



Roj: **STS 2144/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2144**

Id Cendoj: **28079149912021100024**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/05/2021**

Nº de Recurso: **130/2020**

Nº de Resolución: **562/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 34/2020,**
STS 2144/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 562/2021

Fecha de sentencia: 20/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: **130/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Sebastián Moralo Gallego**

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: MVM

Nota:

CASACION núm.: **130/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Sebastián Moralo Gallego**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 562/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol



D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. **Sebastián Moralo Gallego**

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 20 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Álvaro Leguina Casas, en nombre y representación de Ambuibérica, S.L., contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en solicitud de medida cautelarísima inaudita parte y demanda de tutela de derechos fundamentales -derecho a la salud, vida e integridad física- núm. 21/2020, seguido a instancia de la Confederación Sindical ELA contra Ambuibérica, S.L., siendo parte interesada en el procedimiento el Ministerio Fiscal.

Ha sido parte recurrida la Confederación Sindical ELA, representada y defendida por el letrado D. David Pena Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Sebastián Moralo Gallego**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la Confederación Sindical ELA presentó solicitud de medida cautelarísima inaudita parte y demanda de tutela de derechos fundamentales -derecho a la salud, vida e integridad física-, registrada con el núm. 21/2020, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia "[1] se declare vulnerado el Derecho Fundamental a la Vida e Integridad Física de la plantilla (art. 15 CE). [2] Se declare que la conducta empresarial constituye una vulneración, en conexión con el invocado artículo 15 CE, de los artículos 4 y 19 TRET, 14, 15, 17 LPRL, artículos 5 y 6 de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio. LCEur 1989/854, Convenio número 155 OIT, art. 4.2 y 16.3, Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, art. 2, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, artículo 3 de la Carta Social Europea y artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. [3] Se condene a la empresa demandada a cesar de inmediato en su conducta vulneradora del Derecho Fundamental a la Integridad Física y la Vida (art. 15 CE) y, en consecuencia, a [4] cumplir con su "deuda de seguridad", concretamente con lo preceptuado en los artículos 4 y 19 TRET, 14, 15, 17 LPRL, artículos 5 y 6 de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio. LCEur 1989/854, Convenio número 155 OIT, art. 4.2 y 16.3, Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, art. 2, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, artículo 3 de la Carta Social Europea y artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en virtud de ello [5] Se condene a la empresa demandada a fin de que realice a toda la plantilla, de forma urgente e inmediata, los tests rápidos de detección de anticuerpos para Covid 19 y en tanto dure la vigencia de la referida pandemia".

Además, se solicitaba "que se dé el curso como medida cautelarísima inaudita parte por el riesgo evidente que supone cada día sin la adopción de dichas medidas".

La Sala, por auto de 24 de abril de 2020, estimó parcialmente las medidas cautelarísimas formuladas por el Sindicato ELA y, en consecuencia, acordó: "1º) Admitir a trámite la demanda correspondiente a la tutela de derechos fundamentales en su admisión de actividad probatoria y señalamiento que citaremos. 2º) Estimar en lo esencial las medidas cautelarísimas, sin perjuicio de la propuesta de celebración ulterior en comparecencia prevista, que también se citará. 3º) Requerir a la empresa Ambuibérica SLU para que con carácter urgente e inmediato, y en tanto dure la vigencia de la pandemia Covid-19, que cumpla las medidas aprobadas en los protocolos vigentes, en la medida en que no lo esté cumpliendo, y que provean a las plantillas de trabajadores de la empresa según relación de trabajadores de riesgo y contacto que hemos referenciado (según corresponda a cada puesto de trabajo) de los tests de detección de anticuerpos COVID-19, en los términos señalados por los Protocolos ministeriales (8-4-2020). Sin costas, sin caución. Contra este no cabe recurso alguno".



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 2 de junio de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que consta el siguiente fallo: "Estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la Confederación Sindical ELA, frente a AMBUIBÉRICA S.L.U, previa desestimación de la excepción de falta de legitimación activa, con la intervención del Ministerio Fiscal, declarando que la empresarial demandada AMBUIBÉRICA S.L.U, ha vulnerado los derechos fundamentales, a la vida, salud y la integridad física de la plantilla, prevención de riesgos y salud, declarando tal conducta empresarial constitutiva de una vulneración que conlleva la condena el cese inmediato de dicha conducta vulneradora y al cumplimiento de medidas de seguridad, concretamente en lo que concierne a los trabajadores de categoría técnico de transporte sanitario, técnico de transporte sanitario conductor, que haya estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19, condenando a la empresarial que en tanto en cuanto dure la referida pandemia realice la evaluación sea por test rápido o test prueba PCR, condenado a la empresarial AMBUIBÉRICA S.L.U a estar y pasar por dicha declaración y a su cumplimiento efectivo. Sin costas".

