

Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19.

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Resumen: Esta sentencia del Tribunal Supremo versa la Tutela de los derechos fundamentales a la vida, salud y prevención de riesgos en el trabajo ante la situación de riesgo creada por la Pandemia Covid-19 en el ámbito de trabajo. Se confirma la estimación parcial de 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, que declaró la obligación de aquella Consejería de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios de protección frente a la Covid-19. Existe el derecho del trabajador y el correlativo deber del empleador de disponer de los medios suficientes. Por otra parte, se insistir, así, en la competencia «plena» de la jurisdicción social en materia de prevención de riesgos en el trabajo (STS, 4a, 14 de octubre 2014, rec. 265/2013, reiterada por otras posteriores, y STS, Pleno Sala 4a; 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. El Derecho regulador de la Prevención de Riesgos en el Trabajo genera la vis atractiva completa o plena de la jurisdicción social con independencia del estatuto regulador público o privado de la prestación de servicios profesionales.

Palabras clave: Tutela de los derechos fundamentales. Derechos a la vida, a la salud y a la prevención de riesgos en el trabajo. Empleados públicos. Competencia plena de la jurisdicción social.

Abstract: This judgment of the Supreme Court deals with the protection of the fundamental rights to life, health and the prevention of risks at work in the face of the situation of risk created by the Covid-19 pandemic in the workplace. The partial estimate of the complaint filed by the union Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN) against the Basque Government Security Council on fundamental rights and prevention of labor risks is confirmed, That it declared the obligation of that Council to provide all Ertzaintza personnel with certain means of protection against Covid-19. There is the right of the worker and the correlative duty of the employer to have sufficient means. In addition, emphasis should be placed on the "full" competence of the social jurisdiction in the field of occupational risk prevention (STS, 4a, 14 October 2014, rec. 265/2013, reiterated by subsequent ones, and STS, Plenary Hall 4a; 483/2019, 24 June 2019, rec. 123/2018), even if those affected are civil service or statutory (and non-labor) staff of the Employer Administration. The Regulatory Law on Risk Prevention in the Job generates the full or complete attractive vis of the social

jurisdiction regardless of public or private regulatory status the provision of professional services.

Keywords: Protection of fundamental rights, rights to life, health and the prevention of risks at work, public employees, full competence of social jurisdiction.

En su raíz, la diferencia es realmente funcional. La legislación es una producción de derecho “sub especie” normativa, o sea, una producción de normas jurídicas; podríamos decir una producción del precepto “en serie”, para “casos típicos”, no para “casos concretos”. La jurisdicción, en cambio, produce preceptos y suministra, pues, derecho” para “casos singulares” [...]. De semejante diferencia de funciones deriva una diferencia de estructura en el proceso formativo del Derecho.

FRANCESCO CARNELUTTI^[1]

I. Introducción

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.

Este estudio analiza, entre otras cuestiones conexas o vinculadas, la garantía de los derechos sociales fundamentales a la salud y a la prevención de riesgos en el trabajo atendiendo al Sistema Multinivel de garantía de tales derechos y a su inescindible conexión e interdependencia con el derecho a la “integridad física” y a la “vida” en el marco de la aplicación e interpretación de la legislación de emergencia derivada de la Pandemia Covid-19.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Fecha y número de la sentencia: sentencia núm. 502/2021, de 18 de febrero.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 105/2020.

ECLI: ES:TS:2021:502.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1.- Se resuelve 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, 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 la Sala en concepto de parte recurrida Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN), representado y asistido por la letrada.

2.- 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, se terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se requiera a la demandada a:

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

3.- 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.

4.- La sentencia por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declara, en síntesis, los siguientes hechos probados:

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

- 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

- Se acredita una sucesión de actuaciones preventivas encaminadas a garantizar la protección de la salud en el trabajo de los colectivos afectados. Actuaciones del *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. Medidas preventivas frente al Covid-19. Intervenciones del *Jefe de la Secretaría General a la Directora de Recursos Humanos* respondiendo al 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. Elaboración y entrega de diversas notas informativas y documentos 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; 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; aportación de información – datos concretos- sobre los elementos de protección distribuidos; 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.; limpieza y desinfección de comedores y de las furgonetas que dan apoyo a Osakidetza, etcétera.

