

El TS declara que la Consejería de Seguridad del País Vasco estaba obligada a proporcionar equipos de protección contra la Covid-19 a todos los efectivos de la Ertzaintza

El Gobierno Vasco recurre la sentencia que estimó en parte la demanda interpuesta por el sindicato ESAN contra la Consejería de Seguridad en materia de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, y declaró la obligación de la Consejería de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección frente a la Covid-19.

Confirma el TS la sentencia, acogiendo las conclusiones alcanzadas por la misma en el sentido de que, en los términos del art. 4.4 de la LPRL, existió un riesgo laboral grave e inminente, entendiendo por tal el que es probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato. No se trata de que cualquier medida preventiva fuera exigible, sino de que, aunque se intentó, no se consiguió dotar a todos los centros y unidades de los medios de protección solicitados.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 18/02/2021

N.º de Recurso: 105/2020

N.º de Resolución: 218/2021

Procedimiento: Recurso de casación

Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco, representada y asistida por la letrada del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco D.ª Arantza González López, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 3 de junio de 2020, aclarada por auto de fecha 10 de junio de 2020, en actuaciones seguidas por Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN), contra dicho recurrente, sobre Derechos Fundamentales y Prevención de Riesgos Laborales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN), representado y asistido por la letrado Dña. Idoia Ormaetxea Udondo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN), formuló demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se requiera a la demandada a:

1.- Suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FFP2, FFP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos.

2.- Proceder a la desinfección diaria de todos los centros y vehículos de trabajo, 3.- Realizar el test de coronavirus, concretamente la denominada prueba PCR, a todos los miembros de la Ertzaintza para aislar a los posibles agentes contagiados, evitando así la propagación de la enfermedad.

4- Exigencia 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 han superado definitivamente la enfermedad y evitar el riesgo de seguir contagiando a sus compañeros y ciudadanía.

5.- Realizar la prueba serológica a todos los miembros de la Ertzaintza que hayan dado negativo en la prueba de coronavirus para detectar a quienes hayan podido sufrir la enfermedad de forma asintomática y han generado anticuerpos que les inmunizan, por lo que pueden trabajar sin temor a infectarse, ni a contagiar a los compañeros o a la ciudadanía.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

TERCERO.- Con fecha 3 de junio de 2020, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva dice: “FALLAMOS: Que, previa desestimación de las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de acción y defecto en el modo de proponer la demanda, alegadas por la parte demandada, estimamos parcialmente la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, dirigida por el SINDICATO ESAN frente a la CONSEJERÍA DE SEGURIDAD DEL GOBIERNO VASCO, en materia de tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, declarando la obligación de la demandada de realizar las actuaciones omitidas, que al momento de celebrarse la vista oral se concretan en la necesidad de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FFP2, FFP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos, según se determina 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, y ello también en la medida en que no se hubiere realizado ya.

Desestimando el resto de pretensiones, de las que se absuelve a la demandada.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes 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.

De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los plazos establecidos en esta resolución se encuentran suspendidos, al no tratarse de un asunto urgente”.

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

“PRIMERO.- La presente demanda afecta a todo el personal funcionario de la Ertzaintza-Policía Autonómica del País Vasco-; inserto a su vez en el Departamento de Seguridad del GV.

SEGUNDO.- El día 14 de marzo se declaró en la Comunidad Autónoma de Euskadi la situación de emergencia sanitaria, publicándose ese mismo día en el BOPV las siguientes normas: Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Seguridad, por la que se procede a la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid-19; Orden de 14 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud, por la que se adoptan medidas de salud pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19); Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud, por la que solicita de la Consejera de Seguridad la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, larrialdiei aurregiteko bidea-Labi ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid-19; Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19) y Decreto 6/2020, de 13 de marzo, del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del Covid-19.

El RD 463/20, de 14 de marzo, publicado ese mismo día, declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, habiendo sido prorrogado sucesivamente hasta en cinco ocasiones a la fecha del juicio oral - la última de ellas por RD 537/20, de 22 de mayo, hasta el 7 de junio -.

TERCERO.- El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Departamento de Seguridad ha elaborado una serie de "Notas" informativas sobre esta enfermedad. La considerada como "III" y fechada el 26 de marzo, regula la "Protección" de este Personal y ante el "riesgo de exposición". Se refiere y entre otros temas, a las mascarillas, guantes, buzos y gafas de protección. También establece una serie de pautas para los casos de que se presenten síntomas, si se ha estado en contacto con alguna persona sospechosa o afectada por el virus, y para el seguimiento de casos confirmados, posibles y seguimiento de los contactos. Documento que se acepta íntegramente, al igual que los de 17 de abril, sobre "Elementos de Barrera", frente al Covid-19, y la Nota "IV", de 12 de mayo.

CUARTO.- En fecha no determinada del mes de marzo, se comunicó a todos los centros de la Ertzaintza se identificara el material en stock a fin de determinar las necesidades de materiales con carácter semanal - guantes de nitrilo, mascarillas de todos los tipos, buzos y gafas- indicando que este material no es desechable y que, tras su uso, con lavado con jabón de uso normal, se pueden seguir utilizando. En tal nota se solicitaba que se proporcionaran tales datos antes del 30 de marzo de 2020.

QUINTO.- En abril de 2020 se dirigió por el Jefe de la Secretaría General a la Directora de Recursos Humanos escrito respondiendo a información para la demanda de Sindicato ESAN, en el que se hacía referencia modificación sobre el procedimiento en relación con los materiales de protección individual y la cadencia de entrega - dos entregas semanales para las Unidades de Tráfico, Miñones y Brigada Móvil, y una entrega semanal para el resto de Unidades y Servicios - SEXTO.- En Nota Informativa III sobre la situación de la enfermedad por el Coronavirus SARS-CoV-2 de 26 de marzo de 2020 se recogen las Medidas de protección individual: normas de higiene personal, elementos de barrera - mascarillas FFP2 y FFP3: para quienes realicen tareas de seguridad ciudadana, patrulla, controles...

a razón de una cada jornada laboral y, al final de la jornada, si la mascarilla ha sido utilizada, se recogerá en bolsa de plástico y depositará en los contenedores específicos, y si no se utilizara se

conservará para jornadas sucesivas, indicándose también que, si se conservan adecuadamente, pueden usarse en días sucesivos;

quirúrgicas: para personas con síntomas o sospecha de estar contagiadas, evitando la propagación a terceros, recordando también su efecto de protección, siempre y cuando se mantenga la distancia de al menos 1 metro con otras personas-: guantes: indicando su modo de utilización; buzos de protección, desechables para tareas donde haya contaminantes biológicos, siempre de un solo uso y a desechar tras él, no recomendándose para interactuar con la ciudadanía de forma general, salvo con personas positivas en el virus o con claros síntomas;

gafas de protección, de uso individual y reutilizables cuantas veces sea necesario, manteniéndose con lavado con agua y jabón y recomendándose su uso para situaciones de contacto muy estrecho con personas positivas o con claros síntomas y riesgo de contagio por saliva u otros -.

En Nota Informativa de 17 de abril se reiteraron en lo sustancial estas recomendaciones.

En Nota Informativa de 12 de mayo también se reiteraron similares recomendaciones.

El 12 de marzo se emitió un documento denominado "Instrucciones sobre las medidas de protección individual a emplear en los controles de alcohol, drogas y vehículos de transporte", en el que se indicaban las siguientes medidas: medidas de higiene universal, mascarilla puesta que se desechará al finalizar el operativo para el control de alcoholemia con etilómetro portátil, guantes de nitrilo que se desecharan cada vez que se realice una prueba, mascarilla FFP2 o FFP3 para la realización del control de alcoholemia en el interior de la furgoneta, similares instrucciones para el control de drogas según sea fuera o dentro de la furgoneta, así como para el control de documentación de transporte según sea dentro o fuera de cabina de camiones y autobuses.

El 18 de marzo se emitió un documento denominado "Medidas de protección del personal trabajador de la Ertzaintza en labores de atención a la ciudadanía" en el que se indicaban, entre otras, a lo que aquí interesa, medidas de higiene personal y uso de mascarillas quirúrgicas desechables o, en su defecto, mascarillas FFP2 o FFP3.

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. Las entregas se han ido realizando en distintas fechas desde el 31 de enero, en número distinto en los diversos centros, estando acreditado 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.

Igualmente, se han entregado nuevos contenedores para residuos biológicos, reforzando la dotación preexistente de 37 contenedores y ampliándose a centros que no disponían de ellos, habiéndose llegado en nuevas distribuciones hasta un total de 157 contenedores.

La entidad demandada tiene realizados nuevos encargos de materiales de todos los tipos indicados que se van a ir recibiendo en próximas entregas hasta la semana del 1 de junio.

