



DOSSIER. Medidas económicas y sociales. Especial desescalada.

Actualización
diaria



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

DOSSIER. Medidas económicas y sociales. Especial desescalada. Actualización diaria.

16/06/2020

**Sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 3 de junio.
TOL7.957.378**

Se condena al Gobierno Vasco -Consejería de Seguridad- por haber vulnerado el derecho fundamental que tiene el personal funcionario de la Ertzaintza, a la integridad en su vertiente exclusivamente física, al haber omitido total o parcialmente las medidas de prevención laboral que le eran exigibles con motivo de la pandemia generada por el COVID-19; condenándole a estar y pasar por esta declaración, así como a realizar las actuaciones omitidas y que al momento de celebrarse la vista oral se concretan en la necesidad de suministrar a todos los agentes los medios de protección consistentes en mascarillas, gafas, guantes desechables, buzos y contenedores de residuos infecciosos. Con rechazo de las restantes peticiones deducidas en su contra.

El gobierno Vasco estima que siempre ha seguido las directrices del Ministerio de Sanidad.

La inactividad del GV no puede justificarse en estas directrices tal como argumentamos a continuación. Así, existen varias razones que confirman nuestra tesis. A saber: Siempre tomando como referencia la documentación expedida por el Ministerio de Sanidad, entendemos que no puede tener carácter normativo, ni tan siquiera se pretende por su emisor; un ejemplo claro sería su no publicación en el B.O.E.. Son meras recomendaciones y/o instrucciones -de esa manera las califica la propia Orden INT/226/2020-. Eso sí cualificadas visto su origen y el papel atribuido a ese Ministerio en la pandemia en curso. Pero nada más. Aunque les diéramos carácter "reglamentario", dicho sea esto a efectos meramente dialécticos, no por ello el Gobierno Vasco quedaría exonerado de su obligación preventiva y luego actuante en esta materia. En tal sentido, de acuerdo a la jurisprudencia del TS, tendría que acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de las exigencias reglamentarias. Finalmente, no creemos que sea posible negar que el COVID-19, conlleva un "riesgo laboral grave e inminente" y que a la par resulta "probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato"; tal como establece el art. 4.4º, de la LRPL. Por tanto, es exigible la consiguiente obligación de "la empleadora" de reaccionar de manera inmediata ante dicho evento y con el fin de intentar paliarlo o de aminorar sus negativos efectos.

Origen: Tribunal Superior de Justicia de País Vasco

Ponente: José Luis Asenjo Pinilla

Fecha: 03/06/2020

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 705/2020 **Número Recurso:** 14/2020

Numroj: STSJ PV 323/2020 **Ecli:** ES:TSJPV:2020:323



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- A la hora de concretar el origen del relato fáctico que antecede y en concordancia lo establecido en el art. 97.2, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los hechos probados primero y segundo tienen origen en la propia demanda. Son aspectos que no han sido puestos en tela de juicio de contrario y en consonancia a lo establecido en el art. 85.2, de ese mismo Texto legal.

Los ordinales tercero, quinto, séptimo a décimo noveno, vigésimo primero a vigésimo séptimo han sido extraídos de la documental aportada por las partes. No ha sido impugnada de contrario.

El vigésimo hecho probado es una resolución de esta Sala y, por tanto, conocida. Todo ello sin perjuicio de que también los litigantes la conozcan pues el propio ERNE la invoca en la demanda.

Una última precisión. Los ordinales cuarto y sexto se han elaborado en base de las normas que allí se desglosan. Y sabido es -Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), sentencias de 21-5-1966 y 20- 4-1967, por ejemplo-, que no pueden considerarse como el resultado de la práctica de una prueba en sentido estricto, dado su carácter normativo, y, en consecuencia, no sería adecuada su incorporación a estos efectos y en ese específico apartado - art. 97.2, de la LRJS-. Sin embargo, a la vista de los alegatos de las partes las consideramos de suma importancia para solventar el debate, especialmente desde una perspectiva cronológica fáctica. De ahí su mención expresa.

SEGUNDO.- El GV alega con carácter previo la incompetencia de esta jurisdicción para conocer del litigio en curso y que versa sobre una pretendida vulneración de derechos fundamentales. Cita en ese sentido el art. 2.f), puesto en relación con el art. 177, ambos de la LRJS. Alega que dichas normas únicamente son aplicables al personal laboral, lo cual no sería el caso pues todos los afectados son personal funcionario.

Tesis a la que se opone la parte actora invocando el art. 2.e), de ese mismo Texto procesal. Señala que al tratarse de una cuestión en la que está a debate la prevención de riesgos laborales, los funcionarios públicos han de dirigirse a esta jurisdicción.