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

" 1º.- La presente demanda de derechos fundamentales que presenta la sindical ELA puede afectar a los trabajadores que prestan servicios en Ambuibérica, S.L. de Bizkaia y Gipuzkoa, y que actúan como técnicos de emergencia sanitaria o técnicos de emergencia sanitario-conductor, siendo alrededor de 830 trabajadores, y que llevan a cabo su actividad en las 32 bases de transporte sanitario denominado " concertado" y " RTSU en Bizkaia, y 15 bases de RTSU Servicio Vital Básico 14 y RTSU, SVA enfermerizada, con 15 bases en Gipuzkoa". La empresa desde el 27-3-2017 es la adjudicataria por el Gobierno Vasco del servicio de transporte y asistencia de emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma Vasca. El comité de empresa de Gipuzkoa consta de la siguiente representación unitaria: 7 ELA; 1 CCOO; 1 UGT; y en Bizkaia: 3 ELA; 2 LAB; 3 UGT; y, 4 USO.

2º.- En la situación de alerta sanitaria provocada por la expansión del virus Covid-19 se achaca a la empresarial no haber dispuesto para toda su plantilla la realización de test rápidos de detección de anticuerpos para Covid-19, cuando estos entienden realizan un trabajo de primera línea en contacto estrecho en el ámbito propio del transporte sanitario como elemento consustancial de la sanidad pública. En la empresa constan al menos 138 trabajadores que han estado o están en situación de Incapacidad Temporal por causa de covid-19, pertenecientes a las categorías de enfermero, ayudante, técnico de gestión, y conductor.

3º.- En la denominada instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del covid-19 para las empresas, de 19 de abril de 2020, emanada de la Secretaria General de Sanidad del Ministerio de Sanidad, consta que la realización de pruebas diagnósticas de la detección del covid-19 debe ser prescrita por un facultativo, de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente, señalándose que en el escenario actual la intervención de los servicios de prevención resulta crucial, debiendo limitar la realización de pruebas diagnósticas para la detección del covid-19 a los ámbitos de actuación descritos por el Ministerio de Sanidad, no debiéndose realizar acciones oportunistas al margen de las organizadas por las autoridades sanitarias.

4º.- En las llamadas instrucción técnica para abordaje de emergencias de la enfermedad por SARSCOV-2 de 21 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020 de Osakidetza que constan aprobadas por el director gerente, figura que una vez finalizada la asistencia se realizará la limpieza según el anexo VI, y a su vez que antes de acceder de nuevo a cabina de conducción se realizará un lavado correcto de manos con gel hidroalcohólico; y que se deberán realizar las medidas preventivas que se enmarcan en el Real Decreto 664/97, de 12 de mayo, siendo la contingencia, si está relacionada con agentes biológicos, profesional. El anexo VI de las indicadas instrucciones precisa que el covid-19 es susceptible a desinfectantes y que se procederá a la desinfección y descontaminación una vez finalizado el transporte y tras reubicar la camilla con el material no desechable en la cabina asistencial, procediéndose a una ventilación con ventana y puertas abiertas durante mínimo de 10 minutos, y desinfección de las superficies del entorno del paciente y otras que se toquen con frecuencia llevándose a cabo, al final de cada turno una desinfección con el sistema disponible, al efecto máquina de ozono, desinfectantes de vía área.

5º.- En el denominado abordaje de pacientes por los servicios extrahospitalarios, de 31-3-20, emitido por Osakidetza, figura que una vez finalizado el transporte y tras reubicar la camilla con el material no desechable se procederá a su limpieza y desinfección, dejando ventilar con ventana y puertas abiertas durante diez minutos; y limpieza y desinfección de las superficies del entorno del paciente y otras que se puedan tocar con frecuencia.



6º.- La empresa está procediendo a realizar test de detección llevándose a cabo por el denominado Servicio Salud Pública. Consta informe de la Inspección de Trabajo con fecha de salida de 22-4-2020, por el que se investiga la denuncia presentada contra la empresa sobre las medidas adoptadas respecto al trabajador Sr. Teodulfo, tras una posible exposición mientras trabajaba con su compañero Sr. Vicente positivo en Covid-19.

