

LA OBLIGACIÓN DE REALIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS DE CONTROL DE LA COVID-19 EN LOS CENTROS DE TRABAJO MUNICIPALES DE ANDALUCÍA

INFORME JURÍDICO

Informe que emiten los servicios jurídicos del departamento de asistencia a municipios de la Excm. Diputación Provincial de Granada, de acuerdo con las funciones de la Provincia de Granada, artículo 11 de la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía y artículo 36 Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, en el que se han de tener en cuenta los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

A petición de la alcaldía del Ayuntamiento de XXXX en el que ya se han realizado un programa de cribado del personal prestador de servicios, plantea la necesidad de clarificar la obligatoriedad o no de someterse por parte de todos los empleados de servicios públicos a un Test PCR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: LEGISLACIÓN DE APLICACIÓN.

Constitución Española de 1978, art.9, 14, 24, 43, 53, 140, 141, 142. (C.E.)

Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985. (B.O.E. nº47 de 1989)

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. (E.A.A.) Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía. (LAULA).

Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (LBRL)

Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de Junio, sobre Medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, (B.O.E. 163 de 10 de junio del 2020)

Orden de 19 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria

ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma.(BOJA nº 39 de 19 de junio de 2020).

Decreto-Ley 8/2020, de 8 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes en el ámbito local y se modifica el Decreto Ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización administrativas y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencias social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19)

Decreto-Ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID.19)

Ley de 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, art.15.5 intervención epidemiología frente a brotes epidémicos y situaciones de riesgo de enfermedades transmisibles y no transmisibles.

Resolución de 11 de noviembre del 2019, de la Dirección General de Salud Pública.

Resolución de 9 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Salud Pública, por la que se especifican las modalidades de Pruebas Diagnósticas de Infección Activa para SARS-CoV-2 en relación con los controles sanitarios a realizar en los puntos de entrada de España.(BOE 322/2020)

Orden de 4 de diciembre de 2020, por la que se actualizan las medidas preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros de servicios sociales y de servicio de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19). BOJA extraordinario nº 86/2020

Orden de 16 de agosto del 2020 de la Junta de Andalucía Orden de 16 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, para implementar en la Comunidad Autónoma de Andalucía actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19.

R.D. 664/1997, de 2 de mayo, de protección a los trabajadores contra los riesgos a agentes biológicos.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión, de riesgos biológicos para los trabajadores.

Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, de adaptación al Progreso Técnico del R.D. 664/1997, de 2 de Mayo, de protección a los trabajadores contra los riesgos a agentes biológicos.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnosticas para la detección del Covid-19 en el ámbito de las empresas de fecha de 21 de diciembre del 2020, aprobado por la Ponencia de Salud Laboral y la Comisión de Salud Publica.

Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos de la COVID-19.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, Estatuto Básico del Empleado Público.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

SEGUNDO: COMPETENCIAS MUNICIPALES Y DE SU ADMINISTRACIÓN EN LA MATERIA DE SALUD

Los Municipios y la administración de los mismos, los Ayuntamientos, tienen obligación legal de intervenir en la materia de la salud, tanto por la decisión del legislador autonómico como el estatal, este último actuando como legislador básico de procedimiento administrativo (art. 149.1.18 C.E.) y legislador básico de protección de la salud laboral (art. 149.1.7 C.E.)

I.-Competencias Municipales en Andalucía.

Una línea de intervención obligada vendría recogida en el artículo 9.13 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) que entre sus funciones enumera;

“13. Promoción, defensa y protección de la salud pública, que incluye:

- a) La elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan Local de Salud.*
- b) El desarrollo de políticas de acción local y comunitaria en materia de salud.*
- c) El control preventivo, vigilancia y disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud.*
- d) El desarrollo de programas de promoción de la salud, educación para la salud y protección de la salud, con especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad o de riesgo.*
- e) La ordenación de la movilidad con criterios de sostenibilidad, integración y cohesión social, promoción de la actividad física y prevención de la accidentabilidad.*
 - f) El control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, consumo, ocio y deporte.*
 - g) El control sanitario oficial de la distribución de alimentos.*
 - h) El control sanitario oficial de la calidad del agua de consumo humano.*
 - i) El control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios.*
 - J) El control de la salubridad de los espacios públicos y, en especial, de las zonas de baño.”*

II.- Centros sociosanitarios y Educativos.