No es asumible la pretensión del GV sobre este punto. Destacaremos a tal fin lo que sigue: Aun cuando no sea decisivo por lo que a continuación también diremos, apreciamos una actuación procesal un tanto contradictoria de la demandada sobre este punto. A tal efecto, no es la primera vez que estas mismas partes tienen posibilidad de efectuar alegaciones y en relación al tema que nos ocupa, cuando menos parcialmente. Recordemos que existió una vista anterior y a causa de las medidas cautelares arbitradas por ERNE como antecedente a esta demanda. Y en dicha vista nada se indicó en ese sentido. No obstante y como ya avanzábamos, no es impedimento tal silencio al ser analizable nuestra competencia y, en su caso, apreciable de oficio - art. 5, nuevamente de la LRJS-.

Tras esa matización vemos conveniente invocar el auto del TS de 6-4-2020, proc. 2/2020, ante su cercanía temporal e igualmente material al supuesto que nos ocupa. Asimismo es un Sindicato policial el que figura como peticionario y en relación a las medidas adoptadas en el curso de esta pandemia. Ratifica que éste es nuestro ámbito jurisdiccional. Argumenta en ese sentido que: " ...La demanda insiste en el derecho a la seguridad y salud laboral del colectivo representado. Ninguna duda nos cabe al respecto...". Para seguir indicando que: "...Los iniciales términos excluyentes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto de la Policía (art. 3.2) fueron prontamente



censurados por la STJUE de 12 de enero de 2006 (C-132/04), bien que distinguiendo entre sus funciones ordinarias y extraordinarias, y provocando la aprobación del RD 2/2006, de 16 de enero , por el que se establecen normas de prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía...". Por tanto: "...al menos indiciariamente, convenimos con los demandantes en que han suscitado una cuestión sobre materia propia de este orden jurisdiccional...".

En ese mismo orden de cosas y a modo de colofón, hay que citar, al igual que lo hace ERNE, el auto de 16-5-2019, rec. 22/2018, de la Sala de Conflictos de Competencia de ese mismo Tribunal, y que confluye en esa misma dirección. Recordemos que la funcionaria entonces demandante, alegaba en ese supuesto que existía: "...una situación de acoso laboral y hostigamiento que, a su entender, emergió ante posibles infracciones en materia de prevención de riesgos laborales...". Visto lo cual y a juicio de esa Sala, dicho alegato conllevaba una: "...

invocación de la normativa de prevención de riesgos laborales -...- justifica en este caso, por aplicación del art. 2.

e) LRJS considerar competente al orden social, sin que a la vista de las circunstancias concurrentes, sea posible excluir su competencia con base en el art. 3.f) LRJS ...".

TERCERO.- El GV introduce otro alegato a modo de excepción procesal. Se refiere, básicamente, a la solicitud que se incluye en el apartado 4) del suplico de la demanda. Más concretamente la que entiende como muy defectuosa formulación de la reivindicación que efectúa en el mismo. Lo concreta en que la parte actora utilice términos tales como "en la medida que no lo esté haciendo", y sin que ERNE, paralelamente, establezca precisión y/o vínculo suplementario alguno en el resto del escrito. También refiere y en relación a ello, que se está produciendo una acumulación indebida de acciones prohibida por el art. 178, de la LRJS.

Tampoco es admisible esta solicitud. De acuerdo a lo que a continuación desglosamos: Previamente diremos que la propuesta de la demandada no queda muy clara, pues tampoco lo es en sí misma, en cuanto a su incardinación desde el punto de vista procesal en una excepción de esa naturaleza; que, además, suponga el fin del procedimiento cuando menos para la solicitud incluida en ese epígrafe y tal como el GV pretende a la postre.

Enlazando con lo anterior, es inevitable que reconozcamos la parquedad expositiva de la parte actora sobre los aspectos que ahora apunta el excepcionante. A tal fin nos remitimos al segundo párrafo, de la página 8 y/o el mismo de la 16, en ambos casos de la demanda, y que es donde ERNE trata de esa cuestión desde el punto de vista fáctico y en principio también jurídico. Incluso aceptamos lo deficiente de los términos utilizados como es el que se apunta y añadimos otro similar, cuando afirma " en el caso de que se esté cumpliendo con dicha práctica". A tal efecto, las cosas son o no son y no meras hipótesis o dudas. Asimismo hay que suponer que ese Sindicato y vista su implantación en la Ertzaintza -pag. 10-, ha de ser conocedor del incumplimiento o no de las medidas de protección que reclama como imputables al GV; cuando menos al momento de presentar la demanda. En cualquier caso, este procedimiento ha venido precedido por otras actuaciones en el marco de la Policía Autonómica, ya a su instancia, ya del Sindicato ESAN y de las que es conocedora -pagina 4 de la demanda-; por lo que no puede invocarse un conocimiento insuficiente que le lleve a dudar sobre esa materia.