7º.- El servicio de prevención de la empresa viene atendiendo los casos de valoración de contacto con covid-19, de trabajadores especialmente sensibles, de casos sospechosos, de trabajadores expuestos con cita de reconocimiento médico y estudio de casos sospechosos para realización de prueba covid-10, sin que en la actualidad se haya practicado a la totalidad del personal afectado por este procedimiento de conflicto.

8º.- Se ha emitido por el Ministerio de Sanidad el denominado procedimiento de 30-4-2020 de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus, donde se incluyen las situaciones de exposición al riesgo, y entre el personal afectado se recoge a los técnicos de transporte sanitario con contacto directo y a la tripulación de medios de transporte; respecto a los colectivos afectados se señalan los equipos de protección individual que afectan a protección respiratoria, guantes y ropa de protección, protección ocular y facial, descontaminación y almacenaje y mantenimiento, así como la formación sobre la colocación y retirada de los EPIS.

9º.- La empresarial demandada no ha comparecido al acto del juicio por lo que se la tiene por confesa en todo aquello que le sea perjudicial y conste actividad probatoria de la demandante de manera preliminar. Nos consta el procedimiento de instancia en esta Sala 23/2020 con resolución en forma de sentencia de 26 de mayo de 2020 en materia de conflicto colectivo que procede a estimar parcialmente la demanda de la sindical CCOO, con adhesión del sindicato ELA declarando el derecho del colectivo afectado a que de forma urgente e inmediata, y durante el período que dure el estado de alarma actual, la empresa ponga a disposición de todo el personal con la categoría de técnico de transporte sanitario o técnico de transporte sanitario conductor, que haya estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19, test suficientes para la evaluación del mismo, ya sea por test rápidos o test prueba PCR condenando a dicha empresarial a su cumplimiento efectivo".

QUINTO.- 1. En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de Ambuibérica, S.L. se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 207 c) LRJS, se denuncia la vulneración de las garantías procesales contenidas con los artículos 53.1 y 2, así como 56.1, 4 y 5 LRJS, en relación con el artículo 162 Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 3 del Real Decreto 1065/2015.

Segundo.- Al amparo del artículo 207 d) LRJS, se interesa una adición al Hecho Probado Noveno para que conste que la recurrente no compareció al acto del juicio oral "al no haber sido debidamente notificada la citación".

Tercero.- Al amparo del artículo 207 e) LRJS, se denuncia la infracción del artículo 2 de la Orden Ministerial 344/2000 de 13.4, y de lo dispuesto en la Instrucción sobre realización de pruebas diagnósticas por el COVID-19 en el ámbito de las empresas del Ministerio de Sanidad actualizado a 14 de mayo de 2020, citando varias sentencias dictadas por Juzgados de lo Social.

2. El recurso es impugnado por la Confederación Sindical ELA.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso formalizado debe ser desestimado en cuanto a sus motivos primero y segundo, estimando el tercero.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 19 de mayo de 2021, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si la empresa demandada, que es la adjudicataria del servicio de transporte y asistencia de emergencias sanitarias para la red de transporte urgente del País Vasco, está obligada a realizar test rápidos o test de prueba PCR mientras dure la pandemia provocada por el Covid-19, a los trabajadores con la categoría de técnico de transporte sanitario y técnico de transporte sanitario conductor que hayan estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19.



2.- La sentencia de la Sala Social del TSJ del País Vasco de 2 de junio de 2020, autos 21/2020, acoge en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesta por la Confederación Sindical ELA en fecha 23 de abril de 2020, y condena a la empresa al cumplimiento de dicha obligación.

El recurso de casación de la empresa se articula en tres diferentes motivos.

Al amparo de la letra c del art. 207 LRJS se formula el primero de ellos, que denuncia infracción de los arts. 53, 1 y 2 y 56, 1, 4 y 5 LRJS, en relación con el art. 162 LEC y art. 3 RD 1065/2015, para sostener que procede declarar la nulidad de las actuaciones desde la fecha de admisión de la demanda, al no haber sido citada en forma para la celebración del acto de juicio, por más que en la súplica del escrito de recurso no incluye ninguna petición en tal sentido y se limite a interesar la íntegra desestimación de la demanda.

En el motivo segundo pide la parcial modificación del hecho probado noveno en el que se indica que la empresa no ha comparecido al acto de juicio, para que se incluya la frase "al no haber sido debidamente notificada la citación".

