



Roj: **ATSJ M 101/2020 - ECLI: ES:TSJM:2020:101A**

Id Cendoj: **28079340022020200005**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **27/05/2020**

Nº de Recurso: **318/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Medidas cautelares previas**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Auto**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34005980

**NIG:** 28.079.00.4-2020/0015679

**Procedimiento Medidas Cautelares Previas 318/2020 Secc.2**

**Materia:** Otros derechos laborales colectivos

**DEMANDANTE:** CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID)

**DEMANDADOS:** CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS)

**Ilmos/as. Sres/as.**

**D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**

**D./Dña. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA**

**D./Dña. CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ**

En Madrid, a **27 de mayo de 2020**, habiendo visto las presentes actuaciones esta Sección Segunda de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado el siguiente

**AUTO**

En el procedimiento de Medidas Cautelares Previas seguidos a instancia de **CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID)** contra la **CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID** y el **SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS)**, y siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. **D./Dña. RAFAEL ANTONIO LÓPEZ PARADA**, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- Con fecha 31-3-2020 tuvo entrada en esta Sala solicitud de "medidas cautelarísimas inaudita parte" en materia de prevención de riesgos laborales formulada por D. Angel Luis Palmeiro Gil, colegiado 66963 ICAM, en nombre y representación de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID) y domicilio en calle Cea Bermúdez 43, 1ª C, Madrid, 28003, contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS).

**SEGUNDO.**- La Sala resolvió sobre las cautelarísimas solicitadas mediante auto de fecha 1 de abril de 2020, que fue notificado por el servicio LexNet a las partes y al Ministerio Fiscal. En la parte dispositiva del auto se estableció:

*" Estimamos parcialmente las medidas cautelarísimas formuladas por D. Angel Luis Palmeiro Gil, colegiado 66963 ICAM, en nombre y representación de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID) y domicilio en calle Cea Bermúdez 43, 1ª C, Madrid, 28003, contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS) y acordamos:*

*1.- La apertura de pieza separada de medidas cautelares que se registrará con el número de orden que corresponda.*

*2.- Requerir a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y al Servicio Madrileño de Salud para que realice la pertinente evaluación de riesgos y determinación de los equipos de protección individual necesarios para cada tipo de puesto ocupado por el personal laboral, funcionario o estatutario a su servicio (incluidos los trabajadores puestos a disposición) en hospitales, centros de atención primaria, centros de atención especializada, Summa 112, demás centros sanitarios y residencias de personas mayores de titularidad de ambas, siguiendo los criterios establecidos en el "Protocolo de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2" aprobado por los Ministerios de Sanidad y de Trabajo y Economía Social en el plazo de 72 horas y, una vez realizada tal evaluación, se proporcionen dichos equipos de protección individual a cada trabajador en cuanto pueda obtener los mismos y estén a su disposición. Requerir igualmente a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y al Servicio Madrileño de Salud que ponga a disposición de los trabajadores en cada centro de recipientes seguros e identificables de recogida de residuos sanitarios de tamaño y en cantidad suficientes.*

*3- Dése traslado del escrito de solicitud a las partes y al Ministerio Fiscal, para que en el plazo de tres días efectúen alegaciones sobre la posible falta de jurisdicción y/o competencia objetiva de este Tribunal para conocer del fondo de la cuestión planteada.*

*Sin costas".*

**TERCERO.**- En relación con la cuestión relativa a la posible falta de jurisdicción y/o competencia objetiva de este Tribunal para conocer del fondo de la cuestión planteada se presentaron alegaciones el día 6 de abril de 2020 por el Ministerio Fiscal, defendiendo que la jurisdicción competente para conocer del litigio era la jurisdicción social, pero que por razón de la materia la competencia objetiva para el conocimiento de la pretensión correspondería a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por lo cual sostenía que procedía declarar la nulidad del auto de medidas cautelarísimas de esta Sala de 1 de abril de 2020, dejando sin efecto las medidas y requerimientos acordados.

**CUARTO.**- Igualmente en relación con la cuestión relativa a la posible falta de jurisdicción y/o competencia objetiva de este Tribunal para conocer del fondo de la cuestión planteada se presentaron alegaciones el día 14 de abril de 2020 por la representación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y del Servicio Madrileño de Salud (Sermas). En su escrito manifestaba que el personal al que se refiere la medida cautelar debe ser entendido que forma parte de los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por el artículo 3.2 de la misma, por lo cual quedaría fuera del ámbito competencial del orden social de la jurisdicción definido por la letra e del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Social. Por otra parte señalaba que la pretensión de la nulidad de los protocolos de actuación elaborados por la Comunidad de Madrid frente al nuevo coronavirus (SARS-COV-2) no es sino la impugnación de un acto administrativo que tampoco sería competencia del orden jurisdiccional social al no estar comprendido en la letra n del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Social. Y en relación con la que constituiría la pretensión principal de la futura demanda señalaba que sería la de tutela de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales, indicando que al tratarse de la tutela de derechos fundamentales que incluye a funcionarios y personal estatutario debe ser competencia también del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción. Por todo ello entendía que la jurisdicción social no es competente para conocer de las pretensiones del futuro litigio ni, por tanto, de la medida cautelar adoptada.