Sin embargo y pese a estas objeciones, si lo que la excepcionante pretende es imputarle la que se conocía como constitutiva de defecto legal en el modo de proponer la demanda; no es aplicable en el procedimiento laboral y menos en los términos defendidos. Por tanto, no es factible rechazar "de plano" este epígrafe de la demanda como se defiende en la práctica. A tal fin, recordemos la

posibilidad de subsanarla vía art. 81.1, de la LRJS. Alternativa de la que no ha hecho uso el Letrado de la Administración Judicial por entender que es suficiente para que de contrario pueda defenderse. Tampoco el GV se ha manifestado en ese sentido con anterioridad a la vista oral. Tan siquiera en la misma su petición va en ese sentido subsanatorio; visto lo expuesto en el párrafo inicial. En último caso y de las propias manifestaciones efectuadas en la vista oral, no deducimos que las deficiencias apuntadas le hayan generado la suficiente indefensión a esa Administración, como para adoptar una solución tan drástica.

Una última observación. Tampoco estamos en un supuesto de acumulación indebida de acciones y en los términos a que se refiere el art. 178.1, de la LRJS. Los dos grandes grupos de cuestiones suscitadas por la parte actora, pueden enmarcarse a priori en el derecho fundamental a la integridad física que contempla el art.

15, de la Constitución; partiendo a su vez de la conducta seguida por el GV a la hora de prevenir los riesgos laborales. Todo ello con independencia de si esa vulneración se ha o no producido y, previamente, si ha existido o no alguna infracción en obligaciones de prevención laboral.

CUARTO.- Entrando ya en lo que constituye el fondo del asunto, la demandada niega que haya infringido las obligaciones que le son imputables en materia de prevención de riesgos laborales. Tras reconocer que tiene que cumplir con la deuda de seguridad que corresponde legalmente al empresario, igualmente resalta que tal obligación ha de ser interpretada desde la perspectiva de los principios de facilidad y responsabilidad.

Los cuales, sigue diciendo, cobran especial virtualidad en la situación de pandemia en la que se producen los hechos imputados. Asimismo refiere que la deuda de referencia no puede serle exigible por encima de las normas existentes y que en este caso son las que sucesivamente han sido formuladas por el Ministerio de Sanidad. También alega que la naturaleza preventiva de los tests de detección, no es equiparable a los denominados EPIs; pues son propiamente actos sanitarios y establecidos conforma a criterios científicos; visto lo cual, continúa, no pueden considerarse integrados en la deuda de seguridad. Señala en ese mismo sentido que no es aplicable al colectivo policial el art. 8, del RD, 664/97; pues esa profesión no figura en el listado que se incluye, tan siquiera por aproximación. Todo lo cual le lleva a afirmar que al haber además practicado esos tests se ajusta a unos estándares superiores a los previstos.

Estos argumentos nos obligan a efectuar una serie de precisiones. A saber: a. Aun cuando la demandada no reniega de que tiene contraída una deuda de seguridad con el personal a su servicio, entendemos que la relativiza. Para centrarla en sus justos términos vemos necesario citar la jurisprudencia del TS, que emana de la sentencia de 30-6-2010, rec. 4123/2008, luego seguida por otras muchas y, entre las últimas, la de 11-12-2018, rec. 1653/16. Pues bien, partiendo de la inicialmente reseñada, destacaremos dos cuestiones.

La primera es que el Estatuto de los Trabajadores (ET) -arts. 4.2.d) y 19.1-, consagra genéricamente la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador "a su integridad física" y a "una protección eficaz en materia de seguridad e higiene". Obligación que desarrolla la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) más específicamente y con un mayor rigor de exigencia - arts. 14.2, 15.4 y 17.1-. Rotundos mandatos que determinan que se afirmase por ese Tribunal que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado y que por ende han de adoptarse las medidas que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran -TS, resolución de 8-10-2001, rec. 4403/2000-.

Por si no cupieran dudas y es la segunda, se afirma que la deuda de seguridad que al empresario corresponde, determina que actualizado el riesgo para enervar su posible responsabilidad, el



empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de las exigencias reglamentarias.

b. El art. 4.4º, de la LRPL, refiere que: "...Se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente» aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores.

En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata...".

c. El RD 664/97 se refiere a "la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo".

El art. 1, establece su objeto y ámbito de aplicación.

El art. 2.a), define a los "Agentes biológicos", como aquellos: "...microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad..." El art. 8.1., indica que: "...El empresario garantizará una vigilancia adecuada y específica de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos por exposición a agentes biológicos, realizada por personal sanitario competente, según determinen las autoridades sanitarias en las pautas y protocolos que se elaboren, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Dicha vigilancia deberá ofrecerse a los trabajadores en las siguientes ocasiones: a) Antes de la exposición.

b) A intervalos regulares en lo sucesivo, con la periodicidad que los conocimientos médicos aconsejen, considerando el agente biológico, el tipo de exposición y la existencia de pruebas eficaces de detección precoz.

c) Cuando sea necesario por haberse detectado en algún trabajador, con exposición similar, una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición a agentes biológicos...".