Y en el último de los motivos del recurso invoca la vulneración de los arts. 2 de la Orden Ministerial 344/2020, de 13 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y de lo dispuesto en la instrucción sobre realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID 19 en el ámbito de las empresas del Ministerio de Sanidad, para sostener que de esta normativa se desprende que no está obligada a realizar esa clase de pruebas en la forma en la que se ha pronunciado la sentencia recurrida.

3.- El Ministerio Fiscal informa en favor de la estimación del tercero de los motivos del recurso, y el sindicato demandante interesa la íntegra desestimación del recurso.

SEGUNDO. 1.- Vamos a desestimar de plano los dos primeros motivos del recurso, por cuanto en el folio 51 de las actuaciones consta fehacientemente que la empresa ha sido citada en plazo y forma para el acto de juicio, a través del Servicio de Información a Profesionales y en la persona del mismo letrado que firma el escrito de recurso.

Así aparece reflejado en dicho resguardo acreditativo/acuse de no aceptación por profesional, en el que se recoge que el decreto de señalamiento para el acto de juicio de 29/4/2020 fue debidamente notificado a través de dicho servicio, habiendo transcurrido en fecha 4/5/2020 el plazo de tres días previsto en el art. 162.2 LEC sin que el profesional hubiere aceptado la notificación.

2.- Con independencia de que ni tan siquiera se haya llegado a solicitar en la súplica del recurso, no hay por consiguiente razón alguna para acordar la nulidad de las actuaciones desde la fecha anterior a la citación para juicio, ni puede tampoco añadirse a los hechos probados que este sea el motivo por el que la empresa no comparece al acto de la vista oral.

TERCERO.1.- Entrando a conocer del tercero de los motivos del recurso, ya hemos avanzado que la sentencia recurrida acoge la pretensión ejercitada en la demanda en los términos que anteriormente hemos transcrito.

Al haberlo planteado el Ministerio Fiscal en el acto de juicio, la sentencia comienza por explicar que el sindicato demandante goza de legitimación activa para interponer la demanda bajo la modalidad de tutela de derechos fundamentales, y a tal efecto cita los arts. 15, 42 y 43 CE; y arts. 2, 17.1 y 177.1 LRJS, para concluir que el procedimiento es el adecuado para el ejercicio de la acción.

Seguidamente razona que la empresa está obligada a velar por la integridad física de los trabajadores, de acuerdo con los parámetros específicos en cada situación de riesgo que en la actualidad conducen a la perspectiva y aceptación del escenario de pandemia del Coronavirus o Covid-19.

A lo que añade que el personal de ambulancias se incluye dentro de un grupo en el que se asume una evidente exposición al riesgo patógeno en contacto directo o indirecto con personas afectadas o incluso asintomáticas, en traslados.

Y tras precisar que el órgano judicial no desconoce la escasez de los medios de protección individual en esas fechas, y la evidencia pública y notoria de dificultades para el cumplimiento de obligaciones y prerrogativas de las empresariales en lo que concierne al kit a la satisfacción y cumplimiento para con los test de detección de anticuerpos, acaba concluyendo que la empresa ha vulnerado el derecho fundamental a la salud de los trabajadores, condenándola a la realización de tales pruebas de detección para esos concretos colectivos.

2.- Debemos poner de manifiesto que la sentencia no cita ninguna concreta norma legal relativa a los deberes exigibles a la empresa en materia de prevención de riesgos laborales, de las que pudiese deducirse, directa o indirectamente, la específica obligación de realizar esas pruebas diagnósticas en las condiciones que le han sido impuestas en el fallo de la misma.



En lugar de ello parece seguir la imprecisa técnica de remitirse a tales efectos al contenido del Auto dictado en este mismo procedimiento de 24 de abril de 2020, en el que la Sala acordó la adopción de medidas cautelarísimas que vienen a coincidir con lo dispuesto en el fallo que ahora se combate, e incluso invoca en el mismo sentido el recaído en las actuaciones del procedimiento 13/2020.

Más lo cierto es que dicho Auto menciona la Orden 232/2020, de 15 de marzo; la Orden 295/2020, de 26 de marzo y la Orden 319/2020, de 1 de abril, que se refieren, todas ellas, a la adopción de medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; así como al protocolo del Ministerio de Sanidad de 30 de marzo de 2020 sobre el procedimiento de actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Covid.2; y los del día 16 del mismo mes y el posterior de 8 de abril de 2020.