Es incontrovertido que el personal del ámbito profesional sociosanitario tiene la obligación de someterse a pruebas por la existencia de regulación específica que lo establece tanto en el ámbito estatal como el autonómico de Andalucía.

El Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad

social y tributarias para paliar los efectos de la COVID-19, establece en su artículo 9 que las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros, establecimientos o servicios sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrán consideración de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de diversas normas, Orden de 19 de junio 2020, Orden de 16 de agosto 2020, Orden de 22 de septiembre 2020, Orden de 4 de Diciembre 2020, por las que se regula como medida de salud pública el sometimiento a los trabajadores de los centros sociosanitarios de pruebas diagnósticas de infección activa de COVID-19.

El personal de los centros educativos también ha sido en Andalucía llamado a realizarse pruebas de Test de detección del virus por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En otras comunidades autónomas existe una excepción a la regla, auto dictado el 17 de septiembre del 2020 de la sección cuarta de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJCV. El Ayuntamiento de Torreveja cuyo Alcalde en colaboración con la iniciativa privada de la mercantil que gestiona el Hospital que asume el coste económico, dicta orden para realizar Test al personal de los centros educativos no dependiente de la entidad local, salvo el personal de preescolar y conserjes. La Comunidad Autónoma Valenciana en oposición a esta iniciativa requiere la paralización. El auto permite al Ayuntamiento la realización de test voluntarios a personal de los centros educativos, considera que la autoridad sanitaria ha traducido el término "no se recomienda" de las instrucciones del Ministerio de Sanidad en desautorización y la inexistencia de requerimiento legal de informe preceptivo del art. 7.2 LBRL al no conllevar gasto público *"la Sala considera que los intereses generales a ponderar en forma circunstanciada por este Tribunal en sede cautelar conducen a entender procedente el mantenimiento de la medida cautelar, habida cuenta de que llevar a efecto la iniciativa municipal de Torreveja no parece que suponga perturbación grave de los intereses generales ni de tercero y teniendo en cuenta la importante circunstancia de que no supone desembolso alguno, por consiguiente haciendo innecesario informe vinculante de la Administración Autonómica atendiendo al sentido y finalidad recogida en el artículo 7.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril"*

III.- Policía Administrativa

El gobierno y administración corresponde a los Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales (art. 140 C.E). Son competencias de los alcaldes de acuerdo con el artículo 21.1.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (LBRL) *"Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno"* y en el artículo 21.3 LBRL, *"la jefatura superior de todo el personal"*

IV.- Implementar y garantizar la normativa sobre Prevención de Riesgos Laborales.

El órgano ejecutivo unipersonal, los Alcaldes y Alcaldesas, han de poner en marcha las medidas de protección necesarias para garantizar la salud laboral.

El Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, en su artículo 3 establece

la obligación general del empresario. "El empresario deberá adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los lugares de trabajo no origine riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo"

Y, en su artículo 7 sobre las condiciones ambientales prohíbe que estas constituyan un riesgo para los trabajadores "1. La exposición a las condiciones ambientales de los lugares de trabajo no deberá suponer un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. A tal fin, dichas condiciones ambientales y, en particular, las condiciones termohigrométricas de los lugares de trabajo deberán ajustarse a lo establecido en el anexo III. 2. La exposición a los agentes físicos, químicos y biológicos del ambiente de trabajo se regirá por lo dispuesto en su normativa específica."

Hemos de traer a colación lo recogido en la Ley 33/2011, de 4 de Octubre General de Sanidad

Pública, en cuyo preámbulo indica que muchas de las actuaciones que afectan a la salud de la población son competencias de los municipios y en su artículo 56 tipifica las infracciones;

"1. Son infracciones administrativas en salud pública las acciones y las omisiones que se tipifican en los artículos siguientes, así como las que, en su caso, pueda establecer la legislación autonómica o local.

2. Además de las infracciones sanitarias previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se tipifican como infracciones en salud pública las siguientes:

a) Son infracciones muy graves:

1º La realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población.

2º El incumplimiento, de forma reiterada, de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, o el incumplimiento de un requerimiento de esta, si este comporta daños graves para la salud."

