



Roj: **STS 449/2021 - ECLI:ES:TS:2021:449**

Id Cendoj: **28079149912021100008**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/02/2021**

Nº de Recurso: **129/2020**

Nº de Resolución: **217/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 349/2020,**
STS 449/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 217/2021

Fecha de sentencia: 17/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 129/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 3ª

Transcrito por: MGC

Nota:

CASACION núm.: 129/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 3ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 217/2021

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

Dª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

Dª. Rosa María Virolés Piñol



D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 17 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), representado y asistido por el letrado D. Jesús González Marcos, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 7 de julio de 2020, dictada en autos número 35/2020, en virtud de demanda formulada por el Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), frente al Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) y el Ministerio Fiscal, sobre Tutela de Derechos Fundamentales por Falta de Medidas de Prevención de Riesgos Laborales.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), se interpuso demanda de Tutela de Derechos Fundamentales por Falta de Medidas de Prevención de Riesgos Laborales, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que:

«-Se declare vulnerado el derecho fundamental a la vida e integridad física en los términos expuesto en el cuerpo del presente escrito (artículo 15 CE).

- Se declare que la conducta empresarial constituye una vulneración, en conexión con el invocado artículo 15 CE, de los artículos 4 y 9 ET, 14, 15, 16, 18 y 25 de la LPRL, artículos 5 y 6 de la Directiva 1989/391/CE, de 12 de Junio, artículo 4 del RD 39/1997 y artículo 4 del RD 664/1997.

- Se condene a la empresa a cesar de inmediato en su conducta vulneradora del derecho fundamental a la integridad física y la vida conforme al artículo 15 CE y en su consecuencia

- Se condene a la empresa a fin de que proceda a realizar una evaluación de riesgos laborales específica frente a la exposición al agente biológico SARS-Cov -2 de todos los servicios y puestos de trabajo de la entidad en las diferentes organizaciones de SVS/OSAKIDETZA recogiendo las tareas específicas de cada puesto en los diferentes escenarios de riesgo».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 7 de julio de 2020 la Sala de lo Social del País Vasco dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMAMOS parcialmente la demanda interpuesta por el Letrado don Jesús González Marcos, que actúa en nombre y representación de Comisiones Obreras de Euskadi, frente a la empresa SERVICIO VASCO DE SALUD, (OSAKIDETZA), y declaramos vulnerado el derecho fundamental a la vida e integridad física del colectivo afectado por la presente demanda, por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales, condenando al demandado: "A que cese inmediatamente en su conducta vulneradora y cumpla su deuda de seguridad, y en concreto, lleve a cabo la evaluación de riesgos por ecovid 19 de los puestos de trabajo y por tareas específica en los centros hospitalarios de Santa Marina, Gorniz, y la red de salud mental de Araba,; condenando al demandado a estar y pasar por la anterior declaración".Devuélvase al SVS los documentos aportados con el escrito de conclusiones».



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

«PRIMERO.- La presente demanda de tutela de derechos fundamentales dirigida contra el Servicio Vasco de Salud afecta a todos los servicios y puestos de trabajo de la entidad en las diferentes organizaciones del SVS/ OSAKIDETZA, - indiscutido-.

SEGUNDO.- El sindicato CCOO ostenta la condición de sindicato más representativo en la comunidad autónoma del País Vasco, - indiscutido-.

TERCERO.- Como consecuencia de la expansión de la ECOVID 19, desde el Servicio de Prevención de Osakidetza se llevó a cabo una evaluación del riesgo, plasmada en una orden interna de 30 de marzo de 2020, en la que se establecieron tres escenarios de riesgo, con las medidas organizativas, preventivas y de protección a adoptar en cada uno de dichos escenarios,- acta la ITSS de 28 de mayo de 2020, documento nº2 aportado con la demanda, folio 37 de las actuaciones-.

CUARTO.- Constan las siguientes actuaciones de la Inspección de Trabajo respecto al Servicio Vasco de Salud demandado:

-Por informe de la ITSS de fecha 20 de mayo de 2020 la ITSS requirió a OSAKIDETZA la realización de una evaluación de riesgos del personal auxiliar de enfermería, - documento nº 16 del ramo de prueba de la parte actora-.

