



Universidad de Jaén

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL



**EL ORDEN SOCIAL COMO JURISDICCION
INTEGRAL DEL EMPLEO PÚBLICO:
BALANCE Y PROPUESTA A LA LUZ DE LA
EXPERIENCIA DE LA PREVENCIÓN DE
RIESGOS LABORALES**

**PRESENTADA POR:
JOSE MARIA MORENO PEREZ**

**DIRIGIDA POR:
MARGARITA MIÑARRO YANINI**

JAÉN, 29 DE SEPTIEMBRE DE 2023

ISBN

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO 1. FRACTURAS (“VICIOS”) DE PARTIDA ENTRE NORMATIVIDAD Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO SOCIAL PROCESAL: ENTRE MODERNA, Y DIFUSA, “RAMA SOCIAL DEL DERECHO” Y MÁS TRADICIONAL, Y CONCRETO, REPARTO COMPETENCIAL.	26
1. Planteamiento general: una loable visión legislativa expansiva de futuro, aún inacabada ¿e inacabable?	26
2. Una doble evolución augurada de la “rama social del Derecho”: El Derecho del Trabajo como Derecho (común) de la Actividad Profesional y el Derecho de la Seguridad Social como Derecho (común) de la Protección Social.	33
2.1. Efectividad de la tutela y distribución competencial ¿unificación del orden social como jurisdicción única y plena del Derecho del Trabajo Decente?	34
2.1.1. ¿Es neutral la ley atributiva de competencia al orden social o cumple una función compensatoria al igual que toda norma procesal social?	34
2.1.2. “Modernización” de la justicia social mediante la reconexión entre lo sustantivo y la procesal: corregir las disfunciones, mejorar la efectividad de la protección del “estándar de trabajo decente”.	38
2.2. El lento y equívoco caminar de la rama social del Derecho hacia un Derecho de la actividad profesional: tímidos avances, importantes “desmentidos”.	40
2.2.1. Persistentes recelos de la LRJS a expandir la competencial del orden social a temas “laboral-profesionales” en el empleo estatutario.	40
2.2.2. La desconfianza de la Administración Pública respecto del orden social: el ejemplo de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad.	42
2.2.3. Pequeñas aperturas, pero acotadas, al mundo profesional “autónomo” (solo el económicamente dependiente).	44
2.3. Evolución del Derecho de la Seguridad Social hacia un Derecho de la acción y la protección social: progresos y resistencias en el plano competencial.	50
3. Una senda errática para el proceso de reformas legislativas más recientes en relación con el mapa de competencias del orden jurisdiccional social.	55
3.1. Flujos y reflujos de unificación competencial: recelos del poder legislativo con el orden social en el escenario económico de lo concursal.	55
3.2. El favor del Derecho Legislado por la función inspectora (policía laboral) y el orden contencioso, incluso el penal para el control de la “falsa autonomía”: ¿Desconfía la ley laboral de la efectividad de la garantía jurisdiccional social?	58
3.3. El control de los procedimientos selectivos de personal en el sector público: un inesperado jarro de agua fría contra el orden social, salvado por el TC.	63

3.3.1. Un clásico objeto de discordia previa a la LRJS entre el orden social y el contencioso: el control de los procesos selectivos y doctrina de los actos separables.	63
3.3.2. La nueva voluntad legislativa de corregir el Derecho Legislado en la LRJS: ¿Bastan tres palabras rectificadoras de la ley para convertir en papel basura una jurisprudencia?	68

CAPÍTULO 2. LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL POR RAZÓN DE SU ESPECIALIZACIÓN PROFESIONAL: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO Y ESTATUTARIO..... 71

1. Planteamiento General: ¿qué orden jurisdiccional es más especializado para el empleo público el social o el contencioso?	71
2. Un enfoque muy discutido, pero inexorable: El Derecho Social del Trabajo (Decente) como Derecho común del Empleo Público en su conjunto.	76
2.1. Las resistencias del Derecho Legislado: entre paradojas y contradicciones.	76
2.1.1. La persistente defensa legislativa del “privilegio del fuero subjetivo”: el recelo económico del poder público respecto del orden social.....	76
2.1.2. “Cal y arena”: El contraste entre la creciente confianza en el orden social como jurisdicción integral en “protección social pública” y persistente recelo como jurisdicción del “empleo público”	82
2.2. Dificultades y resistencias vivas en el Derecho de precedentes: experiencias recientes que aceptan el disfuncional estatus quo.....	86
3. Una experiencia institucional confirmatoria y exitosa, no sin resistencias; La competencia plena para las cuestiones litigiosas del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo (¿sin apellidos?).	95

CAPÍTULO 3. COMPETENCIA PLENA DEL ORDEN SOCIAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: BALANCE DE UNA REFORMA DE APLICACIÓN LENTA Y ATORMENTADA..... 97

1. Planteamiento general: la vis atractiva y el carácter pleno de la jurisdicción social en materia preventiva ¿excepción o ensayo de una reforma futura?.....	97
2. La universalización del derecho social fundamental a un entorno seguro y saludable como presupuesto del conocimiento de la rama social del Derecho.	102
3. Temprana defensa judicial de la vis atractiva preventiva, incluso mediando cuestiones de derechos fundamentales colectivos	104
4. De las normas a las prácticas: las resistencias institucionales al cambio legal competencial en materia de seguridad y salud en el trabajo público.	109
4.1. ¿Un solo marco normativo amerita un solo orden jurisdiccional, al margen del cauce procesal elegido?: Las dudas aplicativas en el ámbito preventivo.	109
4.1.1. La labor integradora de la jurisprudencia: cuando lo inexorable muta en digresión obstativa para la aplicación de la voluntad legislativa	110
4.1.2. Un obstáculo inesperado: la protección frente al acoso moral en el empleo público funcional como “talón de Aquiles” del art. 2. e) LRJS.....	111

4.1.3. El lento y equívoco enderezamiento del rumbo interpretativo: El orden social es competente para la protección integral del acoso, salvo penal.....	114
4.2. El impacto de la pandemia en la “rectificación” (no transparente) de la Sala 4ª: ¿una demanda de justicia preventiva, dos órdenes jurisdiccionales?.....	120
4.2.1. Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales en pandemia: ¿Recuperar e intensificar la constitucionalidad fundamental?.....	120
4.2.2. “¿Lo viejo que renace en pandemia?”: La Sala III del TS también se pronuncia sobre la salud e integridad del personal sanitario.....	124
4.2.3. Valoración propia: la revigorización de la conexión constitucional entre el derecho a la integridad y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.	130
4.3. Una competencia preventiva (relativamente) no discutida: Salud mental y evaluación de cargas de trabajo para el personal sanitario.	134
4.3.1. Asumida la competencia del orden social, el debate se sitúa en su alcance: ¿hasta dónde debe llegar la evaluación de cargas de trabajo?.....	134
4.3.2. La creciente presencia de demandas judiciales sobre el alcance de las cargas de trabajo en el marco de los servicios públicos.....	138
4.3.3. Valoración personal y lecciones de futuro: la dimensión organizativa es clave para la gestión de la salud mental en clave psicosocial.	141
4.4. ¿Fin del peregrinaje en la tutela reparadora?: la decantación de la Sala Especial de Conflictos del TS a favor del orden social.	144
5. La garantía de la seguridad y salud en el trabajo de la carrera judicial: ¿la jurisdicción social se defiende a sí misma?.....	148
5.1. La interacción entre lo material y lo procesal: ¿las personas integrantes de la jurisdicción tienen derecho a la protección de seguridad y salud laboral?.....	148
5.2. La posición formalista de la Audiencia Nacional y el primer revés casacional.....	151
5.3. El debate jurisdiccional: Las dudas de la Sala casacional y la sorprendente crítica jurídica interna.....	153
5.3.1. El favor del voto mayoritario por la configuración de la jurisdicción social como la garante de la prevención de riesgos en la carrera judicial.....	153
5.3.2. La crítica jurídica interna: síntesis argumental de los votos particulares.....	157
5.3.3. Valoración crítica del pronunciamiento.	158
5.4. De la “incompetencia de jurisdicción” a la “inadecuación de procedimiento” (colectivo): un nuevo uso obstativo de las excepciones procesales.	161
5.4.1. “R que R”: la persistencia de la AN en la configuración del CGPJ como un órgano de gobierno constitucional a efectos también preventivos.....	161
5.4.2. El nuevo revés de la mayoría de la sala casacional: el conflicto colectivo es el procedimiento adecuado.....	162
5.4.3. Una parte -menor- de la Sala sigue con dudas: el procedimiento adecuado debió ser el de impugnación de actos administrativos.	163
5.5. Valoración jurídica personal: la perseverancia en una justicia dilatoria para prolongar un “prejuicio anunciado” contrario a la protección.....	168
6. De la discusión competencial a la tutela social practicada frente a los riesgos psicosociales en el empleo funcional: ¿un caso de éxito a medias?.....	174

6.1. Una perspectiva cuantitativa: más demandas vinculadas a incumplimientos preventivos de riesgos psicosociales, no solo de acoso moral	174
6.1.1. ¿Más confianza en la justicia social? La consolidación de la competencia anima las demandas del personal funcionarial, sobre todo local	174
6.1.2. La mayor demanda judicial eleva también el éxito judicial, pero sin un salto cuantitativo importante	180
6.2. A medio camino entre lo cuantitativo y lo cualitativo: constatados cambios procesales y presumibles conceptuales.	182
6.2.1. ¿Está el cambio real competencial en materia de salud laboral en la base del mayor éxito de los procesos de prevención psicosocial?	182
6.2.2. El especial arraigo en el orden contencioso-administrativo del concepto clínico de acoso como problema de salud mental del funcionariado.....	186
6.2.3. ¿La consolidación del cambio competencial facilitará un nuevo concepto de (ciber)acoso laboral, a partir de la vigencia del Convenio 190 OIT?.....	190
7. Una conflictividad que no cesa: La complejidad subjetiva de los accidentes de trabajo y su permanente impacto competencial.	191
7.1. “El reajuste de cuentas con el orden civil”: La atribución al orden social de las acciones por los daños profesionales, incluso provocados por terceros.....	191
7.2. “Como la falsa moneda”: Un episodio de peregrinaje jurisdiccional de otra época ..	194
7.3. Evocación de la clásica doctrina de la causalidad compleja de los accidentes de trabajo a favor de la competencia jurisdiccional social	199
7.4. ¿El trabajo judicial tomado en serio puede “salvar vidas” o, de ser negligente, contribuir a perderlas?	202

CAPÍTULO 4. UNA PERSPECTIVA DE FUTURO INMEDIATO: CAMPOS POR EXPLORAR PARA LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES..... 204

1. Planteamiento general: ¿cuán creíble es la universalización del derecho a un entorno seguro y saludable, “civil” y “(para)militarmente”?	204
2. Persistentes resistencias a la comprensión del acoso en el empleo público como riesgo específico e impacto en la distribución de competencia judicial.....	206
2.1. El problema sustantivo: la exclusión de la calificación del acoso moral en el empleo militar o paramilitar como acto de servicio.	206
2.1.1. Los riesgos psicosociales como meros factores de vulnerabilidad psíquica personal y naturaleza ambiental, ajena a la actividad de servicio.	206
2.1.2. “Sostenella y no enmendalla”: el carácter refractario de esta doctrina a la nueva orientación de la jurisprudencia contenciosa.	210
2.2. Una fractura abisal indebida entre la configuración social de la contingencia profesional y la contenciosa del accidente por acto de servicio.	212
2.2.1. Errada y peligrosa “concepción biomédica de salud mental” en el entorno de trabajo público asimilado al militar.....	212
2.2.2. La visión organizacional de los riesgos psicosociales: ¿Un mismo tipo de riesgo puede ser y no ser daño profesional según la jurisdicción?	215

2.3. ¿Vientos de cambio en el orden contencioso?: La Sala 3 se mira en la Sala 4 para equiparar el “accidente (in itinere) en acto de servicio” al laboral.....	220
2.3.1. Una regulación “por actividad”, no por “colectivo”: ¿Un agravio comparativo con un cuerpo policial análogo?	220
2.3.2. Un primer paso evolutivo: la aproximación del orden contencioso al orden social para delimitar el concepto de accidente en acto de servicio ex art. 47 TRLCP.	224
2.3.3. A modo de conclusión: Es necesario equiparar el art. 47.2 TRLCP al art. 156.2 e) TRLGSS y reasignar la competencia al orden social, al menos cuando media el incumplimiento preventivo (en el caso psicosocial).	229
3. El suicidio como riesgo psicosocial prevalente en la Guardia Civil: ¿un nuevo ámbito de mejora de protección asociado a un cambio competencial ex letra e) del art. 2 LRJS?	234
3.1. Una realidad inquietante: la tasa de suicidios en la Policía Nacional-Guardia Civil triplica la media nacional, pero sigue invisible socialmente.	234
3.2. Nueva gran paradoja: pese a ser pioneros en la implantación de Planes de Prevención del riesgo de suicidio, su eficacia práctica está cuestionada.	235
3.3. Del suicidio como accidente de trabajo a riesgo laboral a prevenir en los entornos de trabajo: la tímida evolución de la doctrina judicial en el orden social.	238
3.3.1. Lenta, e inacabada, evolución jurisprudencial para la calificación del suicidio como accidente laboral: tutela social reforzada y clave de género.	238
3.3.2. La creciente emersión del déficit de gestión psicosocial laboral en los suicidios para su calificación como contingencia profesional.	242
3.3.3. Recapitulación: la asunción integral, lege data y/o lege ferenda, de la competencia del orden social en la protección frente al suicidio en la Guardia Civil como problema de salud mental en el trabajo no solo le daría visibilidad, sino que se tomaría más en serio su protección efectiva como un riesgo psicosocial prevalente en este sector profesional.	246
4. ¿Y para el personal militar estricto, titular del derecho a un entorno seguro y saludable en tiempos de “paz”, libre de toxicidad psicosocial, también con perspectiva de género?	247
5. Otro horizonte de conquista competencial social en salud ambiental laboral: medio ambiente externo, prevención de riesgos laborales y daños a personas terceras relacionadas con las personas trabajadoras.	248
5.1. Nueva dimensión de la multiplicación de sujetos en los daños profesionales: Un reflejo de la interacción entre entornos externos e internos de trabajo.....	248
5.2. Experiencia derivada de protección frente a la enfermedad profesional por amianto: Daños por asociación o conexión (familiar y/o cívica o ambiental) y dualidad de jurisdicciones.....	250
5.2.1. Del vicio del peregrinar de jurisdicciones a la dualidad competencial, según medie o no con la empresa una relación de trabajo.	251
5.2.2. ¿Seguro que es incontestable la competencia civil?: La conexión laboral del daño como “vínculo más estrecho” para la competencia social y principio de efectividad.....	252
5.3. ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones de las decisiones del INSS en materia de Fondo de Compensación para las víctimas de amianto?	254

5.3.1. El Fondo de Compensación para la reparación íntegra de los daños de amianto íntegra en un mismo ámbito lo laboral, lo familiar y lo ambiental.	254
5.3.2. La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de las decisiones del Fondo de Compensación: ¿laguna o silencio elocuente?	259
5.4. Recapitulación o reflexión conclusiva final: ¿ <i>Debería ser</i> competente el orden social como jurisdicción íntegra de los daños cívico-ambientales por los incumplimientos preventivos de riesgos laborales?	267

CAPÍTULO 5. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y EMPLEO PÚBLICO FUNCIONARIAL: REALIZACIONES Y RESISTENCIAS PARA LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL..... 270

1. Planteamiento general: un nuevo “giro de guion” competencial con la LRJS y sus persistentes dificultades para su normalización práctica.	270
2. Mejoras de la acción protectora del sistema de seguridad social y personal estatuario: otro campo de conflictos competenciales que no cesa.....	272
2.1. La voluntad legal de cambio competencial también en materia de protección social complementaria: una exigencia de coherencia sistémica.	272
2.2. Un cambio de rumbo jurisprudencial anticipatorio del legal: la rectificación de una arraigada “reliquia del pasado” en la jurisprudencia social.....	277
2.2.1. El primado de la forma de la fuente reguladora (convenio colectivo) sobre la especialización de la materia litigiosa (seguridad social).	277
2.2.2. Y llegó la -debida- rectificación jurisprudencial: Media década después el TS advierte el cambio legal, aun con sombras.....	284
2.3. Los persistentes conflictos sobre las “mejoras voluntarias” del personal de empleo público y nuevas oportunidades para clarificar la doctrina.	290
2.4. Las mejoras voluntarias para el personal son competencia del orden social si se reclaman individualmente: ¿algo nuevo en claro?	291
2.5. Recapitulación: nueva manifestación del principio de especialización por razón de la materia hacia una jurisdicción social íntegra del empleo público y la necesidad de seguir avanzando en reformas para su actualización plena	294
3. Otra contradicción del principio de especialización por razón de la materia: la radical dualidad de los premios de jubilación según el orden competencial.....	295
3.1. Una mejora voluntaria de seguridad social típica de la negociación colectiva conjunta o mixta en las AAPP hoy a contracorriente, no ilegal ¿o sí?.....	295
3.2. ¿Es razonable jurídico-socialmente que una misma institución convencional tenga diversa naturaleza en el orden social y en el contencioso?.....	299
3.2.1. La configuración contenciosa de los premios de jubilación como una materia retributiva, sin habilitación legal.....	299
3.2.2. La configuración de ese mismo premio de jubilación como mejora voluntaria por el orden social.	304
3.3. Recapitulación: otro desmentido práctico del principio sistémico de la especialización del orden social por razón de la materia jurídico-socialmente disfuncional, otra necesidad de reforma legal de coherencia normativa.	305

CONCLUSIONES.....	307
BIBLIOGRAFÍA CITADA	319
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL CITADAS.....	331

ABREVIATURAS

AJCA. -	Auto Juzgado de lo Contencioso-administrativo.
AAPP. -	Administraciones públicas.
AENA. -	Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.
AENC. -	Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva.
AFA. -	Asbestosis Fondo de Amianto (belga).
AGE. -	Administración General del Estado.
AJCA. -	Auto Juzgado de lo Contencioso-administrativo.
ALMEP. -	Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.
ATS. -	Auto del Tribunal Supremo.
ATSJ. -	Auto del Tribunal Superior de Justicia.
art. -	Artículo.
arts. -	Artículos.
BOE. -	Boletín Oficial del Estado.
CAM. -	Comunidad Autónoma de Madrid.
CC. -	Código Civil.
CCAA. -	Comunidades Autónomas.
CDFUE. -	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE. -	Constitución Española.
CEE. -	Comunidad Económica Europea.
CES. -	Consejo Económico y Social.
CEDS. -	Comité Europeo de Derechos Sociales.
CGPJ. -	Consejo General del Poder Judicial.
CIE. -	Clasificación Internacional de Enfermedades.
CNSS. -	Consejo Nacional de Seguridad Social.
CSST. -	Comité de Seguridad y Salud en el trabajo.
CEDH. -	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CDFUE. -	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CGAE. -	Consejo General de la Abogacía Española.
CSE. -	Carta Social Europea.
CP. -	Código Penal.
DA. -	Disposición adicional.
DF. -	Disposición final.
DG. -	Dirección General.
EBEP. -	Estatuto Básico del Empleado Público.
EM. -	Exposición de motivos.
ENDITA. -	Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo.
ERTE. -	Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.
ESST. -	Estrategia española de seguridad y salud.
ET. -	Estatuto de los trabajadores.
EPI. -	Equipo de protección individual.
ESST. -	Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo.
FJ. -	Fundamento Jurídico.
FIVA. -	Fondo de Indemnización de Víctimas de Amianto francés.
IAPRL. -	Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.
INSS. -	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IMV. -	Ingreso Mínimo Vital.
IMSERSO. -	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INSHT. -	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
ITSS. -	Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.
IT. -	Incapacidad temporal.
IPT. -	Incapacidad permanente total.
JUPOL. -	Justicia Policial.
LARPSICO. -	Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales en el Trabajo de la Junta de Andalucía.
LCS. -	Ley de Contrato de Seguro.
LEC. -	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LGSS. -	Ley General de la Seguridad Social.
LGTBI. -	Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales.

LISOS. -	Ley sobre infracciones y sanciones del orden social.
LOPJ. -	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPACAP. -	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPL. -	Ley de Procedimiento Laboral.
LPGE. -	Ley de Presupuestos Generales del Estado.
LRJS. -	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
LRJCA. -	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LOLS. -	Ley Orgánica de Libertad Sindical.
LOSU. -	Ley Orgánica del Sistema Universitario.
MF. -	Ministerio Fiscal.
MJU. -	Ministerio de Justicia.
MUFACE. -	Mutualidad general de funcionarios civiles del Estado.
NTP. -	Notas Técnicas de Prevención.
OMS. -	Organización Mundial de la Salud.
OPE. -	Oferta de empleo público.
OIT. -	Organización Internacional del Trabajo.
PACAP. -	Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
PAS. -	Personal de administración y servicio.
PGE. -	Presupuestos generales del Estado.
PPRL. -	Plan de prevención de riesgos laborales.
PRL. -	Prevención de riesgos laborales.
RC. -	Recurso de casación.
REC. -	Recurso.
RCO. -	Recurso de casación ordinaria.
RCUD. -	Recurso de casación para la unificación de doctrina.
RD. -	Real Decreto.
RETA. -	Régimen especial de trabajadores autónomos.
RGSS. -	Reglamento General de la Seguridad Social.
RS. -	Recurso de casación.

SA. -	Sociedad Anónima.
SAS. -	Servicio Andaluz de Salud.
SERMAS. -	Servicio Madrileño de Salud.
SHAM. -	Société Hospitalière D'Assurances Mutuelles.
SJS. -	Sentencia Juzgado de lo Social.
SME. -	Sociedad Mercantil Estatal.
SPA. -	Servicios de prevención ajenos.
STSJ. -	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
SSTTSSJ. -	Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia.
STJCE. -	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
SUP. -	Sindicato Unificado de Policía.
TC. -	Tribunal Constitucional.
TEDH. -	Tribunal europeo de derechos humanos.
TGSS. -	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJUE. -	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
LOPDGDD. -	Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales.
TRADE. -	Trabajadores autónomos económicamente dependientes.
TRLC. -	Texto Refundido de la Ley Concursal.
TRLGSS. -	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
TRLCP. -	Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.
TRLPL. -	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
TS. -	Tribunal Supremo.
TSJ. -	Tribunal Superior de Justicia.
UE. -	Unión Europea.
UTE. -	Unión temporal de empresas.
USO. -	Unión Sindical Obrera.

