de Osakidetza con posible o probable contacto laboral con el virus, algo incompatible con la realidad de las cosas, por lo que entendemos que debe acogerse la medida cautelar requiriendo a las demandadas para que de forma urgente e inmediata, pongan a disposición del personal que presta servicios en los centros de trabajo de Osakidetza, de test suficientes para la evaluación del Covid 19 ya sea por test rápidos o test prueba PCR, en concreto del personal que señalamos, y con la siguiente prioridad en esa puesta a disposición y realización de esas pruebas, siempre que esos test rápidos o test pruebas PCR no se les hubiera realizado: a) personal sanitario en contacto directo con pacientes Covid 19; b) resto del personal sanitario en contacto con pacientes; c) personal no sanitario en contacto directo o indirecto con pacientes.

TERCERO Contra la presente resolución no cabrá recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 733.2 párrafo 2º LEC.

PARTE DISPOSITIVA

Esta Sala acuerda estimar de manera parcial la medida cautelar “inaudita parte” instada por Don Jesús González Marcos en nombre y representación de la CS Comisiones Obreras de Euskadi frente al Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y OSAKIDETZA-Servicio Vasco de Salud requiriendo a las demandadas para que de forma urgente e inmediata, pongan a disposición del personal que presta servicios en los centros de trabajo de Osakidetza, de test suficientes para la evaluación del Covid 19 ya sea por test rápidos o test prueba PCR, en concreto del personal que señalamos, y con la siguiente prioridad en esa puesta a disposición y realización de esas pruebas, siempre que esos test rápidos o test pruebas PCR no se les hubiera realizado: a) personal sanitario en contacto directo con pacientes Covid 19; b) resto del personal sanitario en contacto con pacientes; c) personal no sanitario en contacto directo o indirecto con pacientes.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, contra la que no cabe recurso alguno.

Así, por este nuestro Auto, lo pronunciamos y mandamos.