-El cuatro de mayo de 2020 CCOO presentó escrito ante la ITSS, la cual, inició comprobaciones relativa a los hospitales de Galdakao y Gernika, y el 28 de mayo de 2020 levantó propuesta de *requerimiento a OSAKIDETZA para completar la revisión de la evaluación de riesgos en relación a la exposición a agentes biológicos, (COVID 19), bien incluyendo las previsiones del anexo revisión evaluación de riesgo biológico por SARS-COV-2 de la unidad básica de prevención, bien recogiendo en citado Anexo una relación de los servicios y puestos de trabajo que quedarían encuadrados en cada uno de los escenarios de riesgo,* - documento nº2 aportado con la demanda-.

QUINTO.- Por parte del Servicio Corporativo de Prevención de Riesgos Laborales de Osakidetza se han llevado a cabo las actuaciones siguientes: (testifical del Sr. Jesús Manuel , jefe del Servicio corporativo de prevención de riesgos de Osakidetza y documental aportada por el SVS)

El 24 de enero Osakidetza envió un correo a los Servicios de Prevención para ir preparando los EPIS.

El 30 de enero de 2020 se hizo el primer protocolo.

La primera semana de febrero se hizo una evaluación del riesgo biológico.

El 28 de febrero se cambió la evaluación y el tres de marzo se revisó la misma.

El 31 de marzo se revisó nuevamente la evaluación de riesgos.

El cuatro de mayo se efectuó la última reevaluación.

El Servicio corporativo de prevención de riesgos de Osakidetza estableció las pautas generales de evaluación de riesgo por la ECOVID 19, para que cada organización las desplegara en los distintos puestos en cada centro de trabajo. Dicho despliegue, concretando la evaluación de riesgos por COVID para cada puesto de trabajo se ha llevado a cabo por las distintas Unidades Básicas de Prevención, en todas las OSIS, (centros hospitalarios de la red de sanidad del País Vasco), durante el mes de mayo y los primeros días del mes de junio, antes de la interposición de esta demanda-, salvo en los centros hospitalarios de Santa Marina, Gorniz, y la red de salud mental de Araba.

SEXTO.- El 22 de abril de 2020 Osakidetza elaboró un plan para la recuperación de la actividad asistencial ordinaria en las organizaciones de Osakidetza, - documento nº5 aportado con la demanda-, con el contenido que se tiene por reproducido. El 17 de mayo de 2020 Osakidetza ha elaborado un documento denominado recomendaciones del servicio de prevención para la reanudación de la actividad asistencial, con el contenido que obra en el documento nº3 aportado con la demanda, y que se tiene por reproducido.

SÉPTIMO.- El 11 de mayo de 2020 la delegada de prevención de riesgos laborales, doña Estela , presentó ante el Gerente del Hospital de Cruces un escrito solicitando la realización de la evaluación de riesgos por coronavirus en cada uno de los puestos y personas afectadas por esta incidencia,- documento nº 6 aportado con la demanda-.

Doña Fátima , (delegada de prevención por CCOO), ha solicitado en varias ocasiones, incluso mediante un correo electrónico dirigido al Sr. Jesús Manuel , la evaluación de riesgos laborales. El Sr. Jesús Manuel , desde



el 28 de abril de 2020, se reunió telemáticamente con los delegados de prevención, - testifical de la Sra. Fátima y del Sr. Jesús Manuel -.

OCTAVO.- El 22 de mayo de 2020, el Ministerio de Sanidad aprobó el procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS COV 2, con el contenido que obra en el documento nº7 aportado con la demanda, que se tiene por reproducido.

NOVENO.- A la fecha del juicio aproximadamente 2300 trabajadores de Osakidetza estaban contagiados por la ECOVID 19, lo que representa un 5'41% de la plantilla, testifical del Sr. Jesús Manuel , jefe del Servicio corporativo de prevención de riesgos de Osakidetza-.

DÉCIMO.- El 10 de junio de 2020 se presentó la demanda que nos ocupa».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación del Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), en el que se alega los siguientes motivos: 1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 207.d) LRJS, para denunciar el error en la apreciación de la prueba. 2º y 3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 207 c) LRJS para denunciar la infracción de normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia.

El recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar la desestimación del recurso, en caso de que la Sala no aprecie en primer lugar de oficio la falta de competencia del orden social que se plantea como cuestión previa, o subsidiariamente, la inadecuación del procedimiento.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, procede el señalamiento urgente por COVID para el debate de este recurso por la Sala en Pleno, para lo cual se señala el día 17 de febrero de 2021, convocándose a todos los Magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de julio de 2020, dictada en el procedimiento nº. 35/2020, estimó parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales (derecho a la salud, a la vida y a la integridad física) condenando al Servicio Vasco de Salud al cese inmediato en su conducta vulneradora y al cumplimiento de su deuda de seguridad, en concreto, a llevar a cabo la evaluación de riesgos por COVID 19 de los puestos de trabajo y por tareas específicas en los centros hospitalarios de Santa Marina, Gorlitz y en la red de salud mental de Araba.

2.- Disconforme con dicha resolución, el sindicato demandante y ahora recurrente ha formulado recurso de casación contra la mencionada resolución judicial, en el que solicita la estimación íntegra de su demanda (en la que pedía la condena en todos los servicios y puestos de trabajo de la entidad). Su recurso se articula a través de tres motivos: el primero, al amparo del artículo 207. d) LRJS en el que solicita la modificación de hechos probados y los dos siguientes, con fundamento en el apartado e) del referido artículo 207 LRJS en los que denuncia infracción de normas sustantivas.

El Ministerio Fiscal, que viene siendo parte en el procedimiento por ministerio de la ley, en su escrito de impugnación al recurso, además de oponerse a la admisión de los motivos formulados de contrario, insiste en la excepción formulada en la instancia de falta de competencia del orden social para el conocimiento de la cuestión debatida.

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe ante esta Sala, reitera la falta de competencia del orden social y añade la inadecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales; e informa, subsidiariamente, respecto de los motivos del recurso, en el sentido de que deberían ser desestimados.

3.- Al haberse reiterado por el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación del recurso, la excepción formulada en la instancia de incompetencia del orden social de la jurisdicción para resolver la cuestión debatida, y, al tratarse también, de una cuestión de orden público, planteable incluso de oficio por la Sala, cuya respuesta puede condicionar todo el recurso, examinaremos tal cuestión en primer lugar y abordaremos, también, a efectos clarificatorios, la alegación del informe de la fiscalía relativa a una posible inadecuación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- 1.- Sostiene el Ministerio Fiscal que el orden social no es competente para conocer de la pretensión formulada en el presente procedimiento. A su juicio, aunque se trata de una materia de prevención de riesgos laborales, al haber elegido la parte actora el proceso de tutela de derechos fundamentales, resulta de aplicación



el artículo 2 f) LRJS que únicamente establece la competencia del orden social respecto de la tutela de los derechos fundamentales del personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Apoya su tesis en la exégesis que realiza de los mencionados preceptos y, especialmente, en la doctrina contenida en nuestra STS de 17 de mayo de 2018, Rcd. 3598/2016. Esta resolución 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. Ahora bien, por lo que a los presentes efectos interesa, en dicho supuesto no se reclamaba infracción alguna en materia de prevención de riesgos laborales. Por ello, nuestra sentencia declaró la falta de competencia del orden social de la jurisdicción, 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».

2.- Tal como hemos señalado la tesis que sostiene el Ministerio Fiscal es que, aun reconociendo que las demandas en materia de incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales son competencia del orden social con independencia de la relación laboral, estatutaria o funcionarial con la administración demandada, si la reclamación se canaliza a través del proceso de derechos fundamentales por entender que se ha producido un daño al derecho a la salud, a la vida o a la integridad física, la competencia sería, para el personal funcionarial o estatutario, del orden contencioso administrativo, como consecuencia del camino procesal elegido para la reparación del derecho presuntamente vulnerado. Sin embargo, no es esa la literalidad de la norma, ni, tampoco su espíritu. En efecto, el apartado e) del artículo 2 LRJS que otorga competencia al orden social «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», lo que, como es fácilmente deducible no excluye las reclamaciones en la materia que se canalicen por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, el invocado apartado f) del artículo 2 LRJS no excluye del conocimiento de la tutela de los derechos fundamentales del personal estatutario o funcionarial, los derivados del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales.