INTRODUCCIÓN

I. Al igual que el Derecho (Social) del Trabajo no hace un total “honor” a su nombre, pues solo se ocupa de ordenar una parte del “trabajo”, no de todo el “trabajo retribuido”, ni tan siquiera de todo el “trabajo por cuenta ajena y subordinado” (ej. el trabajo público funcional queda extramuros del mismo, con carácter general)¹, tampoco lo hace el que puede denominarse Derecho Jurisdiccional Social. Y ello porque, como bien se sabe, no es cierto que abarque todos los asuntos cuyas pretensiones, individual o colectivas, puedan promoverse en la “rama social del Derecho” (art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -LRJS-). Ya el carácter extremadamente difuso de esta denominación, que evoca realmente un conjunto de “ramas horizontales” del Derecho integradoras del denominado “Derecho Social” (orientado por el prevalente principio de solidaridad)², no incluye propiamente ni en el Derecho privado (bajo el principio preeminente de la autonomía privada y los derechos de la personalidad) ni en el Derecho público (bajo el principio dominante de comunidad), apunta el conflicto provocado por el desajuste de un concepto tan innovador, también polémico, para luego centrarse en acotar las competencias del orden social de la jurisdicción de un modo y con técnicas bastante más “clásicos”, aunque no propiamente tradicional, como se analizará en los diferentes capítulos de esta tesis.

Justamente, atendiendo a esta última observación relativa al intento innovador ensayado por la LRJS en la distribución competencial (material), respecto del pasado,

¹ Así se viene denunciando desde la primera edición en AAVV (2023). *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada.

² En sentido amplio, por Derecho social podría entenderse aquellos subsistemas jurídicos integrantes del orden jurídico global de un Estado nacional, o de una comunidad internacional (piénsese en el sistema de la Carta Social Europea, por ejemplo, hoy tan de actualidad en nuestro país), que trata de promover las condiciones materiales para garantizar una vida digna de las personas que habitan en su ámbito de aplicación, no solo sus personas ciudadanas, a fin de cumplir con una doble función de justicia social y de integración pacífica de aquéllas en un orden económico dado. Vendría a ser, pues, la rama o conjunto de ramas jurídicas que ordenan y desarrollan los derechos sociales y culturales, a diferencia de las que lo hacen -teniendo siempre en cuenta la extrema relatividad de esta distinción- respecto de los derechos civiles y políticos, incluso económico-mercantiles. Sin embargo, la realidad científico-jurídica actual dista mucho de contar con un concepto de Derecho Social mínimamente aceptado, lo que hace más difuso, pero no menos relevante, el concepto legal de “rama social del Derecho”, tipificando el nombre, pero sin dotarlo de un contenido preciso, aunque tampoco identificado solo con el Derecho del Trabajo clásico ni el Derecho de la Seguridad Social. De interés la propuesta -filosófica, nunca positivada- del gran sociólogo del derecho GURVITCH, (2005). *La idea del Derecho Social*, Comares, Granada. Sobre la misma, de mucho interés también MONEREO PÉREZ, J.L. (). *Democracia pluralista y derecho social. La teoría de Georges Gurvitch*, El viejo Topo, Madrid.

convulso por conflictivo (con el orden civil y con el orden contencioso), hay que recordar en este, sucinto, pero relevante, momento introductorio, que de análogo modo a como el Derecho del Trabajo (y el Derecho de la Seguridad Social) han ido avanzando hacia un creciente desbordamiento de sus fronteras o ámbitos reguladores “clásicos”, incluso más “tradicionales”, a medida que se hace más compleja y pluralista su realidad originaria, también el Derecho adjetivo especial, que busca darle la cobertura más adecuada, sea jurisdiccional sea procesal, muestra esas tendencias de expansión. Y la LRJS ilustrará más de un ejemplo señero a tal fin, moviéndose en este ámbito en un juego dialéctico entre renovación y tradición, que ofrece una imagen ambivalente del proceso, con elementos de “progreso” y otros de importantes resistencias “conservadoras”³.

II. En efecto, en el plano del Derecho sustantivo, que debe marcar el paso, como es lógico, al Derecho adjetivo (procesal), son bien conocidos los esfuerzos doctrinales, que se remontan a mediados del siglo pasado, orientados sea a convertir al Derecho Social del Trabajo en el Derecho (al menos común) de la Actividad Profesional sea a hacer del Derecho de la Seguridad Social el Derecho de la Protección Social. Esfuerzos y afanes de “superación” de las típicas fronteras normativas o campos aplicativos de sendas ramas del Derecho social que han tenido una evolución mucho más lenta y desigual en el plano legislativo, como es bien conocido. En el ámbito del Derecho Social del Trabajo (más allá del asalariado), casi como si de una “pieza de museo” se tratase (que le gusta decirnos, con tono provocativo al profesor Molina Navarrete), queda la -seguramente muy poco- conocida disposición adicional primera (DA 1ª) del “Estatuto de los Trabajadores” (de su obsolescencia da cuenta la propia denominación fuera de lenguaje inclusivo de género⁴), respecto de las posibilidades aplicativas para el trabajo autónomo (“El trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”).

Dejando de lado lo que de “Perogrullo” tiene esa DA 1ª ET (que dice lo obvio) no deja de ser una llamada a reclamar una mayor proyección del Derecho Social del Trabajo

³ Lo recordaban recientemente autores como el profesor Molina Navarrete o el ex Magistrado del TS D. Fernando Salinas Molina. Vid. AAVV. (2023). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Centro de Estudios Financieros, Madrid.

⁴ Vid. ROMERO RÓDENAS, M.J. MORARU, Gratiela Florentina (2021). *Lenguaje para avanzar en la igualdad*, Editorial Bomarzo, Albacete.

(asalariado) al trabajo autónomo, al menos en aquellos -limitados o selectivos- aspectos en los que hay ciertas concurrencias hoy (por supuesto no nos referimos a la extendida “falsa autonomía” -que encierra situaciones de huida ilegítima del Derecho Laboral-). Un enfoque presente en la corriente doctrinal que propone un “Estatuto de los Trabajos”. Sí, en plural, sin apellidos, aunque no necesariamente uniforme para todos los trabajos.

Sin entrar aquí y ahora -no es oportuno- en disquisiciones teóricas o doctrinales al respecto, que las hay, y muchas, algunas de gran calidad, incluso en clave europea⁵, conviene recordar que esta idea está presente en el Informe sobre el Futuro del Trabajo, del Consejo Económico y Social (CES) de España (3/2018). Y lo está, de forma mucho más destacada aún, en el más conocido y bien elaborado de la OIT (Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 2019). Y lo encontramos igualmente (por acudir ya desde la misma fase introductoria, a la dimensión más típica que esta tesis querría asumir como uno de sus valores principales, el enfoque empírico en términos de ejemplificación judicial y jurisprudencial) en recientes decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sería el caso de la interesante STJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C- 356/21, J.K. y TP, SA).

Naturalmente, no podemos entrar en detalle sobre esta decisión jurisdiccional en la cumbre del llamado “Derecho (social) vivo de la Unión” (Borrajo Dacruz, Molina Navarrete). Si bien no nos resistiremos a recordar que atañe a un tema hoy de extrema actualidad, social y legislativa (Ley 15/2022, de 12 de julio; Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI), como es la prevención y erradicación de toda forma de discriminación por razón de la orientación sexual (no solo por razón de sexo y género, de rabiosa actualidad igualmente, de forma lamentable y suficientemente conocida). No por casualidad. Pero la mención en este lugar y momento es para ilustrar la tendencia a expandir las fronteras (límites) del Derecho social de la UE (por lo tanto, en un grado u otro, antes o después, de los ordenamientos sociales internos -pues se trata en estos casos de derechos fundamentales de todas las personas trabajadoras, sin adjetivos-) hacia el trabajo autónomo, siempre y cuando se hallen en situaciones de protección (por su

⁵ Como el llamado -tan célebre como ignorado- “Informe Supiot”. Vid. AAVV. (Dir.: A. Supiot- M.E. Casas) (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tiran Lo Blanch, Valencia.

vulnerabilidad socioeconómica y contractual⁶) “comparable a la de un trabajador por cuenta ajena” (tampoco el TJUE va “sobrado” de lenguaje de género inclusivo)⁷.

En todo caso, y para no ser excesivamente voluntaristas, o practicar el oficio de futurología, conviene volver a las sanas dosis de realismo. Basta comprobar las siderales distancias persistentes entre el ET y el Estatuto del Trabajo Autónomo (2007). Por encima de su apariencia formal, emulando el segundo al primero, lo relevante es la diferencia.

Ni que decir tiene, siguiendo en el plano sustantivo que sirve de presupuesto para el adjetivo (que es el que interesa en este trabajo de tesis doctoral), que esta pretensión del Derecho Social del Trabajo de ser el “Derecho común de la Actividad Profesional”, ofrece un proceso (normativo y real) de convergencia gradual muy superior, como es natural, en la ordenación del trabajo público funcional o estatutario. En este ámbito de “mano de obra” que integra nuestros actuales mercados de trabajo (y de empleo) la comparación entre ambos Estatutos, el laboral y el del empleo público (EBEP, 2007) no deja lugar a dudas, como tampoco las dejaría recordar comparar los caminos paralelos que siguen los procesos de reformas legislativas sobre las cuestiones sociolaborales y de protección social, estableciéndose regímenes sustantivos idénticos o análogos. Aunque en la doctrina judicial sigamos hallando resistencias (con afirmaciones apodícticas, sobre las que se volverá en el capítulo correspondiente de esta tesis) a esta configuración del Derecho Social del Trabajo asalariado como “Derecho común” de la actividad profesional de empleo público (estatutario, no solo laboral, claro), como sería el caso de la STSJ Andalucía/Sevilla, 10 de noviembre 2022 ([rec 395/2021](#)), lo cierto es que hay bloques normativos que comparten en lo sustancial (ej. derechos fundamentales de las personas, como el de protección de datos; derechos colectivos; prevención de riesgos, etc.), sin perjuicio de ciertos matices, más propios de la inercia de la tradición que de razón

Ciertamente, sabemos que, pese a aquel gradual proceso de convergencia de sus estatutos profesionales, siguen persistiendo ámbitos diferenciales notables, sobre bases

⁶ Vid. ROJO, E. (2023). “*La prohibición de discriminación basada en la orientación sexual también se aplica al trabajo por cuenta propia. Notas a la sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C-356/21)*”, entrada de blog del 13 de enero del 2023.

⁷ Para el TJUE, el art. 3.1, a) y c), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo debe interpretarse “*en el sentido de que se opone a una normativa nacional que tiene por efecto excluir, amparándose en la libertad de elegir a la otra parte contratante, de la protección contra la discriminación que debe conferirse con arreglo a dicha Directiva la negativa, basada en la orientación sexual de una persona, a celebrar o renovar con esta última un contrato que tenga por objeto la realización, por esa persona, de determinadas prestaciones en el contexto del ejercicio de una actividad independiente*”.

tan dudosas como la mera existencia de una naturaleza jurídica diferente del vínculo, lo que se proyecta incluso cuando comparten la misma persona empleadora, un idéntico ámbito de dirección y organización, como es el del empleo público. Diferencia formal que sigue erigiéndose en barreras al debido tratamiento unitario, sustantivo y procesal. No insistimos en esta cuestión ahora porque será, precisamente, el hilo conductor axial de esta tesis doctoral, en su proyección procesal, como se esbozará de inmediato y será objeto de estudio detenido en los capítulos que conforman este estudio jurídico. En ellos expondremos muchos y recientes ejemplos jurisdiccionales de la obsolescencia y graves disfunciones de esta persistente dualidad de tratamientos para situaciones análogas, lo que no deja de tener incidencia en la efectividad del derecho a la igualdad profesional.

III. Si, siempre en el plan sustantivo, hasta ahora, pasamos del Derecho Social del Trabajo al Derecho de la Seguridad Social es evidente una doble tendencia de expansión de sus fronteras. De un lado, no hace falta justificación alguna sobre su configuración, desde hace largo tiempo, como una parte esencial del llamado “Derecho de la Actividad profesional”, en cuanto que integra, ahora con un marcado proceso de equiparación, el trabajo autónomo (RETA). Las históricas diferencias de regulación entre el RGSS y el RETA tienden a corregirse progresivamente y así se refleja en un amplio abanico de leyes muy recientes, sobre las que aquí no hace el caso referir, ni sucintamente⁸.

Con todo, y acudiendo de nuevo al enfoque del análisis empírico, que busca no dejar ninguna afirmación en el vacío de la especulación o la reflexión solo teórica, baste para ilustrar la permanente actualidad de este tema y su conflictividad en la -a mi juicio- justa reivindicación de la Abogacía de transitar desde el actual modelo de previsión social autónomo al RETA. En los últimos meses se ha intensificado la “reclamación” por parte del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) al sistema que garantice pensiones mínimas equiparables a las que perciben las personas autónomas a todas las personas que integran la Mutuality Alternativa de la Abogacía y que han cotizado en esta de forma alternativa al RETA. La cuestión es interesante y compleja, pero aquí debe quedar extramuros. En el plano competencial la letra r) del art. 2 LRJS contempla el mutualismo.

⁸ Se destaca en AAVV. (Dir. Monereo Pérez, J.L.) (2023). *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid.

La otra gran tendencia del Derecho de la Seguridad Social, a su través, o incluso en cierto conflicto con el mismo, es su expansión más allá del trabajo asalariado, también del trabajo autónomo, para integrar un estatuto de protección de las diversas situaciones de necesidad de las personas, al margen de que hayan cotizado o no o de que tengan o no la condición de pensionistas. En otros términos, el Derecho de la Seguridad Social se ve cada vez más referenciado, para expandirlo, o para superarlo, con el tópico del Derecho de la Protección Social. Si en el primero no tiene intervención el principio típico del Estado autonómico, el de autogobierno territorial, sí que tiene gran relevancia para el segundo, en la medida en que un buen número de esos subsectores jurídicos incluidos en la protección social pertenecen claramente a la competencia autonómica, eso sí, unas veces en exclusiva (ej. asistencia sanitaria, acción social asistencial) otras de forma más -conflictivamente- concurrente, a través de determinados títulos (ej. servicios sociales, la atención a la dependencia, previsión social complementaria, etc.)⁹.

IV. Si ahora pasamos -como debemos, por ser la razón de ser de este estudio para la colación del grado de doctor- del Derecho Social sustantivo al Derecho social adjetivo, es decir, al Derecho jurisdiccional de la rama social del Derecho, hallaremos una situación bastante más errática. Junto a previsiones legislativas e institucionales que acompañan de forma clara a los procesos evolutivos, de expansión y convergencia, señalados para las dos ramas del Derecho Social referenciales, Trabajo y Seguridad Social, encontramos otras claramente contradictorias, que desmienten, o desfiguran, esa evolución allí donde debería también plasmarse: en el reparto competencial a favor del orden social, que fue objeto de una importante, pero ni completa ni suficiente, a nuestro juicio, renovación con la LRJS. En otros términos y para ser muy claros: (1) *ni el orden social sería -como debería ser- la jurisdicción integral del trabajo profesional*, ni (2) *tan siquiera del empleo público*, ni *tampoco es (3) todavía la jurisdicción integral de la protección social*, ni (4) *tan siquiera de las relaciones de seguridad social*, pese a avanzar -lenta- en tal sentido.

⁹ La posición de la doctrina científica es muy dispar. Sin entrar aquí en mayor profundidad, sí destacamos la posición de quienes integran en su Manual de Seguridad Social subsistemas jurídicos que, quizás no ayer, pero hoy sí, estarían fuera del Derecho de la Seguridad Social, integrando un distinto Derecho de la Protección Social (ej. asistencia sanitaria, previsión social complementaria, sistema de atención a la dependencia, etc.). Aunque, ciertamente, la referencia del art. 42 TLGSS a la acción protectora arroja dudas. Ej. AAVV. (Dir. J.L. Monereo). *Manual de Seguridad Social*. Tecnos. Madrid. La misma editorial, en cambio, publica AAVV (2021). *Manual de Derecho de la Protección Social*. Tecnos. Madrid.

Que hay notables, al menos relevantes, progresos legislativos y jurisdiccionales en todas esas direcciones es indiscutible. Que no son ni suficientes ni lineales, sino más bien limitados y erráticos, tampoco parece contestable. Solo por ejemplificar algunas de estas tensiones en ámbitos que no serán objeto de particular análisis en este estudio, de gran relevancia es la inclusión entre las competencias de la jurisdicción de la rama social del derecho los asuntos de las personas trabajadoras autónomas (jurídicamente), pero (económicamente) dependientes. La letra d) del art. 2 de la LRJS es inequívoca:

“En relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes a que se refiere la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, incluidos los litigios que deriven del ejercicio por ellos de las reclamaciones de responsabilidad contempladas en el apartado b) de este artículo”.

Este último precepto refiere a las acciones por accidentes de trabajo, así como, en su caso relativas a las enfermedades profesionales¹⁰. No llega, pues, esta vis atractiva típica del orden social en ámbitos profesionales a las personas trabajadoras autónomas en general, sino tan solo cuando mantienen alguna relación de semejanza con la propia de las personas trabajadoras autónomas, como sería la dependencia, aunque se trate de la dependencia económica solo, no también la jurídica. Precisamente, la existencia de más de un elemento de semejanza entre el empleo asalariado y el autoempleo colectivo mediante estructuras societarias o cooperativas de “economía social”, viene implicando que, pese a su naturaleza jurídica de relación societaria (aunque también esté discutido en el plano doctrinal, preconizando algún sector su carácter laboral), el orden social sea el que conozca de los asuntos (art. 2, letra c LRJS).

“Entre las sociedades laborales o las cooperativas de trabajo asociado, y sus socios trabajadores, exclusivamente por la prestación de sus servicios”.

Ahora bien, como pone de relieve un instrumento de planificación estratégica tan significativo como la Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo (ENDITA)¹¹, el trabajo autónomo ahora conoce un buen número de situaciones de

¹⁰ “b) *En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*”.

¹¹ Estrategia Nacional de Impulso del Trabajo Autónomo (ENDITA) 2022-2027 (BOE 1 de junio de 2023)

análoga vulnerabilidad a la que vive el trabajo asalariado y, en consecuencia, precisan de una protección efectiva, corrigiendo en buena medida, y en lo posible, sus análogos procesos de “precariedad”. Unas necesidades de protección que se tienen como especialmente relevantes en relación con la prevención de riesgos, de un lado, y a la protección social frente a los daños profesionales, de otro ¹².

La práctica jurisdiccional -otra vez acudimos a la dimensión empírica de nuestra propuesta- tampoco es ajena a estos conflictos, más bien lo contrario, evidenciando sea la frecuencia de aquéllos sea la tendencia de la ciudadanía a buscar la respuesta para estas situaciones en el orden social, terminen declarándose o no competente. Así, como un ejemplo de notable interés, puede citarse la STS, 4ª, 731/2022, 14 de septiembre. Si bien en el caso se concluye que no hay contradicción, se narran dos situaciones muy típicas en la actualidad (sector de construcción) de desprotección del trabajo autónomo.

Pese a su interés, y sin perjuicio de alguna otra referencia tangencial al hilo de tratar temas nodales de esta tesis (ej. competencias en materia de daños profesionales, dada la condición del orden social de jurisdicción integral), no podemos detenernos más en este tema. Como tampoco podemos hacerlo en el interrogante que abre, en el plano procesal, la citada jurisprudencia del TJUE que asume la aplicación del Derecho Social europeo (rama social del Derecho, pues) al trabajo autónomo cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad y exigencia de protección análoga al asalariado, indicado y cuyo análisis merecerá una reflexión más detenida y específica en un futuro -espero- próximo. En todo caso, creemos que sí ilustra suficientemente esa tensión entre pasos adelante y pasos de resistencia “conservadora” en la ordenación competencial del orden social, a efectos de ajustar de forma coherente y plena la evolución del Derecho social, en su plano sustantivo, y la rama social del Derecho, en su dimensión adjetiva.

V. En el campo de las competencias del orden social (Derecho jurisdiccional social) en relación con el Derecho (sustantivo) de la Protección Social el progreso parece mucho más significativo y coherente, aunque haya sido también lento y errático. Señera resulta, sin duda, la letra o) del art. 2 de la LRJS (modificada por la disposición final 9 de la Ley

¹² Para las relevantes diferencias en el concepto normativo de accidente de trabajo asalariado y accidente de trabajo autónomo (art. 3.2 b) RD 1273/2003) muy interesante la STS, 4ª, 479/2023, 5 de julio (ni se acepta la causación ocasional, sino solo la directa, ni rige la presunción de laboralidad por producirse en tiempo y lugar de trabajo ex art. 156.3 TRLGSS).

19/2021, de 20 de diciembre), que incluye como competencia del orden social sectores o ramas típicas del Derecho de la Protección Social:

- cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las CCAA en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos suficientes para prevenir el riesgo de exclusión social de las personas
- Igualmente, las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (el tratamiento es idéntico a las prestaciones de seguridad social)

Ahora bien, como es igualmente sabido, ni esta expansión ha sido lineal, porque se ha venido sometiendo en su efectividad a condiciones que continuamente se retrasaron, ni deja de ser errática, incluso contradictoria. En este sentido, determinadas materias de la asistencia social autonómica siguen quedando fuera, al tiempo que tampoco integra la competencia social todas las relaciones de seguridad social (ej. excluye cotizaciones; y las prestaciones de asistencia sanitaria). Volveremos sobre estas importantes cuestiones en varios capítulos de esta tesis.

VI. Pero, sin duda, donde todas estas tensiones y conflictos, avances y resistencias, hallan una especial proyección es en el ámbito de la distribución competencial respecto de los asuntos del “empleo público”. La clara integración conceptual, a nuestro juicio, de las relaciones profesionales de empleo público estatutario dentro de la rama social del Derecho haría, en el plano del deber ser normativo, exigible y coherente configurar el orden social como la “jurisdicción integral de todo el empleo público” (no solo laboral, también el estatutario o funcionarial¹³). Pero lo cierto es que, desde el plano del ser legal, el marco normativo y la práctica jurisdiccional distan mucho de esta concepción, incluso la desautoriza en numerosos y muy relevantes aspectos.