**QUINTO.-** Finalmente también en relación con la cuestión relativa a la posible falta de jurisdicción y/o competencia objetiva de este Tribunal para conocer del fondo de la cuestión planteada se presentaron alegaciones el día 16 de abril de 2020 por la representación de la parte solicitante, el sindicato Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF-Madrid) donde dijo que su pretensión concreta es la "reclamación de derechos de prevención de riesgos laborales, de un colectivo de empleados públicos determinado, al que se le han conculcado sus derechos en materia de Prevención de Riesgos pues apreciamos un incumplimiento de la actividad preventiva de la Administración Pública demandada del que se puede derivar la responsabilidad de la falta de actividad preventiva efectiva y de la omisión de unas medidas que garanticen la limitación o restricción del riesgo", precisando que "no estamos ante un proceso en el que solicitemos la nulidad de ninguna resolución administrativa ni de normativa estatal o autonómica". Por ello dijo que "se vincula la tutela del derecho fundamental al incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos" y en consecuencia que el conocimiento de la pretensión corresponde al orden jurisdiccional social en virtud del apartado e del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Social y que la competencia correspondía a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por tener por objeto la tutela de derechos fundamentales, al amparo del artículo 2.f de la Ley de la Jurisdicción Social.

**SEXTO.-** La Sala resolvió sobre su competencia mediante auto de fecha 17 de abril de 2020, que fue notificado por el servicio LexNet a las partes y al Ministerio Fiscal. En la parte dispositiva del auto se estableció:

*" Declarar la falta de competencia de esta Sala para resolver sobre las medidas cautelarísimas solicitadas por D. Angel Luis Palmeiro Gil, colegiado 66963 ICAM, en nombre y representación de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID) y domicilio en calle Cea Bermúdez 43, 1ª C, Madrid, 28003, contra la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID y el SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS), por ser competentes para conocer de las mismas los Juzgados de lo Social. En consecuencia anulamos y dejamos sin efecto el auto de 1 de abril de 2020 . Sin costas".*

**SÉPTIMO.-** Contra dicho auto han recurrido en reposición tanto la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF-Madrid) como el Ministerio Fiscal, en ambos casos para que la Sala se declare competente para conocer de las medidas cautelarísimas solicitadas. De ambos recursos se dio traslado a todas las partes, manifestando recíprocamente CSIF-Madrid y Ministerio Fiscal su conformidad con sus respectivos recursos, mientras que la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el Servicio Madrileño de Salud mediante un único escrito conjunto impugna ambos recursos y pide su desestimación.

**OCTAVO.-** A fecha 21 de mayo de 2020 no consta que CSIF-Madrid haya interpuesto demanda alguna ante esta Sala relacionada con las medidas cautelares instadas.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Lo primero que hemos de precisar es que la cuestión que aquí se dilucida es la competencia de esta Sala para conocer de la pretensión del sindicato CSIF-Madrid articulada en escrito presentado el 31 de marzo de 2020 sobre "medidas cautelarísimas inaudita parte" y no otra cosa distinta. Especialmente hemos de subrayar que dicha pretensión de medidas cautelares se articula antes de presentar demanda alguna, hasta el punto de que cuando menos a fecha 21 de mayo de 2020 no consta presentada, siendo además dicha circunstancia subrayada con especial énfasis por el sindicato CSIF-Madrid en su recurso de reposición. Desconocemos por tanto qué contenido pueda llegar a tener esa futura demanda, si se llegase a presentar, y por ello no podemos hacer juicio alguno sobre la misma, limitando nuestra resolución a lo que es su estricto objeto procesal, que es la competencia para resolver sobre la solicitud previa de medidas cautelarísimas.

Ello no obstante hay que recalcar que el contenido de la futura demanda tiene una total relevancia para esta cuestión, puesto que la regla prescrita en el artículo 723.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que es tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal. El artículo 725 obliga a la Sala a examinar de oficio su propia competencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de medidas cautelares, de manera que si estima finalmente que es incompetente dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda. Eso es lo que ha hecho la Sala y para ello ha tenido que analizar, en base al escrito de solicitud de medidas cautelares del sindicato y de sus posteriores alegaciones, cuál sería la demanda futura que pretende presentar el sindicato, algo que no está exento de dificultades, dado que en dicho escrito el sindicato no expresa el procedimiento que va a seguir ni nada dice al respecto, si bien es cierto que no hay norma procesal alguna que expresamente lo exija, por lo que dicha omisión no puede constituirse en causa de inadmisión. Por tanto la decisión de la Sala sobre su competencia tiene que hacerse en base al contenido del escrito de solicitud de medidas cautelares, intentando deducir de lo que el sindicato dice en el mismo cuál sería el contenido de la demanda futura y el tipo de proceso que pretende



articular el sindicato. Obviamente tal deducción ha de hacerse en base a lo que se pide y los fundamentos por los que se pide y no en base a unas inexistentes dotes adivinatorias.

