



Roj: **STS 4130/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4130**

Id Cendoj: **28079149912021100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **20/10/2021**

Nº de Recurso: **93/2021**

Nº de Resolución: **1041/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACION núm.: 93/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 1041/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 20 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto los recursos de casación interpuestos por la letrada D.^a Naiara Olaskoaga Bereziartua, en nombre y representación de la Confederación Sindical ELA, y por el letrado D. José Ramón Mejías Vicandi, en nombre y representación del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y del Organismo Autónomo Academia Vasca de Policía y Emergencias, contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en demanda sobre vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas -derecho de libertad sindical- núm. 31/2020, seguido a instancia de la Confederación Sindical ELA contra el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y el Organismo Autónomo Academia Vasca de Policía y Emergencias, interviniendo en el procedimiento el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación de la Confederación Sindical ELA presentó demanda de tutela de derechos fundamentales -infracción del derecho de libertad sindical-, registrada con el núm. 31/2020, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que estimando la demanda se: "A) Declare que las Administraciones demandadas vulneraron el derecho a la libertad sindical del Sindicato ELA previsto en el art. 28- de la Constitución por falta de negociación colectiva de la Circular de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 8 de mayo de 2020 por la que se determinan las condiciones de las jornadas y horarios como consecuencia del retorno progresivo a la actividad presencial en los centros de trabajo del personal SAAS del Departamento de Seguridad y la Comunicación del mismo día del Jefe de Área de Personal y Régimen Jurídico de la AVPE dirigida a todo el personal des Organismo Autónomo sobre la reincorporación con carácter general a la actividad presencial salvo excepciones y adjunta y se remite a esa misma Circular de la Directora de Recursos Humanos, así como el derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la Constitución a la integridad física en relación con su artículo 43.1 (derecho a la protección de la salud) por haber acordado dicha Circular y Comunicación con carácter general la incorporación presencial a los puestos de trabajo del personal que prestaba servicios en esa fecha, total o parcialmente, en la modalidad de trabajo no presencial. B) Condene a las demandadas a: 1) Estar y pasar por esta declaración. 2) Abonar una indemnización reparadora de 1.000 € (Mil euros) a la parte demandante por daños morales. 3) Retornar a la situación y mismas condiciones vigentes el 8 de mayo de 2020 a todo el personal que prestara servicios total o parcialmente en la modalidad no presencial hasta tanto, previa negociación efectiva y real en la Mesa Sectorial correspondiente y con respeto a la integridad física y salud de los y las trabajadoras, se acuerde motivada y justificadamente la reincorporación progresiva y gradual al trabajo de manera presencial hasta tanto, previa negociación efectiva y real en la Mesa Sectorial correspondiente y con respeto a la integridad física y salud de los y las trabajadoras, se acuerde motivada y justificadamente la reincorporación progresiva y gradual al trabajo de manera presencial de dicho personal".

Además, se solicitaba en el Otrosí Cuarto que se diese curso a la medida cautelar, en los términos que en la misma se recogen.

La Sala, por auto de 7 de julio de 2020, acordó: "Declaramos de oficio la incompetencia del orden jurisdiccional social y de esta Sala de Social del TSJPV para conocer de la demanda- y de las medidas cautelares en ella solicitadas- instada por Dña. Erica , en representación de la Confederación Sindical ELA contra el Gobierno Vasco y la Academia Vasca de Policía y derechos fundamentales, pudiendo acudir la parte demandante, si a su derecho conviene, ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

La parte demandante presentó recurso de reposición frente a la resolución anterior. La Sala, por auto de 2 de septiembre de 2020, resolvió: "Que estimamos el recurso de reposición interpuesto por la Confederación Sindical ELA frente al Auto de 7 de julio de 2020, revocando el mismo en el sentido de declarar expresamente la competencia de este orden social de la Jurisdicción -y de esta Sala de lo Social- para el conocimiento de la demanda interpuesta por la Confederación Sindical ELA contra el Gobierno Vasco y la Academia Vasca de Policía y Emergencias, con las pretensiones más arriba reseñadas".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte demandante se ratificó en su demanda, si bien desistió del punto tres del suplico; la parte demandada se opuso a la misma y alegó la falta de legitimación activa del sindicato demandante para solicitar una indemnización por vulneración del derecho fundamental a la integridad física; y el Ministerio Fiscal manifestó que había podido producirse vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical pero no del derecho a la integridad física. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2020 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos la excepción de falta de legitimación activa del sindicato demandante para solicitar indemnización por vulneración del derecho a la integridad física y estimamos en parte la demanda dirigida por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a EUSKO JAURLARITZA-GOBIERNO VASCO y ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS, en litigio en el que ha sido también parte el MINISTERIO FISCAL, declarando que la Circular de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 8 de mayo de 2020 y la Comunicación del mismo día del Jefe de Área de Personal y Régimen Jurídico de la AVPE dirigida a todo el personal de ese Organismo Autónomo sobre la reincorporación con carácter general a la actividad presencial han vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato demandante, en su vertiente de negociación colectiva, condenando a la parte demandada a abonarle una indemnización de 1.000 euros y absolviéndola del resto de pretensiones".

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



" 1º.- El Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco se publicó en el BOPV el 17 de abril de 2008, habiendo sido suscrito por las Centrales Sindicales ELA e HITZA (este personal también es denominado "SAAS" -Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad-). En el ámbito de dicho Convenio existe constituida como órgano de interlocución entre las partes la llamada Comisión Negociadora, órgano paritario de consulta y negociación, en la que ELA tiene tres de los cuatro miembros de la misma. Se trata, en realidad, de la Mesa Sectorial del Personal Laboral del Departamento de Seguridad.