¹³ En esta línea el profesor Molina Navarrete y el Magistrado F. Salinas Molina, en diversos estudios que serán ampliamente citados en esta obra. Entre ellas, sus aportaciones a la magna obra colectiva, ya citada AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas... Ob. cit.*

Por supuesto, esta contradicción, o al menos notable paradoja, cuenta con larga tradición y tampoco desconoce -cómo no- episodios de vaivén (piénsese, por ejemplo, en la pérdida de la competencia respecto del personal estatutario del sistema de salud, cuando se mantuvo cuando era personal estatutario de la seguridad social). Pero no es menos verdad que, en nuestro tiempo esta situación ambivalente y errática chirriaría especialmente, en la medida en que se multiplican los conflictos en este ámbito que requieren la aplicación de un marco normativo común, configurado por el Derecho de la Unión Europea (UE). Que, como muestra la experiencia jurisdiccional diaria, un mismo marco normativo comunitario conlleve aplicaciones tan distantes entre las realizadas por el orden social y las del orden contencioso-administrativo, como por ejemplo a la hora de tratar el abuso de la temporalidad (sea contractual sea de los nombramientos), no solo interpela la coherencia del Derecho de la UE (principio de efectividad), sino también el principio constitucional de igualdad de trato, sin que la tradicional referencia al diverso vínculo jurídico (estatutario o contractual) tenga hoy suficiente entidad como para poder justificar soluciones jurídicas muy distintas a cuestiones muy análogas, sino idénticas. En los capítulos siguientes de la tesis se expondrá más de un ejemplo al respecto.

Justamente, para ilustrar de forma emblemática ese estado contradictorio del reparto competencial en la materia, particular relevancia adquiere el primer ensayo de la LRJS de avanzar en esa configuración del orden social como una jurisdicción integral del empleo público: **conocimiento de todos los asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, en su dimensión preventiva y reparadora (también sancionadora, salvo la penal)**, al margen de la naturaleza del vínculo de empleo asalariado de que se trate (contractual o estatutario), conforme al art. 2 letra e) LRJS. A nuestro juicio no se trataría de un reconocimiento singular, o excepcional, atendiendo a la indudable trascendencia social de esta materia, su transversalidad y el marco comunitario común, con ser todo ello importante. Al contrario, parece más una prueba, un ensayo, para comprobar su capacidad de poder expandirse en el futuro más allá de las cuestiones preventivas, a fin de aferrar buena parte de las cuestiones socio-profesionales de todo empleo público. De ahí que sirva de referencia fundamental para esta tesis doctoral, ofreciendo un análisis completo y detallado, no solo narrativo, sino también crítico.

En efecto, el estudio del proceso aplicativo de esta potente innovación legal, que venía exigida por los múltiples y graves problemas presentados en la práctica anterior (ej. peregrinaje de jurisdicciones, débil protección preventiva en el empleo público de

naturaleza funcional, especialmente en lo que atañe a riesgos de mayor prevalencia en este ámbito, como los riesgos psicosociales, etc.), pone de manifiesto que no bastan los cambios legales para promover cambios jurídicos, institucionales y culturales. Varios años tardó el TS en asumir este cambio, poniendo más resistencias que progresos, en las dos Salas, social y contenciosa. Sin duda, además de otros factores que se desgranarán a lo largo de esta tesis, un factor muy significativo para cambiar, o enderezar, el rumbo en esta materia, especialmente errática en los inicios, se insiste, y todavía no completa, según también se analizará, ha sido la pandemia de covid19.

A mi entender (y el de mi directora de tesis), centrar el estudio en esta materia y con este enfoque, además de su gran valor en sí, por su importancia y originalidad, al presentarla lo sucedido en materia preventiva, no con sentido per se únicamente, sino también como un primer paso experimental hacia esa comprensión normativa del orden social como jurisdicción integral del empleo público resulta especialmente oportuno. Y ello porque volvemos a vivir en España un tiempo de profundas reformas jurisdiccionales y procesales, como se evidenció en la antesala del anticipo electoral del 23 de julio. Que este asunto político frustrara los proyectos reformadores, haciéndolos decaer (algunas de las medidas estrella -ej. procedimiento testigo- se han recuperado con la legislación de coyuntura -una técnica legislativa tan usual como abusada-), no significa ni que dejen de ser necesarios ni que no vayan a regresar apenas se constituya un Gobierno nuevo -en su caso-. Ahora bien, en lo que concierne al orden social y respecto al tema analizado en esta tesis, esas reformas se quedan muy cortas y, en consecuencia, se hace preciso llamar la atención sobre un programa de modernización mucho más intenso, coherente y eficiente¹⁴. Modestamente, esta tesis quiere contribuir a este programa.

Por supuesto, no queremos pecar de inocencia, menos de voluntarismo, y desde luego no de irrealismo o idealismo. La jurisdicción social -no se puede ignorar- atraviesa por un momento muy complicado, superior incluso a la grave situación existente hoy en la Administración de Justicia en general. No es casual que el Tribunal Constitucional (TC), que no se caracteriza por la diligencia temporal en sus resoluciones, esté dictando varios fallos en los que desnuda la tardanza extrema de la jurisdicción social, cuando se tuvo, en sus orígenes, como ejemplo de celeridad procesal, hasta recogerlo como principio

¹⁴ Un magnífico análisis, crítico y propositivo, lo encontramos en los diversos estudios que integran la formidable obra colectiva AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas... Ob. cit.*

inspirador (art. 74 LRJS). Es evidente que, si cargamos con más materias al orden social, el colapso estaría servido, con lo que la propuesta aquí realizada abocaría a un resultado radicalmente contrario al que pretende: que la justicia social profesional para el empleo público sea más eficaz, coherente y eficiente, también equitativa, para lo que pensamos que el orden social está en mejores condiciones que el contencioso, como ilustra lo sucedido en materia preventiva. Para evitarlo hay que dotarla de medios, lógicamente.

VII. A fin de afrontar el desarrollo de los objetivos, teóricos y empíricos, perseguidos con esta tesis, el estudio se ha estructurado en cinco capítulos, que van desde el análisis de los enfoques más amplios hasta la reconstrucción y crítica de los aspectos concretos que configuran el conjunto de este diseño jurídico. A saber:

Con el **Capítulo 1**, titulado **FRACTURAS (“VICIOS”) DE PARTIDA ENTRE NORMATIVIDAD Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO SOCIAL PROCESAL: ENTRE MODERNA, Y DIFUSA, “RAMA SOCIAL DEL DERECHO” Y MÁS TRADICIONAL, Y CONCRETO, REPARTO COMPETENCIAL**, pretendemos dar cuenta de la fractura, en esta introducción apuntada, entre la vocación más amplia del concepto legal de “rama social del Derecho”, que debería ser equivalente a la idea de Derecho Social, y la concreción normativa que realiza la LRJS, mucho más restrictiva. De ahí las contradicciones, paradojas y tensiones erráticas.

Como **Capítulo 2**, bajo la denominación de **LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL POR RAZÓN DE SU ESPECIALIZACIÓN PROFESIONAL: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO Y ESTATUTARIO**, se busca avanzar en la concreción de este análisis, ofreciendo una visión detallada, al menos suficiente, de cómo operó la LRJS su proyecto relevante, pero incompleto, a veces incoherente, de modernización del reparto competencial. Junto a elementos de innovación muy señeros, como se ha dicho, se mantienen otros muy conservadores, tradicionales. Se ofrecerán ejemplos jurisdiccionales de los retos, también de las deficiencias, que esta tensión crea en la experiencia.

Bajo el título, **COMPETENCIA PLENA DEL ORDEN SOCIAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: BALANCE DE UNA REFORMA DE APLICACIÓN LENTA Y ATORMENTADA**, encuadramos el **Capítulo 3**. Como también se indicó en las páginas precedentes, la tesis aquí sostenida, la necesidad de

avanzar hacia una configuración del orden social como una jurisdicción integral del empleo público no refleja una pura especulación doctrinal, la expresión de un cierto espíritu “corporativo”, que pretende para su ámbito profesional un número más elevado de cuestiones. Al contrario, es una necesidad que haya refrendos prácticos en determinados ámbitos, como la prevención de riesgos laborales. Este cambio legal no ha sido de fácil implementación, con los costes de todo tipo derivados de ellos. Ahora bien, la situación más reciente evidencia un proceso positivo que exige consolidarse y, en lo posible, expandirse.

En el **Capítulo 4**, y bajo la denominación de **UNA PERSPECTIVA DE FUTURO INMEDIATO: CAMPOS POR EXPLORAR PARA LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**, partimos e insistimos en lo contradictorio y errático de este tipo de procesos legislativos en el orden social, la valoración positiva global que merece la LRJS en materia de atribución competencial en materia de seguridad y salud en el trabajo, hoy un derecho social fundamental humano (vigencia subjetiva universal -Declaración de la OIT de 1998, Enmendada de 2022), en modo alguno puede entenderse como una situación exenta de deficiencias e incoherencias.

Por último, el **Capítulo 5** al que hemos dado en llamar **PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y EMPLEO PÚBLICO FUNCIONARIAL: REALIZACIONES Y RESISTENCIAS PARA LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL**, tratamos de recopilar las enseñanzas que se derivan del ensayo legislativo de una jurisdicción social integral sobre prevención de riesgos laborales para el empleo público, a fin de hacer un balance de oportunidades y resistencias para poder avanzar o progresar en esa misma línea en otros aspectos sociolaborales del empleo público, también estatutario. Como en el resto de los capítulos, todas las reflexiones y afirmaciones en el ámbito teórico cuentan con un significativo -esperamos- número de ejemplos jurisdiccionales que ilustran, de forma emblemática, las opciones de avance, también su necesidad. Por supuesto, igualmente sus dificultades.

CAPÍTULO 1. FRACTURAS (“VICIOS”) DE PARTIDA ENTRE NORMATIVIDAD Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO SOCIAL PROCESAL: ENTRE MODERNA, Y DIFUSA, “RAMA SOCIAL DEL DERECHO” Y MÁS TRADICIONAL, Y CONCRETO, REPARTO COMPETENCIAL.

1. Planteamiento general: una loable visión legislativa expansiva de futuro, aún inacabada ¿e inacabable?

Como es sabido, en línea con la fórmula, enigmática y difusa donde las haya, elegida por el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL), por tanto, con una clara vocación de continuidad -al menos en esta ambigua fórmula conceptual-, el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), mantiene la técnica legislativa de una cláusula general, de “textura (desmesuradamente) abierta”, para la delimitación de los dominios jurisdiccionales del orden social:

*“Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la **rama social del Derecho...**”.*

Cierto, según también se conoce, en la formulación elegida por la LRJS se amplía un poco el inciso explicativo que contenía la LPL. Si en el citado art. 1 TRLPL tan solo se precisaba que tales pretensiones abarcaban a las “individuales” y a las “colectivas”, lo que ya evidenciaba un cierto recorte a la ambición de la fórmula utilizada, pues apuntaba a que estábamos tan solo en el ámbito del Derecho individual del Trabajo y en el Derecho colectivo del Trabajo, en el art. 1 LRJS se añade un inciso, sin duda ya revelador de que la ambición legislativa ahora era mayor. A saber:

*“incluyendo aquellas **que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias**”*

La primera parte de este nuevo inciso apenas tiene un sentido clarificador, por lo tanto, cumple una función meramente declarativa, no añade nada nuevo a lo que ya se desarrolló con la LPL. Pero el segundo inciso sí mostraba una nueva competencia añadida con la

LRJS¹⁵, en una clara dirección de reforzar el conocimiento jurisdiccional social respecto de las acciones, intensas, no obstante los intensos procesos de desregulación y privatización conducidos a través de las distintas reformas laborales (en la línea de reducir el papel del control administrativo de las potestades empresariales -que solo parcialmente parece querer recuperarse con las últimas reformas, para el bienio 2022/2023-), de las potestades públicas en esta materia, un rasgo típico del Derecho del Trabajo “clásico” y una dimensión estructural determinante del Derecho de la Seguridad Social. Aunque esto pueda sorprender, antes de la LRJS el orden contencioso seguía siendo el competente en buena parte de estas actuaciones, manteniendo prácticamente intacto el viejo privilegio del fuero subjetivo para las AAPP, más cómodas con su jurisdicción “natural”, el orden contencioso, aunque las materias sobre las que se dictan tales potestades pertenezcan a otras ramas distintas al Derecho Administrativo (sean verticales u horizontales, según la conocida clasificación del profesor Villar Palasí¹⁶) del Ordenamiento Jurídico.

Con todo, sigue sin clarificarse qué entiende la LRJS, a efectos procesales, por este concepto tan vaporoso. Ni hay una delimitación legislativa ni tampoco dogmática o científica mínimamente asumido. Ya era-es difícil delimitar qué ramas se integran en el Derecho privado, cuáles en el Derecho Público, por dominar en la actualidad divisiones más transversales e interdisciplinarias (ej. Derecho ambiental, Derecho del Consumo, Derecho Concursal, Derecho Bancario, etc.). Pero casi “misión imposible” es hacerlo con las que integran el más incierto y heterogéneo del “Derecho Social”¹⁷.

Podría decirse que la LRJS -como antes la LPL- “lanza la piedra”, pero “esconde la mano”. Los artículos 2 y 3 de la LRJS, que son los que, como se conoce, se dedican a la ordenación del mapa competencial propio del orden social en su diferenciación con los otros más concurrentes con aquel, el civil (sobre todo en el ámbito de las pretensiones en el ámbito de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; las relaciones entre sujetos empresariales que inciden en las relaciones laborales, en virtud de la extremada

¹⁵ AGUSTÍ JULIÁ, J. (2021). “La impugnación de los actos administrativos en el proceso social: problemática y propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de Reforma de la LRJS*, Cursos de Formación Judicial del CGPJ, Madrid. Una versión más completa y actualizada de este análisis, del mismo autor, en Capítulo 9 de AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández-María Luisa Segoviano Astaburuaga- Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*, Ediciones CEF, Madrid, pp. 165 y ss.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N., VILA TIERNO, F. (2022). *Manual de Derecho del Trabajo*, Edición Comares, Granada, 20ª Edición, pp. 25 y ss.

¹⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. (1999). *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid.

difusión de las relaciones triangulares de trabajo¹⁸, etc.) y sobre todo el contencioso, siguen una técnica mucho más ortodoxa y operativa, con sus ventajas e inconvenientes, con sus virtudes y vicios jurídicos (lagunas, contradicciones). Ni antes ni ahora dedica la ley ni un instante a despejar mínimamente la duda dogmática, que podría ser operativa, ni quiere perderse en este “pantano conceptual” de acotar qué se entiende por “rama social del Derecho” o por “Derecho Social”, una categoría histórica y sistemática de una extremada dificultad para su aprehensión dogmática y normativa, incluso en ámbitos donde se usa con más frecuencia, como en el Derecho de la Unión Europea y que conoce una unidad competencial muy notable, a través del TJUE¹⁹.

No lo intenta siquiera, como decimos, la LRJS (menos aún el art. 9.5 LOPJ, que también recoge, más parcamente, esta fórmula enigmática). Entre otras cosas porque no habría acuerdo alguno, ni científico ni institucional, al menos si se pretende acotar de forma coherente y amplia, que no se puede agotar a la reducción dicotómica clásica: el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. El preámbulo de la LRJS ilustra claramente de esta contradicción entre lo generoso de la fórmula general y lo clásico de la técnica de listado. En él se acota esa rama social a al ordenamiento laboral en cuanto regulación especial de “un ámbito fundamental de las relaciones sociales, esencial para el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad”: las relaciones laborales y sus específicas necesidades de tutela. Sería esta singular necesidad de protección efectiva la que justifica “la especial configuración de la tradicionalmente conocida como rama social del Derecho. En definitiva, la norma aspira tanto a ofrecer una mayor y mejor protección a los trabajadores y a los beneficiarios de la Seguridad Social, fortaleciendo la tutela judicial en un espacio vertebrador de la vida social y económica”.

En consecuencia, reducida esa formulación a la tradicional división dual entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, la LRJS, más “humildemente”, también con más operatividad y concreción, dedicará el art. 2 (materias incluidas) y el art. 3 (excluidas) a listar y precisar qué es competencia del orden social y qué debe quedar extramuros del orden jurisdiccional social. Como es lógico, en unas inclusiones legales hallaremos más coherencia con esa fórmula amplia y en otras exclusiones enfrentaremos

¹⁸ Muy interesante, al respecto, en el plano del Derecho sustantivo, el monográfico recientemente publicado en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, dirigido por la profesora Margarita MIÑARRO YANINI, número septiembre-octubre, 2023.

¹⁹ MONEREO PEREZ, J.L - ORTEGA LOZANO, P.G. (2022). *Fundamentos del Derecho Social de la UE. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador*. Aranzadi, Pamplona.

decisiones más incoherentes. El resultado ofrece una imagen, a mi juicio, de distribución expansiva, sí, con vocación de vis atractiva por la especialización jurídico-social, pero, al tiempo, errática, pues aporta “una de cal y otra de arena” en esa pretensión de ser la jurisdicción unificada de lo social²⁰.

Esta visión crítica ha sido reconocida recientemente por quien mejor ha conocido el nacimiento, aprobación y desarrollo de la LRJS, como el gran magistrado que fue de la Sala IV D. Fernando Salinas Molina, “padre de la LRJS” y uno de sus mayores y mejores valedores para el desarrollo práctico de la misma. En este sentido, una vez que recuerda la clara voluntad legislativa de unificar en el orden social las competencias de la jurisdicción propias del orden jurídico-social, no le duelen prendas en reconocer que esa labor no pudo ser completa en el año 2011, tampoco posteriormente, pese a la vocación de integración que rezuma la LRJS. Asimismo, lo que en cierto modo puede servir de una cierta “autocrítica” (aunque el carácter colegiado y democrático de la producción de la sentencia hace que no todo lo que individualmente se concibe como el Derecho recto y justo pueda ser el Derecho jurisprudencial finalmente decantado, pues otros colegas tienen opiniones diferentes y forman mayorías, aunque siempre queden ilustrísimos votos particulares), denuncia la pervivencia de “criterios restrictivos” en la interpretación que el TS habría realizado de varios temas competenciales. Con ello se conservaría un ánima disgregadora, sobre todo con el orden contencioso, contraria a la pretensión legislativa y a las necesidades de efectividad de tutela de diferentes derechos sociales e intereses legítimos²¹.

De ahí, pues, que tanto la doctrina crítica científica como jurisdiccional coincidan no solo en la necesidad de promover reinterpretaciones del Derecho Legislado hoy en vigor, a través de una función de progreso del Derecho Jurisprudencial, en vez de la función reprobada de conservación jurídico-cultural²², incluso de resistencia evolutiva, sino

²⁰ Así lo criticaba recientemente el profesor MOLINA NAVARRETE, C. (2023). Capítulo 1. “Retos de la Jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización”. AAVV. *Retos de la jurisdicción en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro...* Ob. cit., pp. 28 y ss.

²¹ Vid. SALINAS MOLINA, F. (2023). “Epílogo. Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández - María Luisa Segoviano Astaburuaga - Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro...* Ob. cit., pp. 425 y ss.

²² Para esta tensión permanente en la producción del Derecho entre la función de progreso o de evolución y la de conservación o estabilización vid. POUND, R. (2004). *Las grandes tendencias del Pensamiento Jurídico*, Editorial Comares, Granada. Como afirma con rotundidad, una lección de toda la historia jurídica es la de que “El Derecho debe tener estabilidad y, sin embargo, no puede permanecer inalterable. Por ello,

también de nueva reforma legislativa. Esta visión crítica y dialéctica del reparto del mapa competencial del orden social en relación con los que más concurren, el contencioso en especial (precisamente por la expansión del Derecho Social hacia el empleo público y la persistente intervención pública en el Derecho del Trabajo -y de la Seguridad Social-), la hallamos apuntada, de nuevo, en el preámbulo de la LRJS. En tal sentido nos recuerda que el orden jurídico procesal social debe ser evolutivo (flexible) y estable (tradicional) al mismo tiempo, sujeto a principios de continuidad (seguridad jurídica) y de innovación (progreso).

Al respecto, explicita su voluntad legal tanto de continuidad en el diseño procesal social, para “respetar la evolución tradicional de nuestra legislación en este ordenamiento, evitando una reforma que pudiera distorsionar, siquiera mínimamente, el normal funcionamiento del mercado de trabajo”, cuanto la de avanzar en soluciones innovadoras, especialmente en el ámbito competencial, pues:

“No por ello se renuncia a introducir importantes mejoras que implican una estimulación de la jurisdicción para proyectarla como auténticamente social. Se modifica en consecuencia el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, que se amplía, racionaliza y clarifica respecto a la normativa anterior, lo que constituye la principal novedad”.

Emergería, así, la lógica de unificación o concentración en el orden social, por su mayor especialización, de conocimiento de:

“todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales”.

Una vez más, sin embargo, esta pretensión de mayor expansión de los contornos competenciales de la jurisdicción mediante la unificación de materias sociolaborales, hasta entonces disgregadas entre el social y el contencioso, termina acotándose de forma tradicional en el plano material (“ámbito laboral, sindical o en el de la Seguridad Social”), pero también contradictoria, desde el punto de vista de la teleología expansiva de la LRJS en aras de concentrar toda la rama social del Derecho en el orden social de la jurisdicción,

toda meditación en torno al Derecho ha tratado de reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y transformación.”, p. 5.

lo que no es solo una cuestión procesal²³. En este sentido, solo a título de ejemplo, y sin perjuicio de lo que se comentará con más detalle en los apartados siguientes, también en el próximo capítulo, el 2, podemos poner algunos ejemplos de la continuidad de estos vicios de disgregación competencial y contradicciones. Entre otros, podemos recordar:

- a) Que la pretendida -y deseable- especialización del orden social como jurisdicción de las relaciones profesionales por cuenta ajena, en sus pretensiones de índole individual y colectiva, con independencia de la naturaleza jurídica de su vínculo, solo se realizará en una materia, la de seguridad y salud en el trabajo, pero no en otras muchas materias (ej. tutela de derechos fundamentales, incluso colectivos, por lo tanto, claramente laborales, como la huelga y la libertad sindical -letra c) del art. 3 LRJS.). Algo tan sociolaboral como el Derecho colectivo, que tanto se aparta de la lógica de Derecho Administrativo, integrando un estatuto común de Derecho Profesional, queda extramuros en parte del orden social
- b) Peor aún, en ocasiones, la voluntad de evitar la disgregación competencial llevó a mantener el privilegio para las AAPP-empleadoras de conocimiento del orden social, por tratarse de temas conjuntos para el personal laboral y funcionarial. Sería el caso del art. 3 e) en relación con su art. 2 f) LRJS. Aunque la continuidad de “privilegios subjetivos” también se mantienen en otros ámbitos, como serían los conflictos entre asociados y mutualidades fijadas por Colegios Profesionales (art. 2 r) LRJS), ahora del orden civil
- c) El vicio de la disgregación persiste, encubriendo la perpetuación de recelo de la ley, que no es más que, como afirma la doctrina científica más crítica al respecto, la proyección de “fueros privilegiados estatutarios o subjetivos” (Molina Navarrete, C, 2023, pp. 31 y ss.), para diversas materias, como las huelgas en servicios esenciales para la comunidad (letra d) del art. 3 LRJS) o para la cotización-función recaudatoria (letra f), art. 3 LRJS), entre otras. Y desde luego, también en esta dirección, la persistente exclusión de las pretensiones litigiosas

²³ La LRJS es plenamente consciente, es importante anotararlo desde este momento, porque es muy importante para la lógica global que alienta esta tesis doctoral, de la estrecha relación que existe entre la asignación competencial y la garantía de efectividad sustantiva de la tutela judicial. No solo se busca eliminar el “vicio jurídico-social” del peregrinar de jurisdicciones, sino de promover la función tuitiva que subyace al principio social que conformaría estos sectores normativos ex art. 1.1 CE. Así, afirma: “*El objetivo último es conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía. Un marco que se articula a partir de la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica*”

en los regímenes de seguridad social especialísimos de clases pasivas (derechos reconocidos por el INSS²⁴, no en el Ministerio de Hacienda, como antes), y su régimen mutualista (MUFACE²⁵), siempre muy conflictivos, cuya evolución ha sido en los últimos años atormentada²⁶.