Para llegar a tal determinación en este caso la Sala enfrentaba en el momento inicial graves dificultades, debido a que el escrito de solicitud de las medidas cautelares inaudita parte presentado por el sindicato CSIF-Madrid contiene deficiencias y contradicciones que impedían un pronunciamiento seguro ab initio sobre la competencia de esta Sala. Esas deficiencias se manifiestan ya en la redacción del suplico por lo siguiente:

a) Es un suplico extraordinariamente confuso respecto del ámbito subjetivo de la primera y principal pretensión, puesto que en su literalidad se refiere a la dotación de equipos de protección individual (EPIs) "en todos Centros de la Red del SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD (SERMAS), Hospitalarios, Asistenciales de Atención Primaria, SUMMA 112, SAR, Centros con pacientes institucionalizados, así como todos los demás Centros asistenciales de la Comunidad de Madrid, ya sean públicos o privados, y cualesquiera otras Dependencias habilitadas para uso sanitario, incluyéndose a las Residencias de la Comunidad de Madrid ". Por tanto parece incluir en el ámbito subjetivo de la obligación de entrega de medios preventivos que se ejerce frente a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y el SERMAS a todo tipo de empleados, tanto funcionarios, como estatutarios como laborales, pero también a los empleados de empresas y entidades empleadoras distintas a la Consejería de Sanidad y el SERMAS, puesto que llega a incluir a los trabajadores de centros asistenciales privados situados en el territorio de la Comunidad de Madrid. En ese caso estaríamos ante una pretensión dirigida contra la autoridad sanitaria que debiera fundamentarse en principios distintos a la prevención de riesgos laborales y que por tanto se situaría fuera del orden competencial social, por corresponder al orden contencioso-administrativo.

b) La segunda pretensión del suplico se refiere a la obligación de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (nada se dice del SERMAS en este punto) de seguir un determinado protocolo para la elección de los EPIS que debe entregar, pidiendo además literalmente que se declaren "nulos los protocolos de actuación" aprobados por estas entidades y que disminuyesen el nivel de protección ofrecido por el protocolo cuya aplicación se pretendía. Por consiguiente, al pedir la nulidad de unos determinados protocolos que pudieran tener la condición de actos administrativos o incluso de reglamentos, de nuevo pudiéramos situarnos en el ámbito contencioso-administrativo, pero no con total seguridad, puesto que hay que recordar que la impugnación de actos administrativos en materia de prevención de riesgos laborales (si no se tratase de reglamentos) sí es competencia del orden jurisdiccional social (artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Social).

El tercer punto del suplico no es relevante para valorar el objeto del litigio, porque en él no se articula propiamente una pretensión de tutela, sino, de forma totalmente asistemática, un sistema destinado a la ejecución de la medida provisional en caso de incumplimiento, mediante multas coercitivas, cuya petición se incluye anticipando un futuro incumplimiento del auto de medidas cautelares que se viniese a dictar por la Sala.

Pero el suplico no es suficiente para valorar el objeto de la futura demanda, puesto que los fundamentos del escrito de solicitud de medidas cautelares previas contradicen lo manifestado por el mismo de manera sustancial, añadiendo confusión:

a) Primero se alega la declaración del estado de alarma debida a la epidemia de COVID-19 mediante Real Decreto 436/2020, añadiendo que el "mando sobre las residencias pasa al consejero de Sanidad, en base al cumplimiento de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19". Parece por tanto que, en coherencia con la amplia formulación subjetiva de la primera pretensión del suplico, la fundamentación jurídica no es el carácter de empleador de las dos entidades (Consejería de Sanidad y SERMAS), sino la atribución a la Consejería (nada se dice del SERMAS) de competencias de Autoridad Sanitaria durante el estado de alarma. Con ello nos situaríamos con toda claridad fuera del ámbito competencial del orden jurisdiccional social, puesto que la reclamación de las obligaciones de la autoridad sanitaria (tanto por actividad como por inactividad) debería hacerse en vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

b) Sin embargo después, en franca contradicción con lo anterior, se cambia radicalmente la fundamentación cuando se afirma que la Consejería de Sanidad, "que es la encargada de distribuir tanto, a los hospitales como a las residencias mayores y a los centros de salud", "no ha tomado medidas de prevención alguna que permitan proteger la salud **de sus trabajadores** y ello en tanto que, los mismos, se encuentran prestando servicios sin ningún tipo de protección sanitaria, o con una protección insuficiente y/o defectuosa, lo cual ocasiona un grave peligro para los trabajadores". Es decir, la fundamentación varía y, en lugar de seguir por la vía de reclamar las obligaciones propias de la autoridad sanitaria, se da un salto y se sitúa la pretensión dentro del ámbito de la prevención de riesgos laborales que puede exigirse frente al empleador en relación con "sus trabajadores", lo que obligaría a limitar obviamente el ámbito subjetivo de la pretensión a los empleados del SERMAS y de