2º.- El 16 de marzo de 2020 se dictan por la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad y por la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias -DAVPE- sendas Circulares denominadas, respectivamente, "de modificación temporal y excepcional de la circular de jornadas y horarios vigente aplicable al personal laboral del Departamento de Seguridad para el año 2020, a fin de conciliar la adopción de las medidas de contención extraordinaria para frenar el coronavirus con la adecuada prestación de los servicios" y "por la que se modifica temporal y excepcionalmente las condiciones de las jornadas y horarios". En dichas Circulares se acuerda la flexibilización del sistema de jornada y horarios sin sujeción a los límites establecidos en anteriores Circulares de Control horario y de Jornadas y Horarios aquella Circular del año 2019 y se facilita la realización de trabajo no presencial cuando ello fuera posible.

3º.- El 17 de marzo de 2020 el Viceconsejero de Función Pública del Departamento de Gobernanza y Autogobierno del Gobierno Vasco dicta Resolución con respecto al plan de contingencia ante la situación de emergencia (COVID-19) y en relación con la prestación de servicios del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos. En dicha Resolución, en esencia, se acuerda la modalidad de trabajo preferentemente no presencial del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca y sus Organismos Públicos, así como que se deberá desempeñar su trabajo de forma presencial en la medida en que ello sea imprescindible y necesario para dar cumplimiento a los cometidos legalmente asignados al Departamento correspondiente.

4º.- El 18 de marzo de 2020, la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad dicta Resolución por la que se determinan los servicios esenciales durante el tiempo de suspensión de toda la actividad presencial en la Academia Vasca de Policía y Emergencias como consecuencia del brote del virus COVID-19, así como la posibilidad de trabajo no presencial y la obligación de disponibilidad del personal, debiendo estar localizables vía teléfono durante la jornada laboral. El mismo día y en similar sentido se dicta Circular por la Directora de la Academia Vasca de Policía y Emergencias.

5º.- El 24 de marzo de 2020 la Directora de Recursos Humanos dicta Circular de protección del personal laboral de los Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad considerado grupo de riesgo.

6º.- El 26 de marzo de 2020 la Directora de Recursos Humanos dicta Circular "por la que se modifican temporal y excepcionalmente las condiciones de las jornadas y horarios" del personal laboral de los Servicios Auxiliares de la Administración de Seguridad, en la que, entre otras decisiones, se implanta la jornada diaria de 7 horas y semanal de 35 horas para quienes trabajen en modalidad no presencial.

7º.- El 27 de marzo de 2020, la Directora de Recursos Humanos dicta otra Circular "por la que desarrolla y modula la Circular de esta misma Dirección de 24 de marzo de 2020 en relación con los colectivos considerados grupos de riesgo". El mismo día por la Jefa del Área de Personal de la Dirección de Recursos Humanos se remite a los Sindicatos ELA e HITZA un correo electrónico dando respuesta y aclaraciones a varias consultas y solicitud de información formuladas.

8º.- A partir de tales decisiones, gran parte de la plantilla pasó a realizar trabajo no presencial, total o parcialmente, habiéndose facilitado medios materiales para ello y adoptado otras medidas para posibilitar tal modalidad de trabajo -autorización de traslado de documentación en formato digital, acceso al correo electrónico corporativo desde los equipos personales, Recomendaciones en materia de protección de datos...-.

9º.- Se han celebrado dos reuniones del Comité Extraordinario de Seguridad y Salud Laboral del personal SAAS, en fechas de 21 de abril y de 7 de mayo, habiendo comparecido a ambas los representantes del Sindicato ELA.

10º.- El 6 de mayo de 2020, el Viceconsejero de Función Pública dicta Resolución "por la que se actualiza el plan de contingencia ante la situación de emergencia (COVID 19) y en relación con la prestación de servicios del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma y de sus Organismos Autónomos". En dicha Resolución, siguiendo las directrices y recomendaciones del Director de Salud Pública y Adicciones del Gobierno Vasco, se determina que los centros de trabajo de la Administración General del Gobierno Vasco y sus organismos autónomos retomarán de vuelta gradual y progresiva su actividad laboral normalizada de acuerdo con los parámetros de organización y desempeño de tareas habituales, todo ello de acuerdo con las pautas establecidas en el Plan de determinación de medidas preventivas para reducir el riesgo



de exposición al Covid 19 como consecuencia del retorno progresivo a los centros de trabajo del personal de la administración general y OO.AA de fecha 6 de mayo de 2020.

11º.- El 7 de mayo de 2020, la Directora de Recursos Humanos dicta Resolución "por la que se aprueba el plan de contingencia para la prevención y respuesta ante posibles casos o contactos estrechos de COVID-19 como consecuencia de la reincorporación progresiva del personal SAAS".

12º.- El 8 de mayo de 2020 se celebró reunión de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco, a la que asistieron presencial o telemáticamente 5 representantes del Sindicato ELA y dos de HITZA. En dicha reunión se abordó el Plan de desescalada para el retorno progresivo a los centros de trabajo del personal SAAS y se debatió en torno al mismo y se pidieron por los Sindicatos y se dieron por la Administración explicaciones acerca de las decisiones relativas al "plan de desescalada" y todas sus derivadas de jornadas y horarios. Y ello, con base en la Resolución de 7 de mayo de la Directora de Recursos Humanos mencionada en el ordinal anterior. En dicha reunión, la Directora de Recursos Humanos presenta la propuesta de Circular de retorno progresivo al trabajo de las personas trabajadoras laborales SAAS y sus líneas generales, coincidentes con la Resolución antedicha, expresando también que, a la entrada en vigor de la nueva Circular, quedarán sin efecto las Circulares de 16, 18 y 24 de marzo de 2020. A ello, un representante del Sindicato ELA alegó que la convocatoria a dicha reunión había sido muy precipitada, sin documentación entregada con carácter previo, que la propuesta es muy general, que no hay intención por parte de la Administración de atender a las solicitudes de la representación del personal y que el único motivo del llamamiento a la comisión negociadora es el cumplimiento del trámite de convocatoria, pero sin auténtica negociación.