- d) La privación o exclusión para el orden social de una materia muy clara de orden social, ayer y hoy, aunque implique potestades público-administrativas, como la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria (art. 3 g) LRJS y art. 9.4 LOPJ), cuando bien sabido es que las prestaciones sanitarias conforman la acción protectora de la seguridad social (art. 41 TRLGSS). Históricamente esta exclusión se sumó a la anterior del personal estatutario de la seguridad social, sin duda todo un alivio para la jurisdicción social, dada la alta conflictividad de ese personal, pero toda una incoherencia para la credibilidad de esa imagen del orden social como jurisdicción especializada en lo “sociolaboral”. Un claro argumento fáctico -a mayores competencias, si no hay financiación adecuada, atribuyendo el número de personas y medios necesarios- condiciona hasta desmentirlo una razón jurídica -la atribución competencial según la coherencia normativa-.

Las ambivalencias y distorsiones no son cosas de LRJS en su formulación original solo, sino que ha permanecido hasta nuestros días, confirmando este vicio por “errática”, tan presente en los análisis más recientes y con mayor carga reflexiva y crítica, por lo que tampoco su propuesta de reforma legal garantiza una orientación de política del Derecho plenamente coherente. En efecto:

- a) de un lado, lo relativo y timorato del cambio legislativo hacia una visión del orden social como una suerte de jurisdicción plena no solo de la

²⁴ La Disposición transitoria tercera del Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, atribuye expresamente la competencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social para el reconocimiento de derechos pasivos y la concesión de las prestaciones de Clases Pasivas causadas en su favor o en el de sus familiares por el personal incluido en su ámbito de aplicación

²⁵ El Mutualismo administrativo gestiona un significativo número de prestaciones para la protección de un colectivo integrado por casi un millón y medio de personas. Sus prestaciones complementarias son:

- La asistencia sanitaria y la farmacéutica, complementaria de la anterior.
- Las Prestaciones sociales que incluyen, entre otras, el subsidio por incapacidad temporal o por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes o la prestación económica por gran invalidez.

Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. et alii (2021). *Manual de Derecho de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, Madrid, pp. 616 y ss.

²⁶ Recuérdese que el Real Decreto-ley 15/2020 trasladó la gestión desde Hacienda al Ministerio de Seguridad Social, si bien fue declarado inconstitucional por la STC 111/2021, de 13 de mayo, por hacerse a través de una ley de urgencia sin habilitación para ello al no concurrir causa extraordinaria.

seguridad social (con las distorsiones y reliquias del pasado recordadas), sino también de la protección social, como las prestaciones de dependencia (letra o) art. 2 LRJS,), quedó expresado en varias disposiciones. Primero, la dilatación de este proceso de transferencia (DF 7ª, 2 LRJS), incluso tras la reforma por Ley 18/2021, de 20 de diciembre. Segundo, la persistencia de exclusión, como cláusula de cierta, de la asistencia social pública al orden contencioso en la letra 3, f) LRJS

- b) De otro, más recientemente, esa voluntad de ampliación y racionalización de las competencias del orden social en la LRJS contrasta con la reciente derogación de la letra d) del art. 148 LRJS (procedimiento de oficio para el reconocimiento de la relación laboral en caso de Actas de Liquidación).

Sin entrar, ahora, en más detalles en este apartado de planteamiento global del enfoque de este capítulo y de su sentido o razón de ser en esta tesis doctoral, pues requiere algún análisis más detenido, aunque limitado para no dispersar el objeto central de este estudio, creemos que ha quedado clara la necesidad de una reflexión y revisión profundas del estado del arte legislativo e interpretativo actual en materia de mapa competencial del orden social jurisdiccional. Ciertamente, con carácter general, en una multiplicidad de materias vinculadas directamente a esa rama social del Derecho, pero también, y especialmente, por lo que aquí más interesa, en relación con el conocimiento de las pretensiones del personal de empleo público, en el ámbito profesional (condiciones de empleo y de trabajo) y en el ámbito de la protección social (condiciones de seguridad jurídica y acción social), para la que el orden social tiene vocación de jurisdicción especializada, única y plena. Para intentar acreditarlo, en particular a través de las lecciones que derivan de la experiencia más relevante en tal sentido, la atribución de competencia plena en materia preventiva de riesgos laborales, dedicamos esta tesis, como se apuntó en la introducción.

2. Una doble evolución augurada de la “rama social del Derecho”: El Derecho del Trabajo como Derecho (común) de la Actividad Profesional y el Derecho de la Seguridad Social como Derecho (común) de la Protección Social.

2.1. Efectividad de la tutela y distribución competencial ¿unificación del orden social como jurisdicción única y plena del Derecho del Trabajo Decente?

2.1.1. ¿Es neutral la ley atributiva de competencia al orden social o cumple una función compensatoria al igual que toda norma procesal social?

Hemos visto cómo, a fin de tratar de avanzar hacia un estado normativo y práctico de mayor coherencia entre la delimitación genérica y abstracta de la competencia judicial del orden social, esa fórmula tan sugerente como difusa de “la rama social del Derecho”, y la asignación concreta de materias competenciales, los títulos de inclusión cognitiva (art. 2) y de exclusión (art. 3) LRJS, uno de los objetivos principales de la LRJS fue clarificar y ampliar, racionalizándolo, el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social. El principio informador y conformador de esta línea de política del derecho competencial jurisdiccional sería doble:

- 1) Uno claramente procesal, el de coherencia del reparto competencial jurisdiccional con la mayor especialización material, garantizando el conocimiento por el orden que disponga de la formación más completa de la “materia social”.
- 2) Otro también procesal, pero con una importante deriva sustantiva: la asignación competencial al orden social supondrá también, al tiempo, disponer del marco más adecuado procesalmente para garantizar la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimo objeto de tutela de conocimiento.

De este modo, la LRJS traducía una idea muy significativa y es la de no atribuir a esta cuestión del reparto o distribución competencial solo una finalidad descriptiva, técnica (enfoque de neutralidad del orden social competente para la efectividad de la tutela judicial ex art. 24 CE), sino también prescriptiva y axiológica, de utilidad práctica, porque esa atribución también constituye una garantía de efectividad de la tutela judicial misma y, en consecuencia, no es una regla completamente neutral la de atribución competencia a un orden u otro.

En consecuencia, la atribución al orden social por la LRJS de mayores competencias (en detrimento del orden contencioso, sobre todo, según preveía el art. 3.3 TRLPL; pero

también del orden civil) cumpliría la misma función compensatoria que la propia norma procesal en general y en coherencia con la función compensatoria de la norma sustantiva, como asumió temprano el TC (ej. STC 3/1983, 25 de enero). No pareciera compartir esta visión, sin embargo, la STC 145/2022, de 15 de noviembre, ya citada en la introducción de esta tesis. Tampoco la sala contenciosa del TSJ Madrid, que planteará la cuestión de inconstitucionalidad.

Como se anticipó, entre los argumentos usados por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la DF 20ª de la LPGE para el año 2022, que añadía una letra f) nueva al art. 3 LRJS²⁷, excluyendo del orden social “los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre...”, está:

- 1) el rechazar que la medida sea un “complemento necesario para la mejor ejecución del presupuesto como argumenta la abogacía del Estado”²⁸, al quedar extramuros de la política económica (por lo que la LPGE no es materialmente adecuada para esta reforma, no es ni contenido esencial ni eventual de estas leyes especiales).
- 2) el negar igualmente que: “*para resolver los eventuales conflictos en la ejecución de la oferta de empleo público de personal laboral no tiene que llevar aparejado*”

²⁷ El TC estima una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por la Sala contenciosa del TSJ Madrid a propósito de un recurso contencioso-administrativo por un grupo de personas contra la Orden 481/2021, de 13 de octubre, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, por la que se convocan pruebas selectivas del proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal del personal laboral para el acceso a plazas de la categoría profesional de técnico de mantenimiento (grupo III, nivel 5, área B) de la Comunidad de Madrid. La Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común de diez días, pudieran formular alegaciones sobre la posible falta de jurisdicción de la Sala para conocer del recurso. Tanto el Ministerio Fiscal como las respectivas representaciones procesales de la parte actora y de la administración demandada interesaron que la Sala mantuviera el conocimiento del recurso, basándose en la reforma operada en el art. 3 LRJS, por la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre (LPGE/2022). A juicio de la Sala madrileña, que decide presentarla, tras abrir incidente de falta de jurisdicción, pese al rechazo de las partes, la reforma es determinante para la resolución del asunto controvertido, dudando de su constitucionalidad, por no ser materia propia presupuestaria, ni esencial ni eventual, y “porque la modificación podría vulnerar el principio de seguridad jurídica habida cuenta que afecta a normas de «Derecho codificado»”.

²⁸ Para la Abogacía del Estado la norma procesal cuestionada sí tendría una conexión directa con la ley de presupuestos, por cuanto sería una garantía procesal para facilitar la ejecución presupuestaria, “dotando de seguridad jurídica a la previsión de gasto público ligada a la oferta de empleo público –dirigida a facilitar la reposición del personal al servicio de las administraciones públicas– y evitando que dicha ejecución se vea limitada o impedida por la generación de conflictos judiciales derivados de las dudas sobre la atribución de jurisdicción para el conocimiento de los recursos contra los actos preparatorios de la oferta del personal laboral”. En consecuencia, la garantía de conocimiento del orden contencioso, sin duda de ningún tipo, excluyendo al orden social, sería una medida coadyuvante en el tiempo a la ejecución presupuestaria de la oferta de empleo público en relación con el personal laboral (ej. reglas para la cobertura de plazas de personal sanitario (STC 203/1998, de 15 de octubre, FJ 5)].

*un incremento de gasto público o la dotación de una nueva partida, ni, al contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos*²⁹.

Dejemos de lado ahora -volveremos sobre el tema en el último apartado del este capítulo, y en el capítulo 2, por resultar más pertinente en tales ámbitos-, si se trata de una norma de clarificación competencial (regla de atribución competencial declarativa³⁰), por ser una concreción de la doctrina de los actos separables, por lo que la reforma legal no crearía Derecho nuevo alguno, o una norma innovadora en el reparto competencial precedente (regla constitutiva de atribución competencial), por lo que alteraría el estado del arte interpretativo actual. Aquí bastará con dos observaciones:

- a) reprobamos que el TC refleje una visión un tanto formalista, excesivamente confiada en que las reglas de atribución de competencia son neutrales desde el plano de la efectividad de los fines e intereses ordenados por la norma sustantiva afectada y tendrían una función institucional de organización del trabajo jurisdiccional, pero sin ser determinantes para inclinar la balanza de la justicia en una dirección u otra de política jurídica. Como se verá, este caso es una evidencia de que no es así, de que la ley tenía una clara intencionalidad de cambiar el statu quo judicial precedente, muy convulso
- b) En relación con esta segunda observación, veremos que la posición favorable de la Sala de Conflictos del TS al orden social en estos casos trae como razón básica o principal la postulada vocación de la LRJS de reordenar la distribución previa de competencias entre el orden social y el contencioso, a favor de aquél³¹.

Justamente, como también reconociera el preámbulo de la LRJS era una cuestión que estaba pendiente de racionalización desde 1998 (pero circunstancias posteriores evitaron el desarrollo previsto). Una necesidad de racionalización del sistema de distribución de las competencias jurisdiccionales a favor del orden social, en coherencia con su ámbito

²⁹ La Sala contenciosa del TSJ Madrid recuerda que el tema excede con mucho de los criterios económico-financieros típicos de las normas presupuestarias, para adentrarse en un tema institucional y constitucional, como es el correcto ejercicio del Poder jurisdiccional.

³⁰ Para los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid la disposición cuestionada no realizaría propiamente una modificación del ordenamiento jurídico sustantivo aplicable, sino aclaratoria o confirmatoria de la regulación procesal aplicable y de la jurisprudencia tradicional en la materia. El error de planteamiento es craso, como veremos en el capítulo 2, pues la Sala de Conflictos de Competencia de Jurisdicción del TS sostuvo todo lo contrario y en virtud de la aplicación de la voluntad de la LRJS de variar la situación precedente

³¹ En este sentido, hay que tener en cuenta que existe un concreto criterio jurisprudencial establecido por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS [ATS de 12 de febrero de 2020, cuestión de competencia 13/2019 y de 17 de febrero de 2021, cuestión de competencia 30/2020]

material, que también vendría derivada de la praxis jurisdiccional, reconociendo cierta desventaja o vulnerabilidad aplicativa del orden social. Y ello porque:

“a pesar de su razonable funcionamiento, no estaban siempre en condiciones de asegurar la tutela judicial efectiva en un tiempo razonable y con respeto al principio de seguridad jurídica”.

Emergería aquí, en la propia visión legislativa la correlación entre la norma legal que atribuye o redistribuye competencias jurisdiccionales y la propia efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos protegidos, no ya solo para garantizar que se respete el principio de certeza jurídica y previsibilidad, tanto de la jurisdicción natural como de la solución razonablemente confiable. Y en su base empírica está la deficiente protección ofrecida por la Sala Social del TS en una materia tan relevante como la tutela integral y efectiva frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo España, en aquel tiempo, y sigue siéndolo, lamentablemente, uno de los países con unas tasas de siniestralidad laboral más elevadas de Europa. Aquel vicio jurídico de peregrinar de jurisdicciones aludido en el propio preámbulo traía causa no solo de la disgregación del conocimiento jurisdiccional en la práctica, sino del extremo retraso de la jurisdicción social respecto de la tutela que ofrecía la sala civil, más que en tiempo en intensidad de la protección (ej. pírricas cuantías indemnizatorias).

No podemos entrar ahora en un tema tan relevante, por estar parcialmente superado y por tener su ubicación en los capítulos 3 y 4, pero conviene advertirlo ya. El interés de este tema no es puramente histórico, sin embargo, pues, como bien sabemos, y el TC nos está evidenciando continuamente, vivimos un momento de justicia dilatoria social, al menos en determinados niveles jurisdiccionales, en ciertos territorios y para algunos de los temas de mayor significación para la efectividad de la tutela de los derechos sociales y laborales, también de gestión económica de las empresas. Consecuentemente, un nuevo elemento de facto (el retraso en la justicia social) podría condicionar negativamente el nuevo proceso debido de “modernización de la justicia social” (Molina Navarrete, C., 2023, pp. 25 y ss.), también en el reparto de competencias. Sin agilización carece de sentido la ampliación competencial, viene a decir la LRJS, adquiriendo hoy actualidad.

2.1.2. “Modernización” de la justicia social mediante la reconexión entre lo sustantivo y la procesal: corregir las disfunciones, mejorar la efectividad de la protección del “estándar de trabajo decente”.

La LRJS era, pues, muy consciente de la necesidad de modificar el reparto previo de competencias jurisdiccionales, pero un doble orden de razones. De un lado, en el plano institucional, para corregir las notables disfunciones de ordenación y funcionamiento del sistema de distribución competencial jurisdiccional. Estamos más bien en su faceta orgánica e institucional, en aras de los principios de coherencia y de seguridad jurídica

De otro, y sobre todo, para la mejora de las garantías procesales de efectividad de la tutela judicial de un sistema de derechos de las personas trabajadoras (y beneficiarias), atendiendo al debido equilibrio con las razones de la empresa (y de equilibrio financiero del sistema de seguridad social), que no tienen solo un rango constitucional, sino que se era cada vez más consciente de que integran un sistema multinivel de protección de derechos fundamentales humanos. La necesidad de racionalización legal de la previa distribución competencial en la “rama social del Derecho”, en una dirección muy concreta teleológicamente, la concentración en el orden social, perseguí una “modernización” del orden jurisdiccional en coherencia con la evolución del Derecho sustantivo, en aras de los principios de socialización del Derecho del Trabajo, individual y colectivo, así como de la progresiva universalización de los derechos de seguridad social, progresando en la efectividad de su tutela judicial (art. 24 CE). Por supuesto, no olvida la LRJS, ni se debe, el impacto más favorable en el “funcionamiento eficiente del sistema socioeconómico”.

Pero esa “universalización de los derechos sociales y laborales” presentaba cada vez una dimensión mayor, a raíz de la creciente institucionalización de estándares de origen internacional vinculados a la dignidad de las personas trabajadoras, como el estándar del trabajo decente y su integración de una amplia gama de derechos, no solo laborales, sino también de protección social, además de los derechos de autotutela colectiva. Derechos para los cuales un elemento principal de garantía no residía en el vínculo jurídico asumido formalmente por la relación de empleo, sino más bien en otros títulos jurídicos mucho

más amplios, como la condición de ciudadanía social o de persona³². Ahora bien, siendo todo ello importante, no era ni suficiente ni completamente coherente.

No podemos compartir, pues, la expresada visión optimista, incluso altamente complaciente, del preámbulo. En su virtud, se consideraba que la LRJS debía entenderse a modo de un “punto final”, de modo que con esta racionalización competencial se habría cerrado el:

“proceso de maduración del proceso social iniciado por la Ley de 1908 y continuado por el Texto Refundido de 1995, como jurisdicción con competencia unificada para conocer todos los litigios sobre materias sociales”.

Nada más alejado de la realidad, rezumando tan radical, como errada, afirmación un extremado exceso de confianza normativista, ajena por completo a las debidas dosis de realismo jurídico que siempre son necesarias para comprender la experiencia jurídica³³.

Como ya vimos en palabras de uno de los principales artífices de la LRJS (Fernando Salinas Molina, 2021, 2023), en realidad, la LRJS, ni en su texto normativo ni en su interpretación habría podido cerrar o culminar ese círculo, quedando incompleto el proceso, por diversos motivos y resistencias. Éstas, por lo tanto, exigen una doble intervención jurídica racionalizadora del reparto jurisdiccional competencial y de una suerte de “segunda modernización competencial” (Molina Navarrete, C., 2023), a través de la reforma legislativa y también de nuevas reinterpretaciones jurisprudenciales, a la luz de esa vocación de reconexión entre lo sustantivo (la creciente universalización y expansión de los derechos laborales, como profesionales, y de seguridad social, como de protección social). La pretendida -normativamente- uniformidad no es ni mucho menos un proceso normativo acabado, sino que mantiene notables insuficiencias, cuando no, en el estadio actual, legal e interpretativo, contradicciones, además de lagunas jurídicas. En

³² Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. CES, Madrid. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L. (2018). *El trabajo decente*. Comares, Granada.

³³ El Derecho tiene un indudable carácter institucional como sistema jurídico, compuesto tanto por normas de conducta como normas de organización, incluyendo normas de competencia de diferente signo. Ahora bien, no puede relegarse la caracterización del Derecho como “un fenómeno social” y, por lo tanto, requiere de una dimensión comprensiva normativa y otra más realista, debiéndose resaltar una cierta primacía de lo social en la lógica institucional del sistema jurídico. Vid. ROSS, A. (2005) *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, pp. 63. Para las tensiones constantes, concretadas en vicios jurídicos (incoherencias, lagunas, contradicciones, disgregaciones competenciales, etc.), entre el Derecho como norma y el Derecho como hecho jurídico vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y garantías...* Ob. cit. pp. 25 y ss.

consecuencia, el proceso de unificación de la jurisdicción propia de la rama social del Derecho, conforme a su comprensión evolutiva sustantiva, debe seguir avanzando.

2.2. El lento y equívoco caminar de la rama social del Derecho hacia un Derecho de la actividad profesional: tímidos avances, importantes “desmentidos”.

2.2.1. Persistentes recelos de la LRJS a expandir la competencial del orden social a temas “laboral-profesionales” en el empleo estatutario.

Por un lado, esa predicada unificación competencia de toda materia social no se halla ni siquiera en materia del trabajo por cuenta ajena, salvo que, en efecto, se mantenga una visión muy estricta, técnico-jurídica, de “laboral” (trabajo asalariado contractual). Pero, como ilustra perfectamente, de ahí que haya sido elegida como la materia referencial para el razonamiento argumental esencial sobre el que se edifica esta tesis doctoral, la temática de la seguridad y salud en el trabajo, esa dimensión de “lo laboral”, en el actual marco de protección multinivel de los derechos sociales fundamentales, incluidos los laborales, nos presenta una dimensión más extensa, en línea con su equivalencia a “lo profesional”³⁴. Una proyección más extensa y universalista de los derechos laborales clásicos que no se agotan en el ámbito de la seguridad y salud, sino que va más allá, sobre todo por la muy notable influencia del Derecho Social de la UE y la activa jurisprudencia del TJUE (ej. en materia de contratación temporal).

La LRJS solo capta esa tendencia hacia lo laboral como profesional de forma plena y coherente, sin perjuicio de algunas limitaciones, en la concentración en el orden social de todas las cuestiones litigiosas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, unificando la competencia jurisdiccional respecto de todas las cuestiones y sujetos concurrentes en la producción del daño sufrido por la persona trabajadora, incluyendo la dimensión de tutela

³⁴ En la dirección marcada hace tiempo por los grandes maestros de la disciplina del Derecho del Trabajo, como Gaspar Bayón, Gerard Lyon-Caen, etc. Incluso más recientemente SUPLOT, A. Muy interesante las reflexiones y debates al respecto en AAVV. (Dir. Alain Supiot-María Emilia Casas Baamonde). (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant Lo Blanch.

preventiva, por supuesto. en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. Muy interesante la llamada que hace la LRJS a la identificación con lo que se pedía en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), al tiempo que refuerza su argumentación con el consenso científico.