Su Anexo 1, incluye una "Lista indicativa de actividades" afectadas por ese RD. No figuran las policiales entre las allí expresamente desglosadas.

d. No es óbice para la aplicación de esos criterios y como ya apuntábamos en nuestro segundo fundamento de derecho, que los afectados por esta demanda tengan la condición de agentes de policía. A tal efecto, la reciente sentencia del TJUE de 30-4-2020, C-211/19, nos recuerda y con mención de otras anteriores, que: "...

la Directiva 2003/88 es aplicable a las actividades del ámbito de la salud, la seguridad y el orden públicos, aun cuando estas se ejerzan por las fuerzas de intervención sobre el terreno y tengan por objeto prestar socorro, siempre que se realicen en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades, por su propia naturaleza, no sean previsibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad o su salud...." -parágrafo 40-.

e. La Orden INT/226/2020 (la Orden, en adelante), establece en su art. 3.1 y en relación a la "Autoprotección y vigilancia de la salud", que: "...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...". Mientras que su número 2, refiere que las correspondientes Autoridades: "...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..."

f. Es público y notorio que la pandemia generada por el COVID-19 está sometida a continua evolución y desde luego interpretativa. También el desconocimiento que existe al respecto en la comunidad científica y las diversas opiniones que se generan conforme el tiempo va transcurriendo.

En ese mismo orden de cosas y en relación a las medidas articuladas progresivamente por la demandada, no son las mismas las adoptadas, incluso las omitidas, en la primera quincena de abril, como las articuladas en la última del mes de mayo, cuando tiene lugar el acto del juicio; y además antes de la presentación de la demanda. No obstante, el enjuiciamiento ha de ser global en este litigio; pues como establece la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1996, no siempre: "...que desaparecen de hecho los efectos prácticos del acto recurrido o se modifica por otras causas la situación por él originada puede decirse que, de manera automática, desaparecen, desde la perspectiva constitucional, las eventuales vulneraciones del derecho fundamental...". En consecuencia, analizaremos la conducta seguida por el GV desde la perspectiva constitucional/prevenición que se reivindica y respecto a todo lo acontecido desde que se inicia el estado de alarma, y sin perjuicio de que también podamos evaluar la progresiva actuación administrativa.

QUINTO.- Sentadas estas bases y empezando por los tests de detección, adelantaremos que el GV ha infringido y de acuerdo a los parámetros desglosados en el fundamento de derecho que precede, su obligación en materia de prevención de riesgos laborales. Resaltamos a tal fin lo siguiente: a. Nuestro auto de 17 de abril y que afectó a las mismas partes -primer antecedente de hecho-, ya desglosó una serie de presupuestos que entendemos trasladables a la sentencia en curso. Recordemos: "...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...

...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 num. 2, 6 y 7, del apartado primero, al igual que el cuarto y quinto, de la susodicha Orden..."

b. Igualmente y volviendo al también auto de 6-4-2020, pero en este caso del TS, que se refiere e insistimos, a un cuerpo policial, el Tribunal asume que: "...deben contar con todos los medios necesarios para que su actividad, valiosísima, se desarrolle preservando su propia integridad física y



salud. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que así sea..."

c. El GV no ha satisfecho la deuda de seguridad que tiene contraído con el personal a su servicio, en ese caso la policía, siempre desde el punto de vista de los tests, y por lo menos en los términos que jurisprudencialmente se exigen.

A tal efecto y a nuestro juicio con buen criterio, la demandada estableció ya el 12 de marzo un llamado "Protocolo de Vigilancia Epidemiológica", donde se preveían realizar estas pruebas -hecho probado quinto-. El 24 de ese mismo mes, el Sindicato hoy demandante pidió su extensión a todo el personal -ordinal séptimo-. Por parte del Ministerio se elaboró una "Guía para la utilización de tests rápidos de anticuerpos para Covid-19", el 7 de abril -hecho probado noveno-. Ese mismo Ministerio y el 11 de este último mes, redactó el "Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2)"; incluía las "Indicaciones para la realización del test diagnóstico para la detección" -ordinal undécimo-. ERNE reitera su petición sobre que se efectuaran pruebas de detección el 15 de abril -hecho probado duodécimo-. Solo es al día siguiente y coincidiendo con la solicitud de medidas cautelares por ese Sindicato, cuando la empresa decide extender esa actuación a una serie de supuestos - hecho probado décimo cuarto-. Aunque se desconoce el número exacto de agentes contagiados y en cuarentena en ese día, eran 177 y 81, los que respectivamente estaban en esa situación -ordinales décimo tercero y décimo sexto-. Una vez dictado el auto de medidas cautelares, se habrían ya efectuado tests serológicos al conjunto de la plantilla -hecho probado décimo noveno-.