13º.- El 8 de mayo de 2020 la Directora de Recursos Humanos dicta otra Circular "por la que se determinan las condiciones de las jornadas y horarios como consecuencia del retorno progresivo a la actividad presencial den los centros de trabajo del personal SAAS del Departamento de Seguridad", en la que, entre otros extremos, en lo que afecta al presente pleito, han de resaltarse los siguientes: a) se acuerda, con carácter general, la vuelta a trabajo presencial el día 11 de mayo de 2020, fijándose reglas especiales de demora en la incorporación para el personal con deberes inexcusables por cuidado de menores afectados por cierres laborales, o que conviva o tenga a su cargo personas mayores dependientes, personal mayor de sesenta años y otro tipo de personal que se considera sensible; b) se regula la jornada y horario laboral del resto del mes de mayo de 2020, fijándose que se mantiene la jornada continua semanal de treinta y cinco horas, a razón de siete horas al día a salvo concreto personal, realizándose una serie de precisiones adicionales; c) se dejan sin efecto las previas Circulares de 16, 18 y 24 de marzo de 2020; d) se establece que tal Circular produce efectos desde el 11 de mayo de 2020.

14º.- El mismo 8 de mayo el Jefe de Área de Personal y Régimen Jurídico de la Academia Vasca de Policía y Emergencias comunica por email a todo el personal, a las 14:12 horas, la reincorporación a la actividad presencial con carácter general el día 11 de mayo de 2020, fijándose reglas especiales para determinados colectivos.

15º.- Hasta la crisis de la COVID-19, regía un Acuerdo alcanzado entre la representación del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y los sindicatos ELA e HITZA sobre las jornadas y horarios del personal laboral de dicho Departamento para el año 2019 el 22 de enero de 2019. Dicho Acuerdo había sido asumido por la Directora de Recursos Humanos y plasmado en la Circular de 29 de enero de 2019 "de jornadas y horarios del personal laboral del Departamento de Seguridad para el año 2019". Posteriormente, se dictaron otras tres Circulares en la misma fecha de 10 de mayo de 2019, sobre jornadas y horarios del personal docente, no docente y de hostelería de la Academia Vasca de Policía y Emergencias para el año 2019, dictadas por su Directora, siendo de resaltar que en las tres se indica que el trabajo será presencial y que se podrá escoger entre tres modalidades -jornada mixta, continuada y partida-

16º.- El 19 de junio de 2020 se celebró reunión de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco, a la que asistieron los representantes de los Sindicatos ELA e HITZA. En dicha reunión se abordaron diversos aspectos de la Circular de la Directora de Recursos Humanos de 8 de mayo de 2020 "por la que se determinan las condiciones de las jornadas y horarios como consecuencia del retorno progresivo a la actividad presencial den los centros de trabajo del personal SAAS del Departamento de Seguridad".

17º.- Se tienen por reproducidas todas las Resoluciones, Circulares y Actas de reuniones citadas".

QUINTO.- 1.- En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de la Confederación Sindical ELA se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 207 e) LRJS, se proponen diversas modificaciones de los hechos declarados probados: 1. Adición de un párrafo al HP 10º para que se incorpore las recomendaciones del Director de Salud



de su Resolución de fecha 6.5.2020. 2. Adición de un HP 14º bis para que consten unas recomendaciones del Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales para evitar el riesgo de exposición al COVID-19, promoviendo y aconsejando el trabajo en casa siempre que sea posible (datos 39 y 40 ramo prueba). 3. Sustitución del segundo párrafo del HP 15º, para que se incluya un resumen del contenido de las cuatro circulares, dado que, conforme a las mismas, el personal afectado debería haber prestado servicios durante el mes de mayo de una manera presencial pero mucho menos concentrado que en la jornada de siete horas impuesta a todos los colectivos. 4. Adición de un HP 18º para que se incorpore parte del contenido de la circular de 11.6.2020 de la Directora de Recursos Humanos, que tenía como finalidad flexibilizar el cumplimiento de las jornadas de verano " a fin de evitar el riesgo de contagio por coincidencia masiva del personal durante las franjas horarias de previsible máxima afluencia".

Segundo.- Al amparo del art. 207 e) LRJS, se denuncia la inaplicación del art. 15 CE (derecho a la integridad física) en relación con el art. 43.1 CE (derecho a la protección de la salud) con infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- El recurso fue impugnado por el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y el Organismo Autónomo Academia Vasca de Policía y Emergencias.

2.- En el recurso de casación formalizado por el Gobierno Vasco se consignan los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del art. 207 e) LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 28.1 y 37.1 CE, en relación con el art. 37.1 del EBEP.

- El recurso fue impugnado por la Confederación Sindical ELA.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso del Gobierno Vasco debe ser estimado y desestimado el del sindicato ELA.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día 20 de octubre de 2021, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si la Circular de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco de 8 de mayo de 2020, así como la Comunicación del mismo día del Jefe de Área de Personal y Régimen Jurídico de la Academia Vasca de Policía y Emergencias (AVPE), dirigida a todo el personal de ese Organismo Autónomo, y relativas a la reincorporación con carácter general a la actividad presencial, han vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato demandante en su vertiente del derecho a la negociación colectiva, al haberse adoptado unilateralmente por la empleadora sin haber entablado un previo periodo de negociación con los representantes de los trabajadores afectados.

2.- La sentencia recurrida es la dictada por la Sala Social del TSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2020, asunto 31/2020, que ha estimado en parte la demanda de tutela de derechos fundamentales y libertad sindical interpuesta por la CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA frente a EUSKO JAURLARITZA-GOBIERNO VASCO y ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS, para declarar que tales decisiones han vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato demandante, en su manifestación del derecho a la negociación colectiva, condenando a la parte demandada a abonarle una indemnización de 1.000 euros.