Desde la perspectiva de la finalidad de la ley, el propio preámbulo de la LRJS, al referirse a la materia de prevención de riesgos laborales es claro cuando señala «esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la 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 o estatutaria o laboral».

3. Como hemos puesto de relieve en la sentencia, deliberada en esta misma fecha, dictada en el recurso 105/2020, no es la primera vez que la Sala se pronuncia sobre tal cuestión. Así, en la STS 903/2018, 11 de noviembre de 2018 [con cita de anteriores sentencias de esta Sala Cuarta, como, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2014 (rec. 265/2013)], hemos precisado que, tras la LRJS, son competencia del orden social todas las reclamaciones en materia de prevención de riesgos laborales que afecten al personal de las administraciones públicas, cualquiera que fuera la naturaleza de dicho personal, laboral estatutaria o funcionarial, señalando que «Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de los trabajadores a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1, y 2 letras a, b, e a i LRJS), si bien cuando tales afectos afectaren conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario, la LRJS ha optado por atribuir el conocimiento de la impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (materia de derechos de libertad sindical y huelga, pactos o acuerdos ex EBEP o laudos arbitrales sustitutivos) al orden contencioso-administrativo (art. 2 letras f y h y art. 3 letras c, d y e LRJS), salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena (arts. 2.e y 3.b LRJS).».

También el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal Supremo núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018) declara la competencia de la jurisdicción social (y no de la jurisdicción contencioso-administrativa) porque la demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, en la que alegaba que su incapacidad laboral transitoria procedió de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso, invocaba la infracción de la legislación de prevención de riesgos



laborales, que determinó la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales en el ámbito sectorial. Para dicho Auto esta invocación de la legislación de prevención de riesgos laborales, conduce, a la vista de la exposición de motivos de la LRJS y, especialmente, de su artículo 2 e), a declarar la competencia de la jurisdicción social, aun cuando la afectada fuera una funcionaria.

Por último, la STS (Pleno) 483/2019, de 24 de junio de 2019, declaró la competencia de la jurisdicción social para conocer, aunque afecten a jueces y/o magistrados, de todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales.

Lo razonado conduce a confirmar la conclusión de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, ahora recurrida en casación, en favor de la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda de tutela de derechos fundamentales interpuesto por el sindicato CCOO. Así se desprende de la recta interpretación del artículo 2 e) LRJS y de la jurisprudencia de esta Sala Cuarta citada y del auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este Tribunal núm. 12/2019, 16 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), que han interpretado aquel precepto.

TERCERO.- 1.- Aunque en el escrito de impugnación del recurso el Ministerio Fiscal ya no reitera la excepción formulada en la instancia relativa a la inadecuación del procedimiento. En esta sede casacional, el preceptivo informe del Ministerio Fiscal sí insiste en la cuestión y formula una "cuestión previa de inadecuación del procedimiento" en la que sostiene que, de conformidad con las medidas solicitadas (evaluación de riesgos frente a la COVID 19 de todos los servicios y puestos de trabajo y de todas las tareas), es una cuestión de mera legalidad ordinaria que debió encauzarse por el procedimiento de conflictos colectivos. Sostiene el informe del Fiscal que se ha producido un uso "estratégico" y, por tanto, abusivo del proceso de derechos fundamentales que banaliza el concepto de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física intentando igualarlos con los derechos a la seguridad e higiene en el trabajo que se contienen dentro del Capítulo que la CE dedica a los principios de la política social y económica.

2.- La Sala no comparte las referidas apreciaciones del Ministerio Fiscal, ni con carácter general, ni mucho menos ante la situación que han vivido, y siguen viviendo a fecha de hoy, los profesionales sanitarios en su lucha contra la pandemia ocasionada por el COVID 19, situación de absoluta excepcionalidad que ha afectado a toda la población y en la que ha descansado sobre los profesionales sanitarios la mayor parte de la respuesta que los estados están pudiendo dar.

De la doctrina constitucional (SSTC 160/2007, de 2 de julio y 62/2007, de 7 de marzo), importa destacar las siguientes afirmaciones:

a) El art. 15 CE ampara de forma autónoma el derecho fundamental a "la integridad física y moral", y su ámbito constitucionalmente garantizado protege "la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular".

b) Estos derechos, destinados a proteger la "incolumidad corporal" (STC 207/1996, de 16 de diciembre), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo).

c) El derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo) aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (SSTC 5/2002, de 14 de enero y 119/2001, de 24 de mayo).