Volveremos sobre todo esto en los capítulos 3 y 4, parte central de esta tesis doctoral, a fin de evidenciar cuánto se ha avanzado, pero también las dificultades para ello. Ahora solo conviene recordar que hoy existe otra Estrategia, la 2023-2027 y en ella lo preventivo se predica más allá de lo previsto en el LRJS

Insiste la LRJS en esa directa conexión entre la mejora de la efectividad de la tutela de un tema social y su asignación al orden jurisdiccional social, contradiciendo así a la comentada doctrina constitucional, que deja la cuestión competencial solo en una decisión institucional neutra desde la efectividad y eficacia de la protección. El preámbulo es claro:

“Modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, al tiempo que proporciona un marco normativo que garantice la seguridad jurídica”.

En esta línea, entre los muchos pronunciamientos recientes, podríamos citar el ATS, 4^a, de 17 de enero de 2023 (reconoce la competencia del orden social para conocer de una reclamación de daños y perjuicios en materia de prevención de riesgos laborales). Sin perjuicio de lo que se verá con más detalle en los capítulos centrales de la tesis, el RCUJ resuelto por el citado Auto confirma, por falta de contradicción, pero también por falta de interés casacional, al estar consolidada la competencia social en la jurisprudencia, la STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2022, en la que, con estimación del recurso deducido por la trabajadora recurrente (la instancia social declinó, de forma incomprensible, a mi juicio, la competencia social), asume la competencia para conocer del asunto. En la demanda se reclamaba una indemnización de daños y perjuicios al SERMAS (su empleadora) y al Ministerio de Sanidad (por ostentar el mando único en materia de asistencial y sanitaria) por el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales en el lugar del trabajo frente al COVID 19 y a la SHAM como aseguradora en materia de prevención de riesgos laborales³⁵.

³⁵ La sala de suplicación, en contra del parecer del Juez a quo, y con apoyo y parcial reproducción de la STS de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/20), asumirá la competencia en virtud de la letra e) del art. 2 de la

Precisamente, esa unificación, como también veremos con cierto detalle en el capítulo 3, se produce en el ámbito de las relaciones colectivas ligadas a la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, como ya apuntábamos, no sucederá así con otros ámbitos con la misma expansión que la materia preventiva y claramente laboral, como la colectiva, pese a que la normativa internacional reguladora y garantista cubre el ámbito funcionarial como si de “personas trabajadoras” (contractuales) se tratara. Si la unificación aquí brilla por su ausencia, lo que destaca es el persistente recelo hacia la jurisdicción social

En efecto, de un lado, ya vimos que sigue reservando el conocimiento de todo tipo de cuestión sobre la protección de los derechos fundamentales, también los colectivos, del empleo público estatutario (o funcionarial) al orden contencioso (art. 3 c) LRJS³⁶). De otro, la unificación cuando desarrollan regulaciones colectivas mixtas o conjuntas van al orden contencioso (art. 3 e) LRJS)³⁷.

2.2.2. La desconfianza de la Administración Pública respecto del orden social: el ejemplo de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad.

Desbordando el ámbito de las relaciones de trabajo público-funcionarial, porque puede afectar también afecta al personal laboral, pero claramente inmerso en esta visión más amplia del Derecho del Trabajo como Derecho común de la Actividad Profesional, más en su dimensión colectiva, de especial transcendencia, de ahí el comentario algo más detenido, es la incomprensible situación del conocimiento de las disposiciones relativas **a los servicios mínimos como garantía de los intereses generales en las huelgas**

LRJS. También se ancla en el precedente del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS 12/2019, 6 de mayo (conf. 22/2018), que declara la competencia de la jurisdicción social porque la demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE, invocaba la legislación de prevención de riesgos.

³⁶ Esto es, la pertinaz exclusión: “c) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos, personal estatutario de los servicios de salud y al personal a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 1 del ET”. Este favor por el orden contencioso administrativo es constante, en un gran número de situaciones. Por ejemplo, la STS, 4ª, 183/2023, de 9 de marzo considera que la impugnación de un Informe preceptivo de una Consejería en el marco de un proyecto de un convenio colectivo que afecta a determinado personal al servicio del sector público no es pretensión que deba resolver la jurisdicción social, sino la contenciosa

³⁷ “e) De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, EBEP, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral...”

declaradas en servicios esenciales de la comunidad. Al igual que la LOLS, también la configuración constitucional del derecho de huelga haría del orden social la jurisdicción natural del control del adecuado ejercicio del derecho de huelga, cualquiera que fuese el sector de actividad económica en el que se desplegara. Pues bien, pese a la atribución al orden social del conocimiento de la impugnación de los actos administrativos en materia sociolaboral (salvo que tengan carácter de disposición general), debe recordarse que sigue siendo el orden contencioso-administrativo el que conoce (art. 3, letra d) LRJS).

Las críticas a esta persistente exclusión ya fueron formuladas por los interlocutores sociales, especialmente sindicales, a través de los votos particulares emitidos en el Informe del Consejo Económico y Social (CES). Sin duda, los sindicatos eran plenamente conscientes de que la atribución competencial al orden contencioso no era una decisión de pura organización institucional del trabajo jurisdiccional, sino que tenía un impacto directo e inmediato en el nivel de efectividad de su tutela, convirtiéndose más en dificultad u obstáculo que en salvaguarda. Como defendiera un sector doctrinal-judicial muy cualificado, se trata de una “vieja aspiración del iuslaboralismo”³⁸, que hoy no tiene más fundamento que el recelo de la Administración para con el orden social. El poder gubernativo en sentido puro se aferra no diría, por supuesto, a una expresión de la vieja “inmunidad del poder público”, porque no sería adecuado ni correcto, dado que el orden social es un control judicial, pero sí una expresión de la presencia de “privilegios de fuero” (Molina Navarrete, C., 2023; Fernando Salinas Molina, 2021³⁹).

Con el tiempo, la ineffectividad que envuelve la cuestión de la tutela judicial para los servicios esenciales lo ha corroborado. En consecuencia, no solo es incoherente con la jurisdicción natural del derecho de huelga, el orden social, sino disfuncional para su efectividad, sin que se pueda justificar por la interacción de intereses generales con los laborales, pues esa interacción solo significa que estaríamos ante una materia netamente social. Qué mejor que el orden social para lograr el adecuado equilibrio entre todos ellos. Pero es que, además, queda clara su disfuncionalidad, en la medida en que perpetúa otra dimensión del vicio de disgregación competencial, que dice perseguir erradica, porque se

³⁸ Vid. AGUSTI JULIÁ, J. (2023). “Capítulo 9. La impugnación de los actos administrativos... Ob. cit. p. 178

³⁹ SALINAS MOLINA, F. (2021). Reflexión general sobre los extremos esenciales de la LRJS susceptibles de reforma. Especial referencia a los contenidos en el ALMEP. Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, 38. Ampliamente también en MONEREO PÉREZ, J.L.-GONZÁLEZ DE PATTO, R. y TRIGUROS MARTÍNEZ, L.A. (2013). La Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Editorial Comares, Granada.

abre a pronunciamientos contradictorios en más de una cuestión que pueda suscitarse en un escenario tan complejo y conflictivo como en de una huelga en los servicios esenciales de la comunidad.

2.2.3. Pequeñas aperturas, pero acotadas, al mundo profesional “autónomo” (solo el económicamente dependiente).

Ciertamente, en esta dirección que pretende ir, tímida o parcialmente, y en todo caso con equívocos, hacia un Derecho Social del Trabajo “más allá” del asalariado en un sentido estricto, para apuntar, aún de lejos, a un “Derecho de la Actividad Profesional”⁴⁰, hay que recordar, como hacía no hace demasiado la STS, 4ª, 731/2022, 14 de septiembre: *“que de conformidad con el artículo 2 d) LRJS, la jurisdicción social es competente para conocer de las cuestiones litigiosas que promuevan los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE), incluidos los litigios mencionados en el artículo 2 b) LRJS, precepto cuya infracción denuncia el presente recurso...”*.

Eso sí, de inmediato advierte y precisa que tal previsión no se:

“extiende por la LRJS a los trabajadores autónomos que no son económicamente dependientes [incluidas las cuestiones colectivas -acuerdos de interés profesional-]. En el presente supuesto, no ha quedado acreditado, y ni siquiera se ha alegado, que el fallecido fuera trabajador autónomo económicamente dependiente, sino que era trabajador autónomo” (FJ Tercero, punto 3).

No deja de tener un interés más general esta sentencia y el asunto del que conoce, que desestimaré por falta de contradicción. La cuestión que se planteaba en era la de si la jurisdicción social es competente para conocer de la reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por quien era un trabajador autónomo (RETA). El accidente de trabajo mortal se produjo cuando prestaba servicios para una empresa.

La situación de externalización y triangulaciones relacionales es prototípica. Esta empresa -principal- había encomendado la dirección facultativa de la cantera a una ingeniera técnica de minas, adscrita a la empresa Cestema Ingeniería, S.L. La promotora

⁴⁰ Se apunta también en MONEREO PÉREZ, J.L. -MOLINA NAVARRETE, C. -MORENO VIDA, M.N. -VILA TIerno, F. (2022). *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada

suscribió un contrato denominado "Contrato de Operador" con la empresa Construcciones Ángel Oller, S.L., para que esta entidad realizara las labores de desmonte para la seguridad de la cantera, habiendo subcontratado Construcciones Ángel Oller, S.L., dichos trabajos de desmonte con el trabajador autónomo fallecido.

La esposa e hijos del finado demandaron ante los juzgados de lo social a todas las entidades intervinientes en el proceso profesional (empresas Mármoles Camar, Cestema Ingeniería, Construcciones Ángel Oller, así como la ingeniera técnica de minas y sus respectivas compañías aseguradoras). En la conciliación previa al juicio, como suele ser muy usual, los herederos alcanzaron un acuerdo con parte de los codemandados, en virtud del cual las compañías aseguradoras de Mármoles Camar, Cestema Ingeniería y de la ingeniera técnica de minas se comprometieron a abonarles 197.466,67 euros en concepto de indemnización más 50.000 euros en concepto de intereses de demora, que incluyen los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) y los intereses regulados en el artículo 1108 del Código Civil.

El acuerdo se alcanzó sin perjuicio de continuar la acción entablada frente a la mercantil Construcciones Ángel Oller, S.L. y su compañía aseguradora (Mapfre) por el resto de principal reclamado en demanda por la suma de 98.733,33 euros y los intereses moratorios que correspondiesen. En el acto del juicio la pretensión se dirigió frente a los únicos demandados de los que no se había desistido (Construcciones Ángel Oller, S.L., y su compañía de seguros, Mapfre) por la cuantía de 98.733,33 euros más los intereses del artículo 20 de la LCS.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a Construcciones Ángel Oller, S.L. y a Mapfre a abonar a los actores la cantidad de 98.733,33 euros. En ella se rechazó que Mapfre tuviera que ser condenada a abonar los intereses del artículo 20 de la LCS. Contra esta sentencia se presentó recurso de suplicación, pidiendo tales intereses. La sala de suplicación social de Granada estimó incompetencia de jurisdicción social, revisándolo de oficio⁴¹. La STSJ

⁴¹ Como recuerda la STS 1107/2021, 10 de noviembre, a diferencia de la competencia funcional y la internacional, respecto de la competencia material, la Sala IV exige el cumplimiento del requisito de la contradicción entre la sentencia recurrida y la referencial para la viabilidad del RCUD. La razón -nos dice- es que se trata "de una cuestión cuya solución no depende de la sola aplicación de unos preceptos procesales como en el supuesto anterior (relativo a la competencia objetiva) sino de consideraciones fácticas que necesitan de sentencias contradictorias para su posible solución". Por lo tanto: "*hay diferencias esenciales entre la competencia material, que está íntimamente conectada con el fondo del asunto; y las competencias*

de Andalucía, sede de Granada, 1539/2019, 13 de junio de 2019 entendió que la competente es la jurisdicción civil, absteniéndose de entrar a conocer del fondo del asunto, con reserva expresa a los actores de las oportunas acciones, y declarando la nulidad de todo lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda.

En fin, pareciera aquí que “la avaricia...”, o quizás la celosa convicción de estar en posesión del derecho pleno.

Muy interesante es también el relato de hecho de la sentencia referencia, que tuvo un itinerario procesal inverso al de la sentencia recurrida, pero que, como en ella, expresa las dudas competenciales y la necesidad de un notable esfuerzo procesal por parte de las personas perjudicadas por daños profesionales para llegar a obtener una tutela judicial con mínima calidad y efectividad.

La sentencia referencial fue la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 30 de septiembre de 2014 (recurso 6274/2012). En el supuesto de esta sentencia de contraste, el representante legal y gerente de la empresa Irsovalor, S.L., falleció a raíz de un accidente de trabajo. La empresa -cómo no- había subcontratado con otra la colocación de unos paneles de aislamiento plástico de metacrilato en la Variante Este que rodea el casco urbano de Caldas de Reis. Esta empresa era también la adjudicataria de las obras de la variante de Caldas de Reis CN-550 de A Coruña a Tuy, siendo la contratista Caldas UTE formada por Copasa y Sánchez Lago. El traslado de los materiales, sin embargo, correspondió al representante legal y gerente, que condujo el camión en el que tuvo el accidente mortal.

En este complejo, y de resultado luctuoso, escenario, de nuevo, la esposa demandó a todas las empresas implicadas y a las personas físicas (coordinador de seguridad y el encargado de obra), así como a las compañías aseguradoras. La sentencia del juzgado de lo social declaró la incompetencia de la jurisdicción social, pero en suplicación se revocó, estimándose el recurso y declarando la competencia del orden social.

Aunque la Sala casacional asume que existen similitudes notables entre ambos casos, concluye que hay dos diferencias que determinan la no superación del -duro- juicio de

internacional y funcional, que no lo están. El examen de estas últimas es diferenciable del examen del fondo del asunto. Por el contrario, el examen de la competencia material es indistinguible del examen del fondo...”

contradicción. Nos interesa aquí la primera, por ser “muy relevante”, y que la Sala IV del TS sintetiza así:

“en el supuesto de la sentencia recurrida, el fallecido era un trabajador autónomo persona física, mientras que el fallecido en el supuesto de la sentencia de contraste era el gerente y representante legal de la empresa para la que prestaba servicios. Esta importante diferencia permite explicar que la sentencia recurrida entienda que la jurisdicción social no tiene competencia para conocer de una demanda relacionada con el accidente de trabajo sufrido por un trabajador autónomo persona física...”.

A estos efectos, con buen criterio, la Sala IV recuerda que no estamos ante un tema estrictamente laboral, sino prestacional, de seguridad social, o de responsabilidad civil por daños profesionales. En consecuencia, habría que estar a la inclusión de las personas que actúan como administradores societarios con funciones retribuidas de dirección y gerencia, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, en el RGSS si se dan los requisitos del artículo 136.2 c) LGSS (en el RETA, si se dan los requisitos del artículo 305.2 b) LGSS). En este asunto, la sentencia de contraste, aunque desliza una reflexión sobre la condición profesional de “socios trabajadores”, recordando que no está ante una relación de trabajo por cuenta ajena, sí que sitúa el fundamento de la pretensión en un accidente tenido como “trabajador de la empresa”.

Y es aquí donde el TS realiza una muy interesante afirmación jurídica, aunque no sea a modo de *ratio decidendi*, pero sí con cierto peso, en virtud de la cual:

*“No está de más recordar, en esta misma dirección, que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión (por ejemplo, las SSTJUE 9 de julio de 2015, C-229/14, y 5 mayo 2022, C-101/21), el concepto de trabajador de determinadas Directivas comprende a los administradores y directivos, sin que sea necesario realizar ahora mayores precisiones”*⁴².

Precisamente, al hilo de esta doctrina jurisprudencial, en principio correcta en el actual estadio evolutivo del sistema normativo, cabe hacer algunas reflexiones que ponen de relieve sus debilidades e incoherencias con el actual “sistema multinivel de protección de derechos fundamentales” de las personas trabajadoras, y, por lo tanto, las necesidades de revisión, legislativa e interpretativa. En primer lugar, hay que poner de relieve cómo,

⁴² Vid. MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). “El concepto de trabajador”. En AAVV. *Derecho Social de la Unión Europea...* Ob. cit. pp. 201-220.

pese a la advertida voluntad legislativa de hacer del orden social la jurisdicción única en materia de accidentes de trabajo, por su especialización, la exclusión de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las personas trabajadoras autónomas, que gozan ya de esa protección, en términos no idénticos, pero sí convergentes, con los daños profesionales “laborales” (personal asalariado) queda claramente desmentida.

En segundo lugar, conviene igualmente recordar que, como expresa la vigente ESST, la de los años 2023-2027⁴³, el trabajo autónomo integra uno los colectivos vulnerables respecto de los que se pretende avanzar en una mejor protección de riesgos profesionales. En este sentido, en el Objetivo 4, Línea de actuación 2, se puede leer:

“Se analizarán y modificarán, si procede, las disposiciones legales aplicables a las personas trabajadoras autónomas tanto en la LPRL como en la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo en lo que se refiere a la coordinación de actividades empresariales para mejorar el desigual marco de la coordinación entre las personas trabajadoras por cuenta ajena y propia, teniendo en cuenta las diferentes tipologías de estos últimos (con o sin trabajadores/as a su cargo, autónomos económicamente dependientes, etc.).”

Asimismo, y con el objetivo de lograr una protección de salud equiparable: “...se analizará la conveniencia de modificación de la LPRL y del Estatuto del Trabajo Autónomo en cuestiones clave, como la formación, la vigilancia de la salud, e incluso la identificación y evaluación de los riesgos laborales, documentos preventivos que pudieran ser equivalentes y equipos de trabajo en determinados sectores de actividad, para que esta normativa sea de aplicación a las personas autónomas”.

Vemos, pues, cómo una línea evolutiva del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo es hacer de él un sector de Derecho común de la actividad profesional. Lo que debería tener también su refrendo en la unificación competencial.

En tercer lugar, es obligado también tener en cuenta que, en el marco de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), como órgano máximo de garantías de cumplimiento de la CSE, se reconocen derechos de seguridad y salud en el trabajo, así como derechos colectivos (negociación colectiva), a las personas trabajadoras autónomas, no solo “falsas autónomas”. Un reconocimiento de derechos de autorregulación colectiva

⁴³ Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2023.

que, precisamente, el TJUE niega, primando el Derecho de la Competencia sobre el Derecho Social (del Trabajo -sin apellidos-).

Una posición que también podría tener incidencia en la lectura de las competencias del orden social en materia de accidentes de trabajo para el personal autónomo, en el marco de la letra b) del art. 2 LRJS⁴⁴, teniendo en cuenta que, a efectos de los arts. 2 y 3 CSE, también el personal autónomo está cubierto por el derecho a la seguridad y salud en los entornos de trabajo (actividad profesional)⁴⁵.

Finalmente, por no hacer más extensa esta crítica en torno a las contradicciones, o al menos disfunciones, de esta visión restrictiva en el reparto competencial del proceso evolutivo del Derecho del Trabajo como Derecho común de la actividad profesional, hay que recordar también que persiste una lectura restrictiva del art. 2 b) LRJS en relación con la competencia del orden social para los litigios derivados de la reclamación por los daños a las personas trabajadoras derivadas de acciones del personal administrador de las sociedades en cuanto deudas sociales. En efecto, el TS sigue anclado en una visión tradicional, según la cual el orden social no sería la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones, por parte de las personas trabajadoras, relativas a la responsabilidad de los administradores societarios fundada en la omisión o inobservancia de los deberes societarios ex arts. 1331.1 y 265.5 TRLSA. Esta competencia sigue estando anclada en el orden civil (ej. STS, 4ª, 8 de mayo de 2002, RCU 3079/2001).

El novedoso e innovador art. 2 b) LRJS abría la posibilidad a una relectura de esta doctrina jurisprudencial, al igual que sucediera con otras cuestiones ligadas a este ámbito, o de otro, pasando la competencia al orden social. Pero el TS no ha considerado adecuada tal reinterpretación, por lo que no rectifica el Derecho de precedentes jurisprudenciales. De ahí la necesidad, no solo conveniencia, como se ha evidenciado de una manera muy autorizada⁴⁶, de una reforma legislativa en tal sentido, sin que para ello obste en modo alguno la doctrina comunitaria, fijada en la STJUE14 de diciembre de 2017, C-243-16. El fallo de esta sentencia, a petición prejudicial de un juzgado de lo social de Barcelona:

⁴⁴ Competencia del orden social “b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”.

⁴⁵ Vid. Digesto de la Carta Social Europea, 2018, pp. 65 y ss.

⁴⁶ Vid. SALINAS MOLINA, F. (2023). Epílogo. Una visión general de los desafíos... Ob. cit. p. 402.

*“La Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48 [CE], párrafo segundo, para proteger los intereses de socios y terceros...**deben interpretarse en el sentido de que no confieren a los trabajadores que sean acreedores de una sociedad anónima, a raíz de la extinción de su contrato de trabajo, el derecho a ejercitar, ante la misma jurisdicción social que la competente para conocer de la acción declarativa de su crédito salarial, una acción de responsabilidad contra el administrador de esa sociedad, por no haber convocado la junta general pese a las pérdidas importantes sufridas por la empresa, con el fin de que se declare a dicho administrador responsable solidario de la referida deuda salarial**”.*

La razón de ello es que, para el TJUE, el Derecho derivado de la UE no exige una solución procesal única, sino que corresponde a los Derechos nacionales:

“...regular la cuestión relativa a si los acreedores de una sociedad anónima pueden ejercitar una acción de responsabilidad frente al administrador y, en su caso, conforme a qué régimen material y procesal, con el fin de obtener la reparación del perjuicio que han sufrido, cuando la junta general no haya sido convocada en caso de pérdida grave del capital suscrito” (párrafo 33).

En consecuencia, ni la Directiva 2009/101/CE ni la Directiva 2012/30/UE exigen por sí mismas ninguna obligación específica al respecto. Por lo tanto, la situación sobre la que versa el litigio principal tampoco podría apreciarse a la luz de las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en línea con sus precedentes (STJUE de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, apartado 35 y jurisprudencia citada). Lógicamente, nada impide que el Derecho procesal social español sí establezca esa unificación competencial, que también ganará en efectividad de la tutela judicial de los derechos de las personas trabajadoras y en seguridad jurídica.

2.3. Evolución del Derecho de la Seguridad Social hacia un Derecho de la acción y la protección social: progresos y resistencias en el plano competencial.