SÉPTIMO.- Se dispone de dosificadores de gel hidroalcohólico para la desinfección de manos en las zonas policiales próximas a las zonas de atención al público, en las zonas de custodia de detenidos y botellas de un litro para su uso en los vehículos policiales, así como toallitas de gel hidroalcohólico para desinfectar los equipos de dotación personal y colectiva.

OCTAVO.- Con anterioridad a la llegada del coronavirus había en los centros del Departamento de Seguridad un servicio de limpieza y desinfección para superficies verticales y horizontales, mobiliario, aseos, enseres, ascensores, caniles de la unidad canina, gimnasios, vehículos, zona de detenidos,

grilletes, cristales, todo ello con frecuencia diversa en función del tipo de espacio o elemento del que se trataba, así como tratamiento de residuos.

A partir del coronavirus, 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.

A partir del 23 de marzo las medidas fueron incrementadas para limpieza de comedores y de las furgonetas que dan apoyo a Osakidetza.

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.

NOVENO.- El 23 de mayo en la página web del Sindicato ESAN se publicó una Nota referida a los "Equipos de protección individual", en la que se indicaba que habían preparado un escrito de solicitud personal de material, que se acompañaba, ante a falta de EPIs en las diferentes Unidades y para poder acreditar con más vehemencia en el juicio de las presentes actuaciones que "tanto por parte de ESAN (desde el inicio del estado de Alerta), cómo por parte de los ertzainas, se está solicitando este material que consideramos imprescindible para desarrollar nuestras labores profesionales".

En el período de febrero hasta el 7 de mayo el Sindicato ESAN había remitido un total de 15 escritos al Responsable de la División de Salud y Prevención, todos ellos en relación con medidas de protección frente al coronavirus.

El Departamento de Salud del GV estableció un "Protocolo de Vigilancia Epidemiológica" el 12 de marzo, dirigido a que se les practicara a determinadas profesiones, entre otras a la "policía", concretamente a quienes presentaran un cuadro clínico de infección respiratoria aguda y de cualquier gravedad, una prueba de detección mediante PCR. Todo ello a instancias del Servicio de Prevención de su Departamento. Asimismo se establecían las reglas para la "interpretación del resultado", así como los "criterios de alta", respecto a las personas que hubieran dado positivo en la primera prueba de PCR en el Anexo 2, que se asume en lo expresamente reseñado.

DÉCIMO.- El Departamento de Salud del GV estableció un "Protocolo de Vigilancia Epidemiológica" el 12 de marzo. Iba dirigido a que se les practicara a determinadas profesiones, entre otras a la "policía", una prueba de detección mediante PCR. Concretamente a quienes presentaran un cuadro clínico de infección respiratoria aguda y de cualquier gravedad. Todo ello a instancias del Servicio de Prevención de su Departamento.

Asimismo se establecían las reglas para la "interpretación del resultado así como los "criterios de alta"; respecto a las personas que hubieran dado positivo en la primera prueba de PCR en el Anexo 2. Se acepta el resto del contenido en lo no transcrito como también los restantes de los que nos haremos eco en el relato fáctico.

UNDÉCIMO.- La Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, estableció los criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el RD 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

DUODÉCIMO.- El 24 de marzo se celebró una reunión de la Mesa de Negociación. Fueron numerosos los temas tratados sobre las consecuencias que tenía la pandemia para el ejercicio de esta profesión. Sin perjuicio de dar por reproducido lo allí relacionado. ERNE solicitó en una de sus intervenciones que se realizar la prueba de Coromvirus" -pag. 6, del Acta-. Fue contestada por la Administración en el sentido que igualmente consta en la misma -pag. 6.

DECIMOTERCERO.- El Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Departamento de Seguridad ha elaborado una serie de "Notas" informativas sobre esta enfermedad. La considerada como "III" y fechada el 26 de marzo, regula la "Protección" de este personal y ante el "riesgo de exposición". Se refiere y entre otros temas sobre los que volveremos en un posterior ordinal, al establecimiento de una serie de pautas para los casos que se presenten síntomas, si se ha estado en contacto con alguna persona sospechosa o afectada por el virus, y para el seguimiento de supuestos confirmados, posibles al igual que de los contactos. Documento que se acepta íntegramente, al igual que los de 17 de abril, sobre "Elementos de Barrera", frente al Covid-19, y la Nota "IV", de 12 de mayo.

DECIMOCUARTO.- El Ministerio de Sanidad redactó una "Guía para la utilización de tests rápidos de anticuerpos para Covid-19"; figura en autos su actualización a 7 de abril. Se refiere a su práctica tanto el ámbito hospitalario como extrahospitalario, estableciendo asimismo prioridades en este último.

DECIMOQUINTO.- El Ministerio de Sanidad elaboró el 8 de abril un denominado "Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2", y que a su vez fue precedido por los de 28 de febrero, 24 y 30 de marzo, aunque estos tres últimos no se adjuntan. Distinguía hasta tres escenarios de exposición, el llamado "de riesgo", el de "bajo riesgo" y el de "probabilidad de exposición".

Conllevaban, a su vez, requerimientos de protección diferentes.

Posteriormente y cuando menos, el 11 y 30 de abril y 22 de mayo, se ha revisado dicho Procedimiento.

DECIMOSEXTO.- Ese mismo Ministerio redactó en fecha inicialmente no conocida pues solo consta en autos la revisión de 11 de abril, 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" de ese coronavirus. Distinguía has tres situaciones, caso "confirmado ", "probable" y "posible".

DECIMOSEPTIMO.- ERNE presentó un escrito el 15 de abril ante la Directora de Recursos Humanos de ese Departamento, solicitando, entre otras cuestiones, que se efectuara una segunda prueba de PCR a aquellos agentes que hubieran dado positivo, antes de volver al trabajo y aunque se les hubiera dado ya el alta médica.

Asimismo, que se realizaran pruebas de esa naturaleza a los ertzainas que tuvieran síntomas de padecer el virus, o hubieran estado en contacto con positivos; igualmente antes de su reincorporación.

DECIMOCTAVO.- Eran 177 el número de personas que habían dado positivo en COVID-19 y en consonancia a la prueba de PCR; según se certifica el 28 de abril. Sumaban 184 los positivos a 26 de mayo.

DECIMONOVENO.- A partir del 16 de abril se empezó a realizar una segunda prueba de PCR a aquellos policías que hubieran dado positivo en otra anterior, antes de su alta médica y previa a su efectiva reincorporación al trabajo.

Ascendían a 125 aquellos que estando en esa situación se les había efectuado tal prueba hasta el siguiente día 28; eran 128 a 26 de mayo. También se solicitó dicha prueba para otros 30 agentes que ya se encontraban dados de alta médica en la primera de las fechas reseñadas. A su vez y siempre respecto a esos totales, eran 20 los que habían sido sometidos a esa prueba por Osakidetza. Estaban pendientes 4 por estar su cuadro aun activo. Se negaron 2 agentes a que se les efectuara.

VIGÉSIMO.- Siempre el Ministerio de referencia redactó unas "Instrucciones sobre la realización, de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas"; cuya fecha original se desconoce, pues en las actuaciones solo figuran las revisiones de 19 de abril y 14 de mayo.

La primera de ellas refiere que los diversos Servicios de Prevención de Riesgos Laborales deben limitar la realización de pruebas diagnósticas a los ámbitos de actuación descritos por ese Organismo y en consonancia a lo establecido en el "Procedimiento de actuación frente a casos de infección" y la "Guía". Mientras que la segunda, publicada ya tras el Plan para la transición de una nueva normalidad" de 28 de abril y del que se hace eco la Orden SAV/404/2020, establece como objetivo la detección precoz de cualquier caso que pueda tener infección activa, acudiendo a una PCR e igualmente refiere el uso de las pruebas de diagnóstico mediante test rápidos.

Plan también invocado en el documento redactado el anterior 12 de mayo, sobre la "Estrategia de diagnóstico, vigilancia y control en la fase de transición de la pandemia y en relación a los "indicadores de seguimiento".

VIGÉSIMOPRIMERO.- Eran 81 los que estaban en cuarentena ante posibles contactos el 28 de abril. Con posterioridad no se concretan. Pero sí que a partir del 16 de abril se les empezaron a realizar pruebas de PCR y hasta un total de 101, resultando 2 positivas.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- ERNE solicitó por escrito que figura fechado el 30 de ese mismo mes, que en consonancia a las resoluciones de esta Sala y que figuran reseñadas en el primer antecedente de hecho de esta resolución, se informara y a la mayor brevedad, de la implementación de las medidas allí acordadas vista la situación de urgencia y necesidad y en aras a evitar que pudiera peligrar la vida o integridad física de personal que conforma la Ertzaintza. Escrito que fue precedido por otro presentado el anterior día 22.

VIGÉSIMOTERCERO.- El Departamento de Salud elaboró una NOTA INFORMATIVA" el siguiente 4 de mayo.