Estas afirmaciones, como pone de relieve la citada STC 160/2007 no implican situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud. Al contrario, supone únicamente admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental citado. En concreto, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud. Precisamente por esa razón, el TC ha precisado que para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante



de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, SSTC 221/2002, de 25 noviembre y 220/2005, de 12 de septiembre, entre otras).

3.- A la Sala no le cabe ninguna duda de que una hipotética omisión de los elementales deberes de prevención (no evaluación de riesgos, no realización de la actividad preventiva o no entrega de equipos de protección individual) ante la existencia de un riesgo constatado de producción cierta o potencial de un daño para la salud derivado del COVID 19 podría afectar, en función de las circunstancias en las que se produjera, a los derechos que protege el artículo 15 CE. En este sentido, resulta evidente que los profesionales sanitarios han estado especialmente expuestos, por razón de su actividad laboral, a sufrir las consecuencias de la infección por el mencionado virus. No cabe duda de que, en este excepcional caso de pandemia, el ejercicio de las diversas actividades sanitarias supone, por el estrecho contacto con los enfermos, un riesgo grave y concreto sobre su vida e integridad física que puede materializarse o incrementarse por el incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales, pudiendo existir, en atención a las extraordinarias circunstancias que derivan de la pandemia, una relación directa de causa a efecto entre el incumplimiento de obligaciones preventivas y el riesgo cierto y concreto de afectación a los derechos fundamentales a la integridad física o a la vida; lo que, al margen de que tal hipótesis pudiera constatarse, justifica sobradamente la utilización del proceso preferente y sumario de tutela de los derechos fundamentales.

Por ello, parece lógico, con independencia de la solución del fondo del asunto, que quien pretenda reclamar el cumplimiento de obligaciones preventivas ante el riesgo que supone, especialmente para el personal sanitario, la incidencia del COVID 19, pueda utilizar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para la protección del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física de los empleados, sin que pueda considerarse que tal utilización sea abusiva o inadecuada, ya que, lo decisivo pues, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Así lo declaró el Tribunal Constitucional, al afirmar que «para deslindar el problema procesal y la cuestión de fondo, es preciso reconocer que basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, lo que es bastante para dar al proceso el curso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado». Porque «si, ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación se niega el proceso, se esta privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos o libertades fundamentales» (STC 31/1984).

Desde otra perspectiva, la legitimación del sindicato para solicitar la tutela de los derechos fundamentales en juego es indudable. No cabe duda de que los titulares del derecho a la vida y a la integridad física son cada uno de los profesionales que pueden estar en riesgo; pero ello no puede excluir la legitimación sindical. Al respecto, ante el problema de si es posible la intervención del sindicato como sujeto legitimado activamente de forma principal en aquellos supuestos en los que la lesión se circunscribe al ámbito de lo individual del trabajador, hay que señalar que cuando la lesión se pudiera proyectar sobre un grupo genérico e indeterminado de trabajadores es evidente, que nada hay que impida la legitimación sindical, antes al contrario, tal intervención constituye núcleo duro de su actividad sindical y del ejercicio de uno de sus cometidos principales cual es la defensa de los derechos de los trabajadores. Es más, la legitimación que al sindicato confiere el artículo 177 LRJS no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos de la libertad sindical, sino que se extiende, también, a la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso. Así lo hemos reconocido desde antiguo al determinar que «la dimensión colectiva de la posible discriminación que atenta contra el interés genérico del grupo también es tutelable y su defensa no puede ser ejercitada por un sujeto individual, sino por un sujeto colectivo, como es el sindicato, que es portador de intereses generales, según el artículo 7 CE... El interés del sindicato queda manifiesto no sólo cuando se vulnera la libertad sindical, sino también respecto de los demás derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, con proyección colectiva, pues de no entenderlo así sobraría el mandato del artículo 180 LPL (hoy 183 LRJS), que no puede creerse quede circunscrito a la discriminación frente a los sindicatos o entre los mismos. En tal supuesto el art. 174.1 (hoy 177.1 LRJS) atribuye de forma inequívoca al sindicato legitimación directa para promover en concepto de parte principal el proceso de protección de derechos fundamentales» (STS de 18 de febrero de 1994, rec. 1735/1992).