la Consejería de Sanidad, así como a quienes puedan estar puestos a su disposición por alguna empresa de trabajo temporal, que son los deudores directos de seguridad de su empleador. Esa argumentación se refuerza por cuanto después el escrito sigue describiendo como hechos que la Consejería no ha entregado "a sus trabajadores" los EPIS reclamados y que se han presentado denuncias ante la Inspección de Trabajo. Después se analizan los requisitos de los EPIS que deben entregarse y en ese contexto se cuestionan los criterios fijados por las entidades empleadoras en contraposición con los criterios aplicables fijados por los Ministerios de Trabajo y Sanidad. Y en ese contexto y con radical claridad se dice: " *Lo que se está reclamando son equipos de protección individual, necesarios para el desempeño del trabajo con seguridad y entendemos que la Consejería de Sanidad está incumpliendo lo previsto en el art.14 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos laborales y el RD 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. Equipos todos ellos, necesarios para el desempeño del trabajo con seguridad, incumpliendo la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con el art.14 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos laborales y con el RD 664/1997, de 12 de mayo. Por tanto, la obligación legal de proteger a los trabajadores por parte de la empresa o administración empleadora, implica también la obligación de dotarles de los medios preventivos necesarios para que realicen su trabajo en las mínimas condiciones de seguridad*". Así, si el objeto de la futura demanda fuera la reclamación de medidas de prevención de riesgos laborales para los trabajadores de la Consejería y del SERMAS, la competencia sí sería del orden jurisdiccional social, incluso si entre esos "trabajadores" de la Consejería y el SERMAS se incluyese personal de Derecho Administrativo (artículo 2.º de la Ley de la Jurisdicción Social). Ahora bien, ello no determinaría la competencia de esta Sala, que dependería del tipo de procedimiento instado.

c) Cuando parece que la fundamentación del escrito nos sitúa plenamente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de manera que la pretensión primera del suplico debiera interpretarse en consecuencia, CSIF-Madrid, al final de la página 5, dice: " *Por último, hay que tener en cuenta que la urgencia de dichas medidas deriva, no sólo del deber de seguridad impuesto a la Administración sanitaria o del derecho del trabajador a ser protegido, sino también del derecho del paciente a ser atendido adecuadamente por el personal sanitario, con el fin de proteger su salud y sobre todo de salvar el mayor número de vidas posible*". Se vuelve a introducir otro giro y se altera la fundamentación de la pretensión, para buscarla, además de en la prevención de riesgos laborales, en las funciones de la autoridad sanitaria y en los derechos de los pacientes, lo que nos devuelve al orden contencioso-administrativo.

d) Pero ese giro se convierte en espejismo, porque en ese momento el ordinal cuarto claramente nos devuelve al ámbito de la prevención de riesgos laborales, con cita de la Ley 31/1995 e incluso de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. El ordinal quinto sigue por esa vía, al invocar el Reglamento sobre equipos de protección individual en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en cuyo marco se analiza la cuestión relativa a los protocolos aplicables para su selección. El ordinal sexto sigue por la misma vía, con cita ejemplificativa de una resolución de un Juzgado de lo Social. Y el ordinal séptimo reafirma la inserción del escrito en el ámbito de la prevención de riesgos laborales cuando dice que "esta parte se ve obligada a solicitar los medios de protección necesarios a fin de preservar la salud de los trabajadores en la prestación de su trabajo" y en ese claro contexto pide la medida cautelarísima "dado el peligro que acarrearía, por la mora procesal, la no pronunciación inmediata del derecho de aquí se solicita". De ahí que se pueda entender claramente que el suplico, pese a su redacción, se refiere a la prevención de riesgos laborales de las dos entidades respecto a "sus trabajadores" que prestan servicios en el tipo de centros que se especifican y que la discusión sobre los protocolos se refiere a la determinación de los EPIS aplicables. Todo ello se confirma en los fundamentos jurídicos cuando se explica que la presentación de la solicitud ante el orden jurisdiccional social se ampara en "la competencia 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", citando en relación con el fondo los " artículos 4,2,d) y 19 del ET", " 14 y 15 de la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", " 3 del RD 486/1997y "el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo". Toda la fundamentación jurídica es consistente con este marco normativo.

e) Cuando parece que se ha centrado definitivamente el objeto del proceso en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, propia de este orden jurisdiccional social, el escrito vuelve a girar: al razonar que en este procedimiento no es aplicable la suspensión de plazos procesales prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto 436/2020, CSIF-Madrid dice que se trata de un procedimiento (subrayado con vehemencia) de "tutela de derechos fundamentales y libertades públicas". Si esto fuese así resultaría que, al reclamar dicha tutela para personal de Derecho Administrativo conjuntamente con personal laboral, con ello nos devolvería



al ámbito contencioso-administrativo, dado que las demandas de tutela mixtas (para personal laboral y de Derecho Administrativo) corresponden a tal orden jurisdiccional ( artículos 2.f y 3.c Ley Jurisdicción Social). Ocurre sin embargo que esta apreciación carece de contenido efectivo, no solamente porque no concrete derecho fundamental alguno cuya tutela pretenda, sino que con ello no altera la pretensión, que se refiere a la adopción de medidas de prevención de riesgos laborales (entrega de equipos de protección individual).