De forma que la invocación de estas normas y protocolos se trae a colación a los únicos efectos de precisar que el ámbito del litigio no puede extenderse a todo el personal de la empresa, sino tan solo a los que realizan directamente actividades de riesgo relacionadas con el transporte de enfermos Covid.

En lo que se refiere estrictamente a la sentencia recurrida, se limita a identificar en su primer fundamento de derecho los preceptos legales invocados en la demanda, esto es, los arts. 4 y 19 del Estatuto de los Trabajadores, 14, 15 y 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, art. 5 y 6 de la Directiva 1989/391 de CE, de 12 de junio Convenio OIT número 155 en arts 4.2 y 16.3; Convenio OIT 187 art. 2 ; RD 664/97 ; art. 3 de la Carta Social Europea; y art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3.- Nos encontramos de esta forma ante la extraña situación de que, ni la sentencia recurrida, ni tampoco la demanda, ni tan siquiera en este momento el escrito de impugnación de los demandantes, citan o se sustentan en las múltiples disposiciones legales de diferente rango que se han venido dictado específicamente tras la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020.

Pese a tratarse de una cuestión tan singular, novedosa y específica, como es la de la realización de los test de detección del Covid 19 por parte de las empresas a sus trabajadores, tanto la demanda, como la propia sentencia recurrida, amparan sus razonamientos en los genéricos deberes de protección de la salud que impone la normativa anterior a la situación de pandemia, sin entrar ni tan siquiera a analizar las diferentes disposiciones legales que, a tales efectos, han venido dictándose durante todo el periodo en el que se ha mantenido vigente el estado de alarma.

Como seguidamente razonaremos, y conforme a lo que indica el Ministerio Fiscal en su informe, no hay en realidad ninguna normativa vigente a la fecha de interposición de la demanda, que permita exigir a la empresa la realización a sus trabajadores de los test de detección del Covid 19, en los términos, condiciones y circunstancias que ha declarado la sentencia recurrida.

CUARTO. 1.- El art. 2 de la Orden SND/344/2020, de 13 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para el refuerzo del Sistema Nacional de Salud y la contención de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, bajo el título "Requisitos para la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19.", establece expresamente que "La indicación para la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 deberá ser prescrita por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados al efecto por la autoridad sanitaria competente".

Tal y como se indica en el preámbulo de esa norma, se trata con ello de limitar la realización de las pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 a aquellos casos en los que exista una prescripción previa por un facultativo y se ajusten a criterios establecidos por la autoridad sanitaria competente, sometiendo de esta forma el régimen de realización de esta clase de pruebas a la previa existencia de criterios médicos que aconsejen su realización.

De existir esa indicación médica, podría discutirse el alcance de la eventual obligación empresarial de facilitar los medios e instrumentos necesarios para su realización, en una actividad tan objetivamente peligrosa y arriesgada como sin duda lo es el transporte de enfermos en ambulancia.

Pero en defecto de esa indicación, y ante la ausencia de ninguna otra norma legal vigente en la fecha de interposición de la demanda de la que pudiese desprenderse lo contrario, no encontramos razones para imponer a la empresa la específica obligación que reclaman los demandantes.

La propia sentencia recurrida alude en el tercero de sus hechos probados a las instrucciones sobre realización de tales pruebas diagnosticas para las empresas de 19 de abril de 2020, emanada de la Secretaria General de Sanidad del Ministerio de Sanidad, para destacar, precisamente, que deben ser prescritas por un facultativo de acuerdo con las directrices, instrucciones y criterios acordados a tal efecto por la autoridad sanitaria, de conformidad con lo que así dispone el art. 2 de aquella Orden.



2.- Por otra parte, en los demás hechos probados de la sentencia se ofrecen toda una serie de datos que vienen en realidad a evidenciar que la empresa está cumpliendo las instrucciones e indicaciones emitidas por la autoridad sanitaria, hasta el punto de que resultan incluso difícilmente conciliables con lo que luego se acuerda en el fallo de la misma, en tanto que en el ordinal sexto se dice que "La empresa está procediendo a realizar test de detección llevándose a cabo por el denominado Servicio Salud Pública", y en el séptimo se afirma que "El servicio de prevención de la empresa viene atendiendo los casos de valoración de contacto con covid-19, de trabajadores especialmente sensibles, de casos sospechosos, de trabajadores expuestos con cita de reconocimiento médico y estudio de casos sospechosos para realización de prueba covid-10, sin que en la actualidad se haya practicado a la totalidad del personal afectado por este procedimiento de conflicto".