Este discurrir cronológico demuestra que la conducta observada por el GV fue insuficiente para intentar preservar la salud del cuerpo policial. Tal como era su obligación normativa.

Así la consideraremos desde un punto vista preventivo y desde una perspectiva normalmente omisiva.

Recordemos que, en ese orden de cosas, el número de contagiados puede calificarse de significativo a los fines que nos ocupan. Pero también y ahí superamos la que hemos considerado como omisión, aquellos que reincorporó al servicio activo acudiendo al único dato que se les hubiera dado el alta médica y sin verificar de manera fehaciente su curación, fehaciencia solo obtenible por una nueva prueba de PCR; negativa actuación que, a su vez, redundaba no solo en perjuicio de la persona afectada, sino también de los compañeros de trabajo con los que iban a estar en contacto; y eso haciendo ahora abstracción de todo tipo de terceros que igualmente podían ser contagiados. Conducta inapropiada que extendía igualmente a los agentes que estaban en cuarentena y al no verificar su estado al finalizar la misma. Introdujo de esa manera unos automatismos erróneos y que mal se compaginan con lo que entendemos como una adecuada política en la materia que nos ocupa. Más teniendo en cuenta que por lo desconocido de la enfermedad que ahora tratamos, la cautela debería haber sido superior a la que calificamos de ordinaria.

d. La demandada para justificar el retraso en su actuación se escuda en que siempre ha seguido las directrices del Ministerio de Sanidad, al respecto.

Es cierto que han sido múltiples los documentos que tiene origen en dicho Ministerio sobre las medidas a adoptar en función del COVID-19. Algunos de los cuales y coincidentes con los aportados, o por lo menos los más significativos a nuestro juicio, los hemos incorporado a la relación de hechos probados. Pero la inactividad del GV no puede justificarse en ellos tal como argumentamos a continuación. Así, existen varias razones, hasta cinco, que confirman nuestra tesis. A saber: 1. Del contenido de tales documentos no deducimos una prohibición tajante de que las pruebas de detección se realizaran con anterioridad a que efectivamente la Administración afectada empezara a efectuarlas. Más teniendo en cuenta que la actividad de que se trata -policial-, tiene



perfiles propios y diferenciados y se amplian en la actual situación. En este último orden de cosas nos remitimos a lo expuesto en los apartados a y b, de este mismo fundamento de derecho.

2. La propia conducta del GV demuestra que nuestra interpretación sobre tales documentos es la correcta y/o coincide a la postre y en la práctica con la de propia Administración. Y lo es porque, caso contrario, carecería de toda justificación que el 16 de abril hubiera comenzado a realizar pruebas de PCR. Decisión que, a su vez, no relacionamos con documento alguno del Ministerio que avalara un cambio tan "repentino", y no puede considerarse como sustancial a los fines antedichos el que hemos reseñado en undécimo lugar del relato fáctico. Inicio por demás coincidente en el tiempo con la anterior solicitud de ERNE -ordinal duodécimo-, así como con el día que dicho Sindicato presentó las medidas cautelares ante esta Sala -primer antecedente de hecho-.

3. Siempre tomando como referencia la documentación expedida por el Ministerio de Sanidad, entendemos que no puede tener carácter normativo, ni tan siquiera se pretende por su emisor; un ejemplo claro sería su no publicación en el B.O.E.. Son meras recomendaciones y/o instrucciones -de esa manera las califica la propia Orden INT/226/2020-. Eso sí cualificadas visto su origen y el papel atribuido a ese Ministerio en la pandemia en curso. Pero nada más.

4. Aunque les diéramos carácter "reglamentario", dicho sea esto a efectos meramente dialécticos, no por ello el GV quedaría exonerado de su obligación preventiva y luego actuante en esta materia. En tal sentido, de acuerdo a la jurisprudencia del TS y de la que nos hicimos eco en el apartado "a" de nuestro cuarto fundamento de derecho, tendría que acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá, incluso, de las exigencias reglamentarias. Prueba que no ha tenido lugar antes y cuando menos, del mentado 16 de abril.

5. Finalmente, no creemos que sea posible negar que el COVID-19, conlleva un "riesgo laboral grave e inminente" y que a la par resulta "probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato"; tal como establece el art. 4.4º, de la LRPL. Por tanto, es exigible la consiguiente obligación de "la empleadora" de reaccionar de manera inmediata ante dicho evento y con el fin de intentar paliarlo o de aminorar sus negativos efectos.

e) A modo de medida de refuerzo argumental ya que lo expuesto en nuestro anterior epígrafe creemos que es suficiente para solventar el litigio sobre esta cuestión, hacemos una breve referencia a la interpretación que ha de darse al RD 664/97. Recordemos sobre "la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo". Norma que consideramos también aplicable a la Ertzaintza, al menos en la actual coyuntura de pandemia.