CUARTO.- 1.- Despejado cualquier obstáculo procesal para analizar el recurso, debemos examinar, en primer lugar, el motivo que se formula con base en el apartado d) del artículo 207 LRJS y que tiene por objeto la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida. En concreto, la recurrente pretende la revisión del hecho probado quinto al que pretende introducir dos adiciones diferentes. Así, en primer lugar, solicita que tras las afirmaciones de que "la primera semana de febrero se hizo una evaluación de riesgo biológico", "El 31 de marzo se revisó nuevamente la evaluación de riesgo" y "el cuatro de mayo se realizó la última reevaluación" se añada



al final de cada una de ellas la expresión "por escenarios de riesgo". En segundo lugar, solicita que se añada al final de dicho hecho probado quinto la siguiente frase: "Solo la OSIS de DONOSTIALDEA ha actualizado la evaluación de riesgos laborales para contemplar la presencia del virus COVID 19 en los puestos de trabajo".

Fundamenta su petición revisoria "en la prueba documental aportada a los autos por la entidad OSAKIDETZA/SVS obrante a los tomos 2 a 6 denominadas prueba 2 a 5 de las actuaciones". Tras diversas consideraciones sobre la prueba documental añade que "La prueba documental aportada por la empresa no acredita que se haya realizado una evaluación de riesgos laborales de los centros citados", para añadir diversas consideraciones sobre lo que debe desprenderse de la prueba documental.

2.- Es reiterada la doctrina de la Sala en relación a la revisión de los hechos probados. En nuestra STS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 108/2015) se sientan criterios doctrinales que, recogiendo jurisprudencia anterior, se han reiterado en otras sentencias posteriores, como las de 25 de octubre de 2016 (Rec. 129/2015), 8 de noviembre de 2016 (Rec. 259/2015) y 17 de enero de 2017 (Rec. 2/2016). Tales criterios pueden resumirse de la siguiente forma:

A) En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec. 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

El peligro de que el acudimiento al Tribunal Supremo se convierta en una nueva instancia jurisdiccional, contra lo deseado por el legislador y la propia ontología del recurso explican estas limitaciones . La previsión legal permite solicitar la corrección de las eventuales contradicciones entre los hechos que se dan como probados y los que se deduzcan de las pruebas documentales practicadas.

B) Reiterada jurisprudencia como la reseñada en SSTs 28 mayo 2013 (rec. 5/20112), 3 julio 2013 (rec. 88/2012) o 25 marzo 2014 (rec. 161/2013) viene exigiendo, para que el motivo prospere:

1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador.

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta



circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido -eso sí- el requisito de tener indubitado soporte documental.

C) De acuerdo con todo ello, aun invocándose prueba documental, la revisión de hechos sólo puede ser acogida si el documento de que se trate tiene *"una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS de 16 de noviembre de 1998, recurso 1653/1998). Por tanto, no prosperará la revisión cuando el contenido del documento entre en contradicción con el resultado de otras pruebas a las que el órgano judicial de instancia haya otorgado, razonadamente, mayor valor.

D) La declaración de hechos probados no puede ser combatida sobre la base de presunciones establecidas por el recurrente (SSTS de 17 de abril de 1991, rec. 1042/90, o 26 de mayo de 1992, rec. 1244/1991). Ello implica, de entrada, que la prueba alegada debe demostrar *"de manera directa y evidente la equivocación del juzgador"* pero, a su vez, la misma no puede encontrarse contradicha *"por otros elementos probatorios unidos al proceso"* (por ejemplo, STS de 24 de octubre de 2002, rec. 19/2002).

E) No puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Por ello, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse *"salvo en supuestos de error palmario... en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente"* (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas).».

También se ha señalado que no puede prosperar una revisión de hechos que se funde en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo cuando consta que en el acto del juicio se practicó suficiente prueba para avalar la conclusión plasmada en la sentencia.