Junto a esta evolución del Derecho del trabajo como Derecho común de la actividad profesional, el Derecho de la Seguridad Social también conoce otra evolución notable, su transición progresiva hacia un Derecho más amplio, el Derecho de la Protección Social⁴⁷, en línea con lo sostenido por la doctrina constitucional en la interpretación del art. 41 CE respecto de los arts. 149.1. 17ª y 148.20 CE (STC 239/2002, 11 de diciembre). En este sentido, del mismo modo que la LRJS muestra cierta adherencia o atención a aquella evolución del Derecho del Trabajo como Derecho de la Actividad Profesional en general, y del Derecho del Empleo Público en particular, también se muestra proclive a la evolución referida del Derecho de la Seguridad Social como Derecho de Protección social. Asimismo, en este caso los lentos y limitados avances también se enfrentarán a lagunas y contradicciones, vicios jurídicos, en definitiva, en clave de garantismo jurídico, que la difumina y desluce.

No cabe regatear a la LRJS el enorme mérito de reconocer la complejidad evolutiva del Derecho del Trabajo (y de la Seguridad Social). Sabido es que a la luz de nuestro complejo sistema normativo y de una dilatada experiencia jurídica, no es dudoso que el actual Derecho Social (y económico) del Trabajo esté cada vez más integrado, incluso tras décadas de “desregulación” y “privatizaciones”, tanto por relaciones jurídico-privadas, individuales y colectivas, como jurídico-públicas. Las primeras tienen su reflejo principal en el contrato de trabajo, en su significación de vínculo persona trabajadora-empresa empleadora (y su fuente de autorregulación principal, el convenio colectivo). Las segundas presentan, a su vez, una doble dimensión, la actuación de las AAPP como poderes públicos en sentido estricto y su ser sujetos empleadores, como hemos visto ut supra⁴⁸.

En lo que concierne a la primera faceta, las AAPP están muy presentes en las relaciones laborales y en las de seguridad social, por la persistente, incluso aumentada en la última legislatura, intervención pública que rodea a ambas materias. De ahí, de una parte, las importantes potestades administrativas dirigidas a garantizar el orden público laboral y, de otra, a todo un conjunto entes públicos destinados a ofrecer una amplia variedad de medidas de protección a las personas trabajadoras por cuenta ajena.

⁴⁷ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. et alii. (2022). *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid. No solo se afirma tal evolución, sino que en coherencia con ello, el *Manual de Seguridad Social* abarca todas las cuestiones de protección social que contempla la acción protectora del sistema ex art. 41 TRLGSS.

⁴⁸ En clave evolutiva AAVV (2023). (Dir. Carolina Martínez). *El Derecho del Trabajo que viene*. Colex.

Sobre esa base se ha distinguido entre un Derecho Privado del Trabajo (regulador del vínculo contractual privado entre persona empleadora y trabajadora, es decir, del contrato de trabajo) y un Derecho Social Administrativo (regulador de las potestades administrativas sobre materia laboral y de seguridad social). Doble esfera o manifestación sustantiva del Derecho Social que habría tenido un reconocimiento más expansivo y coherente, desde el plano competencial jurisdiccional, a partir de la entrada en vigor de la LRJS⁴⁹. Una vez más, acudiendo al preámbulo (cuyas limitaciones para la comprensión de la realidad normativa y práctica ya se han analizado, y emergerán de nuevo aquí), la LRJS resaltaré esta dimensión innovadora.

En efecto, otorgó la “mayor trascendencia” atribuir al orden social:

“la impugnación de los actos administrativos, singulares o generales, en materia laboral y de seguridad social y, en especial, de las resoluciones contractuales colectivas por causas objetivas...”.

Sin duda, esta atribución competencial ganó una importancia todavía mayor en tiempo de crisis pandémica y de despliegue de un inmenso, y algo caótico⁵⁰, Derecho excepcional o de emergencia pandémica, articulado sobre un extenso y heterogéneo “escudo laboral” (ERTES-COVID⁵¹) y “social” (protección asistencial de seguridad social). Ahora bien, como ya se ha evidenciado en páginas precedentes, tampoco esta atribución es plena ni coherente en todos sus términos razonablemente esperables. Ya vimos, por ejemplo, que las cuestiones relativas a las decisiones gubernativas sobre servicios mínimos durante las huelgas en servicios esenciales de la comunidad quedan fuera (letra d) art. 3 LRJS). Pero, en lo que concierne estrictamente a la Seguridad Social, las mismas razones que están en la base de la perpetuación de esta exclusión, el recelo del poder público, especialmente si tiene una dimensión económica, con el orden social, explica, no justifica, la exclusión de la cotización y la función recaudatoria.

⁴⁹ Como recuerda el TS, en numerosas sentencias desde hace más de una década (ej. SSTS, 4ª, 21 de noviembre de 2011, RCU 910/11, 14 de octubre de 2014, RCO 265/2013, 9 de marzo de 2015, RCO 119/2014, 22 de noviembre de 2017, RCO 230/2016), 10 de enero de 2018, RCO 46/2017 y 22 de enero de 2019, RCO 235/2017, entre otras).

⁵⁰ Para un estudio en profundidad del contenido y la -mala- técnica legislativa en el Derecho de Emergencia vid. CASAS BAAMONDE, M.E. (2022). *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después?* Discurso de incorporación a la [La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas](#)

⁵¹ Entre los muchos tipos de conflictos al respecto, podemos destacar la STS, 4ª, 82/2022, de 27 de enero, según la cual corresponde al orden social el conocimiento de la demanda en que un sindicato más representativo reclama frente a la pasividad de la Autoridad Laboral, que no atiende su solicitud de recibir la información referente a los ERTES-COVID resueltos por la misma

La exclusión de la letra f) en materia de Seguridad Social sigue siendo contundente, tanto como inexplicable, salvo ese recelo -hoy constitucionalmente inasumible-, dejando fuera o extramuros del orden social tanto las relaciones de encuadramiento en el sistema como las de cotización:

“f) De las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria, incluidas las resoluciones dictadas en esta materia por su respectiva entidad gestora, en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social y, en general, los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social;...”

Pero, no satisfecha con esto, mantiene un inciso final que hace del contencioso el llamado al conocimiento de la protección asistencial pública, a través de una cláusula de cierre del sistema de atribución competencial, en virtud de la cual, se excluye del orden social:

“así como de los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2”.

Pero con esta afirmación textual normativa quedaría desmentida aquella afirmación en la parte valorativa u orientativa de la teleología de la norma, el preámbulo, en el que se dijera que el orden social debería de ser *“la jurisdicción natural de todas las esenciales políticas públicas relativa a la protección social”*. Esta concepción respondía de manera directa a la necesidad de adaptación de la normativa procesal social a la citada doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al artículo 41 de la Constitución (STC 239/2002, 11 de diciembre).

Precisamente, en esa dirección iría, básicamente:

- a) En la LRJS, la asignando al orden jurisdiccional social de las competencias relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

- b) El conocimiento no solo sobre el Ingreso Mínimo Vital (IMV), en virtud de su estricta configuración como prestación no contributiva del sistema de seguridad social, pese a su estructural y finalista analogía con las prestaciones de acción social autonómica consistentes en renta mínimas de inserción o de solidaridad, que también han quedado bajo dominio de la jurisdicción social (letra o) art. 2 LRJS⁵², conforme a la redacción actual por la Ley 19/2021, ley del IMV).

Sin duda, esta atribución irá experimentando un notable aumento en tiempo futuro, a medida en que se vaya interiorizando esta novedad competencial⁵³ y pese a que se trate de colectivos de personas con escasa capacidad de litigación, ante los factores de exclusión social que les atenaza. Por eso es especialmente importante la voluntad de equiparación con la Seguridad Social queda clara en este inciso final:

“...teniendo a todos los efectos de esta Ley la misma consideración que las relativas a las prestaciones y los beneficiarios de la Seguridad Social”.

Se universaliza, así, la condición privilegios procesales de las personas que litigan en el orden social como personas beneficiarias, por tanto, con el beneficio de justicia gratuita y exclusión del pago de costas procesales. No obstante, una vez más, las disfunciones y los “desmentidos” de estos procesos evolutivos están al orden del día en la LRJS. Así, se recordará que la nueva competencia del orden social en el ámbito de las prestaciones del sistema de la dependencia (reforzadas con el Real Decreto 675/2023, de 18 de julio), nuevo pilar del Estado de Bienestar y con una conflictividad potencial tan extensa como sucede con las pensiones de IP, sigue pendiente de actualización más de una década más tarde (DF 7ª, p. 2), fracasando todos los intentos hasta ahora para hacerlas realidad. Del mismo modo tampoco la LRJS devolvió al orden social la responsabilidad patrimonial por deficiencias de las prestaciones sanitarias, pese a integrar la acción protectora del sistema de seguridad social. Como tampoco es plena la competencia en materia de

⁵² “o) En materia de prestaciones de Seguridad Social... ***También las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las CCAA en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias.*** Igualmente, las cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, así como sobre las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre...”.

⁵³ El IMV cada vez genera más litigios. vid. STSJCIV 812/2023 de 7 de marzo. El debate jurídico gira entorno a la configuración formal o material del concepto legal de la unidad de convivencia (UC), así como a la delimitación del régimen de la prestación en los supuestos de guarda y custodia compartida.

Seguridad Social, al quedar fuera del orden social el régimen de clases pasivas y las prestaciones de Mutualismo administrativo.

3. Una senda errática para el proceso de reformas legislativas más recientes en relación con el mapa de competencias del orden jurisdiccional social.

3.1. Flujos y reflujos de unificación competencial: recelos del poder legislativo con el orden social en el escenario económico de lo concursal.

Como vemos, el Derecho Social Procesal, en lo que a atribución competencial se refiere sigue una dinámica significativamente “errática”, con flujos y reflujos, vuelos y caídas, remontadas y recaídas. Los indudables, pero no lineales, progresos hacia una cada vez mayor convergencia razonablemente coherente entre las evoluciones del concepto sustantivo de “rama social del Derecho” (Derecho social) y los ámbitos de competencia de la jurisdicción que le es “natural”, el orden social ofrece avances y resistencias. No es una crítica solo de la LRJS, sino que se mantiene en la actualidad. El tan denostado “vicio jurídico-procesal de la disgregación competencial” no es, pues, cosa del pasado, sino que halla notables concreciones en tiempos recientes, lo que llama en causa a una decisión más coherente y estable del Derecho Legislador futuro, también de orientación o pauta de interpretación (comprensión hermenéutica) del Derecho Jurisprudencial. No estamos ante un problema menor, porque, como se viene analizando, las cuestiones de distribución competencial no son neutrales, una mera decisión institucional, sino que tiene efectos en la efectividad de la tutela judicial misma. El vicio procesal de la disgregación en materia competencial jurisdiccional refleja, así, un vicio de incoherencia jurídica e incertidumbre.

De nuevo, para dar concreción empírica a la reflexión teórica, a la construcción más dogmática, típica del trabajo de tesis doctoral pongamos algunos ejemplos relevantes. Por supuesto, pese a su importancia, no nos detendremos en el detalle de una manifestación de procesos de persistente, incluso aumentado, recelo hacia el orden social por parte del poder legislativo, como la “expropiación” al orden social de cuestiones axiales de índole laboral, aún en el contexto del Derecho Económico Concursal: la delimitación judicial del perímetro y responsabilidades en la sucesión de empresa. Pero sí conviene dejar una

mínima constancia de esta nueva vuelta de tuerca legislativa a favor del orden económico en detrimento del orden social, incluso en un Derecho Legislado fraguado en tiempos de “gobierno progresista”. No obstante, es obligado recordar que esta desconfianza viene de lejos y ya el preámbulo de la LRJS expresó su voluntad de mantener al orden social lo más alejado posible de estas cuestiones, una vez declarado el concurso.

En efecto, con carácter general, estas cuestiones deben ser competencia de un orden jurisdiccional más “sensible” a lo económico-empresarial, como serían los juzgados de lo concursal. En principio, y a falta de la pretensión de fondo más ambiciosa, que sería la de crear un orden jurisdiccional nuevo, el mercantil, estos juzgados, orientados por el “interés superior del concurso”, en detrimento de otros “particulares” (incluidos los de las personas trabajadoras, con matices, también en relación al interés del empleo), pertenecen al orden civil, aunque en las materias sociolaborales sus decisiones puedan recurrirse en suplicación, por lo que se integrarían funcional, que no culturalmente, en el orden social, según la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del TS. El Derecho Legislado más reciente, y en una clara mediación en la pugna entre el orden social y el civil, a través de lo concursal, ha optado por lo mercantil claramente, obligando a rectificar la doctrina del TS, Sala IV, en materias como la sucesión de empresa⁵⁴.

En este sentido, es oportuno recordar, brevemente, que si el orden social ganó terreno en este ámbito lo fue por una afanosa jurisprudencia social que no se resignaba a perder espacios como la delimitación de la sucesión de empresas o el ámbito de los grupos de empresas⁵⁵ en el ámbito de situaciones concursales. Ahora, la reforma más reciente en esta materia ha vuelto a recortar esos espacios. Aquí, pues, ni la LRJS ni la más reciente 16/2022, de 5 de septiembre (reforma del TRLC) han sentido rubor al explicitar la primacía de la lógica económica sobre la lógica social, hasta en materias netamente sociales, también por determinación de Derecho Social de la UE (el TJUE facilita que se reconozcan excepciones al principio de continuidad de los derechos y condiciones en el empleo y el trabajo en situaciones concursales, pero no condiciona el orden jurisdiccional

⁵⁴ Cfr. ORELLANA CANO, N.A. (2023). “Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, Núm. 1, pp. 79 y ss.

⁵⁵ STS, 4ª, 502/2021, 6 de mayo (recoge la doctrina consolidada sobre la competencia de jurisdicción en caso de impugnación individual de despido colectivo en empresas concursadas mediando una situación de grupo)

que ha de guiar el procedimiento, aunque parezca claramente orientado hacia la autoridad judicial que lo conduce con carácter general)⁵⁶.

En todo caso, evidencia el favor por el orden civil para esta unificación competencial, pero sin prevenir por completo el riesgo de disgregación jurisdiccional. De ahí, pues, que cualquier planteamiento futuro corrector asuma el sentido político de contrarreforma legislativa⁵⁷.

Pero, decíamos, no es ese el principal enfoque analítico y crítico que orienta nuestro trabajo de tesis doctoral. Por eso, nos vamos a centrar aquí en dos ejemplos que, al menos así nos lo parece, también muy recientes y más pertinentes en la lógica argumental aquí seguida. A saber:

- 1) La derogación de la letra d) del art. 148 LRJS, por la Ley de Empleo, respecto del procedimiento de oficio en materia de declaración del carácter laboral o no de la relación de servicios en el contexto de Actas de Liquidación.
- 2) La inclusión de una nueva letra f) en el art. 2 de la LRJS, en virtud de lo mandado en la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE/2022 (declarada inconstitucional por la citada STC 145/2022, de 15 de noviembre, al desbordar los límites materiales de las leyes de presupuestos).

Por su relevancia a nuestros efectos, y si bien ambas fueron ya referidas en páginas anteriores, ahora les dedicamos sendos apartados, a fin de exponer lo más relevante en atención al objeto de esta tesis doctoral. Veámoslo, aun sucintamente.

⁵⁶ Una crítica muy fundada en MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *Aspectos sociolaborales de la nueva reforma concursal: ¿remercantilización vs. socialización?*, Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 103 y ss. PALOMO BALDA, E. (2022). “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 471, pp. 98 y ss. Asimismo, LÓPEZ CUMBRE, L. (2023). “Ley concursal y ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0, pp. 85-117.

⁵⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “¿Nueva modernidad para una jurisdicción social estancada?”, Editorial de la *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0, pp. 14 y ss.

3.2. El favor del Derecho Legislado por la función inspectora (policía laboral) y el orden contencioso, incluso el penal para el control de la “falsa autonomía”: ¿Desconfía la ley laboral de la efectividad de la garantía jurisdiccional social?

En la versión originaria de la LRJS, el precepto regulador de los supuestos previstos para el característico procedimiento de oficio, bajo competencia jurisdiccional social, contaba con una letra d). Cuyo tenor, ahora que está derogado, merece la pena recordar:

“d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.”

*A la demanda de oficio a la que se refiere el párrafo anterior, la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo. **La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo.** A este proceso de oficio le serán aplicables las reglas de las letras a) y d) del apartado 2 del artículo 150. Cuando se entienda que las alegaciones o actuación del sujeto responsable pretenden la dilación de la actuación administrativa, el órgano judicial impondrá la multa que señalan los apartados 4 del artículo 75 y 3 del artículo 97, así como cuando tal conducta la efectuara el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido.... **La sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral y vinculará en los extremos en ella resueltos a la autoridad laboral y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne el acta de infracción o de liquidación”.***

Merece la pena reseñar lo enfatizado en negrita. De forma un tanto sorprendente, al menos no prevista e inesperada, el orden social ve como se le expropia o se le priva de una posición protagonista en un ámbito especialmente relevante para discernir las fronteras entre lo que es laboral y lo que no lo es, presupuesto mismo de la competencia nuclear del orden social, en una situación en la que concurre con el orden contencioso, pero al que condicionaba con su decisión, a través de un –a menudo algo orillado-

procedimiento social de oficio. Un actuar jurisdiccional contencioso-administrativo en una materia que, como hemos visto, debería corresponder al social, pero que sigue fuera o excluido de ella, por los evidenciados recelos del poder público a atribuir al orden social el conocimiento de materias donde prima un interés económico, como la función propia de la recaudación pública (en este caso básicamente cotizaciones sociales, más que las multas, que también). Aunque el objetivo de política jurídica no fuese propiamente esta afectación al orden social, sino la revigorización de la función de “policía laboral”, dando fuerza ejecutiva a la actuación de la autoridad laboral, tras la actividad inspectora, el hecho es que el orden jurisdiccional social sale tocado, una suerte de “daño colateral”.

En efecto, como se ha explicado, breve, pero certeramente⁵⁸, eran básicamente tres, a nuestros efectos, las reglas que se establecían en esa norma, hoy derogada por la disposición final 9 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, Ley de Empleo⁵⁹. A saber:

- a) Se preveía una demanda de oficio de la autoridad laboral (a instancia normalmente de la TGSS), ante el orden jurisdiccional social, cuando las alegaciones de la empresa pudieran “desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora”, esto es, cuando en juego esté su calificación como laboral o no.

Una situación especialmente relevante en los últimos tiempos, según se sabe, en relación con la “falsa autonomía” en las plataformas de trabajo online o digital, aunque también ha adquirido notoriedad en relación con las crecientes bolsas de “falsas personas becarias” y falsas prácticas no laborales, respecto de las cuales se ha querido poner orden a través de un nuevo estatuto específico, que aún no se ha aprobado, pese a estar a consensuado sindicalmente.

- b) La admisión a la demanda producía la suspensión del expediente administrativo (*Actas de infracción o de liquidación levantada por la ITSS*, relativa a las materias

⁵⁸ MOLINA NAVARRETE, C. (2023). ¿El incumplimiento laboral se pone serio?: Entre disuasión y criminalización, *Editorial en Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 473, marzo-abril, pp. 17 y ss. También, TODOLÍ, A. (2023). “Revolución en la determinación de falsos autónomos por parte de la Inspección de trabajo (Se deroga el art. 148 d) LRJS)”, entrada en su Blog jurídico de 7 de marzo de 2023, recuperado de <https://adriantodoli.com/2023/03/07/revolucion-en-la-determinacion-de-falsos-autonomos-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-se-deroga-el-art-148-d-lrjs/>

⁵⁹ Debe tenerse en cuenta que, conforme a la DT 5ª de dicha Ley 3/2023, el procedimiento de oficio previsto en el artículo 148.d) LRJS seguirá siendo de aplicación respecto de aquellas demandas cuya admisión a trámite se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley

de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3 LRJS –básicamente Actas de Liquidación de cuotas-⁶⁰).

En consecuencia, tales actuares inspectores no adquirirían firmeza de inmediato, debían esperar a que se pronunciase de forma firme la jurisdicción social. Por supuesto, siempre pendientes del dictado contencioso en caso de que fuesen recurridas.

- c) La sentencia firme de lo social vinculaba en todos los extremos en ella resueltos –si había o no relación laboral- a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne el acta de infracción o de liquidación.

Pues bien, desaparecida esta previsión legislativa es evidente que quien gana es la función de policía laboral, que asume el protagonismo al devenir inmediatamente ejecutiva⁶¹. La ITSS, pues, podrá declarar, per se, el carácter laboral de las relaciones de prestación de servicios afectadas, en conflicto, sin el auxilio de la jurisdicción social. A partir de ahí podrá liquidar las cuotas de la seguridad social atrasadas y, firme en el procedimiento administrativo el Acta, **el contrato de la persona trabajadora tendrá también valor hacia el futuro**, de modo que también podrá liquidar las cuotas por ella a partir de ese momento, sin esperar a que el procedimiento se active, tras la suspensión jurisdiccional, como sucedía antes de forma automática (salvo medidas cautelares).

Por supuesto, ganaría también el interés social general, porque las empresas no podrán beneficiarse de una justicia social dilatoria, debiendo ser pagadoras de las cuotas ordenadas por la ITSS y viendo cómo se le dificulta el seguir, en tanto se dilucida el proceso social, cada vez más demorado, utilizando a las personas con “falsa autonomía” (o falsa beca) en su negocio, hasta que hubiese sentencia social firme. E incluso, así, tampoco había un cumplimiento efectivo en muchos casos. La lógica del principio de eficacia administrativa y de favor recaudatorio socioeconómico son inequívocos: además

⁶⁰ Ampliamente sobre el funcionamiento de estos procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social vid. MERCADER UGUINA, J. (2017). *Los procedimientos Administrativos en materia de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona.

⁶¹ No es el único ejemplo de reforma reciente en el que se potencia el papel de la ITSS, como ha sucedido, por ejemplo, con el reforzamiento de su posición en el control del despido colectivo, al introducir el elemento de valoración de la causa en el informe de la ITSS. Aunque, sorprendentemente, se derogue al tiempo la DA 16ª relativa a los despidos colectivos en el sector público. En todo caso, para todo este entramado de procedimientos y garantías, antes de la reforma laboral de 2021, de interés TREVIÑO PASCUAL, M. (2016). *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Editorial Bomarzo, Albacete.

de desincentivar la impugnación judicial empresarial, porque la dilación de los procesos le beneficiaba notablemente, podía seguir tal cual, manteniendo, o ganando, su ventaja competitiva, su cuota de mercado, actuando con reglas irrespetuosas con la norma laboral, a diferencia de otras empresas concurrente, que sí cumplen. Ganan, lógicamente, también las personas trabajadoras, que ven reconocidos sus derechos en tiempos más reducidos.