- El Sindicato ESAN había remitido numerosos escritos al Responsable de la División de Salud y Prevención, todos ellos en relación con medidas de protección frente al coronavirus, solicitando material preventivo que se considera imprescindible para desarrollar nuestras labores profesionales.

- En este contexto se aprueba 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. 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 "Coronavirus" y otras medidas de prevención, existiendo desacuerdos puntuales al respecto en las partes.

- 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. A este Documento le suceden otros del mismo Ministerio ("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"; "Instrucciones sobre la realización, de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas"; "Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2"; etcétera.).

- 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».

- 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.

- 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".

- Se recurre en el presente recurso de casación la sentencia de la Sala de lo Social del 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 preventivos de protección frente a la Covid-19.

- La STSJ 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. 4º, 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. 4º, 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.

IV. Posiciones de las partes

1º. Posición de la empleadora. Frente a la sentencia de instancia, que declaro no ajustado a derecho la no adopción plena de determinadas medidas de prevención que considera jurídicamente aplicables. Con dicha sentencia se alza la Administración empleadora mediante una serie de motivos de amparo previstos en el artículo 207 LRJS. Los motivos alegados en el recurso se dirigen –principalmente y en mor de brevedad- a obtener la revisión del relato de hechos probados de la sentencia recurrida. Se arguye que no debía haberse tramitado por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

2º. Posición de la parte social. 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. Persevera en su alegación de que se produjo una vulneración de los derechos fundamentales vinculados a la prevención de riesgos en el trabajo, estimando ajustada a Derecho la sentencia de instancia en sus aspectos fundamentales.

V. Normativa aplicable al caso

En lo principal entran en juego los artículos 15, 40.2, en relación hermenéutica necesaria con los artículos 10.2 y 93 a 96, de la CE; artículos 4 del ET; Legislación ordinaria (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y excepcional relativa a la prevención de riesgos en el marco de la Pandemia Covid-19 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y normas e instrumentos jurídicos de regulación de medidas preventivas de desarrollo); Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989; artículo 31.1, en relación con los artículos 2.1 y 3.1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [versión consolidada (2016/C 202/02)]; el artículo 3, en relación con el artículo 5, de la Carta Social Europea Revisada de 1996; artículo 207 de la LRJS.

VI. Doctrina básica (Fundamentación jurídica)

1º.- Se examina en primer lugar, lógicamente por ser de orden público preferente, la competencia de la jurisdicción social (primer motivo formulado al amparo del artículo 207 a) LRJS)

-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. 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^[2].

Como se indicará ahora el criterio de que mantiene el Tribunal Supremo como elemento determinante de la *atracción* de la competencia del orden social de la jurisdicción es el relativo a que se alegue o no (o se reclame o no) la aplicación de la legislación de Prevención de Riesgos en el Trabajo. Y así analiza cada una de las

sentencias aducidas por el Gobierno Vasco para motivar la falta de la competencia de la jurisdicción social. Veámoslo:

a). La STS (4ª) 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 (4ª) 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/3ª 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 (4ª) 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 (4ª) 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 ámbito de aplicación del artículo 2 e) LRJS (Modificado por Ley 3/2012 de 6 de Julio)^[3].

b) La segunda resolución a la que se quiere hacer referencia es a la STS (4ª) 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 (4ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 recuerda, asimismo, que la STS (4ª) 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 (4ª) 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 (artículos 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 (artículo 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).». En la misma dirección y criterio resolutorio se analizan e interpretan otras sentencias del Tribunal Supremo^[4].

2º-. 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 segundo 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 recurso la 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 (Capítulo XI. De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas) 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*». Esto pone de manifiesto la conexión sustancial entre la salud laboral y el derecho a la vida e integridad de la persona confirmando la “fundamentalidad constitucional” de este derecho social en cuestión.