Indicaba, entre otras cuestiones, que iba a. "...realizar PRUEBAS SEROLOGÍAS al colectivo de la ERZAINZA.

Para ello a partir de la semana del 4 de mayo se va a citar a todo el personal para la realización de dichas pruebas...". Así como que: "...A aquellas personas que den positivo a los marcadores serológicos se les hará posteriormente una PCR adicional.

VIGÉSIMOCUARTO.- Se habían realizado pruebas serológicas a la totalidad de la plantilla a 26 de mayo. Los resultados recibidos eran los correspondientes a 6.585 agentes (85,3% de la plantilla), en ese momento.

Existían 287 positivos es decir un 4.38% sobre ese total.

El Ministerio de Sanidad elaboró el 8 de abril un denominado "Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2"; y a su vez precedido por los de 28 de febrero, 24 y 30 de marzo, aunque estos tres últimos no se adjuntan. Distinguía hasta tres escenarios de exposición, la llamada "de riesgo", la de "bajo riesgo" y la de "probabilidad de exposición"; conllevaban a su vez requerimientos de protección diferentes. Datos los incluidos los allí e incluidos sus Anexos, que se asumen y dan reproducidos.

Este Protocolo ha sido revisado, al menos, en fechas de 11 y 30 de abril y 22 de mayo, dándose también estos documentos por reproducidos.

VIGÉSIMOQUINTO.- El Sindicato ERNE también articuló, en fecha de 16 de abril, un escrito solicitando la adopción de medidas cautelares ante esta Sala y sin previa audiencia del GV.

Por Auto fechado el 17 de abril esta Sala acordó lo siguiente: "Estimamos en lo sustancial la solicitud de medidas cautelares y sin previa audiencia de las partes, contenidas en el escrito presentado por el Sindicato Enzainen 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".

Citadas que fueron las partes de comparecencia para el 29, de ese mismo mes y año, se ratificó esa decisión "in vote" en el mismo acto".

QUINTO.- Con fecha 10 de junio de 2020, se dictó auto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que SE SUPRIME el párrafo Cuarto incluido en el Fallamos de la Sentencia fechada el 3 del mes en curso y cuyo tenor es el siguiente: "De conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, los plazos establecidos en esta resolución se encuentran suspendidos, al no tratarse de un asunto urgente"". "

SEXTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SÉPTIMO.-Transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar parcialmente procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos.

OCTAVO.- En Providencia de fecha 22 de diciembre de 2020, se hacía constar lo siguiente: "Devueltas las actuaciones por el Ministerio Fiscal, procede el señalamiento urgente por COVID para el debate de este recurso por la Sala en Pleno para lo cual se señala el próximo día diecisiete de febrero de 2021, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La cuestión planteada y la sentencia recurrida 1. Se recurre en el presente recurso de casación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco 696/2020, 3 de junio de 2020 (proc. 20/2020), que estimó parcialmente la demanda interpuesta por el sindicato Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN) contra la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco en materia de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, y declaró la obligación de aquella Consejería de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección frente a la Covid-19.

2. Con anterioridad, el auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 23 de abril de 2020, había estimado en parte la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco solicitada por el sindicato ESAN, requiriendo a esa Consejería la adopción de las siguientes medidas:

"a) a proporcionar a todas las personas agentes de la Ertzaintza mascarillas, gafas y guantes desechables que se imponen en el Protocolo de Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020 según corresponda a cada puesto, atendida la diversa clasificación de los riesgos de exposición que se indican en el protocolo indicado;

b) a desinfectar a diario el interior de los vehículos utilizados por las patrullas y las dependencias de las Comisarías de acceso público en sus superficies de contacto;

c) a que los elementos que tengan la consideración de EPI desechables sean depositados en los contenedores adecuados de desecho y ser tratados como residuos biosanitarios clase III;

d) a efectuar el test de coronavirus que científicamente resulte procedente y adecuado en cada caso en los términos siguientes: 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 se acaba de realizar.” 3. La posterior demanda del sindicato ESAN solicitaba, concretamente, que se requiriera a la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco a:

“1.- Suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2 (sic), FPP3 (sic), gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos.

2.- Proceder a la desinfección diaria de todos los centros y vehículos de trabajo.

3.- Realizar el test de coronavirus, concretamente la denominada PCR, a todos los miembros de la Ertzaintza para aislar a los posibles agentes contagiados, evitando así la propagación de la enfermedad.

4.- Exigencia de una segunda prueba a todos los ertzainas positivos o que haya 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 han superado definitivamente la enfermedad y evitar el riesgo de seguir contagiando a sus compañeros y ciudadanía.

5.- Realizar la prueba serológica a todos los miembros de la Ertzaintza que hayan dado negativo en la prueba de coronavirus para detectar a quienes hayan podido sufrir la enfermedad de forma asintomática y han generado anticuerpos que les inmunizan, por lo que pueden trabajar sin temor a infectarse ni a contagiar a los compañeros o a la ciudadanía.” Tras desestimar las excepciones alegadas por la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco (incompetencia de jurisdicción, falta de acción y defecto en el modo de proponer la demanda), la sentencia del TSJ del País Vasco de 3 de enero de 2020, como se ha avanzado, estimó parcialmente la demanda y declaró:

“la obligación de la demandada de realizar las actuaciones omitidas, que al momento de celebrarse la vista oral se concretan en la necesidad de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2, FPP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos, según se determina 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, y ello también en la medida en que no se hubiere realizado ya.” SEGUNDO. El recurso de casación, su impugnación y el informe del Ministerio Fiscal 1. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 696/2020, 3 de junio de 2020 (proc. 20/2020), ha sido recurrida en casación por la letrada del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco solicitando su revocación.

Son siete los motivos del recurso de casación.

El primero, al amparo del artículo 207 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), por infracción de los artículos 1 y 2 LRJS, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El segundo, al amparo del artículo 207 c) LRJS, por infracción del artículo 182.1 a) LRJS y del

artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC): incongruencia extra petita. El tercero, al amparo del artículo 207 d) LRJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. El cuarto, al amparo del artículo 207 e) LRJS, por infracción del artículo 179.3 y 4, en relación con el artículo 85.1, LRJS. El quinto, al amparo del artículo 207 e) LRJS, por infracción del artículo 181.2 LRJS y del artículo 217.2 LEC: infracción de las reglas de la carga de la prueba generadora de indefensión. El sexto, al amparo del artículo 207 e) LRJS, por infracción del artículo 15 de la Constitución (CE), en relación con los artículos 4. 4.º, 14 y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y del apartado tercero de la Orden INT/226/2020. Y el séptimo, al amparo del artículo 207 e) LRJS, por infracción del artículo 15 CE, en relación con los artículos 4. 4.º, 14 y 16 LPRL, del artículo 8.1 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, del apartado tercero de la Orden INT/226/2020 y del apartado segundo de la Orden SND/344/2020.

2. El recurso de casación ha sido impugnado por el sindicato ESAN.

La impugnación solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

3. El Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación parcial del recurso de casación.

El informe considera que han de estimarse, concretamente, el motivo primero, y, subsidiariamente, los motivos cuarto, sexto y séptimo.

TERCERO. La competencia de la jurisdicción social (primer motivo formulado al amparo del artículo 207 a) LRJS) 1. Al amparo del artículo 207 a) LRJS, el primer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 1 y 2 LRJS, en relación con el artículo 9 LOPJ.

El recurso de casación de la Letrada del Gobierno Vasco entiende, en definitiva, que la jurisdicción social no es la competente para conocer de la demanda interpuesta por el sindicato ESAN.

2. La excepción de incompetencia de la jurisdicción social ya fue planteada por la Consejería del Gobierno Vasco ante la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, alegando que se había formulado una demanda de tutela de derechos fundamentales cuyo conocimiento, al tratarse de un litigio sobre personal funcionario y no laboral (artículo 2 f) LRJS), correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 696/2020, 3 de junio de 2020 (proc. 20/2020), ahora recurrida en casación, desestimó la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, reproduciendo los argumentos que la sala vasca expuso en su previo auto de medidas cautelares de 23 de abril de 2020, que examinó de oficio la competencia de la jurisdicción social al haberse adoptado aquellas medidas sin audiencia del demandado.

El auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se apoyaba, básicamente, en la sentencia del Pleno de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo (TS) 483/2019, 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), y en el auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 16 de mayo de 2019 (conf. 22/2018). Con cita de aquellas resoluciones, el auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco hace referencia a “la vis atractiva del orden social de la jurisdicción respecto de las pretensiones actuadas en materia de prevención de riesgos laborales con independencia de la naturaleza laboral, funcional o estatutaria del vínculo que liga a los afectados con la parte demandada”.