Partimos de lo establecido en el art. 3.1, del Código Civil, que establece como criterio interpretativo de las normas y entre otros, la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas". Realidad actual que, venimos reiterando, resulta muy alejada de lo que se entiende como normalidad.

Enlazando con lo anterior el que la profesión de policía no figure entre las desglosadas en el Anexo I, no puede considerarse definitiva para la inaplicabilidad de ese RD. En este orden de cosas, es posible que este tipo de personal funcionario no tenga relación, o esta sea muy esporádica, con determinados agentes biológicos en situaciones distintas y coincidentes con la que consideramos como habitual. Pero puede variar sustancialmente la posibilidad de relación profesional con los mismos de darse determinadas circunstancias.

Y una pandemia de naturaleza vírica y además tan agresiva, es una de ellas. De ello es consciente la propia norma y por dos factores, el primero y siguiendo con tal Anexo, su encabezamiento recuerda



de manera expresa que dicho "listado", es solo "indicativo"; es decir no es un "numerus clausus". Asimismo y es el segundo, de la lectura de los num. 1 y 2, del art. 1, no se infiere que existan grupos de trabajadores excluibles a priori de su aplicación. La situación para su aplicabilidad es variable en este campo, al igual que los diversos tipos agentes biológicos que se incluyen en el Anexo II.

En consecuencia y en consonancia a este RD, el GV tiene que garantizar una "vigilancia adecuada y específica de la salud". Que se dispensará: "Antes", "A intervalos regulares", y/o "Cuando sea necesario por haberse detectado en algún trabajador, con exposición similar, una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición a agentes biológicos" -art. 8.1-.

f) También a los fines meramente dialécticos, que estos tests se identifiquen preventivamente o no con los EPIs, identificación que rechaza el GV, ha de verse en unos términos más amplios que los que nos propone este último.

Así tanto unos como otros y con independencia de que pueda atribuírsele una naturaleza distinta, lo cual solo admitiríamos a efectos técnicos, se incardinan en el deber general de prevención y también de conservación de la salud del personal policial a su servicio, establecido en la LRPL -art. 2.1 y num. 1º, 4º y 7º, del art. 4-, y aunque afecten a fases distintas del cumplimiento de tal deber.

Con independencia de lo hasta ahora argumentado, cuestión distinta y como ya avanzábamos en el apartado f), del fundamento de derecho que precede, puesto a su vez en relación con los hechos probados décimo tercero, décimo cuarto, décimo sexto y décimo noveno, es que la situación se haya modificado sustancialmente respecto a la práctica de los tests, cuando tuvo lugar el acto del juicio. Matiz este que tiene importancia en cuanto actual. Pero que, insistimos, no exonera al GV de la responsabilidad generada y en su momento omitida.

SEXTO.- Es el turno de las peticiones que la parte actora incluye en el apartado 4, del Suplico de la demanda y en los términos expuestos en nuestro quinto antecedente de hecho.

Sobre este punto es inevitable referirse a lo ya argumentado en la que es también nuestra sentencia y dictada en esta misma fecha -proc. 20/2020-, a instancias de otro Sindicato de la Ertzantzta, ESAN en concreto. Criterios que, en buena lógica, son coincidentes vista la también identidad de los Magistrados actuantes. A saber: -Así, sobre la pretensión de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas, gafas, guantes desechables, buzos y contenedores de residuos infecciosos, establecemos que: "...La prueba documental practicada -...- revelan el gran esfuerzo realizado por esta administración para dotar a los agentes de la Ertzaintza de los EPIs necesarios para protegerse de los riesgos derivados del contagio de la COVID-19. Tales documentos dan fe de la entrega sistemática de los materiales que se han enumerado en la pretensión de la parte demandante.

En efecto, lo cierto es que, como se ha dicho más arriba, al determinar los hechos probados, se ha acreditado que el total de elementos distribuidos entre el 5 de febrero y el 21 de mayo ha sido el siguiente: 57.687 unidades de mascarillas FFP2 y FFP3, 49.912 unidades de mascarillas quirúrgicas, 430.697 guantes de nitrilo, 7.532 buzos desechables, 5.608 gafas de protección, 90 gafas 3MA serie 2000 y 80 gafas 3M 2895 inc AR+AE, constando en autos la distribución por centros y las diversas fechas de entrega.