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 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.*

3º.- La desestimación del motivo formulado al amparo del artículo 207 d) LRJS. 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 (Error en la apreciación de la prueba). El Tribunal Supremo desestima 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.

4º.- La inexistencia de infracción del artículo 179.4 LRJS (cuarto motivo del recurso formulado al amparo del artículo 207 e) LRJS). Se incide aquí en una cuestión jurídica de enorme relevancia porque se cuestiona la sustanciación de la controversia a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales. Por otra parte, el razonamiento del Tribunal Supremo elude un exceso de formalismo legalista y atiende a un criterio más flexible –de textura abierta- respecto a la imputación de la vulneración del derecho a la integridad física o la vida (artículo 15 CE).

a). 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.».

b) Pero lo que resulta especialmente significativa es la conexión directa en la Constitución que se establece en el derecho a la vida y la protección de la salud y seguridad en el trabajo. Y se hace reclamando la jurisprudencia constitucional.

En todo caso –afirma el Tribunal Supremo-, 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 nítidamente 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 singularmente 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.

En relación con la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, las resoluciones de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo -que se han mencionado en esta sentencia- parten de que estaban, al propio tiempo, 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.

c). 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^[5].

5º.- 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)

a). 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.

b). 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 (a cuyo tenor: “En el acto de juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponde al demandante la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”) 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.

En consecuencia, debe desestimarse, en consecuencia, el quinto motivo del recurso.

6º.- 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). A pesar de las innegables circunstancias excepcionales producidas por la Pandemia Covid-19, debe observarse las medidas de prevención pertinentes para salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales en juego. 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^[6].

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 dependan 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.»

Se concluye, en congruencia, que Debe desestimarse, por tanto, el sexto motivo del recurso.

7º.- Se indica que en la sentencia se han por acreditados incumplimientos que realmente no se produjeron. Se formula la pretensión al amparo del artículo 207 c) LRJS. Es criterio del Tribunal Supremo que, efectivamente, hay que 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. 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».

VII. Parte dispositiva

De conformidad con el razonamiento efectuado se concluye la argumentación jurídica desplegada declarando: 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.

VIII. Pasajes decisivos

La controversia jurídica planteada hace referencia a varias cuestiones, según queda expuesto aquí (y con mayor detenimiento, lógicamente en los fundamentos jurídicos de esta importante STS). De entre ellos se puede destacar los siguientes (con carácter muy selectivo dado los límites de espacio asignados a este estudio jurisprudencial):

- Se rechaza la excepción de incompetencia de la jurisdicción social: Se afirma 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. Ello es así cuando en la demanda se invoca (junto a la tutela de los derechos fundamentales, como es el caso de autos), la legislación de prevención de riesgos laborales: “[...] 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 (4ª) 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/3ª 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, asimismo, en la STS (4ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), STS (4ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016), auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), STS (Pleno 4ª) 483/2019, 24 de junio de 2019, Sala 4ª 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.

- Se declara la conexión constitucionalmente relevante entre el derecho a la salud en el trabajo y el derecho a la integridad física y a la vida ex artículo 15 CE: “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. 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»). Por otra parte, “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”.

IX. Comentario jurídico-crítico

Nos encontramos ante un problema de aplicación e interpretación del grupo normativo regulador del derecho a la salud en el ámbito de trabajo y su consagración en la Constitución y en la legislación de prevención de riesgos laborales. Por ello conviene destacar las siguientes cuestiones:

1.- La “*fundamentalidad constitucional*” del derecho a la salud y seguridad en el trabajo, bajo ciertas condiciones mínimas. Existe una conexión funcional y finalista interna entre el derecho a la salud en el trabajo (artículo 40.2 CE) y el derecho a la integridad y a la vida ex artículo 15 CE (interpretados necesariamente conforme a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental). Precisamente, la jurisprudencia constitucional ha establecido la doctrina según la cual el derecho de los trabajadores a su «integridad física» y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo [artículo 4.2 d) ET] está inequívocamente 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 en sí mismo 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). Este es el punto de vista esencial de *tutela preventiva de la salud en el trabajo desde el punto de vista del sistema constitucional*. Subrayar, a estos efectos, que la jurisprudencia constitucional establece la matizada doctrina, entre otras cosas, conforme a la cual 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 de recurso de casación alega, en esencia, que la sentencia de instancia 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. Según el recurrente 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 y cierto, así como que no se ha acreditado incumplimiento alguno de los requerimientos preventivos legal y administrativamente exigidos.