Tras reproducir el auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 23 de abril de 2020, la sentencia recurrida afirma que la competencia del orden social de la jurisdicción debe mantenerse, “ya que en la demanda se invoca, junto a la tutela de los derechos fundamentales, la prevención de riesgos laborales y, en su fundamentación jurídica, se reseña de forma expresa la (LPRL)”. La sentencia recurrida menciona, adicionalmente, el Auto de esta Sala Cuarta del TS de 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020).

3. El recurso de casación del Gobierno Vasco sustenta su defensa de la falta de competencia de la jurisdicción social en la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), mencionando asimismo los autos de la Sala Tercera de este TS de 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) y de 20 de abril de 2020 (rec. 91/2020) y el auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) de 20 de mayo de 2020, que se apoya en la citada STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016).

4. Como quiera que, tanto la sentencia recurrida como el recurso de casación, se apoyan en resoluciones dictadas por este Tribunal Supremo para defender sus posiciones contrapuestas a favor (la sentencia recurrida) y en contra (el recurso de casación) de la competencia de la jurisdicción social, procede exponer las resoluciones citadas, y algunas otras no mencionadas, lo que vamos a hacer en general por orden cronológico y solo en la medida en que se estime necesario a los efectos del presente recurso de casación.

a) La STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), en la que básicamente sustenta el recurso de casación su posición contraria a la competencia de la jurisdicción social, examina un supuesto en el que, quien ostentaba la condición de personal estatutario de un servicio de salud de una comunidad autónoma, demandó por acoso a este servicio, pidiendo la salvaguarda de su derecho fundamental, porque estaba igualmente bajo la esfera de la organización de ese servicio de salud el sujeto supuestamente causante de la situación de acoso.

Pero, a los efectos del presente recurso, lo relevante es que no se reclamaba ni se aducía el incumplimiento de la legislación de prevención de riesgos laborales - ni concretamente de la LPRL- por parte de la entidad empleadora, situándose la pretensión, así, fuera del artículo 2 e) LRJS y dentro de la órbita del artículo 2 f) LRJS, que se circunscribe -señala la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018- al personal laboral. Y es esta la razón por la que esta sentencia declara la falta de competencia de la jurisdicción laboral para conocer de la demanda de acoso, concluyendo, “en línea con lo que ha sostenido la STS/3.ª de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015), (que), de haberse ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia para conocer hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción”.

Como puede comprobarse, bien distinto del supuesto de la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), es el enjuiciado por la sentencia del TSJ del País Vasco recurrida en casación, supuesto este último en el que, a diferencia del caso de la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018, se invocó desde el primer momento la LPRL y todo el debate ha girado sobre las obligaciones dimanantes de la legislación de prevención de riesgos laborales y si eran suficientes o no las medidas de protección contra esos riesgos de las que disponían los efectivos de la Ertzaintza.

En el presente caso, la demanda se sitúa, así, dentro -y no fuera- del artículo 2 e) LRJS.

b) La segunda resolución a la que se quiere hacer referencia es a la STS (4.ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016).

Esta sentencia declaró la competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda por acoso y reclamación de daños de un funcionario municipal que pedía el cese del acoso, precisamente porque la demanda denunciaba la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales por parte de la entidad empleadora, situándose la demanda, así, en el artículo 2 e) LRJS y no en el artículo 2 f) LRJS. La STS (4.ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 recuerda, asimismo, que la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), declaró la falta de competencia de la jurisdicción social porque en el supuesto no se reclamó por la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales.

La STS (4.ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 cita anteriores sentencias de esta Sala Cuarta, como, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2014 (rec. 265/2013), en la que se señalaba que, tras la LRJS, de “Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores

a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).” c) La tercera resolución a la que se quiere hacer referencia es al auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), resolución esta en la que se apoya la sentencia del TSJ del País Vasco para declarar la competencia del orden jurisdiccional social.

El auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019, declara la competencia de la jurisdicción social (y no de la jurisdicción contencioso-administrativa) porque la demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, en la que alegaba que su incapacidad laboral transitoria procedió de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso, invocaba la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial.

Para el auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019, esta invocación de la legislación de prevención de riesgos laborales, reforzada por la intervención del Grupo Técnico al que se acaba de hacer referencia y con independencia del grado de concreción de aquella invocación, conduce, a la vista de la exposición de motivos de la LRJS y, especialmente, de su artículo 2 e), a declarar la competencia de la jurisdicción social, aun cuando la afectada fuera una funcionaria.

A los efectos del presente recurso, conviene retener este criterio del auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019, en favor de la jurisdicción social, a la luz del artículo 2 e) LRJS, cuando en la demanda se alega la infracción de las leyes de prevención de riesgos laborales.

d) La cuarta resolución que obligadamente hay que mencionar es la sentencia del Pleno de esta Sala Cuarta del TS 483/2019, 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), toda vez que es la resolución en la que la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recurrida en casación sustenta su declaración de competencia de la jurisdicción social.

La STS (Pleno 4.ª) 483/2019, 24 de junio de 2019, declaró la competencia de la jurisdicción social para conocer de una demanda de conflicto colectivo en la que las asociaciones profesionales de la judicatura solicitaban, sin realizar ahora mayores precisiones, que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) cumpliera las previsiones del Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial 2015-2016 de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral. La sentencia declaró “la competencia del orden jurisdiccional social para conocer, aunque afecten a jueces y/o magistrados, de todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales y, en concreto, de las pretensiones deducidas en la demanda de conflicto colectivo que da origen al presente procedimiento”.

A los efectos del presente recurso de casación, lo que importa señalar de la STS (Pleno 4.ª) 483/2019, 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), es la doctrina que sienta en el sentido de que la LPRL establece “la atribución plena al orden jurisdiccional social del conocimiento de los litigios sobre aplicación de la normativa de prevención riesgos laborales, aun cuando afecten al personal funcional o estatutario de las Administraciones públicas empleadoras”, atribuyendo así a la jurisdicción social el conocimiento

más completo de la materia social por su mayor especialización y evitando el llamado “peregrinaje de jurisdicciones”.

La sentencia hace referencia expresa al auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), mencionado en la anterior letra c) del actual fundamento de derecho, añadiendo que “el ámbito competencial de la jurisdicción social en esta materia debe coincidir con el ámbito de aplicación de la “Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE)”, definido en su artículo 2 (de la que no se excluye quienes ejercen la función judicial); así como en la norma española que la traspone, en concreto la LPRL..., cuyo artículo 3 define su ámbito de aplicación”. En efecto, el artículo 3.1 LPRL establece que “esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el (ET), como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo”.

La STS (Pleno 4.ª) 483/2019, 24 de junio de 2019, cita expresamente la STS 14 de octubre de 2014 (rec.

265/2013), reiterada por otras posteriores, sentencia esta igualmente citada por la STS 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016), en los mismos términos que se han hecho constar en la anterior letra b) del presente fundamento de derecho.

Según declara la STS (Pleno 4.ª) 483/2019, 24 de junio de 2019, la competencia de la jurisdicción social en materia de prevención de riesgos laborales no se vio trastocada con la entrada en vigor del artículo 638.2 LOPJ, añadido a la LOPJ por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, posterior, por tanto, a la LPRL.

e) Se menciona, a continuación, el auto de esta Sala 4.ª de 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020), directamente relacionado con la actual crisis sanitaria Covid-19 y en el que se apoya la sentencia del TSJ del País Vasco recurrida en casación.

En el supuesto examinado por el ATS (4.ª) 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020), el Sindicato Unificado de Policía (SUP) solicitó medidas cautelarísimas respecto del “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos”, elaborado por el Ministerio de Trabajo en colaboración con el Ministerio de Sanidad de fecha 30 de marzo de 2020”, solicitando que se declarara “la disconformidad a derecho del acto administrativo que elabora el Procedimiento de Actuación para los servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-COV-2”, interesando, en particular, la declaración de que los funcionarios de la Policía Nacional son “colectivo de exposición de riesgo” o, subsidiariamente, colectivo “de exposición de bajo riesgo”.

El ATS (4.ª) 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020) entendió que, al menos indiciariamente, los demandantes, que invocan el derecho a la seguridad y salud laboral del colectivo representado, “han suscitado una cuestión sobre materia propia de este orden jurisdiccional (social)”. El auto añade que “los iniciales términos excluyentes de la (LPRL) respecto de la Policía (artículo 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 Real Decreto 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”. Lo que sucede es que el ATS (4.ª) 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020) declara que la competencia funcional para conocer de la demanda corresponde a la Sala de lo Social de la AN y no a esta Sala Cuarta del TS.

Finalmente, el ATS (4.ª) 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020) afirma que “la Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están

realizando especialmente los profesionales afectados por esta demanda. Tampoco desconoce 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”.

f) Se mencionan, por último, determinadas resoluciones de la Sala 3.ª de este Tribunal también directamente relacionadas con la actual crisis sanitaria Covid-19. Alguna de estas resoluciones es mencionada por la Letrada del Gobierno Vasco en el recurso de casación.