Precisamente, en esta revalorización de los instrumentos de garantía administrativa de las políticas de cumplimiento laboral (*labor compliance*) cabría citar, al paso, la creación de la Oficina **Estatad de Lucha contra la Discriminación en el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. Así se prevé en la Orden TES/867/2023, de 22 de julio. Con ella se cumple un objetivo del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social 2021-2023, aprobado por el Consejo de Ministros del 16 de noviembre de 2021.

En este sentido, le corresponderá el **impulso y coordinación de todas las acciones que se desarrollen por la ITSS en materia de igualdad** de trato y de oportunidades y también velará por **evitar la discriminación en el acceso al empleo**, en la formación profesional, en la promoción profesional y en las condiciones de trabajo, muy en especial las retributivas⁶². Las empresas, por tanto, tendrán que revisar sus protocolos de actuación y estrategias de *compliance* laboral. Veremos el alcance de esta propuesta, pues quizás estemos en otra situación típica de fractura entre la normatividad y la efectividad real, esto es, una situación en la que el *papel* del BOE lo aguanta todo, otra cosa es llevara la práctica la norma (en este caso, una Orden) cuando la propia ITSS, como colectivo profesional, está de conflicto continuado con el Ministerio por las nocivas condiciones de trabajo, incluso le acusa de discriminación retributiva. Pero esa es otra historia.

Volvamos a la nuestra. En este análisis de “quién pierde/quién gana” con la decisión legislativa de vigorizar la eficacia administrativa sobre la -lentitud- jurisdiccional social, parece que pierde, esta garantía jurisdiccional social. El orden social deja de tener aquí papel alguno, desplazándose el control exclusivamente el orden contencioso-

⁶² Vid. MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación distributiva: causas y vías para combatirlas*, Editorial Bomarzo, Albacete. Aunque, a mi juicio, para ser coherentes, también debería establecer un instrumento de identificación y corrección de esas mismas brechas de género en el ámbito de la seguridad social, aunque ese sea un espacio dependiente del Gobierno. Vid. MIÑARRO YANINI, M. -MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *Reinvención sistémica de la Seguridad Social. Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*, Bomarzo, Albacete.

administrativo, que ya no deberá esperar a que se resuelva esta interferencia del orden social en su quehacer de control de la función recaudatoria de la Seguridad Social.

Más aún. Asumiría, en este muy concreto marco del actuar inspector recaudatorio una función que no le es propia, como la calificación de las relaciones laborales en estos casos, que será un presupuesto exigible para valorar la corrección o no de las Actas de Liquidación, algo que, honestamente, no tiene ningún sentido, como critica la doctrina más avezada en su análisis, ya citada. En consecuencia, como sugiere la doctrina comentada, lo adecuado, para conciliar mejor (ahora el sistema operaba de forma disfuncional socialmente, incluso económicamente) los intereses en juego, es otorgar la competencia del control al orden social de toda esta materia, agilizando el proceso, lo que no asegura el contencioso.

De todos modos, como también se ha evidenciado, el nuevo Derecho Legislado no parece querer poner toda su confianza ni en el orden contencioso-administrativo, ni tan siquiera en la función de policía laboral, que revigora o refuerza profundamente, tal y como hemos visto. Bien mirado, ni tan siquiera parece hacerlo en la norma laboral (¡cuánto menos en su jurisdicción natural, la social!) para determinadas cuestiones en las que se considera especialmente desafiado por el “poder económico”. Y ello es así porque, como también se sabe, simultáneamente, apostó por la “criminalización” de estas situaciones, no solo cuando media la desobediencia a un requerimiento o actuación administrativa, sino incluso previamente, si es de cierta gravedad, con la introducción de un nuevo delito contra los derechos de las personas trabajadoras ex art. 311, 2º CP⁶³.

En suma, en última instancia, pareciera que, según resalta la doctrina científica seguida en este punto, la ley laboral desconfía de ella misma para dar la suficiente “seriedad” a las exigencias de cumplimiento, y apuesta, en tales casos, por la ley penal, desplazando, así, el control de cumplimiento, desde el plano jurisdiccional, que es el que aquí interesa, desde el orden social al orden penal.

⁶³ Introducida por la [Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso](#). Vid. GARCÍA SALAS, A.I. (2023). “La reforma del artículo 311 del Código Penal: el nuevo delito por incumplimiento de la normativa laboral entra en vigor”. <https://www.elforodelabos.es/2023/01/la-reforma-del-articulo-311-del-codigo-penal-el-nuevo-delito-por-incumplimiento-de-la-normativa-laboral-entra-en-vigor/>; MOLINA NAVARRETE, C. (2023). ¿El incumplimiento laboral se pone serio?: Entre disuasión y criminalización, *Editorial en Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 473, marzo-abril, p. 19

Una intensificación, en suma, de la garantía de cumplimiento en el plano de la técnica legislativa que, sin embargo, como se advierte doctrinalmente, en modo alguno asegura una mayor efectividad del ordenamiento jurídico y si genera un nuevo vicio de distorsiones jurídicas⁶⁴.

3.3. El control de los procedimientos selectivos de personal en el sector público: un inesperado jarro de agua fría contra el orden social, salvado por el TC.

3.3.1. Un clásico objeto de discordia previa a la LRJS entre el orden social y el contencioso: el control de los procesos selectivos y doctrina de los actos separables.

Pero esta –inesperada expresión de- desconfianza hacia el orden social encuentra en estos tiempos recientes, que deberían ser anticipatorios de una nueva reforma de la LRJS en aras de su “segunda modernización” (Molina Navarrete, 2023), preconizada por la doctrina científica más atenta a estas cuestiones (generalmente orilladas por la comunidad científica, sea dicho de paso y siempre, por supuesto, con el debido respeto y en aras de la honestidad del trabajo de índole científico-social, como mandan los cánones del apenas recordado paradigma del Derecho social garantista), otras manifestaciones relevantes. Al respecto, ya se avanzó algún detalle sobre la, ya frustrada por el TC (STC 145/2022, de 15 de noviembre), letra f) nueva en el art. 3 LRJS que pretendió introducir la citada Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE/2022. Se recordará que su inconstitucionalidad no se debió a razones de fondo, sino de técnica legislativa constitucional, al desbordar con creces esta cuestión, constitucional-procesal, las habilitaciones de competencia material reguladora en las Leyes de Presupuestos, de contenido económico.

Ahora bien, lógicamente, no pretendemos volver sobre lo dicho, sino avanzar algo más y diferente, en relación con la razón de ser de este estudio. En efecto, se recordará que, frente a la Abogacía del Estado, incluso al servicio jurídico de la Comunidad de Madrid, que evidenciaron que este tema tenía una importante componente finalista, para

⁶⁴ Para este enfoque de crítica a la excesiva criminalización de la técnica de las garantías en detrimento de otras civiles y sociales vid. FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid.

la efectividad de la potestad gubernamental que protegía, la eficiencia en el gasto de la ejecución de las Ofertas Públicas de Empleo, el TC despachó este tema con un enfoque de estricta institucionalidad, limitándose a constatar el desbordamiento material por la LPGE. Ahora bien, para comprender realmente que hay detrás de la finalidad legislativa, hay que atender, repasar, el estado del arte interpretativo inmediatamente anterior a esta intervención del Derecho Legislado. Su exposición, abreviada en lo posible, nos permitirá comprender las verdaderas razones de la reforma y que no son nada “inocentes”, sino que representan una auténtica rectificación o corrección de una doctrina jurisprudencial que entiende no beneficia a los intereses que defiende, a los intereses generales.

De ahí que, para su defensa prevalente, en detrimento de los intereses particulares, aun colectivos, en todo caso plurales laborales en juego (el de las personas candidatas al puesto), reclame la intervención del orden contencioso-administrativo, aquel del que menos recela y tiene, desde antaño, como su jurisdicción natural. Una vez más emerge la defensa del “privilegio de fuero estatutario público”, que se resiste a racionalizarse para la rama social del Derecho y su orden jurisdiccional “adecuado”.

En efecto, como puede constatarse con el análisis del arte interpretativo de la cuestión antes de la LRJS, era evidente la divergencia doctrinal entre la Sala IV del TS (aceptando la competencia del orden social para las discusiones sobre procedimientos de selección de personal en empresas del sector público –lo que también fue fruto de una evolución en su seno-) y la Sala III (considerando que todo debate sobre acceso al empleo laboral en el sector público corresponde a lo contencioso⁶⁵), contando habitualmente esta última con un gran apoyo por parte de la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del TS⁶⁶. Pero,

⁶⁵ Doctrina de la Sala III reiterada hasta fechas muy recientes por las salas de los TSSJ. STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 119/2020, 26 de febrero (impugnación de las listas de adjudicatarios por acceso libre, como personal laboral fijo, en las categorías de Técnico Superior de Gestión y Servicios Comunes, Técnico Superior de Actividades Técnicas y Profesionales y Técnico Superior de Actividades Específicas, en el Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos, reservándola a lo contencioso), STSJ PA, C-A, 92/2020 de 17 de febrero (recurso de apelación respecto de un procedimiento para la cobertura de dos plazas de personal laboral temporal en las categorías de administrativo y administrativo de obras, mediante contrato de relevo) o STSJ La Rioja, Sala C-A, 108/2020 de 14 de mayo (impugnación de un proceso selectivo para la plaza de alguacil en régimen de interinidad –laboral-)

⁶⁶ Como, por ejemplo, el ATS de 20 de octubre de 2016, Sala de lo Contencioso, que en su FD III dispone: *“Conforme al ATS, Sala de Conflictos, 30 de noviembre de 2007 (CC 27/2007), el criterio para la atribución competencial a favor de uno u otro orden jurisdiccional se basa en la distinción entre convocatorias por las que se accede al vínculo laboral con la Administración desde el exterior (en cuyo caso, el enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa) y aquellas otras de carácter restringido, a las que solo tienen acceso quienes ya tuviesen un vínculo laboral con la Administración (en cuyo caso la competencia corresponde al orden social).*

Esta doctrina se reitera en fecha más reciente en los AATS, Sala de Conflictos, 11/2011, 12 de abril 2011 (CC 2/2011), 13/2012, 27 de abril 2012 (CC 2/2012) y 13/2013, 17 de junio 2013 (CC 5/2013). Esta última

si bien con cierto retraso, una vez más, los efectos de la reordenación competencial augurada por la LRJS se hicieron notar en esta cuestión. Claramente reforzó la posición de la Sala IV del TS.

Primero, porque pasó de solo admitir la competencia del orden social cuando se trataba de la reclamación de quienes participaban en procesos de selección convocados por empresas públicas, a proclamarla respecto de casos en que es la Administración quien convoca las plazas de régimen laboral. Segundo, porque la propia Sala de Conflictos de Jurisdicción del TS terminó inclinando la balanza a su favor.

En la posición de la Sala IV destaca la [STS 438/2019, de 11 junio](#), dictada por el Pleno de la Sala. En ella, se rectifica⁶⁷, en sentido expansivo de su jurisdicción, marcando como punto de inflexión la LRJS, cuya Exposición de motivos entendió que era el:

"momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales. Con la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal. De esta manera, se pretenden superar los problemas de disparidad de los criterios jurisprudenciales, dilación en la resolución de los asuntos y, en consecuencia, fragmentación en la protección jurídica dispensada. (...)."

Términos finalistas tan rotundos y sus plasmaciones normativas no pueden –asume por fin el TS, Sala IV- sino significar la transferencia al orden jurisdiccional social de la

resolución sigue también la doctrina fijada por Sala 4.^a y sistematizada en SSTs, 3.^a, Secc. 7.^a, 31 de octubre de 2000 (casación 3765/1996) y 22 de julio de 2003 (casación 61/2002). Lo hasta aquí expuesto conduce a declarar la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en razón de la consolidada doctrina sobre la cuestión a la que hacen mención tanto el juzgado de lo social como la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia a la que también se refiere el ministerio fiscal."

⁶⁷ Cuando se trató de asuntos cuya cobertura procesal era la LPL se asume que "tanto la jurisprudencia de la Sala de Conflictos como la de esta Sala se han inclinado en principio por asignar al orden contencioso-administrativo la competencia para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos. La razón de ello es que, como dice nuestra sentencia de 17 de julio de 1996, en estos supuestos la regulación administrativa "es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección"(STS 11.07.2012, rcud 3128/2011, citando la doctrina anterior). En esta misma línea, ya en vigor la LRJS, se recuerda que también la STS, 4^a, 30.11.2015 (RC 33/2015), recaída en procedimiento de Conflicto colectivo sobre impugnación de convocatorias de acceso de personal laboral externo a plazas de la Junta de Extremadura, precisó que lo pretendido no era la aplicación o interpretación del art. 15 del Convenio de cobertura, sino la paralización de las órdenes de la Junta de convocatoria de acceso libre al empleo público, por lo que remitió al orden contencioso-administrativo.

materia que abordamos: la interpretación e impugnación de las bases de la convocatoria del proceso de selección que ha llevado a cabo la Administración empleadora, en este caso en consonancia con lo acordado en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias. El debate actual se sitúa así en el estrato correspondiente a la actuación de la Administración como empresario laboral o futuro empleador de ese personal laboral.

Por tanto, si no ofrece duda que la operatividad de los criterios perfilados por el EBEP acerca del acceso al empleo público, deben aplicarse el personal laboral:

“tampoco la ofrece aquella extensión y asunción de enjuiciamiento cuando, como aquí acaece, estamos ante una pretensión colectiva, incardinada en la rama social del Derecho, que combate la actuación de una Administración pública realizada en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre esa materia laboral, sobre esa vertiente empleadora, y que, desde esta óptica, que aquilata o cualifica la mera actuación administrativa, no resulta atribuida a otro orden jurisdiccional. (...)”

Ciertamente, como no podía ser de otra manera, la Sala IV del TS es consciente de la complejidad de las regulaciones en este sector, donde se entrecruzan cuestiones de muy diversa índole y naturaleza, desde luego disposiciones de índole administrativo. De ahí las cautelas establecidas para las OPE, las exigencias de índole presupuestario o el cauce procedimental previsto. Ahora bien, considera que tal complejidad normativa no puede ser un obstáculo al conocimiento del orden social, porque habría sido la propia ley la que, en virtud del **principio de la mayor especialización material de la jurisdicción social**, exige integrar *“el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales”* (FJ Segundo).

De este modo, el TS asumiría la construcción dogmática o conceptual que ve “en lo social” una síntesis de las técnicas jurídico-administrativas (públicas) y de las técnicas contractuales (privadas) y apela una y otra vez a la voluntad legislativa formulada de una forma inequívoca en la EM de la LRJS. Y ella identifica:

“su voluntad de proyección como auténticamente social y a tal efecto la revisión que verifica del ámbito de cobertura, de la esfera de su conocimiento (calificada de principal novedad), en relación con la normativa anterior, con el objetivo último, según enseñaba aquel preámbulo, de conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y

libertades por parte de la ciudadanía. Un marco que se articula a partir de la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica.” (FJ Segundo, in fine).

Este mismo proceso evolutivo hacia la comprensión en el orden social de todas las fases de la contratación del personal laboral, integrando igualmente la preparatoria que viene a conformar y condicionar el propio, también será asumido por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS. En este sentido, se situarán posteriores resoluciones como su ATS, Sala Especial, 3/2020, 12 de febrero (procedimiento 13/2019), con la misma voluntad de aquilatar la doctrina a la LRJS y atendiendo a las siguientes razones:

- a) La voluntad de la LRJS de atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, incluso cuando esté implicada la administración pública ([art. 2.n\) LRJS](#), con modificación de los [arts. 1 a 3 LPL](#)).
- b) La actuación de la Administración pública como futuro empleador de personal laboral ha de ajustarse a los criterios contemplados en el [EBEP](#) para el acceso al empleo público, pero si dicha actividad administrativa versa sobre materia laboral -como consecuencia de la vertiente empleadora en la que, a través de sus actos, se muestra la administración-, el conocimiento de todas las fases de la contratación del personal laboral ha de bascular en favor del orden social. Por tanto, deberá comprender también la fase preparatoria, que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes.
- c) Para prevenir el riesgo de discordancia ante la disgregación jurisdiccional, una razón de coherencia sistemática y finalista, también en concordancia con la [LRJCA](#), los litigios como el presente deban ventilarse ante los Juzgados y Tribunales del Orden Social. En efecto:
 - no se exige responsabilidad de la Administración en los términos del [artículo 2.ñ\) LRJS](#).
 - ni siquiera está impugnándose un acto de la Administración sujeto a Derecho Administrativo en materia de Seguridad Social encuadrable en el [artículo 2.s\) LRJS](#).

- ni siquiera el acto cuestionado es uno dictado por la Administración en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral que pueda subsumirse en el [artículo 2.º LRJS](#).

3.3.2. La nueva voluntad legislativa de corregir el Derecho Legislado en la LRJS: ¿Bastan tres palabras rectificadoras de la ley para convertir en papel basura una jurisprudencia?

La Sala IV y la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, en aras de hacer realidad el fin tan preconizado por la LRJS, confesado reiteradamente en el preámbulo y formulado luego, eso sí, con mayor equívocidad, en el texto legislativo, convergieron a favor del orden social en estos asuntos, desplazando el previo favor hacia el orden contencioso, en virtud de un entendimiento muy tradicional de la doctrina de los actos separables en una materia claramente social, que entrelaza lo público y lo contractual. En su doctrina jurisprudencial, en su Derecho de precedentes, conformado a favor de la máxima garantía de efectividad de la voluntad legislativa innovadora, se concluyó que había una pluralidad de títulos habilitantes para atribuir el conocimiento del asunto al juzgado de lo social, pero, fuertemente convencidas ambas salas ahora, no antes de la LRJS, de lo “natural” de esta atribución en virtud del principio de mayor especialización material en lo social, afirmarán con rotundidad que la materia referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal halla acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos separables ([art. 2.º LRJS](#)), sea cual sea la naturaleza del empresario (ATS 3/2020, 12 de febrero, FJ Quinto).

Ante tan clara voluntad legislativa y contundente doctrina jurisprudencial más reciente a su estela, es evidente que la inclusión por la citada DF 20ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de una nueva letra f) en el art. 3 de la LRJS (materias excluidas de la jurisdicción social) no era nada “inocente” (pese a lo que indica ese día del calendario). Al contrario, buscaba arrumbar la doctrina jurisprudencial social que consideraba molesta o incómoda para la defensa del interés general, en el entendimiento del poder público, del ejecutivo y del legislativo, que dio forma legislativa a la voluntad de aquel (ejecutivo), de modo que todo volviese a su cauce “natural” (obviamente en esta denominación no hay ninguna inspiración del viejo iusnaturalismo, tampoco del institucionalismo moderno,

sino que se identificaría con una exigencia derivada de la coherencia entre la concepción normativa de una materia y su adecuada formalización para que sea efectiva), basado no en el principio de especialización material de lo social, sino en el “privilegio del fuero subjetivo” de la *potentior* persona.

Pareciera que, según se augurara por la célebre frase relativa a la debilidad de la ciencia jurídica como ciencia estable, por la volubilidad de sus mandatos normativos, ante los designios legislativos, muy cambiantes, según los vientos políticos y socioculturales dominantes, fuese cierto aquí que “tres palabras rectificadoras del legislador, repertorios enteros de jurisprudencia a la trituradora” (o devendrían papel mojado) (Von Kirchmann). Por fortuna, ni vivimos en una época de radical formalismo jurídico, incluso de estricto positivismo normativista, ni, en cualquier caso, esas palabras legales pueden ser pronunciadas, mejor escritas, de cualquier manera⁶⁸.

Conforme a un dato de cultura jurídica adquirido desde hace tiempo, más en los Estados Constitucionales de Derecho, la decisión judicial no implica una “obediencia ciega” al dictado de la ley, sino que la vinculación de la jurisdicción lo es al conjunto del ordenamiento jurídico, a comenzar por la Constitución vigente en cada tiempo histórico. El Derecho Legislado en los ordenamientos modernos y continentales se basan en una “cultura relativamente homogénea extraíble desde los textos constitucionales”⁶⁹.

Lo “dado”, por tanto, debe siempre someterse, por la praxis de aplicación judicial del Derecho. Sin entrar ahora en la añosa, y algo estéril, polémica sobre si es creadora o no de Derecho la jurisprudencia, lo que es innegable hoy, en virtud del art. 9.1 de la CE y del art. 5 LOPJ, es que la jurisdicción ordinaria que considere disconforme con el orden constitucional una ley deberá cuestionarla ante quien, cuando menos, actúa como una suerte de legislador negativo, el TC. A este le corresponde, cuando proceden de manera directa de la Ley ordinaria, identificar los vicios del poder legislativo a la hora de hacer o

⁶⁸ Por todo ello, como advirtiera el magnífico jurista, y abogado, PUIG BRUTAU en su formidable Estudio Preliminar a la obra de Robert POUND: “Por todo ello, ha de extrañar el contraste entre las opiniones de Kirchmann y de Gray, pongamos por caso. Las palabras del primero afirmativas de que el legislador puede, de un plumazo, convertir bibliotecas enteras en papel mojado, representa el natural extravío de la doctrina cuando ha llegado al convencimiento erróneo de que el Derecho puede ser creación exclusiva del legislador. En cambio, Gray casi llegó a negar que la legislación pudiese ser fuente del Derecho, pues, según afirmó, hasta que una ley no ha pasado por el tamiz de la jurisprudencia de los tribunales, no constituye parte verdadera del Derecho”. En Estudio Preliminar, POUND, R. Las grandes tendencias del pensamiento jurídico... Ob. cit. p. XXIX.

⁶⁹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. (2000). Estudio preliminar: El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método”. En GÉNY, F. *Método e interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Editorial Comares, Granada, p. XLIX.

producir una Ley, como las antinomias con las normas superiores, a fin de garantizar su máxima racionalidad jurídica y coherencia⁷⁰.

Conforme a esta contemporánea y dominante concepción jurídica del Derecho, como diferente, integrado e integrador, de las leyes, como ordenamiento normativo, frente a la más tradicional y reductiva legislativa, el Derecho Legislado debe seguir pautas establecidas en la norma superior de cuya observancia depende que se acepte o no como válidas sus palabras. Y, como hemos visto, y no vamos a repetir, la citada STC 145/2022, de 15 de noviembre, a instancias precisamente de una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un tribunal contencioso-administrativo, entendió que esa letra f) del art. 3 LRJS “no debía subir al marcador” jurídico, porque desborda los límites materiales de las leyes de presupuestos, violando el art. 134 CE y, por tanto, devino nula e inconstitucional. Eso es, se tuvo –y se tiene- por “no puesta” (conforme al principio de positividad formal derivado del principio de constitucionalidad moderno) o “por no dado”.