A pesar de las inconsistencias y giros lógicos y argumentales del escrito presentado por CSIF-Madrid, una lectura sosegada del mismo llevaba a esta Sala a deducir, como hipótesis más probable, que la pretensión, en base al grueso de la fundamentación utilizada, se refiere a la adopción de medidas de prevención de riesgos laborales para personal funcionario, estatutario y laboral de la Consejería de Sanidad y del SERMAS, concretándose en la selección de los EPIS conforme a un determinado protocolo distinto al que se estaba aplicando, de manera que no se estaba realmente impugnando directamente ningún acto o disposición administrativa. Si esto fuese así ello situaría claramente la pretensión en el ámbito competencial del orden social, pero no necesariamente dentro de la competencia de esta Sala. Para llevar adelante en sede judicial social una pretensión de esta índole habría dos posibilidades:

- a) Que la pretensión se articulase por la vía del procedimiento ordinario, reclamando las medidas preventivas para el personal empleado de las demandadas (incluso el funcionario y estatutario) representado por el sindicato actuante;
- b) Que la pretensión se articulase como conflicto colectivo, invocando y acreditando el sindicato su representatividad para ello y en base a la misma pretendiendo extender la eficacia de la resolución a todo un colectivo laboral, lo que permitiría personarse como partes a sindicatos representativos y órganos de representación del personal.

En el primer caso la competencia correspondería a los Juzgados de lo Social y probablemente hubiera de exigirse al sindicato demandante que determinase los trabajadores concretos para los cuales pedía la adopción de medidas preventivas, si invocase su representación por la vía del artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Social, pero ello ya correspondería al Juzgado de lo Social que conociese del litigio.

Solamente en el segundo caso, dado el ámbito territorial autonómico del conflicto, sería la competencia en instancia de la Sala y en dicho caso la legitimación del sindicato demostrar una "implantación suficiente en el ámbito del conflicto" y "un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate", conforme al artículo 17.2 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Esto no queda aclarado en el escrito de solicitud de medidas cautelares, puesto que la base jurídica invocada para la competencia de la Sala es la siguiente:

*" En única instancia, de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren las letras f), g), h), j), k) y l) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma".*

Es decir, se hace una invocación, carente de todo razonamiento jurídico aplicable al concreto caso, de seis supuestos diferentes, algunos totalmente absurdos e inaplicables, pero que incluyen tanto el de conflicto colectivo como el de tutela de derechos fundamentales.

En esta situación esta Sala (como después haría el Ministerio Fiscal en sus primeras alegaciones) entendió, tras una lectura sosegada del agitado escrito de CSIF-Madrid, que muy probablemente el demandante, aunque no acertara a expresarlo de forma consistente, tenía la voluntad de interponer una demanda de conflicto colectivo para reclamar equipos de protección individual en favor de todos los empleados de las dos entidades (Consejería de Sanidad y SERMAS) que prestasen servicios en los centros señalados, todo ello en base a la normativa de prevención de riesgos laborales. Existía por tanto un indicio claro de competencia de esta Sala pero al mismo tiempo el propio contenido del escrito suscitaba dudas sobre numerosos extremos, porque si finalmente el sindicato ejercitaba su pretensión en favor de todo tipo de trabajadores (también de centros privados) y fundaba su pretensión en base a las competencias sanitarias de la Administración demandada, la competencia correspondería al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como igualmente ocurriría si lo plantease como una tutela de derechos fundamentales para trabajadores, funcionarios y personal de Derecho Administrativo. Por otro lado para determinar la competencia dentro del orden jurisdiccional social era preciso aclarar la legitimación invocada, el ámbito subjetivo de la pretensión y el procedimiento que el sindicato pretendía seguir, para comprobar si estamos ante un proceso de conflicto colectivo o ante una reclamación de derechos plural.

**SEGUNDO.-** Las dudas originadas por el escrito iniciador del procedimiento de medidas cautelares obligaban por ello a solicitar alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal, como así se hizo, en relación con el orden jurisdiccional competente y la competencia de la Sala. Pero de haber esperado a que se presentasen las



alegaciones y se pudiera resolver sobre la competencia antes de adoptar la medida cautelarísima, ello habría producido un retraso de varias semanas en la adopción de la misma. Por ello la Sala decidió actuar, antes de resolver definitivamente sobre su competencia, en base a una apreciación indiciaria que hacía muy verosímil su competencia para el caso de que el sindicato presentara finalmente, como parecía que apuntaba su escrito, un conflicto colectivo contra las dos entidades (Consejería de Sanidad y SERMAS), reducido a su propio personal, reclamando medidas de prevención de riesgos laborales para el mismo (independientemente de la calificación de su relación jurídica como laboral o de Derecho Administrativo).