(i) El primero de ellos es el ATS (3.ª) 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020). En el caso, la Confederación Española de Sindicatos Médicos (CESM) solicitaba, como medida cautelar a tomar inaudita parte, de acuerdo con la LPRL y para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, que se requiriera “a la Administración demandada (el Ministerio de Sanidad) a fin que en cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a la directa aplicación de la (LPRL) y Reglamento de Desarrollo, se provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados así como todos los demás centros asistenciales del territorio nacional ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN y CONTENDEROS (sic) GRANDES DE RESIDUOS.” El ATS (3.ª) 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) deniega la petición, por no darse los presupuestos para hacerlo con carácter previo al proceso y sin audiencia de la Administración demandada, por lo que ordena que, previa la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, se tramite la pieza ordinaria de medidas cautelares.

El ATS (3.ª) 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) afirma que “La Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales sanitarios. Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios para que la debida atención a los pacientes que están prestando de forma abnegada no ponga en riesgo su propia salud, ni la de las personas con las que mantengan contacto. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ellos. Sucede, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y sí son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla.” (ii) La segunda resolución de la Sala Tercera que debe mencionarse es la STS (3.ª) 1271/2020, 8 de octubre de 2020 (rec. 91/2020).

La CESM interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra “la inactividad del Ministerio de Sanidad en lo referente al incumplimiento del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria por el COVID-19 (B.O.E. n.º 67 de 14 de marzo de 2020) al entender vulnerado el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el artículo 15 CE y acuerde la tramitación del mismo por todos sus trámites.” Por auto de 31 de marzo de 2020, la Sala Tercera había denegado la medida cautelarísima solicitada y había acordado abrir la pieza ordinaria de medidas cautelares, adoptándose por auto de 20 de abril de 2020 las siguientes medidas de esta naturaleza:

“(a) Requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios.

(b) Requerir al Ministerio de Sanidad para que informe quincenalmente a la Sala (Tercera) de las concretas medidas adoptadas a tal fin, con indicación de los medios de protección puestos a disposición de los profesionales sanitarios y su distribución efectiva.” La STS (3.ª) 1271/2020, 8 de

octubre de 2020 (rec. 91/2020) estima parcialmente el recurso y declara, en los términos de su fundamento de derecho séptimo, que “los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución”. Con cita de los anteriores AATS (3.ª) 31 de marzo y 20 de abril de 2020, la STS (3.ª) 1271/2020, 8 de octubre de 2020, constata que, en los momentos iniciales de la pandemia, “los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario”. Razón por la que la STS (3.ª) 1271/2020, 8 de octubre de 2020, acoge la primera de las pretensiones del recurso, declarando que en esos momentos iniciales sí hubo afectación de derechos fundamentales y precisando que en este proceso no corresponde “hacer un juicio de culpabilidad, ni imputaciones de responsabilidad”. La STS (3.ª) 1271/2020, 8 de octubre de 2020, desestima las demás pretensiones de la demanda, toda vez que en la actualidad no existe “la carencia que sí hubo en los primeros momentos de la pandemia”, por lo que son “innecesarios” los requerimientos pretendidos, ya que “no hay inactividad que deba cesar ni falta de medios que deba corregirse ni, mucho menos, lesión actual de derechos fundamentales.” (iii) La última resolución de la Sala Tercera que consideramos debe ser mencionada aquí es el ATS (3.ª) 29 de septiembre de 2020 (rec. 285/2020).

En el supuesto, el sindicato Justicia Policial (JUPOL) demandó pidiendo la tutela del derecho a la integridad física de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía porque el Gobierno y, en particular, el Ministerio del Interior -se alega-, no les está dotando de protección suficiente para hacer frente al contagio vírico del Covid-19, solicitando la adopción de medidas cautelares consistentes en “la realización de test de coronavirus a todos los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, dentro de los medios de que se dispongan (y sin perjudicar aquellos ámbitos que más lo necesitan) así como su realización antes de saber si tienen o no síntomas y con posterioridad a su curación, haciendo especial hincapié en aquellos funcionarios que se han visto envueltos en alguna situación con un ciudadano que presentaba sintomatología propia del virus”.

El sindicato JUPOL invocaba en su apoyo los artículos 14 y siguientes de la LPRL, y el apartado tercero de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, mencionando también la STJUE de 12 de enero de 2006 (C- 132/04) sobre la Directiva 89/391 del Consejo, de 12 de junio de 1989.

El ATS (3.ª) 29 de septiembre de 2020 (rec. 285/2020) deniega la adopción de las medidas cautelares, sin audiencia de la Administración, acordando abrir, previa la correcta interposición del recurso contencioso-administrativo, la pieza ordinaria de medidas cautelares.

La adopción de las medidas cautelares se había pretendido obtener, previamente, de la Sala de lo Social de la AN, pero esta Sala se declaró incompetente por auto núm. 29/2020, 20 de mayo de 2020 (proc. 123/2000), apoyándose en la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), así como en los AATS (3.ª) 25 de marzo de 2020 (rec. 88/2020) y 20 de abril de 2020 (rec. 91/2020).

Las resoluciones de la Sala Tercera mencionadas en el actual fundamento jurídico de la presente sentencia no han examinado el artículo 2 e) LRJS.

5. La exposición hasta aquí efectuada permite compartir la conclusión de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, ahora recurrida en casación, en favor de la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por el sindicato ESAN. Así se desprende del artículo 2 e) LRJS y de la jurisprudencia de esta Sala Cuarta y del auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal núm.

12/2019, 16 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), que han interpretado aquel precepto, debiendo reiterarse que las resoluciones de la Sala Tercera de este Tribunal que se han mencionado en el presente fundamento de derecho no han analizado el mencionado artículo 2 e) LRJS.

En efecto, de conformidad con el citado artículo 2 e) LRJS, es competencia de la jurisdicción social la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales “respecto de todos sus empleados, bien sean estos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena”. Y debe recordarse, en este sentido, que en el supuesto de la STS (4.ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), lo que ocurrió es que no se invocó ni se denunció la infracción de la legislación de prevención de riesgos laborales, por lo que la pretensión se situaba extramuros del artículo 2 e) LRJS.

Debe insistirse, así, en la competencia “plena” de la jurisdicción laboral en materia de prevención de riesgos laborales (STS, 4.ª, 14 de octubre 2014, rec. 265/2013, reiterada por otras posteriores, y STS, Pleno Sala 4.ª; 483/2019, 24 de junio de 2019, rec. 123/2018), aun cuando los afectados sean personal funcional o estatutario (y no laboral) de la Administración empleadora.

La citada STS (4.ª) 14 de octubre de 2014 (rec. 265/2013), reiterada, como decimos, por otras posteriores, entre las que está la STS (4.ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016), y la STS (Pleno 4.ª) 483/2019, 24 de junio de 2019 (rec. 123/2018), declara que la competencia es del orden contencioso- administrativo cuando los actos o decisiones de las Administraciones públicas afectan a derechos fundamentales (en concreto a los derechos de libertad sindical y huelga) del personal funcional y/o estatuario; pero ello es así -se precisa-, “salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena”.

En definitiva y de conformidad con lo razonado, la competencia para conocer de la demanda formulada por el sindicato ESAN corresponde a la jurisdicción social, lo que conduce a desestimar el primer motivo de casación formulado por la Letrada del Gobierno Vasco.

En posteriores fundamentos de derecho de la presente sentencia se hará referencia, entre otras cuestiones, a la modalidad procesal por la que se encauzó la demanda y a las consideraciones que se hacen al respecto en el recurso de casación, también -aunque no únicamente- en este primer motivo de casación, pero con mayor amplitud en los motivos segundo, cuarto y quinto.

CUARTO. La inexistencia de incongruencia extra petita (segundo motivo formulado al amparo del artículo 207 c) LRJS) 1. El segundo motivo de casación del Gobierno Vasco se formula al amparo del artículo 207 c) y denuncia la infracción del artículo 182.1 a) LRJS y del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), afirmándose que la sentencia incurre en incongruencia extra petita.

2. El motivo no puede prosperar.

En el apartado 3 del fundamento de derecho primero de esta sentencia se ha transcrito el suplico de la demanda formulada por el sindicato ESAN. El suplico tenía cinco puntos, siendo el primero de ellos “suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2 (sic), FPP3 (sic), gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos”. Pues bien, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recurrida en casación estima parcialmente la demanda y declara la obligación de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco de “suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2, FPP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos” y desestima el resto de las pretensiones.

No puede estimarse, en consecuencia, que haya existido incongruencia extra petita alguna, toda vez que la sentencia recurrida estima en sus propios y literales términos la primera de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda de ESAN, desestimando las restantes.