3.- La aplicación de los criterios expuestos conduce necesariamente a la desestimación del motivo, por las razones que seguidamente se exponen: En primer lugar, las adiciones consistentes en que varias evaluaciones de riesgo se realizaron "por escenarios de riesgo" ya consta expresamente admitida en el hecho probado tercero en donde se plasma que «Como consecuencia de la expansión de la ECOVID 19, desde el Servicio de Prevención de Osakidetza se llevó a cabo una evaluación del riesgo, plasmada en una orden interna de 30 de marzo de 2020, en la que se establecieron tres escenarios de riesgo, con las medidas organizativas, preventivas y de protección a adoptar en cada uno de dichos escenarios». Por tanto, resulta inútil, por reiterativo llevar a la declaración de hechos probados algo que allí ya figura.

En segundo lugar, de la documental reseñada en el motivo no se desprende directamente, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, que solo la OSIS de DONOSTIALDEA ha actualizado la evaluación de riesgos laborales para contemplar la presencia del virus COVID 19 en los puestos de trabajo.

En tercer lugar, la adición propuesta no deriva de ningún documento del que se desprenda que existe un error por parte de la Sala *que emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados* (documentos citados), de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas.

Y, por último, la adición propuesta, por su formulación (solo se realizó la evaluación en la OSIS de DONOSTIALDEA) implica que en el resto de centros y servicios que la sentencia da por probado que sí se realizó, habría que entender que no se hizo, sin que la recurrente haya acreditado el error de la sentencia en ese punto, extremo sobre el que sólo ha ofrecido una genérica alegación según la que la prueba aportada por la empresa no acredita que se haya realizado la evaluación de riesgos laborales en los centros citados. Afirmación que, además de inconsistente, no puede fundamentar una revisión fáctica que no puede sostenerse en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo cuando consta que en el acto del juicio se practicó suficiente prueba para avalar la conclusión plasmada en la sentencia. Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

QUINTO.- 1.- En el segundo motivo del recurso, con amparo en el apartado c) del artículo 207 LRJS (erróneamente se cita el apartado c, cuando la denuncia se canaliza por el apartado e del precepto), se sostiene que la sentencia vulnera el artículo 15 CE así como el artículo 40.2 CE. También se citan como infringidos diversos preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), especialmente los artículos 15, 16.2 y 17, así como los artículos 2 y 4 del RD 39/1997, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de



prevención y el artículo 4 del RD 664/1997, de 12 de mayo sobre protección de los trabajadores contra riesgos biológicos durante el trabajo.

Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida infringe la normativa citada por cuanto que desconoce que la entidad demandada no realizó evaluación de riesgos alguna siguiendo la normativa exigible por la LPRL y por los reglamentos de desarrollo que cita.

2.- El motivo no puede prosperar entre otras razones, porque se construye sobre el presupuesto de la aceptación de revisión de hechos probados que no se ha producido. Para la recurrente la sentencia combatida se equivoca al no estimar la demanda dado que a su juicio ha quedado probado que, salvo OSIS de DONOSTIALDEA, en ningún centro u hospital y en ninguno de los puestos de trabajo se ha realizado la oportuna evaluación de riesgos derivados del COVID 19. Sin embargo, la situación aceptada por la sentencia y ratificada por esta Sala con la desestimación de la revisión de hechos propuesta es, precisamente, la contraria. Tal como consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida, el Servicio Vasco de Salud, excepto en los centros hospitalarios y la red provincial de salud mental a que se contrae la condena, ha llevado a cabo, como consecuencia de la expansión de la COVID 19, una evaluación del riesgo, plasmada en una orden interna de 30 de marzo de 2020, en la que se establecieron tres escenarios de riesgo, con las medidas organizativas, preventivas y de protección a adoptar en cada uno de dichos escenarios. No modificado ese dato, su rotundidad es evidente, lo que impide la estimación del motivo puesto que revela que la entidad demandada cumplió en los centros, hospitales y servicios no comprendidos en el ámbito de la condena las obligaciones preventivas de evaluación del riesgo y planificación de la prevención y protección del personal que allí prestaba servicios.