Tras exponer los criterios jurisprudenciales que rigen en materia del cumplimiento de la obligación empresarial de negociar de buena fe con los representantes de los trabajadores, y las consecuencias que el incumplimiento de tal obligación genera en orden a la infracción del derecho fundamental de libertad sindical, dicha sentencia concluye que en este caso ha sido vulnerado por el empleador al dictar las circulares objeto del procedimiento sin haberlas negociado previamente con la representación de los trabajadores, por cuanto "se trataba de una cuestión verdaderamente relevante desde el punto de vista de los derechos y condiciones de trabajo de las personas afectadas. Además, porque la propia Administración demandada, motu proprio, convocó esa reunión de la Comisión Negociadora del Convenio para abordar el Plan de desescalada. En consecuencia, se considera vulnerado el derecho a la negociación colectiva del Sindicato ELA en relación con la Circular de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 8 de mayo de 2020 y la Comunicación del mismo día del Jefe de Área de Personal y Régimen Jurídico de la AVPE dirigida a todo el personal de ese Organismo Autónomo sobre la reincorporación con carácter general a la actividad presencial, con excepciones".



Por el contrario, desestima la pretensión de la demanda que denuncia la vulneración del derecho a la integridad física. A tal efecto razona que de tales decisiones empresariales "no puede, en modo alguno, concluirse que las mismas y el modo previsto para su implementación vulneren el derecho a la integridad física de ninguna persona trabajadora. No consta que el retorno a la actividad presencial se haya realizado sin tener en cuenta las necesarias medidas preventivas en relación con la COVID-19 ni que la integridad y la salud de las trabajadoras haya sido puesta en riesgo por tal reincorporación presencial.

Así, no constando más alegaciones que unas muy difusas en la demanda acerca de la necesidad de utilizar el transporte público para acceder al lugar de trabajo, o de contacto con los efectivos policiales que han sufrido más contagios que otros colectivos, o la convivencia de todo el personal en una jornada continua y la dificultad de distancia física prudencial elementos que no han sido objeto de prueba, por otra parte, y que resultan comunes a todas las personas trabajadoras de cualquier ámbito público o privado".

3.- Contra dicha sentencia recurren ambas partes en casación.

El organismo público empleador para solicitar la íntegra desestimación de la demanda, por entender que no hay ninguna norma legal o convencional que imponga la obligación de negociar esa clase de decisión con los representantes legales de los trabajadores.

Y el sindicato demandante para sostener que la decisión en litigio supone una vulneración del derecho a la integridad física de los trabajadores afectados.

El Ministerio Fiscal informa en favor de estimar el recurso de la empleadora y desestimar el formulado por el sindicato.

SEGUNDO. 1.- Nuestra decisión exige que debemos destacar previamente los siguientes antecedentes, datos, y elementos de juicio indiscutidos que obran en el relato de hechos probados:

A) Tras la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se dictan en fecha 16 de marzo de 2020, por la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y por la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias - DAVPE- sendas Circulares denominadas, respectivamente, "de modificación temporal y excepcional de la circular de jornadas y horarios vigente aplicable al personal laboral del Departamento de Seguridad para el año 2020, a fin de conciliar la adopción de las medidas de contención extraordinaria para frenar el coronavirus con la adecuada prestación de los servicios" y "por la que se modifica temporal y excepcionalmente las condiciones de las jornadas y horarios". En ellas se acuerda la flexibilización del sistema de jornada y horarios, sin sujeción a los límites establecidos en anteriores Circulares de Control horario y de Jornadas y Horarios, y se facilita la realización de trabajo no presencial cuando ello fuera posible.

B) El 17 de marzo de 2020 el Viceconsejero de Función Pública del Departamento de Gobernanza y Autogobierno del Gobierno Vasco dicta Resolución con respecto al plan de contingencia ante la situación de emergencia (COVID-19) y en relación con la prestación de servicios del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma y sus Organismos Autónomos. En dicha Resolución se acuerda la modalidad de trabajo preferentemente no presencial del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma Vasca y sus Organismos Públicos, así como que se deberá desempeñar su trabajo de forma presencial en la medida en que ello sea imprescindible y necesario para dar cumplimiento a los cometidos legalmente asignados al Departamento correspondiente.

C) En fechas posteriores se dictan diferentes Circulares por parte de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, en las que se establecen los servicios esenciales durante el tiempo de suspensión de la actividad presencial; se imponen normas de protección al personal considerado grupo de riesgo; y se implanta la jornada de 7 horas diarias y de 35 semanales para quienes prestan servicios en modalidad no presencial.

D) A partir de tales decisiones, gran parte de la plantilla pasó a realizar trabajo no presencial, total o parcialmente, habiéndose facilitado medios materiales para ello y adoptado otras medidas para posibilitar tal modalidad de trabajo - autorización de traslado de documentación en formato digital, acceso al correo electrónico corporativo desde los equipos personales. Recomendaciones en materia de protección de datos.

E) El 6 de mayo de 2020, el Viceconsejero de Función Pública dicta Resolución "por la que se actualiza el plan de contingencia ante la situación de emergencia (COVID 19) y en relación con la prestación de servicios del personal empleado público de la Administración General de la Comunidad Autónoma y de sus Organismos Autónomos". En dicha Resolución, siguiendo las directrices y recomendaciones del Director de Salud Pública y Adicciones del Gobierno Vasco, se determina que los centros de trabajo de la Administración General del



Gobierno Vasco y sus organismos autónomos retomarán de forma gradual y progresiva su actividad laboral normalizada de acuerdo con los parámetros de organización y desempeño de tareas habituales, todo ello de acuerdo con las pautas establecidas en el Plan de determinación de medidas preventivas para reducir el riesgo de exposición al Covid 19 como consecuencia del retorno progresivo a los centros de trabajo del personal de la administración general y OO.AA de fecha 6 de mayo de 2020.