La potestad sobre la materia en la que pueden intervenir los Municipios y sus Ayuntamientos es indiscutible, así lo podemos ver en el artículo 54 LAULA, que exige la publicación de los actos administrativos dictados "los actos administrativos sobre salud dictadas por los Municipios deberán de publicarse en la sede electrónica en el plazo de 5 días desde su adopción"

TERCERO: EXIGIBILIDAD DE LA REALIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS DE CONTROL DE LA "COVID-19" A LOS EMPLEADOS DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES DE ANDALUCIA.

El Ayuntamiento puede implementar una medida de sometimiento a pruebas de salud de manera obligatoria al personal que presta los servicios públicos, en aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. Este argumento viene a fortalecerse no solo con las ya existentes acciones de otros Municipios, véase por ejemplo el Decreto de 7 de mayo de 2020 del Alcalde de Madrid por el que se determinan los criterios generales de aplicación para la reincorporación escalonada del personal a la actividad habitual, publicado en el BOAM Núm. 8.636 de 11 de mayo del 2020.

El Ministerio de Trabajo, de acuerdo con la recientemente publicada **Orden TES/1180/2020, de 4 de Diciembre**, de adaptación al Progreso Técnico del R.D.

664/1997, de 2 de Mayo, **de protección a los trabajadores contra los riesgos a agentes biológicos**, dicta la adaptación del reglamento a la **directiva de la Unión Europea dictada por la Comisión Directiva (UE) 2020/739**.

Esta norma, reglamento de protección de los trabajadores frente a los riesgos biológicos, R.D. 664/1997, de 2 de mayo, establece las disposiciones mínimas aplicables a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad laboral y tiene como objeto la protección de los trabajadores contra los riesgos para su salud y su seguridad derivados de la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como la prevención de dichos riesgos **El Reglamento en su anexo II acaba de ampliar** por la Orden dictada por el Ministerio de Trabajo, **la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos** conocidos, clasificados con arreglo al nivel de riesgo de infección que presentan, para que se refleje el estado de conocimientos más reciente por lo que se refiere a los avances científicos y epidemiológicos que han supuesto cambios importantes, **incluida la existencia de nuevos agentes biológicos Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS-CoV-2)**

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido regulando el sometimiento a pruebas de salud de trabajadores frente al (SARS-CoV-2), en distintas normas pero siempre referidas al personal prestador de servicios de centros sociosanitarios, podemos ver la Orden de 16 de agosto de la Junta de Andalucía (BOJA extraordinario nº 51 del 2020) establece como obligación legal letra a) del punto 6 del apartado sexto de la Orden de 19 de junio de 2020, que queda redactado de la siguiente manera:

«a) Las empresas serán las competentes para evaluar el riesgo de exposición de las personas trabajadoras en cada una de las tareas diferenciadas que realizan y en los distintos escenarios en los que se puedan desarrollar. Asimismo, habrán de seguirse las recomendaciones que sobre el particular emita el servicio de prevención de riesgos laborales, siguiendo las pautas y recomendaciones formuladas por las autoridades sanitarias. En todo caso, estas personas trabajadoras que regresen de permisos y vacaciones, así como los nuevos trabajadores que se incorporen al centro, tendrán que tener realizada PCR para Covid -19 con resultado negativo con 72 horas de antelación como máximo.»

Los municipios de Andalucía pueden regular mediante normas propias de prevención de riesgos laborales la aplicación de esas medidas de pruebas de salud para el resto de sus empleados, a través de Decreto o Resolución sobre la materia y las medidas a implementar.

No sería de aplicación la ratificación del decreto de Alcaldía en la jurisdicción contenciosa-administrativa, art. 8.6 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, estableciendo las pruebas para el control del COVID-19 como medidas para el conjunto de los trabajadores municipales al no estar dirigido a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