3.- Además, olvida la recurrente que estamos ante un proceso, el de tutela de derechos fundamentales, de cognición limitada. En efecto, tal como dispone el artículo 178.1 LRJS, el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental. Esto es, el objeto de este proceso especial está limitado a la verificación de si ha existido o no vulneración del correspondiente derecho fundamental y a sus consecuencias y derivaciones que vayan indisolublemente unidas a aquella cuestión principal. Es decir, la vía jurisdiccional de tutela de los derechos de libertad sindical «es un proceso que limita su ámbito de enjuiciamiento a las lesiones directas de derechos fundamentales derivadas de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional o de las normas legales que los regulan» (STS de 24 de septiembre de 1996, rec. 683/1996), porque, las ventajas de este proceso especial tienen como contrapartida la limitación del objeto del procedimiento, que se limita a la verificación de si ha existido o no vulneración del derecho fundamental alegado, dejando fuera del juicio aquellos otros extremos que sólo cabe enjuiciar en el proceso ordinario.

Hemos avanzado, siguiendo la doctrina constitucional, que no toda infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales conduce inexorablemente a la vulneración del derecho a la salud o a la integridad física del artículo 15 CE; únicamente aquéllos incumplimientos que provoquen un riesgo constatado de producción cierta o potencial -en este caso, especialmente justificada en relación al caso concreto- de la causación de un perjuicio para la salud. Por tanto, desestimado que se haya provocado ese riesgo por la actuación de la empresa en la mayoría de los centros y servicios de la demandada, la simple denuncia de la inobservancia de normas reglamentarias, de acuerdo con el principio de cognición limitada propia de esta modalidad procesal, conllevará la desestimación del motivo sin perjuicio de la acción ordinaria en el proceso correspondiente (SSTS de 27 de mayo de 2002, rcud. 3337/2001 y de 14 de junio de 2002, rcud. 1192/2000), si a ello hubiere lugar y pudieran acreditarse tales incumplimientos reglamentarios. Así pues si no existe la vulneración alegada o si lo que se produce es una infracción simple del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental invocado, la consecuencia de la limitación de conocimiento que rige en la modalidad procesal será la desestimación del recurso.

SEXTO.- 1.- La argumentación que acabamos de exponer sirve, exactamente, para fundamentar la desestimación del tercer y último de los motivos del recurso que examinamos. En efecto, el recurrente, en su último motivo, construido al amparo del artículo 207, apartado e) LRJS, denuncia que la sentencia ha infringido el artículo 15 CE en relación con los artículos 4 y 13 del RD 6/1997, de 12 de mayo sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Funda el motivo, por un lado, en que el Servicio Vasco de Salud desatendió diversas peticiones de la delegada de prevención de riesgos laborales en relación a la realización de evaluación de riesgos por coronavirus, así como dos requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Concluye, por tanto, en que la entidad demandada no ha consultado a la representación legal de los trabajadores, ni, consecuentemente, dicha representación ha participado en la elaboración de las evaluaciones de riesgo.

Nos encontramos, nuevamente, ante una alegación de infracción normativa de legalidad ordinaria que no puede entenderse configuradora de los derechos a la salud o a la vida e integridad física presuntamente vulnerados, por lo que no pueden constituir el fundamento de la infracción jurídica denunciada en un recurso



en el seno de un proceso especial de tutela de derechos fundamentales. Además, la recurrente no explica ni razona cómo o porqué la supuesta realización unilateral de la evaluación de riesgos, sin la participación de los representantes de los trabajadores, puede afectar a los derechos fundamentales que se entienden vulnerados. Si realmente se hubiera producido una infracción de normas reglamentarias en el sentido expuesto por la recurrente debido a la falta de participación de los representantes de los trabajadores, tal hipotética infracción de la normativa ordinaria en nada afectaría a los derechos fundamentales a la vida, la salud o la integridad física de los empleados de la demandada.

2.- En virtud de lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, se impone, previa la ratificación de la competencia del orden social y la adecuación del procedimiento, la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida. Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), representado y asistido por el letrado D. Jesús González Marcos.

2.- Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 7 de julio de 2020, dictada en autos número 35/2020, en virtud de demanda formulada por el Sindicato Comisiones Obreras de Euskadi (CCOO), frente al Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) y el Ministerio Fiscal, sobre Tutela de Derechos Fundamentales por Falta de Medidas de Prevención de Riesgos Laborales.

3.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.