F) El 7 de mayo de 2020, la Directora de Recursos Humanos dicta Resolución "por la que se aprueba el plan de contingencia para la prevención y respuesta ante posibles casos o contactos estrechos de COVID-19 como consecuencia de la reincorporación progresiva del personal SAAS". El 8 de mayo de 2020 se celebró reunión de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo Academia de Policía del País Vasco, a la que asistieron presencial o telemáticamente 5 representantes del Sindicato ELA y dos de HITZA, en la que se abordó el Plan de desescalada para el retorno progresivo a los centros de trabajo del personal SAAS y se debatió en torno al mismo y se pidieron por los Sindicatos y se dieron por la Administración explicaciones acerca de las decisiones relativas al "plan de desescalada" y todas sus derivadas de jornadas y horarios. Y ello, con base en la Resolución de 7 de mayo de la Directora de Recursos Humanos mencionada en el ordinal anterior. En dicha reunión, la Directora de Recursos Humanos presenta la propuesta de Circular de retorno progresivo al trabajo de las personas trabajadoras laborales SAAS y sus líneas generales, coincidentes con la Resolución antedicha, expresando también que, a la entrada en vigor de la nueva Circular, quedarán sin efecto las Circulares de 16, 18 y 24 de marzo de 2020.

G) El 8 de mayo de 2020 la Directora de Recursos Humanos dicta otra Circular "por la que se determinan las condiciones de las jornadas y horarios como consecuencia del retorno progresivo a la actividad presencial en los centros de trabajo del personal SAAS del Departamento de Seguridad", en la que, entre otros extremos, en lo que afecta al presente pleito, han de resaltarse los siguientes: a) se acuerda, con carácter general, la vuelta a trabajo presencial el día 11 de mayo de 2020, fijándose reglas especiales de demora en la incorporación para el personal con deberes inexcusables por cuidado de menores afectados por cierres laborales, o que conviva o tenga a su cargo personas mayores dependientes, personal mayor de sesenta años y otro tipo de personal que se considera sensible; b) se regula la jornada y horario laboral del resto del mes de mayo de 2020, fijándose que se mantiene la jornada continua semanal de treinta y cinco horas, a razón de siete horas al día a salvo concreto personal, realizándose una serie de precisiones adicionales; c) se dejan sin efecto las previas Circulares de 16, 18 y 24 de marzo de 2020; d) se establece que tal Circular produce efectos desde el 11 de mayo de 2020.

2.- Bajo estas circunstancias se cuestiona en el litigio la acomodación a derecho de esas circulares de 8 de mayo de 2020. Ya hemos avanzado que la sentencia recurrida, conforme a los argumentos jurídicos que hemos transcrito anteriormente, acoge la pretensión del sindicato demandante en la que se denuncia la vulneración del derecho de libertad sindical, y desestima la relativa a la infracción del derecho a la integridad física de los trabajadores afectados.

Con la exposición de estos elementos de juicio ya estamos en condiciones de abordar cada uno de los recursos.

TERCERO. 1.- El de la demandada se articula en un único motivo al amparo de la letra e) del art. 207 LRJS, que denuncia infracción de los arts. 28.1 Y 37.1 CE, en relación con el art. 37.1 EBEP.

Sostiene la recurrente que las circulares impugnadas en el proceso se limitan estrictamente a regular con carácter general la reincorporación presencial a los puestos de trabajo, de todos aquellos trabajadores a los que se les había eximido de esa obligación tras la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia ocasionado por el Covid 19, por lo que se trata de una decisión organizativa que puede ser adoptada por la empresa sin que exista ninguna norma legal o convencional que imponga la obligación de negociarla previamente con los representantes de los trabajadores.

2.- Pretensión que ha de ser acogida, por cuanto tiene toda la razón la recurrente al afirmar que no hay ninguna norma legal o convencional de la que pueda deducirse la necesidad de negociar una decisión de esa naturaleza, con la que únicamente se persigue la progresiva vuelta a la normalidad de la actividad laboral presencial en el contexto de la excepcional situación generada por la crisis sanitaria causada por el Covid 19, y dentro de los planes de desescalada que tras la declaración del estado de alarma se han venido desplegando a tal efecto.

El diseño legal de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia pasa por atribuir al empleador la facultad de dirigir y organizar el desarrollo de la actividad laboral, imponiéndole en determinados supuestos la obligación de negociar previamente con los representantes de los trabajadores ciertas decisiones que por su naturaleza se han considerado especialmente relevantes y no pueden ser unilateralmente adoptadas por el empleador sin respetar el previo periodo de consultas con los trabajadores.



Tales supuestos vienen específicamente identificados y tasados en el ET,-ad exemplum, art. 40 para los traslados; art. 41 al regular MSCTS; arts. 47 y 51 para la suspensión y extinción del contrato; o art. 82 en materia de descuelgue del convenio colectivo-, pueden también derivarse de lo que se hubiere pactado en tal sentido en la negociación colectiva, pero no es posible extenderlo a cualquier clase y todo tipo de decisión empresarial, por el solo y único hecho de que afecte de alguna manera a las condiciones laborales.

De lo que se desprende que no todas las decisiones de la empresa que incidan en las condiciones de trabajo han de ser necesariamente negociadas con los trabajadores, sino tan solo y únicamente aquellas que entran dentro del territorio jurídico en el que el legislador ha impuesto esa obligación, o pudieren si acaso derivarse de pactos y acuerdos colectivos que así lo establezcan.

Y no es eso lo que así sucede en el presente caso, en el que las circulares impugnadas se limitan a establecer las pautas para recuperar la normalidad en el desarrollo de las relaciones laborales que se vieron alteradas con la excepcional situación generada por la pandemia y la declaración del estado de alarma.

3.- La sentencia recurrida sustenta su decisión en dos diferentes consideraciones.

De una parte, entiende que las circulares que regulan con carácter general la vuelta al trabajo presencial afectan a una cuestión "verdaderamente relevante desde el punto de vista de los derechos y condiciones de trabajo de las personas afectadas", de lo que extrae la consecuencia de que la empleadora estaba obligada a negociar su contenido con los representantes de los trabajadores.

Y de otra afirma que fue la propia Administración demandada la que convocó en su momento la reunión con la Comisión Negociadora del Convenio para abordar el Plan de desescalada.

De ambas premisas deduce que se habría vulnerado el derecho de libertad sindical al no haberse negociado el contenido de aquellas circulares.