El art.8.6 declara la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de los asuntos en los que las medidas sanitarias urgentes. *“Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o*

varios particulares concretos e identificados de manera individualizada". El Ayuntamiento como administración empleadora de personal no interviene como autoridad sanitaria sino como empleador de personal a su servicio, la competencia jurisdiccional en cuanto a incumplimientos de normas de prevención de riesgos laborales es la social y no la contenciosa-administrativa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido considerando que "el derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la intolerancia del trabajador renuente" art. 22.1 LPRL, STS Sala Cuarta, de lo Social, número 33/2019, de 21 de enero Rec. 4009/2016, para la reunificación de la doctrina, "los reconocimientos médicos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales están al servicio de la salud y seguridad en la empresa y constituyen un instrumento para que el empresario pueda cumplir con su deber de proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud y del correlativo derecho de todos los trabajadores a obtener tal eficaz protección...o cuando resulten necesarios para la detección de patologías que puedan causar grave riesgo para los propios funcionarios o para los ciudadanos, en cuyo caso serán de carácter obligatorio y se informará a los representantes de los funcionarios" STS, núm 258/2018, sala de lo social , recaída en Casación 42/2017

Ha de tenerse en cuenta que la normativa de prevención de riesgos laborales es de aplicación tanto al personal incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores, así como en el del Estatuto Básico del Empleado Público.

La norma del Ayuntamiento para regularlas medidas de prevención de riesgos laborales, decreto de Alcaldía, ha de considerarse que cumple con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con la finalidad de la meta 8.8. de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la mejora de la protección de los derechos laborales y la promoción de un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todas las personas trabajadoras.

CONCLUSIÓN

Con **la actual declaración de la OMS de "pandemia" por el llamado COVID-19** ocasionado por el (SAR-COV-2) de 11 de marzo del 2019, el derecho a la protección de la salud de las personas recogido en el artículo 43 C.E, en relación con **el derecho a la vida**, (artículo 15 C.E) y a la igualdad de todos sin que pueda prevalecer discriminación por razón alguna (artículo 14 C.E.), **mediatiza supeditando el poder de dirección del empresario o empleador, la autonomía de la voluntad del trabajador y el derecho a su protección de datos personales y su intimidad, al derecho fundamental en riesgo**; proteger la salud para garantizar la vida. Así lo ordena el texto constitucional de 1978 bajo la garantía recogida como **un deber para los poderes públicos con la eliminación de los obstáculos que la dificulten**, (artículo 9.2).

El Ministerio de Trabajo y Economía Social mediante **la Orden TES/1180/2020, de 4 de Diciembre**, de adaptación al Progreso Técnico del R.D. 664/1997, de 2 de Mayo, de protección a los trabajadores contra los riesgos a agentes biológicos, (B.O.E. 322 de 10 de diciembre 2020) dictada bajo el Título competencial 149.1.7

de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, incorpora al derecho del Estado Español a la **directiva de la Unión Europea dictada por la Comisión Directiva (UE) 2020/739, por la que se incluye el (SAR-COV-2) dentro de los riesgos laborales ambientales a los que están sometidos los trabajadores y requieren de medidas de protección para la inactivación.**

En la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de diversas normas, Orden de 19 de junio 2020, Orden de 16 de agosto 2020, Orden de 22 de septiembre 2020, Orden de 4 de Diciembre 2020, por las que se regula como medida de salud pública el sometimiento a los trabajadores de los centros sociosanitarios de pruebas diagnósticas de infección activa de COVID-19.

La alcaldía a través de **decreto podrá fijar medidas y criterios en materia de prevención de riesgos laborales aplicables en sus centros de trabajo, ante la reincorporación al desarrollo de la actividad habitual** después de periodos vacacionales, reflejando la consulta con la representación de los empleados públicos de las medidas de prevención de riesgos laborales adoptadas, con el fin de garantizar la seguridad y salud del personal del Ayuntamiento y de los usuarios de los servicios públicos, que preferentemente con antelación a la reincorporación a su actividad habitual, será sometido a pruebas de detección COVID-19 (art. 14 Y 29) LPRL, considerándose una excepción a la voluntariedad la necesidad la medida para conocer el estado de salud del trabajador que constituye un peligro para sí mismo o para los demás trabajadores o personas relacionadas con la empresa (art. 22) LPRL.

Esta norma cumple con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia contenidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cumplimiento de la meta 8.8. de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en la mejora de la protección de los derechos laborales y la promoción de un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todas las personas trabajadoras

Una vez dictada la norma se ha de publicar en la sede electrónica del Ayuntamiento, artículo 54 LAULA, "los actos administrativos sobre salud dictadas por los Municipios deberán de publicarse en la sede electrónica en el plazo de 5 días desde su adopción"

En Granada a la fecha de la firma electrónica