Esa adopción inmediata y provisionalísima de la medida la consideramos posible porque el artículo 64.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice que "la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima... las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor". Siguiendo análoga lógica el artículo 48.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en el caso de los conflictos de competencia que su tramitación no produzca la suspensión de las medidas cautelares "que tengan carácter urgente o necesario, o que, de no adoptarse, pudieran producir un quebranto irreparable o de difícil reparación". En este caso la Sala decidió la adopción provisional de las medidas cautelarísimas instadas a la vista de las circunstancias de urgencia y gravedad del caso que ya expusimos en nuestra resolución y que no permitían esperar a la tramitación del procedimiento para determinar nuestra propia competencia, que exige la audiencia de las partes, lo cual sería contradictorio con la propia naturaleza urgente e inaplazable de las medidas cautelarísimas. Tales medidas, adoptadas de forma provisoria, quedaron por ello condicionadas a la confirmación de nuestra competencia, una vez oídos el Ministerio Fiscal y las partes.

Pues bien, en ese trámite de alegaciones el sindicato CSIF-Madrid aclaró que, como la Sala había interpretado, su pretensión concreta es la "reclamación de derechos de prevención de riesgos laborales, de un colectivo de empleados públicos determinado, al que se le han conculcado sus derechos en materia de Prevención de Riesgos pues apreciamos un incumplimiento de la actividad preventiva de la Administración Pública demandada del que se puede derivar la responsabilidad de la falta de actividad preventiva efectiva y de la omisión de unas medidas que garanticen la limitación o restricción del riesgo", precisando que "no estamos ante un proceso en el que solicitemos la nulidad de ninguna resolución administrativa ni de normativa estatal o autonómica". Pero además de ello dijo que "se vincula la tutela del derecho fundamental al incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos" y en consecuencia que el conocimiento de la pretensión corresponde al orden jurisdiccional social en virtud del apartado e del artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Social y que la competencia correspondía a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por tener por objeto la tutela de derechos fundamentales, al amparo del artículo 2.f de la Ley de la Jurisdicción Social.

Ocurre con ello que el sindicato expresamente anunció que la reclamación era de tutela de derechos, que calificaba de fundamentales, por entender que las medidas de prevención de riesgos laborales reclamadas tienen tal consideración de derecho fundamental.

Esta decisión procesal del sindicato actor, tenía los siguientes efectos:

- a) Si fuese cierto que la tutela reclamada se refiriese a derechos fundamentales, la competencia correspondería al orden contencioso-administrativo, puesto que los derechos reclamados no se refieren solamente a los de personal laboral, sino expresamente a los de personal estatutario y funcionario;
- b) Sin embargo en su escrito claramente explicaba el contenido de ese derecho fundamental, que no es otro que el cumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de prevención de riesgos laborales, con lo cual seguimos dentro del ámbito competencial del orden social, puesto que, como ya explicamos en nuestro auto recurrido, no es cierto que estemos en presencia de un derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución. La normativa de prevención de riesgos laborales tiene por objeto prevenir daños a ese derecho fundamental, es cierto, pero eso no implica que cualquier reclamación preventiva pueda considerarse como reclamación del derecho fundamental a la vida e integridad física o moral y articularse por ese procedimiento, hasta el punto de que se pudiera llegar en amparo ante el Tribunal Constitucional reclamando un equipo de protección individual a un empresario. La Constitución distingue la materia de seguridad e higiene en el trabajo y el derecho a la salud en el capítulo III del Título Primero, lo que sitúa tales materias fuera del proceso de tutela de derechos fundamentales. Con ello no excluimos la posibilidad de que en algún caso extremo no pueda quedar afectado el derecho fundamental, pero lo que no puede aceptarse es que toda reclamación de medidas preventivas frente a riesgos laborales se encuadren en el artículo 15 de la Constitución, debiendo explicitarse en el caso concreto la especial intensidad de la afectación para que, por su nivel de probabilidad, cercano a la certeza, así como por su gravedad, pueda admitirse tal encuadramiento jurídico.



En conclusión lo que pretende reclamar el sindicato en su futura demanda es el cumplimiento por el empleador de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en relación con un grupo de trabajadores. Esa pretensión por supuesto podría articularse por vía de un conflicto colectivo si reúne las características propias del mismo. La duda en ese caso es qué ocurre cuando la parte actora ha optado por no ejercitar el proceso de conflicto colectivo, sino que presenta su demanda como una reclamación de derechos (preventivos en este caso), a los que erróneamente califica como fundamentales. Lo que debemos plantearnos es si en tales supuestos cabe la reconversión del procedimiento por el órgano judicial de oficio por la vía del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Social en un proceso de conflicto colectivo no instado por la parte.

**TERCERO.**- El artículo 80.1.a de la Ley de la Jurisdicción Social obliga a la parte demandante a expresar "la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión". Esta obligación debe predicarse también respecto del escrito de petición de medidas cautelares antes de la presentación de la demanda.