El recurso de casación sustenta la infracción de los preceptos legales invocados en que -afirma el recursola sentencia recurrida habría alterado la causa de pedir, y en que no se alegó vulneración de derechos fundamentales ni incumplimientos por la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco de la legislación de prevención de riesgos laborales.

Este argumento no puede compartirse.

Respecto a la alegada infracción del artículo 182.1 a) LRJS, y con independencia de lo que se razonará en posteriores fundamentos de derecho sobre la modalidad procesal regulada en los artículos 177 a 184 LRJS y su aplicación en el presente supuesto, lo cierto es que la sentencia recurrida recuerda que ya la demanda afirmaba que, de no aplicarse las medidas necesarias, “se pone en riesgo la salud e incluso la vida de los funcionarios/as de la Ertzaintza”.

Y, por lo que se refiere a la legislación de prevención de riesgos laborales, la demanda se fundaba en concretos preceptos de la LPRL, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se había declarado el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y en la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. También citaba la demanda el Protocolo del Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020, que menciona expresamente en su fallo la sentencia recurrida.

En su fundamento de derecho cuarto, sobre el que tanto incide el recurso, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que estaba documentado que “en muchos centros, a fecha 24 de marzo, no se había suministrado el número de buzos solicitado, sino un número inferior,..., siendo predicable lo mismo en la misma fecha para las gafas” y no constar acreditado que lo pedido en el primer punto de la demanda “se haya cumplido en su integridad” conforme a lo solicitado en cada unidad o centro. Y según se afirma en el recurso, estos desfases derivan de los propios documentos aportados al proceso por la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco, por lo que no se puede compartir la afirmación de que la sentencia haya incurrido en incongruencia extra petita causante de vulneración del derecho a la tutela judicial e indefensión de la parte ahora recurrente en casación.

QUINTO. La desestimación del motivo formulado al amparo del artículo 207 d) LRJS (tercer motivo del recurso) 1. Son tres las adiciones que el recurso propone añadir a los hechos declarados probados de la sentencia con amparo en el artículo 207 d) LRJS.

Se propone, en primer lugar, completar el hecho probado noveno para que se añada que, de los quince escritos a que se hace referencia solo uno de ellos versaba sobre carencia de equipamiento preventivo (guantes y máscaras), detectada un determinado día en una unidad de Bilbao.

La adición no puede aceptarse. En primer lugar, porque no se acredita que la sentencia recurrida haya incurrido en error alguno. Y, en segundo lugar, y sobre todo, porque la incorporación de lo que se propone a la declaración de hechos probados no tendría como consecuencia la variación del sentido de la sentencia, toda vez que la carencia de determinados medios de protección que constata la sentencia es independiente y no depende del número de denuncias y escritos enviados por el sindicato ESAN.

2. La segunda adición que se propone es al hecho probado vigésimo cuarto, con la finalidad de que se añadan los datos de prevalencia de anticuerpos en España.

Tampoco puede aceptarse esta modificación. Primero, porque igualmente no se acredita que la sentencia recurrida haya incurrido en error alguno. Y, especialmente, en segundo lugar, porque, con

independencia de que la sentencia recurrida razona que no cabe la condena a realizar, entre otras, la prueba serológica en los términos solicitados en la demanda porque “ya se han realizado y se están realizando de manera correcta”, con independencia de lo anterior - decimos-, y tal como se razonará en el fundamento de derecho noveno de la presente sentencia, se va a aceptar que deben tenerse por no puestas en el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida las referencias a que el Gobierno Vasco “no cumplió desde el inicio de la epidemia ni desde la declaración del estado de emergencia sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el resto del Estado su obligación preventiva en orden a los tests de referencia”.

3. La tercera modificación que se propone es añadir un hecho probado decimosexto bis en el que se pase a hacer referencia a un determinado documento del Departamento de Salud del Gobierno Vasco que establecía la procedencia de someter a una segunda PCR a los trabajadores que hubieran dado positivo en una primera PCR y hubieran estado en aislamiento domiciliario, de manera que solo serían dados de alta si aquella segunda PCR fuera negativa.

Al igual que sucede con la anterior, y aun no siendo controvertida la existencia del documento, tampoco esta modificación puede prosperar, porque, con independencia de que la sentencia recurrida rechaza condenar al Gobierno Vasco a realizar los test en los términos solicitados por la parte demandante, porque “ya se han realizado y se están realizando de manera correcta”, con independencia de lo anterior -decimos-, y como ha avanzado que se razonará en el fundamento de derecho noveno de la presente sentencia, se va a aceptar que deben tenerse por no puestas en el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida las referencias a que el Gobierno Vasco “no cumplió desde el inicio de la epidemia ni desde la declaración del estado de emergencia sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el resto del Estado su obligación preventiva en orden a los tests de referencia”.

SEXTO. La inexistencia de infracción del artículo 179.4 LRJS (cuarto motivo del recurso formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS) 1. En este motivo el recurso alega, en esencia, que, de conformidad con el artículo 179.4 LRJS, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco tenía que haber rechazado la demanda del sindicato ESAN porque, al incumplir dicha demanda el artículo 179.3 LRJS y no imputar la vulneración del derecho a la integridad física o la vida (artículo 15 CE), que solo se invocó -se afirma- retóricamente, no debía haberse tramitado por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 177 a 184 LRJS), lo que -se concluye- generó indefensión a la parte demandada. A destacar que el recurso de casación no alega inadecuación de procedimiento (artículo 207 b) LRJS).

La sentencia del TSJ del País Vasco recurrida en casación razona al respecto que “Cierto es que la demanda no invoca de manera expresa ningún derecho fundamental que se considere vulnerado, pero también lo es que, siempre en relación con la epidemia de la COVID-19 se refiere a que los ertzainas "están expuestos a un elevado riesgo de contagio" y que si no se aplican las medidas necesarias "se pone en riesgo la salud e incluso la vida de los funcionarios/as de la Ertzaintza". Y también hemos ahora de recordar que, en el acto del juicio oral, la parte demandante, al responder a estas alegaciones del GV, invocó el derecho a la vida y a la integridad física, con lo que entendemos cubierta la carencia alegada por la parte demandada.” Y añade la sentencia recurrida que “la demanda contiene un Suplico claro con pretensiones muy concretas, en cuyo desenvolvimiento tiene un evidente interés el Sindicato demandante, pues son pretensiones relativas al derecho fundamental a la vida y a la integridad física y a la obligación de la demandada de prevenir los riesgos laborales.” Estas consideraciones de la sentencia recurrida relativizan notablemente las afirmaciones que la propia sentencia realiza en su fundamento de derecho séptimo y que se relacionan, más bien, con la sentencia de la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco a que se hace referencia en aquel fundamento, en la que la sala vasca reflexiona sobre las circunstancias tan excepcionales que ocurrieron, especialmente al principio, con la crisis sanitaria del Covid-19 y que llevaron al sindicato

allí demandante a no solicitar indemnización alguna, al igual que ocurre en el presente supuesto, sin que ello suponga incumplimiento del artículo 179.3 LRJS, que se refiere a la indemnización “en su caso” pretendida, como asimismo hace el artículo 183.1 LRJS. Pero el caso es que la Sala de lo Social del TSJ declara, en el fallo de ambos procedimientos, que la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco debe realizar “las actuaciones omitidas”.

2. En todo caso, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de los trabajadores a su “integridad física” [artículo 4.2 d) ET] y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo está claramente conectado con el derecho constitucional a la “integridad física” e incluso con el derecho a la vida (artículo 15 CE), precisando que, si bien no todo riesgo para la salud vulnera el artículo 15 CE, así sucede cuando el riesgo genera un peligro grave y cierto (SSTC 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio y 118/2019, de 16 de octubre).

En relación con la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, las resoluciones de las Salas Tercera y Cuarta de este Tribunal que se han mencionado en esta sentencia parten de que estaban en juego la salud, integridad física y hasta la vida de los profesionales implicados en aquellas resoluciones, con consecuencias indubitadamente graves para muchos de ellos, siendo notorias -así se afirma- las carencias de medios de protección que hubo especialmente en los momentos iniciales de la pandemia por las relevantes dificultades que existieron para proveerse de aquellos medios en los mercados internacionales.

3. Así las cosas, no resulta posible compartir la afirmación del recurso de casación en el sentido de que la demanda incumplía el artículo 179.3 LRJS, pues, por el contrario, expresaba “los hechos constitutivos de la vulneración” (la insuficiencia de medios de protección) y el derecho que con ello se infringía (“se pone en riesgo la salud e incluso la vida de los funcionarios/as de la Ertzaintza”), sin que, como ya se ha dicho, el artículo 179.3, en conexión con el artículo 183.1, LRJS, obligue a que en todos los casos se solicite indemnización (el precepto emplea al respecto la expresión “en su caso”), lo que es especialmente reseñable en el presente supuesto, en el que fueron notorias las dificultades que hubo inicialmente en los mercados internacionales para proveerse de los suficientes medios de protección.