Ahora bien, también se ha tenido por acreditado, derivado de los dichos documentos, que las entregas de tales materiales se han ido realizando en distintas fechas desde el 31 de enero, en número distinto en los diversos centros, estando documentado que en muchos centros, a fecha de 24 de marzo, no se había suministrado el número de buzos solicitado, sino un número inferior, sin que



se conozca la razón para ello, siendo predicable lo mismo en la misma fecha para las gafas.

Ello revela que, al menos a día de 24 de marzo, no se habían entregado los materiales solicitados, siendo así que tampoco se razona por qué no fue así, lo que nos lleva a considerar que no se estaba garantizando adecuadamente la protección contra la COVID-19 a todos los miembros de la Ertzaintza. Por poner un solo ejemplo derivado de la documental en cuestión - documento 8 - en la Unidad de Balmaseda, a fecha de 11 de marzo no consta entregado ningún buzo y, a fecha de 24 de marzo - documento 9 - se habían solicitado en tal Unidad 50 buzos talla L y entregado solamente 39, o pedido 50 buzos talla XL y entregado 41 o solicitadas 150 gafas y entregadas 95 -. Y, tal como este, podemos citar otros muchos casos, como se desprende de dichos documentos.

De ahí que no podamos estimar acreditado que, a la fecha de ser decretada la emergencia o alerta sanitaria en Euskadi - 14 de marzo - o el estado de alarma - misma fecha -, se hubiera dotado a todos los efectivos de la Policía Autónoma de todos los elementos de protección previstos en las normas.

En consecuencia, procede estimar la demanda en el sentido solicitado de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas..., gafas, guantes desechables, buzos...y contenedores de residuos infecciosos. Y ello, toda vez que no consta fehacientemente acreditado que esta obligación se haya cumplido en su integridad.

Lo que volvemos a decidir, tal como hicimos en el Auto de medidas cautelares, en relación con las medidas que se imponen en los Protocolos del Ministerio de Sanidad de 16 y 20 de marzo y 8 de abril y en los de Protección del Personal de la Ertzaintza de 26 de marzo, 17 de abril y 12 de mayo, según corresponda a cada puesto, atendida la diversa clasificación de los riesgos de exposición que se indican en los Procedimientos y Notas indicados...".

- La otra cuestión planteada versa sobre la necesidad de proceder a la desinfección diaria de todos los centros y vehículos de trabajo. Hemos establecido que: "...Adelantamos ya en este momento que esta pretensión debe ser rechazada....

...En efecto, hemos declarado acreditado más arriba que ya desde el 9 de marzo se implantaron medidas de limpieza y desinfección exhaustiva de superficies de máximo contacto, limpieza en profundidad de las zonas de atención al ciudadano - mínimo dos veces al día -, desinfección especial de puestos donde han trabajado agentes con síntomas de la enfermedad o que hubieran estado en contacto con personas positivas o sintomáticas, todo ello usando un producto desinfectante; que, a partir del 23 de marzo las medidas fueron incrementadas para limpieza de comedores y de las furgonetas que dan apoyo a Osakidetza; que, a partir del 26 de marzo se ha ampliado también el servicio de limpieza y desinfección de los vehículos después de cada turno de trabajo, así como desinfecciones extraordinarias y profundas de centrales, bases, comisarías, unidades de tráfico y zonas comunes.

Ello nos lleva a considerar que no se ha acreditado por la parte demandante que la demandada no haya estado realizando ya desde el día 14 de marzo - día 9, en realidad, a tenor de lo probado - lo pretendido en orden a la desinfección diaria de todos los centros y vehículos de trabajo.

Es, entendemos, a partir de dicha fecha que correspondía a la demandada cumplir con todas las medidas de prevención de riesgos laborales en relación con el personal de la Ertzaintza, entre ellas, las de desinfección, en los términos dichos, lo que consta se estaba cumpliendo en lo esencial desde el dicho 9 de marzo, ampliándose las medidas en fechas posteriores y superando, desde luego, las solicitadas en la presente demanda.

Siendo así que, desde luego, no se ha acreditado es que tales medidas no se hayan cumplido en algún momento desde la declaración en Euskadi de la emergencia o alerta sanitaria.

Es por ello que se desestima esta pretensión, en el sentido de que la demandada ya venía cumpliendo con sus obligaciones preventivas en cuanto a a la desinfección de dependencias y vehículos incluso, como se ha dicho, en términos más exigentes que los solicitados por la parte demandante. Así, se pide desinfección "diaria" de centros y vehículos, habiéndose acreditado que la desinfección de vehículos se realiza no solamente cada día, sino con mayor frecuencia, esto es, con cada cambio de turno de trabajo. Asimismo, está acreditado que las zonas de atención al ciudadano se desinfectan desde el 9 de marzo un mínimo de dos veces al día..."