Ni la sentencia recurrida, ni la propia demanda, identifican los preceptos legales o convencionales de los que pudiere extraerse esa conclusión, más allá de invocar genéricamente el art. 28.1 CE, y exponer la doctrina jurisprudencial que establece los parámetros a los que debe ajustarse la negociación de buena fe entre las empresas y los representantes de los trabajadores, en aquellos supuestos en los que tal negociación resulta preceptiva al venir impuesta en un mandato legal o convencional.

Es evidente que en el caso de autos no ha existido un periodo de negociación y consulta entre la empresa y los trabajadores, por lo que, obviamente, no hay negociación alguna que pudiere acomodarse a las exigencias jurisprudenciales en esta materia.

Pero esa no es la cuestión objeto del litigio, sino la de determinar si efectivamente era necesario y obligatorio que la empleadora hubiere abierto un periodo de negociación con los trabajadores, con carácter previo a la adopción de esas medidas.

4.- Lo que sin duda merece una respuesta negativa, contra lo establecido en la sentencia de instancia, en tanto que las decisiones impugnadas no persiguen otra cosa que volver a implementar las mismas condiciones de trabajo que rigen la relación laboral, que se vieron transitoriamente alteradas por la implantación del sistema de trabajo a distancia que sustituyó de forma provisional la necesaria presencia física en el puesto de trabajo, y que ahora viene a recuperarse con estas medidas, una vez que la situación sanitaria lo permite.

Tal y como hemos resuelto en SSTs 15/7/2021, rec. 74/2021; y 12/5/2021, rec. 164/2020, en supuestos en los que la empresa adoptó unilateralmente una serie de medidas de modificación de jornadas, horarios y sistemas de trabajo, en razón de la excepcional situación surgida tras la declaración del estado de alarma, tales decisiones empresariales "son consecuencia de la excepcional situación derivada del estado de alarma a consecuencia del COVID-19, y no constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La empresa se ha limitado a aplicar la normativa al respecto, a partir del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, coherenciándola con la normativa de prevención de riesgos, en todo caso, para preservar la vida y la integridad de los trabajadores ante esta situación excepcional y temporal, dentro del adecuado marco del poder de dirección y organización asignado a la empresa. Tal situación, atendiendo a las circunstancias fácticas reflejadas en el relato de hechos probados, que damos aquí por reproducidos, contrariamente a lo señalado por los recurrentes, no constituye una MSCT del art. 41 ET".

Y esto mismo es lo que así sucede en el presente supuesto, en el que ni tan siquiera se alega que la decisión en litigio pudiere calificarse como MSCT, y, a mayor abundamiento, se da la circunstancia de que tales medidas no solo no tienen como finalidad la alteración del régimen de trabajo ordinario, sino, todo lo contrario, la reinstauración de las condiciones laborales normales y habituales que vienen rigiendo el desempeño del contrato de trabajo.



De la misma forma que la empresa se vio compelida a modificar unilateralmente ese mismo régimen ordinario, para implantar provisionalmente el sistema de trabajo a distancia tras la declaración del estado de alarma, sin que en aquel momento se cuestionara la necesidad de negociar previamente esa decisión con los representantes de los trabajadores, tampoco le es exigible ahora ninguna clase de negociación para recuperar la normalidad en el desarrollo de la relación laboral.

Desde la perspectiva jurídica del derecho de libertad sindical, en su manifestación del derecho a la negociación colectiva, esa decisión de la empleadora no comporta la vulneración de tales derechos.

5.- Sin que altere esta conclusión la circunstancia de que hubiere convocado una reunión con la comisión negociadora del convenio colectivo para dar cuenta de su decisión.

Con independencia de que el ámbito de las materias que obligatoriamente ha de ser objeto de negociación es indisponible unilateralmente por las partes, y viene imperativamente determinado por las disposiciones legales y convencionales de aplicación al caso, la mera convocatoria de esa reunión no supone que la empresa estuviere aceptando la necesidad de negociar previamente su contenido, sino, tan solo, la voluntad de informar a los representantes de los trabajadores de las condiciones bajo las que se recuperaba la ordinaria y habitual prestación de servicios presenciales

6.- Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos acoger el recurso de la demandada, casar la sentencia de instancia, para revocarla en ese extremo, con desestimación de la acción ejercitada en la demanda que denuncia infracción del derecho fundamental a la libertad sindical, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra a tal respecto y dejando sin efecto la condena al pago de la indemnización. Sin costas de casación.

CUARTO. 1.- El sindicato demandante formula dos motivos de recurso.

El primero de ellos por la vía de la letra d) del art. 207 LRJS, se subdivide en cuatro apartados diferentes que interesan la revisión del relato de hechos probados.

El segundo denuncia infracción de los arts. 15 y 43.1 CE, en relación con la doctrina jurisprudencial que se cita, para sostener que las decisiones empresariales objeto del litigio suponen un riesgo para la salud e integridad física de los trabajadores afectados, en cuanto comporta la convivencia de todo el personal durante el horario de trabajo presencial.

Y añade que la forma en la que se ha dispuesto esa reincorporación al trabajo supone una concentración excesiva de personal, que genera incluso una mayor coincidencia de trabajadores de la que se derivaría del mantenimiento del mismo sistema de horarios y jornadas que regía con anterioridad a la situación de pandemia.

Recordemos que la sentencia de instancia ha desestimado esta pretensión con el argumento que ya hemos transcrito en el primero de los fundamentos de derecho, al entender que no ha quedado probado de ninguna forma que el retorno a la actividad presencial se haya realizado sin tener en cuenta la adopción de las medidas necesarias preventivas en relación con la Covid-19, de manera que no hay elementos de juicio para considerar que se haya puesto en riesgo la integridad física y la salud de los trabajadores.

Y a tal efecto destaca que los demandantes se han limitado a exponer una serie de difusas alegaciones sobre los problemas que pueda generar la convivencia, que no han sido objeto de prueba, y que resultan comunes a todos los trabajadores en cualquier ámbito público o privado.