La consecuencia de lo razonado es que la sentencia recurrida no ha incumplido el artículo 179.4 LRJS, con independencia de que la sala del TSJ pudiera haber instado la subsanación de la demanda para clarificar su alcance. Y, en todo caso, no se generó indefensión a la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco, que conoció en todo momento qué pedía la demanda del sindicato ESAN y que la demanda aducía que la insuficiencia de los medios de protección facilitados arriesgaba -se afirmaba- la salud e incluso la vida de los afectados.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que como ya dijera la STS 30 de junio de 2008 (rec. 138/2007), que cita el propio recurso de casación, “El rechazo de plano de las demandas ex. art. 179.4 (LRJS) y, en su caso, la declaración de inadecuación del procedimiento queda pues reservada a aquellos supuestos en que se aprecie inequívocamente, “prima facie”, que la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal, bien porque en demanda no se alegue lesión alguna del derecho fundamental como exige el artículo 177.3 (LRJS) y se plantee únicamente un tema de legalidad ordinaria, o bien porque el acudimiento al proceso preferente y sumario del art. 175 (LRJS) se realice en fraude de ley. Pero la inadecuación, que debe declararse cuando proceda en instancia, puede ser soslayada en los recursos extraordinarios por razones de economía y celeridad procesal, cuando la Sala cuente con todos los elementos necesarios para dispensar tutela judicial efectiva sin causar indefensión a nadie.” A subrayar la diferencia que existe, como hace ver esta sentencia, entre la instancia y, “por razones de economía y celeridad procesal”, el recurso de casación. Exponente de lo anterior es el artículo 215 LRJS.

4. Lo hasta aquí razonado conduce a desestimar el cuarto motivo del recurso.

SÉPTIMO. La inexistencia de infracción del artículo 181.2 LRJS y del artículo 217.2 LEC y de las reglas de la carga de la prueba, sin que se haya generado indefensión (quinto motivo del recurso formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS) 1. En su quinto motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 181.2 LRJS y del artículo 217.2 LEC y de las reglas de la carga de la prueba, lo que habría generado indefensión, el recurso de casación insiste en que la sentencia introduce una causa de pedir no alegada y alega que el sindicato demandante no aportó los indicios que exige el artículo 181.2 LRJS.

2. En el apartado 3 del fundamento de derecho primero de esta sentencia se ha transcrito el suplico de la demanda formulada por el sindicato ESAN. El suplico tenía cinco puntos, siendo el primero de ellos “suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2 (sic), FPP3 (sic), gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos”. Pues bien, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recurrida en casación estima parcialmente la demanda y declara la obligación de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco de “suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza de los medios de protección necesarios, consistentes en mascarillas del tipo FPP2, FPP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5 B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos” y desestima el resto de las pretensiones.

La demanda mencionaba el Protocolo del Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020 y la sentencia recurrida declara la obligación de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco de suministrar los medios de protección mencionados, “según se determina”, entre otros, en aquel Protocolo.

Estaba claro lo que la demanda pedía, y no se causa indefensión porque la sentencia recurrida estime lo pedido sobre este particular en la demanda. Ni siquiera están en juego las reglas de distribución de las reglas de la carga probatoria del artículo 181.2 LRJS y del artículo 217.2 LEC. No sin dejar de mencionar los criterios de la “disponibilidad y facilidad probatoria” del artículo 217.7 LEC, lógicamente mayores en el caso de la Consejería del Gobierno Vasco que en el del sindicato demandante, la cuestión es más sencilla. La Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco conocía el suplico de la demanda y lo que en ella se pedía. En su defensa, aquella Consejería aportó unas pruebas documentales. Y de esas mismas pruebas documentales, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco extrae la conclusión de que no ha quedado acreditado que lo pedido en el primer punto de la demanda “se haya cumplido en su integridad” conforme a lo solicitado en cada unidad o centro, razón por la que declara la obligación de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco de suministrar los medios de protección, según se determina, entre otros, en el Protocolo del Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020.

3. Debe desestimarse, en consecuencia, el quinto motivo del recurso.

OCTAVO. La sentencia no ha infringido el artículo 15 CE, en relación con los artículos 4.4, 14 y 16 LPRL, ni el apartado tercero de la Orden INT/226/2020 (sexto motivo formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS) 1. Tras recordar la jurisprudencia constitucional que establece, entre otras cosas, que para considerar infringido el derecho a la integridad física del artículo 15 CE el riesgo para la salud tiene que haber sido grave y cierto, el motivo alega, en esencia, que la sentencia no evalúa el riesgo y que se limita a declarar que hubo un desfase entre los medios de protección solicitados y los medios efectivamente suministrados. Para el recurso no hubo lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 15 CE pues no se ha acreditado que el riesgo se materializara y fuera grave, así como que no se ha acreditado incumplimiento alguno de los requerimientos preventivos.

El recurso menciona el Convenio núm. 155 de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a estándares de razonabilidad, y afirma que no cualquier medida preventiva era exigible. El recurso se detiene en las sucesivas notas informativas y versiones de los procedimientos de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales, así como a la intensa actividad desplegada por el Gobierno Vasco para hacerse con medios de protección -lo que se admite que reconoce la sentencia

recurrida- en un contexto y en “unas condiciones de mercado absoluta y notoriamente excepcionales”, lo que debería llevar a modular las exigencias preventivas, siendo criticable -se sostiene- que la sentencia se limite a apreciar el mencionado desfase en el suministro. Cita el recurso determinados autos de la Sala Tercera de este Tribunal sobre si se puede reprochar a las administraciones una inactividad antijurídica.

2. Tiene razón el Gobierno Vasco respecto de las muy difíciles circunstancias que se dieron en los momentos iniciales de la crisis sanitaria para proveerse de las suficientes medidas de protección. Así lo reconoce expresamente la sentencia recurrida, como admite el propio recurso de casación.

Pero, entre otras cosas precisamente por ello, resulta verdaderamente difícil rechazar la conclusión a la que llega la sentencia recurrida, en el sentido de que, en los términos del artículo 4.4 LPRL, existió un “riesgo laboral grave e inminente”, entendiéndose por tal el que es “probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato”. No se trata de que cualquier medida preventiva fuera exigible, sino de que, aunque se intentó, no se consiguió dotar a todos los centros y unidades de los medios de protección solicitados en la primera pretensión de la demanda del sindicato ESAN estimada por la sentencia recurrida, mencionando al respecto dicha sentencia los Protocolos del Ministerio de Sanidad y de Protección del Personal de la Ertzaintza.

El recurso menciona dos autos de la Sala Tercera de este Tribunal, ambos en relación con personal sanitario.

A ellos se ha hecho referencia con anterioridad en la presente sentencia. Pero el primero de ellos, de 25 de marzo de 2020, se limita a denegar las medidas cautelarísimas solicitadas y a tramitar las medidas cautelares, ya con audiencia de la parte demandada. Y, en el recurso en que se dictó el segundo (el rec. 91/2020), ya se dictado la STS (3.ª) 1271/2020, 8 de octubre de 2020, declarando que “los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución”.

El motivo denuncia la infracción del apartado tercero de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Pero este apartado de la Orden INT/226/2020, que ya tiene en cuenta la sentencia recurrida, reconoce, en primer lugar, 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”, debiéndose observar al respecto, “las recomendaciones e instrucciones impartidas en cada caso por las Autoridades sanitarias en relación con la prevención de la transmisión del coronavirus COVID-19”. Y, en segundo lugar, establece que “las Autoridades de las que dependen los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas... 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.” 3. Debe desestimarse, por tanto, el sexto motivo del recurso.

NOVENO. El séptimo motivo formulado al amparo del artículo 207 c) LRJS 1. El séptimo y último motivo denuncia la infracción del artículo 15 CE, en relación con los artículos 4.4, 14 y 16 LPRL, del artículo 8.1 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, del apartado tercero de la Orden INT/226/2020 y del apartado segundo de la Orden SND/344/2020, de 15 de marzo.

2. Como ha quedado reflejado en el apartado 3 del fundamento de derecho primero de esta sentencia, la demanda del sindicato ESAN pretendía en sus apartados tercero a quinto que se requiriera de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco lo siguiente:

“3.- Realizar el test de coronavirus, concretamente la denominada PCR, a todos los miembros de la Ertzaintza para aislar a los posibles agentes contagiados, evitando así la propagación de la enfermedad.

4.- Exigencia de una segunda prueba a todos los ertzainas positivos o que haya 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 han superado definitivamente la enfermedad y evitar el riesgo de seguir contagiando a sus compañeros y ciudadanía.