El hecho probado cuarto señala que la instrucción técnica para abordaje de emergencias de la enfermedad por SARS-COV-2 de 21 de marzo de 2020 y 22 de abril de 2020 de Osakidetza que constan aprobadas por el director gerente, imponen la realización de determinadas tareas de limpieza, ventilación, desinfección y descontaminación de las ambulancias, pero si hacer mención alguna a la necesidad de practicar los test de detección del coronavirus en circunstancias y condiciones distintas a las que determina aquel art. 2 de la Orden SND/344/2020, de 13 de abril.

En este punto reiteramos que las Órdenes y protocolos citados en el Auto de 24 de abril de 2020, tampoco contienen la menor previsión, directa o indirecta, a tal respecto.

3.- No apreciamos por lo tanto motivos para entender que la empresa haya incumplido las obligaciones que en esta materia pudieren haberle impuesto cualquier clase de normativa, ordenes, instrucciones o indicaciones emanadas de la autoridad sanitaria competente en la gestión de la pandemia.

QUINTO. 1.- En esa misma dirección ya hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la específica cuestión relativa al alcance de la eventual obligación de la empleadora de realizar test para la detección de una posible infección por coronavirus en SSTs 18/2/2021, rec. 105/2020 y 22/4/2021, rec. 94/2020.

Es importante destacar la multitud de normas legales de toda clase y naturaleza que se han venido dictando con posterioridad al 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, con la consiguiente atención que ha de prestarse al momento en el que cada una de ellas ha venido entrando en vigor, en orden a determinar cuáles hayan de ser las obligaciones exigibles a la empresa en esta materia en la concreta fecha a la que se refieren los hechos en los que se sustenta en cada caso concreto la demanda.

Pero lo cierto es que nuestras dos precitadas sentencias fueron dictadas en aplicación de la misma normativa legal vigente a los efectos del presente asunto, por lo que el criterio que en ellas aplicamos es perfectamente trasladable al caso de autos, sin que haya razón alguna para llegar a una solución diferente.

Y es verdad que ambas sentencias han recaído en un ámbito distinto al transporte de enfermos en ambulancia, los cuerpos de policía en el País Vasco, pero eso no es óbice para que esos mismos principios sean trasladables, a estos efectos, a la actividad de la demandante como prestataria de un servicio de ambulancias, en tanto que no hay tampoco ninguna normativa especial y singular sobre esta misma materia que resulte de específica aplicación a la recurrente en sentido diferente a la doctrina que en tales antecedentes hemos establecido.

2.- Como en ellas decimos, la Sala no comparte la decisión de la sentencia de instancia que condena a la empresa, porque "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.

Tampoco puede deducirse del Protocolo de Vigilancia Epidemiológica de 12 de marzo del Departamento de Salud del Gobierno Vasco, mencionado en el hecho probado quinto, puesto que del mismo se desprende que el procedimiento 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, en el Anexo II, lo cual nos permite deducir que, 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, tal y como advertimos en STS 18-02-2021, rec. 105/2020, obligaciones tan específicas, a cuyos razonamientos nos remitimos.

No está de más señalar que, cuando se dictó la sentencia recurrida, ni siquiera había entrado en vigor la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, incorporando al derecho español la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS- CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión".

A lo que ahora podemos añadir que tampoco se desprende esa concreta obligación de lo dispuesto posteriormente en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que en su art. 7 regula las obligaciones exigibles a las empresas en sus centros de trabajo, señalando que "1. Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá:

- a) Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.
- b) Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
- c) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.
- d) Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
- e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

2. Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19 no deberán acudir a su centro de trabajo.

3. Si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador se colocará una mascarilla y seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario".

Como es de ver en la dicción literal del precepto, en ningún momento se impone a la empresa la obligación de realizar test de detección del Covid-19 en los términos que pretenden los demandantes.

SEXTO. Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el recurso, casar la sentencia recurrida y desestimar en su integridad la demanda, con absolucón de la empresa. Sin costas, y con el reintegro del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido estimar el recurso de casación interpuesto por Ambuibérica, S.L., contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en demanda de tutela de derechos fundamentales núm. 21/2020, seguido a instancia de la Confederación Sindical ELA contra Ambuibérica, S.L., siendo parte interesada en el procedimiento el Ministerio Fiscal, para casar dicha sentencia y desestimar la



demanda con íntegra absolución de la demandada. Sin costas y con reintegro del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