Desde esta perspectiva tendremos que afrontar la resolución del recurso, para decidir si los argumentos que en el mismo se exponen resultan eficaces para desvirtuar la razonada solución aplicada en la sentencia recurrida.

2.- Y debemos empezar por señalar que no pueden tener acogida ninguna de las cuatro modificaciones de los hechos probados que solicitan los recurrentes.

La primera de ellas interesa que se transcriba en el ordinal décimo, en su integridad, la resolución de 6 de mayo de 20202, del Viceconsejero de Función Pública, en la que se ordena el retorno gradual y progresivo a la actividad laboral normalizada. Petición del todo irrelevante, porque la sentencia ya explicita en el hecho probado decimoséptimo que la tiene por reproducida en su totalidad, lo que hace del todo irrelevante incorporar en la resultancia fáctica su dicción literal completa, pudiendo analizarse su contenido en lo que sea necesario para la resolución del recurso sin necesidad de la transcripción de su literalidad, que, obviamente, es del todo indiscutible e incuestionable.

Y respecto a lo que podemos avanzar, como luego se verá, que resulta en todo caso intrascendente, desde el momento en el que no consta en la sentencia el menor dato del que pudiese desprenderse que la forma en la que se aplica esa resolución pudiese haber puesto en riesgo la integridad física y a salud de los trabajadores,



ni se interesa tampoco en el recurso la adición de ninguna específica circunstancia en tal sentido, más allá de las genéricas afirmaciones de parte sobre ese particular, huérfanas de todo contenido probatorio.

3.- Similar razonamiento impone la desestimación de la segunda de las pretensiones revisorias, que pretende la adición de un nuevo ordinal decimocuarto bis para reproducir la dicción literal de las recomendaciones emitidas por el Instituto vasco de Seguridad y Salud laborales-OSALAN.

Petición inatendible porque el texto de tales recomendaciones es indiscutido e indiscutible, sin que pueda haber controversia alguna a tal respecto; y lo que es más importante, porque tampoco consta dato alguno del que pudiere desprenderse que tales recomendaciones pudieren haber sido incumplidas de alguna forma que pusiere en peligro la integridad física y la salud de los trabajadores.

Al igual que anteriormente, también en este extremo se limita el recurso a reiterar la existencia de una serie de normas, recomendaciones y disposiciones que regulan las condiciones en las que debía de organizarse la paulatina reincorporación a la actividad presencial de los trabajadores, pero no se aporta sin embargo el menor elemento probatorio del que pueda deducirse que el organismo demandado no las hubiere respetado, más allá de las reiteradas y genéricas observaciones que se vierten en el recurso sobre la dificultad para mantener las distancias de seguridad y la acumulación de personas en los centros de trabajo.

4.- El submotivo tercero solicita la revisión del ordinal decimoquinto, para que se añadan diversas circunstancias sobre las condiciones de jornada y horarios de trabajo que regían en el año 2019, con anterioridad a la situación generada por la pandemia.

Se quiere demostrar con ello que en aquel anterior régimen de horarios y jornada existían unas posibilidades de flexibilidad horaria que no contemplan las circulares objeto del litigio, lo que, a juicio de los recurrentes comportaría un menor riesgo para la salud y la integridad física de los trabajadores que los derivados de la aplicación de las circulares impugnadas en el procedimiento.

Estamos de esta forma ante la misma situación que hemos puesto de manifiesto en los anteriores motivos. El contenido de tales circulares sobre horarios de trabajo anteriores a 2019 es indiscutido e indiscutible, lo que hace innecesaria su transcripción en los hechos probados; y no hay prueba alguna que pudiere avalar el aserto con el que el recurso sostiene que las condiciones laborales actuales impliquen mayor riesgo que las anteriores. Y basta una simple reflexión sobre este particular, para destacar que bajo la situación de pandemia no parece lo más razonable admitir mayores dosis de flexibilidad, que dejen en manos de cada uno de los trabajadores los momentos de incorporación al trabajo o de realización de las pertinentes pausas, sino que debe prevalecer una rigurosa ordenación de los tiempos de trabajo que impida la eventual acumulación que pudiere derivarse de la incontrolable utilización por cada uno de ellos de esa mayor flexibilidad horaria.

Y, una vez más, todas las consideraciones que se exponen en el recurso chocan con la circunstancia de que no hay elemento de prueba alguno del que pudiere deducirse que las medidas adoptadas por la demandada comporten un mayor riesgo para la integridad y salud de los trabajadores.

5.- Con la última de las pretensiones se interesa la adición de un nuevo hecho probado para incorporar el contenido de la circular de la Directora de Recursos Humanos de 11 de junio de 2020, relativa a las jornadas de verano.

Dicha circular se refiere a un momento temporal distinto y posterior al periodo en el que se adoptaron las medidas cuestionadas en el litigio. La cambiante situación derivada de la pandemia ha evolucionado a un ritmo, y bajo unas circunstancias, que hacen imposible comparar la mayor o menor razonabilidad de unas u otras medidas, en relación con las adoptadas en un momento anterior. Lo que pudo ser viable para distribuir las jornadas de verano, pudiere no haberlo sido unos meses antes en el estadio que en aquel momento presentaba el plan de desescalada.

Es por lo tanto irrelevante la comparación que pretende el recurso, con la que viene a sostener que eran más razonables las medidas acordadas por la demandada para las jornadas de verano. Lo que, si acaso se demuestra con ello, es que la administración ha sabido ajustarse a las circunstancias que presentaba en cada momento la incidencia de la pandemia, para ir adaptando progresivamente los horarios de trabajo a las cambiantes condiciones que se han venido dando en tan excepcional y anómala situación.

QUINTO. 1.- El último de los motivos del recurso sostiene que las medidas acordadas por la empleadora para regular la progresiva reincorporación al trabajo presencial vulneran los arts. 15 y 43.1 CE, porque suponen un riesgo para la salud e integridad física de los trabajadores.