5.- Realizar la prueba serológica a todos los miembros de la Ertzaintza que hayan dado negativo en la prueba de coronavirus para detectar a quienes hayan podido sufrir la enfermedad de forma asintomática y han generado anticuerpos que les inmunizan, por lo que pueden trabajar sin temor a infectarse ni a contagiar a los compañeros o a la ciudadanía.” La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recurrida en casación desestimó estas tres pretensiones de la demanda, rechazando que se pudiera condenar al Gobierno Vasco “a realizar los tests en los términos solicitados por la parte demandante, dado que ya se han realizado y se están realizando de manera correcta”.

Lo que sucede es que la sentencia recurrida concluyó que, “sin perjuicio de que en la actualidad esté cumpliendo con tal obligación según los cánones establecidos en las normas e instrucciones precisadas”, el Gobierno Vasco “no cumplió desde el inicio de la epidemia ni desde la declaración del estado de emergencia sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el resto del Estado su obligación preventiva en orden a los tests de referencia”. Y son estas últimas expresiones entrecomilladas, contenidas en el último párrafo del fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida, las que el recurso de casación del Gobierno Vasco pide, en definitiva, que dejen de formar de dicha sentencia.

Apreciamos que, aunque las tres pretensiones de la demanda a las que se ha hecho referencia fueron desestimadas, el Gobierno Vasco, de conformidad con el artículo 17.5 LRJS, tiene un interés legítimo en pretender que deje de constar en la sentencia recurrida que incurrió en incumplimientos, aunque en el momento de dictarse la sentencia ya no lo estuviera haciendo. De esa afirmación de que incurrió en incumplimientos resulta gravamen para el Gobierno Vasco (artículo 17.5 LRJS), por lo que, excepcionalmente, y si llegamos a la conclusión de que tales incumplimientos no se produjeron, será posible excluir esas afirmaciones de la fundamentación de derecho de la sentencia recurrida, sin consecuencias y no llevadas a su fallo, por lo que su eventual supresión no se llevaría tampoco al fallo de la presente sentencia.

Procede examinar, en consecuencia, si el Gobierno Vasco incurrió en tales incumplimientos.

3. Tras recordar su auto de 23 de abril de 2020, en el que se estimaron en parte las medidas cautelarísimas acordadas, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco recurrida en casación construye su razonamiento con remisión, y muchas veces reproduciendo, su sentencia de la misma fecha que la ahora recurrida en casación núm, 705/2020, de 3 de junio (demanda 14/2020). También el recurso de casación hace a veces referencia a la demanda 14/2020 y a documentos allí aportados. Estas referencias cruzadas entre ambos procedimientos, que hacen tanto la sentencia recurrida como el recurso de casación contra ella interpuesto, dificultan en ocasiones el adecuado seguimiento y comprensión de la argumentación judicial y del presente motivo de casación.

Sea como fuere, el caso es que la sentencia recurrida construye su conclusión de que el Gobierno Vasco “no cumplió desde el inicio de la epidemia ni desde la declaración del estado de emergencia

sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el resto del Estado su obligación preventiva en orden a los tests de referencia” sobre las premisas que se mencionan a continuación.

En primer lugar, del auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 17 de abril de 2020 -dictado en la demanda 14/2020 y no en la demanda 20/2020, que es la que resuelve la sentencia ahora recurrida en casación-, y que hace referencia a las obligaciones que dimanaban de los num. 2, 6 y 7 del apartado primero de -parece que se quiere hacer referencia a esta orden, aunque no se explicita en la transcripción que realiza la sentencia recurrida- a la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo.

En segundo lugar, del Protocolo de Vigilancia Epidemiológica de 12 de marzo del Departamento de Salud del Gobierno Vasco que se menciona en los hechos probado noveno y décimo, que contemplaba -afirma la sentencia recurrida- “la realización de estas pruebas”, y que ya el día 24 de marzo el sindicato ERNE - demandante en la ya citada demanda 14/2020 seguida ante la misma Sala de lo Social del TSJ del País Vasco pidió su extensión a todo el personal, reiterando ERNE su petición para la realización para la realización de pruebas de detección el 15 de abril, siendo así -afirma la sentencia recurrida- “que solamente el día 16, como ha admitido expresamente la demandada en el juicio oral, se comenzó a realizar las pruebas, en fecha coincidente con la del escrito de solicitud de medidas cautelares de aquel Sindicato”. De lo anterior la sentencia recurrida extrae la conclusión de que la actividad preventiva del Gobierno Vasco no fue la debida, “pues pasó más de un mes desde la declaración de la emergencia sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el Estado y varios días desde los protocolos precitados hasta que tales tests comenzaron a realizarse en los términos indicados”. A ello añade la sentencia recurrida de que, “en algunas ocasiones, hubo agentes que se tuvieron que reincorporar al servicio incluso y en ocasiones,... con el solo dato del alta médica, sin mediar test que certificara su curación o ausencia de virus, lo que solo podría obtenerse mediante nueva prueba PCR, prueba no realizada en todos los casos a los efectos de la reintegración al trabajo”.

En tercer lugar, la sentencia rechaza el argumento del Gobierno Vasco de que siempre ha seguido las directrices del Ministerio de Sanidad, entendiéndolo, entre otras cosas, que “podía haber comenzado a realizar por sí mismo las pruebas de detección referidas con independencia del criterio del Ministerio de Sanidad”.

Finalmente, la sentencia recurrida menciona el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. En otro fundamento de derecho, la sentencia recurrida, al hilo del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, menciona la STJUE 30 de abril de 2020 (C-211/19).

4. Al contrario que nos ocurre con el resto de la sentencia recurrida, no compartimos su premisa de que, de las normas y protocolos en que se apoya en su fundamento de derecho sexto, se pueda extraer la conclusión de que el Gobierno Vasco no cumplió desde el 12 o 14 de marzo y hasta el 16 de abril con “su obligación preventiva en orden a los tests de referencia”.

Recordemos que la demanda del sindicato ESAN pretendía que se requiriera a la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco la realización de test, de una segunda prueba y de la prueba serológica, en los términos que hemos recogido en el anterior apartado 2 del presente fundamento de derecho. Pues bien, de aquellas normas y protocolos no es sencillo llegar a la conclusión de que aquella Consejería estuviera obligada a realizar estos test y pruebas en los términos solicitados.

En efecto, y en primer lugar, de los núms. 2, 6 y 7 del apartado primero de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, no cabe deducir que impongan tan específicas obligaciones, toda vez que el apartado primero se limita a regular los destinatarios y objeto de la Orden, así como los criterios de actuación de los servicios policiales y agentes de autoridad. Por su parte, los apartados cuarto y quinto de la Orden INT/226/2020, a que la sentencia hace indirecta referencia, regulan la ejecución de medidas de

seguridad con ocasión de la declaración del estado de alarma y el régimen sancionador, sin tampoco mencionar en momento alguno la realización de test o pruebas.

En segundo lugar, el Protocolo de Vigilancia Epidemiológica de 12 de marzo del Departamento de Salud del Gobierno Vasco que se menciona en los hechos probados noveno y décimo, se refería -tal como se recoge en estos mismos hechos probados- a que la prueba de detección mediante prueba PRC debía hacerse “a quienes presentaran un cuadro clínico de infección respiratoria aguda y de cualquier gravedad”, estableciendo, asimismo, “criterios de alta”, respecto a las personas que hubieran dado positivo en la primera prueba de PCR”. El Protocolo no parecía imponer, en consecuencia, la realización de test generalizados.

En tercer lugar, ha de recordarse que, durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, las comunidades autónomas, aunque mantuvieran su gestión, tenían que respetar la dirección del Ministerio de Sanidad, en tanto que autoridad competente delegada (artículos 4 y 12). Concretamente, respecto de la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo a la que tienen derecho los funcionarios policiales, el apartado tercero.1 de la Orden INT/226/2020 establece que “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.” Tampoco es posible extraer, en fin, del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, obligaciones tan específicas como las que se requerían de la Consejería de Seguridad del Gobierno Vasco en los números 3 a 5 de la demanda interpuesta por el sindicato ESAN ante la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.

5. De acuerdo con lo razonado, deben tenerse por no puestas en el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida las referencias a que el Gobierno Vasco “no cumplió desde el inicio de la epidemia ni desde la declaración del estado de emergencia sanitaria en Euskadi y del estado de alarma en el resto del Estado su obligación preventiva en orden a los tests de referencia”.

DÉCIMO. La desestimación del recurso de casación 1. De acuerdo con todo lo anteriormente razonado, oído el Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

2. Sin costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 696/2020, de 3 de junio de 2020 (demanda 20/2020), aclarada por el auto de 10 de junio de 2020.

2. Confirmar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 696/2020, de 3 de junio de 2020 (demanda 20/2020), aclarada por el auto de 10 de junio de 2020.

3. No imponer costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.