Hay que tener en cuenta, igualmente, que en el derecho a la salud laboral se consagra en un bloque o grupo normativo más amplio que vincula sistemática y teleológicamente no sólo los artículos 40.2 y 15 de la Constitucional, sino que comprende también –integrando, junto a aquéllos, un *bloque o grupo normativo constitucional*- el canon hermenéutico ex artículo 10.2 CE en conexión con los artículos 93 a 96 del Texto Fundamental (los cuáles abren el control de convencionalidad como como control de legalidad ordinaria, aunque el Tribunal Constitucional se reserva facultad última de revisar el juicio de convencionalidad en el

ámbito competencial que le corresponde, cual es la garantía de efectividad de los derechos fundamentales)^[7]. Así, pues, entre los preceptos a tomar en consideración debe necesariamente entenderse que forman parte de este bloque o grupo normativo regulador e interpretativo, el artículo 3 de la Carta Social Europea Revisada. En efecto, dentro de la Parte II de la Carta Social Europea (en la que se pretende garantizar como derecho social fundamental), su artículo 3 garantiza, en efecto, el “Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo”, fijando un contenido mínimo esencial o sustancial inherente a ese derecho garantizado con la finalidad de dotarlo de plena efectividad y exigibilidad jurídica. En tal sentido se establece que “Para garantizar el ejercicio efecto del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las Partes se comprometen, previa consulta con las organizaciones sindicales de empleadores y trabajadores (...)”. Como se ha considerado: “en el Sistema Multinivel de los derechos humanos (desde el Derecho Internacional General al Derecho Regional Europeo del Consejo de Europa y de la Unión Europea) se impone una interpretación hermenéutica del precepto que atiende a su finalidad (incluida la interpretación favorable a la eficacia del derecho social fundamental) y al dato jurídico de su misma inclusión en dicho Sistema Multinivel. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho social *primario*, porque atiende al bien jurídico básico de la tutela de la vida y la salud de los trabajadores (la vida y la salud como bienes primarios de la persona que trabaja), sin cuya garantía y efectiva tutela los demás derechos carecerían prácticamente de sentido y operatividad”^[8].

Lo mismo cabe decir respecto al artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que lleva por rúbrica “Condiciones de trabajo justas y equitativas” y a cuyo tenor se garantiza que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su *salud, seguridad* y dignidad”^[9].

En relación con la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, las resoluciones de las Salas Tercera y Cuarta del Tribunal Supremo, que se mencionan en el texto de la sentencia analizada, parten de que estaban en juego, al mismo tiempo, 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. 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»). Por otra parte, “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”.

2.- La competencia *plena* de la jurisdicción social para entender las controversias que afecten a funcionarios y personal estatutario sobre prevención de riesgos laborales. Se afirma 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. Ello es así cuando en la demanda se invoca (junto a la tutela de los derechos fundamentales, como es el caso de autos), la legislación de prevención de riesgos laborales: “[...] 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 (4ª) 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/3ª 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, asimismo, en la STS (4ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), STS (4ª) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016), auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), STS (Pleno 4ª) 483/2019, 24 de junio de 2019, Sala 4ª de 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020), directamente relacionado con la actual.