SÉPTIMO.- Determinada la infracción del GV en materia de prevención de riesgos laborales, la siguiente cuestión a dirimir es si se ha producido o no la infracción de un derecho fundamental que necesite ser tutelado por este Tribunal. Solicitud a la que igualmente se opone la demandada y en varios de sus aspectos, ERNE estima que la Administración ha vulnerado el derecho a la integridad física de los agentes policiales.

Alega en ese sentido los arts. 15 y 43, de la Constitución . Referencia normativa esta última que solo es utilizable a título complementario, pues es claro que el derecho a la salud no está configurado como fundamental.

Debemos precisar al respecto lo que sigue: El derecho a que : "...no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996 , de 11 de marzo , FJ 3), si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2000 , de 14 de enero, FJ 3 , y 119/2001 , de 14 de mayo , FJ 6)..." . Así lo indica el Tribunal Constitucional (TCO), en la resolución 220/2005 , y en las que también relaciona, como acabamos de ver.

Criterio en el que sigue abundando esta última resolución al afirmar que una actuación infractora: "...sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta..."

Más recientemente, la sentencia 56/2019 y siempre del TCo, reitera y establece que: "...La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al "riesgo relevante" de sufrirlos, esto es, a un "peligro grave y cierto" para la integridad personal. Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a "la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control", pudiendo bastar "la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma..." , Como ya destacábamos en el apartado f), de nuestro cuarto fundamento de derecho, que la conducta del GV haya evolucionado positivamente en materia de prevención, respecto al tratamiento a dispensar al personal de policía sobre el COVID-19, incluso algunos temas los haya solventado al momento del acto del juicio, no impide que continuemos con nuestro análisis y ahora desde el punto de vista constitucional - TCo, sentencia 67/1996 -. En parecido orden de cosas, ese mismo Tribunal ha establecido que: "...para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse..."

-resolución 221/2002-

Sentadas estas bases, hay que estimar que el GV ha vulnerado el derecho a la integridad física del personal que forma parte de la Ertzaintza. A tal efecto, hemos de remitirnos a la relación de hechos probados puestos a su vez en relación con nuestros anteriores fundamentos de derecho, especialmente quinto y sexto, para que podamos ratificar que su actuación, o mejor dicho su conducta omisiva durante un determinado periodo, ha supuesto un: "...riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse...", y, por ende, ha generado: "...un peligro grave y cierto para la salud...", de los funcionarios afectados por esta demanda.

Periodo que aunque en una primera aproximación pudiera no ser significativo desde un punto de vista solo temporal, dada la rapidez de expansión e importancia de esta pandemia cobra virtualidad por sí mismo.

Sin embargo, también existen circunstancias que atemperan la trascendencia de su inactividad. Por ejemplo, que esta situación era difícil de prever en un primer momento, sobre todo en relación a unos efectos tan negativos. Pero una vez que se conocen en mayor o menor grado, existió un claro retraso a la hora de reaccionar de una manera rauda y eficaz.

El propio Sindicato demandante es consciente de lo extraordinario de lo acontecido. Así no anuda a la pretendida vulneración constitucional, la solicitud de suma indemnizatoria alguna y tal como le ampararía el art. 183, de la LRJS. Como tampoco otra serie de medidas que paralelamente suelen reivindicarse en este tipo de procedimientos.

Enlazando con lo anterior y ya para terminar, la Administración se pregunta cual es la conducta en que ha de cesar y de manera inmediata; tal como reivindica el apartado b), del Suplico de la demanda. Si bien esa alternativa está prevista en el art. 182.1.c), de nuevo de la LRJS, ERNE efectúa una traslación equivocada e incluso errónea de lo allí establecido. En ese orden de cosas, el precepto continúa y lo más congruente con el actual debate, habría sido pedir que por el GV se realizaran las obligaciones que se dicen omitidas por la parte actora. Y en ese sentido nos pronunciaremos en la parte dispositiva de esta resolución.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO:

Que estimamos parcialmente la demanda formulado por el Sindicato Ertzainen Nazional Elkartasuna, y declaramos que el Gobierno Vasco -Consejería de Seguridad- ha vulnerado el derecho fundamental que tiene el personal funcionario de la Ertzaintza, a la integridad en su vertiente exclusivamente física, al haber omitido total o parcialmente las medidas de prevención laboral que le eran exigibles con motivo de la pandemia generada por el COVID-19; condenándole a estar y pasar por esta declaración, así como a realizar las actuaciones omitidas y que al momento de celebrarse la vista oral se concretan en la necesidad de suministrar a todos los agentes los medios de protección consistentes en mascarillas, gafas, guantes desechables, buzos y contenedores de residuos infecciosos. Con rechazo de las restantes peticiones deducidas en su contra.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

16/06/2020



**tirant
tech**

Tecnología e
innovación jurídica