Esa elección de la parte puede corregirse en determinados supuestos por el órgano judicial en virtud del artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción Social:

*" Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada".*

Esa facultad de corrección debe aplicarse también en relación con el escrito de petición de medidas cautelares presentado antes de la demanda.

En este caso la parte no ha expresado en su escrito de solicitud de medidas cautelares qué procedimiento pretende seguir, y solamente en sus alegaciones aclaró que lo que pretende es reclamar derechos en materia de prevención de riesgos laborales, que erróneamente califica como fundamentales. Si se trata de una reclamación de derechos el procedimiento adecuado para ello es el ordinario y en tal caso la competencia para su conocimiento es del Juzgado de lo Social. Desde el punto de vista del artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción Social no hay corrección alguna que hacer al procedimiento ordinario. Es cierto que se plantearán problemas de legitimación, de determinación de los sujetos para los que se reclama el derecho y la representación, pero ello nada tiene que ver con el procedimiento y será en el curso del mismo donde hayan de resolverse.

Ahora bien, se interpretase que el sindicato, al decir que pretende reclamar derechos fundamentales, ha elegido como procedimiento el de tutela de derechos fundamentales, la reconducción del procedimiento prevenida por el artículo 102.2 lleva al procedimiento ordinario y no al conflicto colectivo. Se trata simplemente de que los derechos reclamados no tienen la condición de fundamentales, por lo que el procedimiento adecuado para su reclamación es el ordinario, lo que lleva a la competencia de los Juzgados de lo Social. No cabe hacer la reconducción del proceso a la modalidad de conflicto colectivo no seleccionada por la parte actora, porque esa modalidad tiene una configuración extremadamente particular en cuanto a legitimación de las partes y efectos, configuración que es propia y característica del mismo en el orden social, de manera que el ejercicio de tan específica acción no es una decisión que pueda adoptar el órgano judicial de oficio, sustituyendo con ello a la voluntad de la parte, que es a quien corresponde tal opción de manera personalísima.

En definitiva no cabe que la Sala de oficio decida reconvertir la reclamación de derechos en un conflicto colectivo si la parte no ha optado por esta última modalidad procesal, con todas sus consecuencias.

**CUARTO.**- El recurso de reposición del Ministerio Fiscal se fundamenta en el artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y sostiene que por las características de la pretensión la Sala, aunque la parte no haya acertado a expresar la modalidad procesal por la que debería tramitarse su futura demanda, debiera haberle dado el procedimiento adecuado, que sería el de conflicto colectivo. Ya hemos expresado en el fundamento anterior que si la parte presenta una demanda de reclamación de derechos la misma debe tramitarse por el procedimiento ordinario y por tanto no hay inadecuación de procedimiento si así se hace. Si lo que reclama es un derecho que indebidamente califica de fundamental la inadecuación del procedimiento determina la reconversión del mismo en procedimiento ordinario, no en procedimiento de conflicto colectivo. Una decisión procesal tan relevante como ejercer la acción de conflicto colectivo, con todo lo que ello implica, corresponde solamente a la parte y no puede ser adoptada por el órgano judicial de oficio, puesto que en la jurisdicción social rige el principio de justicia rogada y el órgano judicial social no puede extralimitarse y asumir las decisiones





procesales que solamente corresponden a la parte, ni siquiera cuando exista una apariencia de que a la parte, en base a lo que parece su intención, le hubiera convenido optar por dicha modalidad procesal, aunque no haya sabido expresarlo. Incluso en una situación social tan dramática como la epidemia y el estado de alarma, la configuración legislativa del proceso social no ha cambiado y el órgano judicial no puede asumir poderes extraordinarios para perseguir de oficio lo que pueda entender como justo, sino que sigue rigiendo en este orden el principio de justicia rogada.

**QUINTO.-** El recurso de reposición del sindicato CSIF-Madrid, que sigue una lógica jurídica más tortuosa, comienza denunciando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución y lo que plantea es que como no ha presentado demanda alguna la Sala no puede hacer ninguna interpretación sobre cuál será el contenido de la misma, puesto que esa parte la presentará en el plazo legal y decidirá libremente sobre su contenido. Dice que el sindicato CSIF-Madrid sí concretó en las alegaciones que se trataba de un conflicto colectivo, porque al presentar el escrito marcó la casilla de Lexnet correspondiente a conflicto colectivo. Insiste el sindicato recurrente en que todavía no ha presentado demanda alguna e insiste que la elección de la modalidad procesal la ha hecho en el sitio web de Lexnet al marcar la casilla correspondiente a conflicto colectivo, lo que además se corresponde con el objeto del procedimiento, puesto que la cuestión afecta a los intereses generales de un grupo de trabajadores, conforme al artículo 153.1 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Ante ello debe decirse:

a) La elección de la modalidad procesal debe hacerse en el escrito de demanda (artículo 80.1ª de la Ley de la Jurisdicción Social) o, en este caso, en el escrito de solicitud de medidas cautelares. El formulario web del sitio de Lexnet no es equivalente a ningún escrito procesal y las manifestaciones que se hagan en el mismo tienen el mismo valor que las manifestaciones que se puedan hacer al personal administrativo del registro cuando se presenta físicamente un documento, es decir, no tienen valor procesal alguno, sino que meramente sirven para facilitar la gestión administrativa. Lo cierto es que esta parte no hizo elección alguna de la modalidad procesal de conflicto colectivo en su escrito de solicitud de medidas cautelares y tampoco en su escrito de alegaciones, aún siendo un elemento fundamental para determinar la competencia de la Sala. Esa omisión no se suple por la casilla que pudiera marcar en el sitio web de Lexnet, ni tampoco puede cambiarse la opción por otra modalidad procesal una vez finalizado el procedimiento con el auto recurrido, ejercitando dicho cambio, como se hace, en el recurso interpuesto contra el mismo.

b) Reiteramos lo ya dicho en cuanto a la imposibilidad de que la elección de la modalidad procesal de conflicto colectivo sea hecha de oficio por la Sala al amparo del artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción Social hasta el punto de reconvertir una demanda de reclamación de derechos en un conflicto colectivo no instado por la parte.

c) La parte recurrente intenta prevalerse del hecho de no haber presentado la demanda todavía, sosteniendo que esta Sala no puede prejuzgar cuál pueda ser su contenido. Como hemos dicho la determinación de la competencia de la Sala sobre las medidas cautelares depende de la competencia para conocer de la demanda, lo que exige que la parte sea diligente a la hora de identificar el contenido de la misma al pedir las medidas cautelares, algo que aquí no ha ocurrido. Ese incumplimiento de la parte no puede obrar en su beneficio y menos todavía se puede admitir que haga ostentación en este recurso de su incumplimiento asegurando que el contenido de la futura demanda sigue sin estar precisado. Como hemos dicho la determinación del contenido previsible, en este caso, no se hace mediante el ejercicio de unas inexistentes dotes adivinatorias de la Sala, sino a partir del análisis e interpretación de lo pretendido en la medida cautelar solicitada. Si la intención de la parte fuese desviarse en su demanda de la lógica de la medida cautelar solicitada ello no sería admisible, como tampoco lo es intentar mantener indefinidamente en la indeterminación el tipo de demanda que piensa presentar en un futuro impreciso.

Finalmente hemos de recordar que la solicitud de medidas cautelares previa a la demanda tiene naturaleza excepcional y solamente se justifica por la extremada urgencia de la situación, que no permite esperar a que la parte articule plenamente su demanda. Es una paradoja llamativa que casi dos meses después de solicitar las medidas cautelares no se haya presentado demanda alguna, más aún cuando la situación fáctica ha evolucionado sustancialmente y la urgencia pudiera no estar ya justificada. Desde un punto de vista legal hay que recordar que *el artículo 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a que en los casos de medidas cautelares previas a la demanda, esa demanda se presente "en los veinte días siguientes a su adopción"*. En este caso ese plazo de veinte días desde el auto de esta Sala que adoptó aquellas medidas ha transcurrido sin que se haya formalizado demanda alguna. No podemos prejuzgar ahora la resolución que haya de dictarse sobre nuestra competencia y el procedimiento adecuado si se presenta ante esta Sala una demanda, lo que dependerá, efectivamente, de cuál sea su contenido, que no tiene por qué estar vinculado ya al de la medida cautelar sobre la que aquí se discute y que quedó sin efecto. Pero lo que nos parece claro es que *la falta*



de presentación de esa demanda una vez transcurrido ese plazo ha dejado a la Justicia cautelar sin objeto , porque la parte podría haber liquidado toda incertidumbre presentado la demanda y no lo ha hecho, sin que sea aceptable una situación de provisionalidad indefinida. La petición de medidas cautelares antes de la demanda obedece a una lógica de urgencia que tiene ese límite temporal legal, transcurrido el cual la Justicia cautelar previa queda sin objeto.

## PARTE DISPOSITIVA

Desestimar el recurso de reposición interpuesto por el letrado D. Angel Luis Palmeiro Gil, colegiado 66963 ICAM, en nombre y representación de CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS (CSI-F MADRID), contra el auto de 17 de abril de 2020 de esta Sala y Sección en el procedimiento de medidas cautelares previas 318/2020. Desestimar igualmente el recurso de reposición presentado por el Ministerio Fiscal contra el mismo auto. Sin costas.

Expídanse certificaciones de esta resolución para su unión a los autos.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ( arts 79.1 y 206.2 LRJS y 736.1 LEC), que deberá prepararse en esta misma Sala dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, para lo que bastará la mera manifestación -de la partes o de su abogado, graduado social colegiado o representante-, al hacerle la notificación. También podrá prepararse por comparecencia o por escrito de cualquiera de ellos. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-69-0035-19 que esta sección nº tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito( at.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000- 00-1125-19.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Srs. Magistrados al margen citados; Doy fe