Para su resolución deberemos partir de lo que ya hemos dicho a tal respeto en las precitadas SSTs del Pleno de 15/7/2021, rec. 74/2021; 12/5/2021, rec. 164/2020; en las que hemos abordado una problemática muy similar a la presente, en supuestos en los que la representación sindical de los trabajadores igualmente cuestionaba



diferentes medidas de organización de la actividad productiva acordadas unilateralmente por la empresa, en materia de jornada y horarios de trabajo, en el contexto de la adaptación de las condiciones laborales a la situación generada por la pandemia ocasionada por la Covid-19, con base asimismo en el argumento de que se estaba poniendo en riesgo la salud e integridad física de los trabajadores.

2.- Como en ellas decimos "el art. 4.2.d) ET, el cual reconoce el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, a su integridad física (art. 15 CE). Y, por su parte, el artículo 14.1 de la LPRL establece que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo lo que supone, no sólo que tienen derecho a que se adopten medidas que garanticen su seguridad y salud, sino que éstas han de ser eficaces y, lógicamente, en consonancia con la correcta y adecuada información de que se dispone en cada momento. El mismo precepto impone al empresario el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales de tal forma que en cumplimiento de este deber el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio (art. 14.2 LPRL). El empresario deviene así en garante de la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo.

3.- De la doctrina constitucional (SSTC 160/2007, de 2 de julio y 62/2007, de 7 de marzo), recordada por esta Sala IV/TS en sentencia de 17 de febrero 2021 -Pleno- (rco. 129/2020) 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).

Como pone de relieve la citada STC 160/2007 no implica 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.- Al igual que así concluimos en esos anteriores precedentes, también en este caso ha de estimarse que las medidas adoptadas han estado en todo momento encaminadas a minimizar la magnitud de los riesgos de un posible contagio y preservar la salud de las personas trabajadoras frente al COVID-19, teniendo en cuenta su carácter temporal y en forma adecuadamente ponderada, cumpliendo la normativa excepcional.

Ya hemos visto que la sentencia recurrida afirma, categóricamente, que los demandantes no han aportado prueba alguna de la que pudiese deducirse que las condiciones fijadas por la empresa para el retorno a la actividad presencial se hayan adoptado sin tener en cuenta las medidas preventivas exigidas por la normativa vigente en cada momento para afrontar los riesgos generados por la pandemia.

El recurso no desvirtúa esa consideración, ni aporta elementos adicionales de los que pudiese desprenderse que la actuación empresarial suponga una vulneración de los derechos constitucionales en juego, a la salud y a la integridad física, en los términos establecidos en la doctrina constitucional que hemos referenciado en el anterior apartado.



En palabras de la STS 8-11-2017, rec. 40/2017, el recurrente "se adentra en un argumentario que pasa por desconocer y no respetar el contenido de los hechos probados, para ofrecer un planteamiento que parte de presupuestos facticios no recogidos en el relato histórico, sustentando sus razonamientos en afirmaciones que no vienen avaladas en los mismos, para incurrir de esta forma en un rechazable vicio procesal, cual es la llamada "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", defecto que se produce cuando el recurso parte -sin pretender revisarlas formalmente, si ello fuese hacedero- de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (SSTS -3-5-2017, rec. 123/2016 ; 11- 2- 2016, rec, 98/2015 ; 3-2-2016; rec, 31/2015 , entre otras muchas)".

Como venimos diciendo, el recurso invoca reiteradamente la evidente e indiscutible circunstancia de que el trabajo presencial comporta mayores riesgos de contagio del Covid-19 que el trabajo a distancia, y bajo esa obviedad expone -razonadamente- toda una serie de alegaciones con las que pretende destacar los riesgos para la salud que conlleva la presencia física de los trabajadores en el centro de trabajo, en comparación con la situación en la que la prestación de servicios se desarrolla a distancia en su propio domicilio.

Recorre para ello a un difuso discurso con el que invoca de manera general los mayores riesgos del trabajo presencial frente al trabajo a distancia, que no desdice el presupuesto fáctico en el que se sustenta la sentencia recurrida, en cuanto afirma que las medidas en litigio respetan escrupulosamente las obligaciones que imponen las resoluciones que se han venido dictando por la autoridad competente para regular las medidas preventivas que han de adoptar los empleadores para minimizar los riesgos de la exposición de los trabajadores al Covid 19.

Lo que en realidad hace el recurso es exponer la tesis de que, a su juicio, esas medidas resultan insuficientes para evitar la acumulación de trabajadores en un mismo espacio de convivencia y para mantener la necesaria distancia de seguridad, en una exposición de principios que sería en realidad la misma para cualquier forma, condición y circunstancia bajo la que se hubiere regulado la necesaria e inevitable recuperación del trabajo presencial, y que no permite admitir que la decisión de instancia hubiere vulnerado los derechos fundamentales a la salud y a la integridad física de los arts. 15 y 43.1 CE cuya infracción se denuncia en el recurso.

4.- Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso del sindicato demandante, para confirmar en ese extremo la sentencia recurrida en cuanto desestima la pretensión relativa a la vulneración del derecho fundamental a la salud e integridad física de los trabajadores. Sin costas.

FALLO

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

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y el Organismo Autónomo Academia Vasca de Policía y Emergencias, contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2020 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en demanda sobre vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas núm. 31/2020, seguido a instancia de la Confederación Sindical ELA contra el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco y el Organismo Autónomo Academia Vasca de Policía y Emergencias.
2. Casar y anular en parte dicha resolución, en cuanto acoge la pretensión relativa a la vulneración del derecho a de libertad sindical, para revocarla y desestimar en este extremo la demanda, con íntegra absolución de la demandada.
3. Desestimar el recurso de casación formulado por la Confederación Sindical ELA, para confirmar dicha sentencia en lo que se refiere a la desestimación de la pretensión relativa a la vulneración de derecho a la salud y a la integridad física.
4. Sin costas para ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.