3.- Otro aspecto importante tiene que ver con la interpretación flexible y antiformalista (pero teleológicamente orientada en la dirección interpretativa marcada por el artículo 3 del Código Civil) de la alegación de la violación de un derecho fundamental y la consiguiente sustanciación de la demanda a través de la modalidad procesal especial “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas” (Capítulo XI, artículos 177 y siguientes de la LRJS^[10]). La Sentencia objeto de estudio declara la inexistencia de infracción o vulneración 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). 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. Puntualiza la Sentencia del Tribunal Supremo: “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. Debe desestimarse, en consecuencia, el quinto motivo del recurso.”

X. Apunte final

La doctrina establecida de máxima importancia y trasciende, evidentemente, el caso de autos, pues reafirma la “*fundamentalidad constitucional*” de los derechos a la vida, a la salud e integridad física y psíquica de todo trabajador o empleado (público o privado) vinculado al medio ambiente de trabajo. Suponer afirmar la esencial interdependencia y comunicabilidad entre los derechos laborales genéricos (o inespecíficos) y específicos (o sociales) de la persona que trabaja^[11]. Asimismo, se declara la inequívoca competencia de la jurisdicción social para entender de las controversias jurídicas que se puedan suscitar en esta materia de vulneración de derechos fundamentales. Y es importante señalar que se ha consolidado, afortunadamente en conjunción con la STS-SOC (Pleno) núm. 217/2021, de 17 de febrero (RCO núm.129/2020), siendo el mímico ponente Ignacio García-Perrote Escartin^[12]. Esta sentencia versa sobre una demanda Sindical de tutela de derechos fundamentales (derecho a la vida, salud e integridad física), declarando la competencia del orden social de la jurisdicción, por un lado, y por otro, la adecuación del proceso de tutela de derechos fundamentales y aplicación de las consecuencias del proceso elegido. Se valora, asimismo la evaluación y prevención de riesgos

laborales derivados de la exposición al SARS-COV-19 y la actuación progresiva de la administración demandada actualizando evaluaciones de riesgo y adoptando medidas preventivas en todos los centros de trabajo, salvo en dos centros hospitalarios y en la red de salud mental de Álava, lugares a los que se constriñe la estimación de la demanda sindical.

Referencias:

1. ^ CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho & Metodología del Derecho*, trad. Carlos G. Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría del Derecho de Francesco Carnelutti (pp. VII-LXX)”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. *Crítica del Derecho*), 2003, pág. 88.
2. ^ *El recurso de casación del Gobierno Vasco sustenta su defensa de la falta de competencia de la jurisdicción social en la STS (4ª) 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 (4ª) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016).*
3. ^ *A cuyo tenor: “ Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: [...] e) Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos 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, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones”.*
4. ^ *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 ésta en la que se apoya la sentencia del TSJ del País Vasco para declarar la competencia del orden jurisdiccional social. A ellas se añaden otras estableciendo la misma doctrina jurisprudencial.*
5. ^ *A mayo abundancia de argumentos jurídicos, el Tribunal Supremo señala finalmente que: Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que como ya dijera la STS 30 de junio de 2008 (rec. 138/2007) «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. Con todo, se concluye que atendiendo a lo hasta aquí razonado conduce a desestimar este motivo del recurso.

6. ^ Este criterio lo viene a avalar precisamente la STS (3ª) 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».
7. ^ STC 140/2018, de 20 de diciembre, F.J. 6º.
8. ^ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (Artículo 3 de la Carta Social Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.y Coords.) et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, pp. 431-463, en particular la cita del texto en pp.432-433.
9. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas (Artículo 31.1)”, en MONEREO ARTIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.y Coords.) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 739-782.
10. ^ Sobre el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) et altri: Manual de Derecho procesal laboral: Teoría y práctica, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2020, pp. 406 y ss. Sobre la construcción de la “facilitación” de la carga de la prueba, véase GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: La prueba en el proceso de trabajo, Madrid, Civitas, 1994; MONEREO PÉREZ, J.L.: La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blach, 1996.
11. ^ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Atelier, núm. 45 (2017). En una perspectiva más amplia, el excelente estudio de VALDÉS DAL-RÉ, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombra, Albacete, Bomarzo, 2016.
12. ^ ECLI:ES:TS:2021:449