Pero ¿hasta cuándo? Recuérdese que, en virtud de una, muy errada, Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (n. 624) al Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal (decaído por el adelanto electoral, pero seguramente a recuperar en breve en la nueva Legislatura, dado que se ha conformado un Gobierno análogo), se insistía en dar la competencia al orden contencioso. Lo más sorprendente de todo es que se utilizaba para su justificación técnico-jurídica una doctrina jurisprudencial ya superada, como hemos visto. Volveremos de inmediato sobre esta cuestión, en el próximo capítulo.

⁷⁰ Vid., para una reinterpretación hermenéutica del viejo o clásico “principio de positividad jurídica”, siempre de gran interés el profundo análisis de ZACCARIA, G. (1990). *L'arte dell'intepretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Padova, pp. 207 y ss.

CAPÍTULO 2. LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL POR RAZÓN DE SU ESPECIALIZACIÓN PROFESIONAL: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO Y ESTATUTARIO.

1. Planteamiento General: ¿qué orden jurisdiccional es más especializado para el empleo público el social o el contencioso?

En el capítulo precedente, primero de esta tesis doctoral, hemos comprobado cómo la LRJS alentó una redistribución del orden competencial a favor del orden social, muy en especial en sus múltiples y constantes⁷¹ pugnas con el orden contencioso-administrativo, sobre la base de una evolución en virtud de un doble principio de especialización material, en los dos casos bajo la fórmula de síntesis, enigmática y abierta, de “lo social” (la rama social del Derecho o del Derecho Social). De un lado, en lo que refiere al empleo público, en especial el laboral, pero con algunas incursiones en el estatutario (letra e) art. 2 LRJS), incluso en el trabajo autónomo dependiente, parece adoptarse una ordenación mucho más consciente de la identificación de lo laboral con lo profesional (más allá de los daños de índole profesional). De otro, en lo que refiere a la protección social pública, la LRJS se abre a una configuración de la Seguridad Social como dirección del concepto, también enigmático y abierto, de la Protección Social⁷².

En las páginas precedentes (capítulo 1) ha quedado también meridianamente claro que ninguno de estos avances es sencillo. Los criterios de deslinde se abren a lecturas

⁷¹ Para un análisis en el marco de la LPL, tras su Texto Refundido de 1995, vid. MERCADER UGUINA, J. (1996). *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia. Del mismo autor, ID. (1999). “La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA”, En [Cuadernos de derecho judicial](#), n. 6, monográfico sobre *Competencias del orden social tras la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Dir. [Aurelio Desdentado Bonete](#)), pp. 335-416. Ya vigente la LRJS vid. DE NIEVES NIETO, N. (2022). “Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción”. *Revista De Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (470), 109–146. DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.4693>

⁷² Para esta persistente problemática vid. ESTEVE SEGARRA, M.A. (2016). “La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo”. *Revista de Información Laboral*, n. 8; GARCÍA MURCIA, J. (2021). “Reflexiones preliminares y acotación del objeto de estudio”. En AAVV. (Dir. Joaquín García Murcia - M.A. Castro Argüelles). *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Reus, pp. 13 y ss. Una primera aproximación por mi parte en MORENO PÉREZ, J.M. (2014). “La convulsa ubicación de competencia en materia de prestaciones por dependencia en el periodo de entre leyes: Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, LRJS, y la ley por nacer”. *TL*, pp. 259 y ss.

muy diversas, porque los conceptos utilizados no son nada seguros, inequívocos, tanto en el ámbito laboral como en el de seguridad social. Piénsese en la difusa frontera entre el ámbito prestacional y el encuadramiento y recaudación⁷³, como dijera el propio TC:

“Toda materia de Seguridad Social se incardina en la rama social del derecho y en toda ella también se produce una intervención de las AAPP sujeta a derecho público. Es decir, que, si nos atenemos al criterio material o de la disciplina jurídica que utiliza el número 5 del art. 9 LOPJ, todas las controversias en materia de Seguridad Social serían competencia del orden social. Y, por el contrario, si aplicamos el criterio formal del acto administrativo que se recoge en el número 4 de la misma norma, la competencia sería del orden contencioso, pues todos los actos de gestión de la Seguridad Social son actos administrativos” (STC 121/2011, FJ 5)⁷⁴.

En más de una ocasión ha exigido la distinción auténticos alardes argumentales, típico del juicio de funambulismo jurídico, desembocando en rectificaciones jurisprudenciales, de modo que “Donde dije digo, digo diego”. Por ejemplo, la STS, 4ª, 22 de julio de 2015, rec. 4/2012. En ella, el TS, Sala IV, ofrece otro giro de guion, un cambio de 180º en su tradicional rechazo a conocer de la imposición de una sanción por falta de ingreso de cotizaciones por tratarse de una manifestación de gestión recaudatoria, aceptando ahora la competencia siempre que el acta de infracción no esté directamente vinculada con la liquidación de cuotas. Se excluye así la aplicación del art. 3, f -norma excepcional- en relación con el art. 2, letra s LRJS -norma especial-. Aunque este tipo de conflictos han ido reduciéndose conforme se consolidaba una jurisprudencia reiterada, por más discutible que resultara, permanecen.

No sorprende que posteriormente se hayan ido adoptando decisiones de unificación sobre el mismo asunto. Asumiéndose, lógicamente, tanto por la Sala IV (ej. SSTS 8 de octubre de 2019, rec. 2/2017 y 19 de enero de 2021, rec. 3/2020, como de la Sala III (ej.

⁷³ Para el encuadramiento vid. STS, Sala 3ª, de 15 de septiembre de 2021, rec. 4068/2019. En relación con las bajas vid ATS, Sala Especial 23 de septiembre de 2020, rec. 3/2019.

⁷⁴ No obstante, para el TC, no sería arbitrario, por tanto, debía aceptarse, aunque no fuese el más coherente y racional, el criterio de política legislativa de dar prevalencia a la dimensión administrativo de todo acto de encuadramiento sobre su contenido material. Sin embargo, parece claro el vicio de digresión competencial que santifica: la relación de seguridad social es unitaria, compleja, pero única, sin embargo, el orden competencial se fragmenta. Una crítica en LASAOSA IRIGOYEN, E. (2013). “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente”. Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, n. 159. También ÁLVAREZ CORTES, J.C. (2017). “Incompetencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, 10, pp. 201-2016.

STS, 12 de mayo de 2021, rec. 7461/2019)⁷⁵. Los casos no son aislados. También la Sala Especial de Conflictos de Competencia ha ido dando pasos para favorecer de manera más clara las competencias del orden social en este ámbito que debería serle propio, cuando ha venido siendo más favorable, desde antaño, al orden contencioso. Sería el caso del ATS, Sala Especial de conflictos 15 de junio de 2020, rec. 21/2019. En su virtud se retiene la competencia en el orden social, porque los incumplimientos parciales de los deberes de cotización no alterarían el carácter laboral de la pretensión, que se limitaba a exigir el cumplimiento empresarial de una obligación, la de cotizar, que derivaría del contrato de trabajo, no solo de la ley, por lo tanto, propia del orden social (art. 2 a) LRJS). Por lo tanto, debe tenerse extramuros del art. 3 g) LRJS [antiguo f)].

En otros casos el problema de la delimitación ha ido creciendo y adquieren gran relevancia. Piénsese ahora -de nuevo con el objetivo de ilustrar con la experiencia en los tribunales los análisis de dogmática jurídico-social procesal aquí realizados- en un sector que debería igualmente ser típico del orden social, atendiendo a la naturaleza claramente social, como la rama de extranjería vinculada a las inmigraciones sociolaborales, la gran mayoría en España (criterio material de atribución competencial jurisdiccional), pero que permanece dominio del orden contencioso-administrativo, porque, de nuevo, está ordenado mayormente por “actos administrativos” (criterio formal de atribución). Un buen ejemplo de esta conflictividad lo hallamos en el ATS, Sala Especial de Conflictos, 8 de julio de 2019, rec. 2/2019, que terminó reconociendo que otorgó la competencia de conocimiento de una sanción por contratación de personas trabajadoras sin la autorización correspondiente. Aplicó la letra n) del art. 2 LRJS -principio de especialización bajo una norma especial-, en detrimento de la letra g) del art. 3 LRJS -interpretación restrictiva de una norma de excepción competencial-⁷⁶.

De ahí, justamente, la voluntad de la LRJS de racionalizar el reparto. Ahora bien, asimismo, para las dos aperturas innovadoras para hacer más creíble la unificación

⁷⁵ Vid. GARCÍA ORTEGA, J. (2019). “Impugnación de sanción administrativa impuesta por el Consejo de Ministros por falta de ingreso de las cuotas de seguridad social: tipo sancionador y causas exculpatorias de la responsabilidad”. Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, pp. 115 y ss.

⁷⁶ Muy interesante el breve, pero ilustrativo, y acertado análisis realizado al respecto por Nuria DE NIEVES NIETO, en “Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial...”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, Ob. cit. p. 133. Resume así: al orden contencioso compete conocer de las actas de liquidación o de infracción vinculadas a aquéllas, y al orden social “el conocimiento de las actas que incluyan sanciones por falta de inscripción o alta -aunque exista un nexo con los actos de encuadramiento, recaudación o cotización- y de las resoluciones administrativas recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical”, p. 133.

competencial jurisdiccional con el extenso concepto de rama social del Derecho, presentan notables vicios jurídicos (según la visión de este concepto en el paradigma de *garantismo jurídico ferrajoliano*), en términos de lagunas, antinomias, disfunciones y vicios de disgregación competencial.

Precisamente, donde más llamativa resulta este estado contradictorio normativo y del arte interpretativo de la delimitación competencia jurisdiccional tras la LRJS, y algunas reformas posteriores, es, según asume ampliamente la doctrina científico-social, también judicial⁷⁷, más crítica con esta situación deficitaria, es en las poderosas resistencias que sigue rezumando nuestro ordenamiento a dejar penetrar al orden social en todo el empleo público, abarcando todas sus dimensiones, al margen de la condición estatutaria, funcional o laboral del vínculo, así como respecto de su protección social, sea de RGSS sea de Clases Pasivas. Y, sin embargo, pareciera que es en este ámbito, también por la muy profunda influencia del Derecho de la UE, que no suele distinguir la aplicación de sus preceptos atendiendo a la naturaleza jurídica del vínculo de empleo de las personas que prestan sus servicios en cualquier entorno de dirección y organización empleador, donde el principio de especialización material, asociando aquí social a lo profesional, o al menos al trabajo por cuenta ajena público, también estatutario. En cambio, bastante lejos de esta configuración augurada del orden social como “jurisdicción integral del empleo público”, en lo individual y en lo colectivo, en línea con lo pretendido también para la “protección social pública”, lo que constatamos es la pertinaz resistencia, o perpetuación, de un profundo recelo del poder público hacia esta evolución connatural a la rama social del derecho y su configuración como “Derecho común profesional”⁷⁸.

Esta evolución en el Derecho sustantivo, el que podemos considerar Derecho Social o rama social del Derecho es manifiesta, como tuvimos oportunidad de recordar en el capítulo precedente. Y desde luego no debería tener discusión o debate relevante alguno en el ámbito más laboral de lo profesional, esto es, en los derechos colectivos

⁷⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “¿Nueva modernidad para una jurisdicción social estancada?”, Editorial de la Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0, p. 16. En el mismo sentido, FOLGUERA CRESPO, J.A. “El personal de las AAPP: descoordinación en su protección jurisdiccional. Propuestas de reforma”. En AAVV. *Propuestas de Reforma de la LRJS, Cursos Digitales de Formación*, CGPJ, Madrid; SALINAS MOLINA, F. (2023). “Epílogo. Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”. En AAVV. (Dir. Humberto Guadalupe et alii). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*. Editorial Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, p. 401.

⁷⁸ ANIORTE LÓPEZ, M.C. (2013). “La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción? Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 103, pp. 37-61.

(además, como veremos, de los daños profesionales, donde ahora no se discute, en otro tiempo sí, y mucho, como veremos con detalle en los capítulos centrales de esta tesis, los capítulos 3 y 4). Piénsese en que, interpretada conforme al sistema multinivel de los derechos sindicales, configurados como derechos fundamentales humanos, la LOLS auguraba, cuando no exigía, en virtud de la especialización, la concentración en lo social.

No ocurrió así, más bien lo contrario, como ya se comentó, al traer a colación el favor legislativo por concentrar en el orden contencioso la respuesta a las cuestiones litigiosas colectivas conjuntas, para personal laboral y para personal estatutario (o funcionarial). Una visión del Derecho Legislado pretendidamente innovador, la LRJS, muy anclada en el pasado, tan antigualla es esta concepción, pura “reliquia institucional” de un tiempo de configuración unilateral de las relaciones de empleo público y de “privilegios de fuero” (que tanto le gusta repetir y tanto critica el profesor Molina Navarrete, C., 2023; también el gran magistrado Fernando Salinas Molina, 2023), que la Sala IV se vio obligada a una profunda, y “dolorosa”, rectificación a partir de la LRJS⁷⁹.

Este recelo o prejuicio del poder público frente al orden social cuando se trata del control de sus actos, más de su personal, no es un “vicio” persistente del pasado, incluso del más novedoso, como el que representó la LRJS. Al contrario, persiste. De ahí que sea hoy más necesario, incluso urgente, que nunca un nuevo proceso de modernización y de racionalización de la jurisdicción social, en el plano competencial, en particular para que ser realidad esa misma tendencia unificadora que se vive en el Derecho sustantivo.

No hay más que pensar en cómo cada vez que se hacen reformas en temas laborales, la gran mayoría hoy transversales (derechos fundamentales, conciliación de la vida laboral y familiar, teletrabajo y protección de datos personales, etc.), siempre exige otra reforma en el ámbito del empleo público, a fin de garantizar la coherencia y convergencia de los dos regímenes jurídicos profesionales. En consecuencia, carece de sentido práctico, y desde luego dogmático, mantener la disgregación competencial de lo que, en el fondo, desde el plano sustantivo, está unido, concentrado, convergente.

⁷⁹ Para un análisis recurrente de esta histórica y continuada tensión vid., entre muchos estudios al respecto, QUINTANA LÓPEZ, T. - RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2012). “Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”. En Revista Jurídica de Castilla-León, pp. 77-136; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.-MAURANDI GUILLÉN, N.A. (2011). “Ámbito del orden jurisdiccional social”. En AAVV. (Dir. Folguera Crespo, J.A. -Salinas Molina, F. - Segoviano Astaburuaga, M.L.). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, pp. 39-91.

2. Un enfoque muy discutido, pero inexorable: El Derecho Social del Trabajo (Decente) como Derecho común del Empleo Público en su conjunto.

2.1. Las resistencias del Derecho Legislado: entre paradojas y contradicciones.

2.1.1. La persistente defensa legislativa del “privilegio del fuero subjetivo”: el recelo económico del poder público respecto del orden social.

No será nada fácil, hay que ser conscientes de ello, conviene no engañarse. Adquiere hoy más sentido que nunca recordar que el orden social fue el competente para conocer de las cuestiones litigiosas en relación con el personal estatutario del Sistema Nacional de Seguridad Social, siendo desposeído de ella en 2003 (con el enorme alivio de trabajo para este orden jurisdiccional, sin ninguna duda, por la gran litigiosidad de este colectivo y su extraordinaria dimensión). Hasta el TC ha sido plenamente consciente de lo difícil, o de lo complejo, de su distinción. La STC 158/1985 fue muy clara al respecto, poniendo de relieve el anclaje del Derecho Legislado en la tradición histórica, sin que ello supusiera problema de constitucionalidad alguno, otra cosa es su funcionalidad y racionalidad:

“La delimitación de los órdenes jurisdiccionales -social y contencioso- en materia laboral reviste una conocida dificultad, como consecuencia de la coexistencia de normas de distinta naturaleza dentro del derecho del trabajo. Dificultad que resulta, incluso, acrecentada porque el reparto competencial entre ambas jurisdicciones obedece, en gran medida, no a esa diversa naturaleza normativa, sino a razones meramente históricas y convencionales, que impiden encontrar un principio general delimitador”.

Aunque dificultad no puede significar resignación a mantener el ordenamiento jurídico procesal actual en esta situación de incoherencia, constitutiva más de vicios jurídicos, en forma de lagunas, contradicciones y disgregaciones que meramente de paradojas. Justamente, en este ámbito es especialmente necesario asumir un concepto del Derecho procesal social especialmente exigido de capacidad para armonizar la necesidad de estabilidad con la de transformación y que debe, en buena medida, evitar la rigidez y el estancamiento, favoreciendo reglas basadas en razones más que en prejuicios históricos

En otros términos, ese reparto competencial debe orientarse hoy más por principios y reglas de razón jurídica que fundamentos de autoridad histórica (el arraigo en la tradición jurídica), o de conveniencia para el poder público⁸⁰.

Se trata, pues, de una materia poco dada a la “estabilidad”, menos a la linealidad, exigiendo, al contrario, dinamismo, con un evidente carácter evolutivo del Derecho en este ámbito, aunque no tenga una dirección lo suficientemente inequívoca para dar coherencia al sistema, máxime cuando el Derecho Legislado, como hemos visto, y seguiremos ilustrando, da pasos atrás a la hora de tomar en serio suficientemente el orden social de la jurisdicción en su pugna con el orden contencioso. Por supuesto, todo el sistema jurídico procesal vigente esté sembrado de ellas. Como se ha advertido de forma crítica, con razón y cierta fortuna en la metáfora geográfica:

“De forma paradójica... la protección jurisdiccional del personal al servicio de las AAPP está llena de salvedades y cortapisas... lejos de ser una frontera aproximadamente lineal, se parece más al contorno geográfico de las rías gallegas. El fundamento de esos variables contenidos materiales de la jurisdicción en parte quiere tener su explicación en las diferentes categorías de personal existentes en el conjunto del empleo público. Pero el resultado es que la protección se dispense desde los distintos órdenes jurisdiccionales, generando una especie de galimatías que lleva a un peregrinaje de aquellas personas que quieran reivindicar sus derechos por diversas jurisdicciones, haciendo ineficaz justamente una de las motivaciones básicas de la reforma procesal del 2011”⁸¹.

Como ya se advirtió en páginas precedentes y podemos añadir ahora, sumando otros ejemplos, la situación actual lejos de clarificarse o apuntar en una dirección de mayor coherencia, se complicaría notablemente. Lo comprobamos claramente -pongamos un primer ejemplo ya apuntado, añadiendo reflexiones y contenidos críticos, en línea con lo que se propone en esta tesis doctoral- en una cuestión que parecía jurisprudencialmente estable.

⁸⁰ Como se afirmara autorizadamente, las “grandes batallas que en el pasado siglo libraron los juristas de las escuelas analítica e histórica fueron empeñadas acerca del problema de la naturaleza del Derecho, es decir, acerca de si era el elemento tradicional o el imperativo de los sistemas jurídicos el que debía ser tomado como prototipo de Derecho, y sobre los problemas relativos a la creación jurídica, a saber, si el Derecho resulta hallado por los jueces y los juristas, o si es creación ordenada por un legislador consciente, y sobre el fundamento de autoridad del Derecho esto es, si radica en la razón y en la ciencia o en el imperativo de la voluntad soberana”. Vid. POUND, R. *Las grandes tendencias...* ob. cit.p. 6.

⁸¹ Vid. FOLGUERA CRESPO, J.A. (2021). “EL personal de las Administraciones Públicas...”. Ob. cit. Curso Digital de Formación, CGPJ, 38.

En efecto, al final del capítulo precedente hemos recordado que, finalmente, la Sala IV y la Sala Especial de Conflictos del TS convergieron, tras las rectificaciones, por lo tanto, después de varios vaivenes, en atribuir al orden social la competencia para el conocimiento de los procesos selectivos del personal laboral, también en su fase pura de preparación, al margen de que se trate de procesos de promoción interna o de integración de nuevo personal. Pues bien, pese a lo atribulado, pero consolidado de este proceso, se recordó cómo el Derecho Legislado proyectado volvía sobre sus pasos, incluso existiendo una doctrina del TC que ya había evidenciado que esa devolución al orden contencioso-administrativo no se podía hacer de cualquier modo, menos a través de una ley de presupuestos.

Pero ahora, sería a través de un Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal y a través de una Enmienda del Grupo Socialista cuando se propondrá:

“De este modo se da respuesta a una situación de silencio legal, confirmando el criterio tradicional de competencia entre jurisdicciones, entendiendo que corresponde al orden contencioso-administrativo el conocimiento de las impugnaciones dirigidas frente al proceso administrativo de selección y el acto de designación del trabajador y a la jurisdicción social el de los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo nació a consecuencia de aquella selección y designación. Es una reforma de gran calado que afecta a este tipo de procesos selectivos, especialmente en relación con los procedimientos de oferta de empleo público que se están promoviendo. Manteniendo, además, un criterio uniforme en la valoración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público” (Enmienda 625).

La Enmienda no puede provocar más estupor al jurista del trabajo. Primero, porque se “presume” de volver al criterio “tradicional”, reconociendo que es preferible lo antiguo a lo moderno, que impulsó la LRJS. Por lo tanto, tendría el sentido inequívoco, en el nuevo diseño legislativo, de una Enmienda a la voluntad legislativa precedente a la LRJS, con lo que tiene un sentido, preocupante, de involucionismo jurisdiccional. La viejísima doctrina de los actos separables se impone de forma avasalladora, sin más justificación que el recelo público histórico del poder público al orden social, que ahora “santificaría”, nada menos, que la voluntad legislativa. Sí, decayó afortunadamente el proyecto con el

adelanto electoral, pero quienes ahora Gobiernan son aquellos que presentaron este dislate y, en consecuencia, amenaza con regresar al Derecho Legislativo⁸².

Segundo, se asienta sobre una jurisprudencia ya superada, por lo que también supone un desdoro y una cierta desconfianza, más bien intensa y poco comprensible, hacia el orden social para los temas en los que están en juego cuestiones económicas y de índole presupuestario, como las Ofertas Públicas de Empleo. Por lo que entraría, en cierto modo, en contradicción con la doctrina constitucional comentada, que parece creer -demasiado inocentemente- que estos temas nada tienen que ver con el reparto jurisdiccional y que, en el plano sustantivo, tanto monta, monta tanto una jurisdicción como otra, lo que ha de respetarse es el diseño constitucional de competencias materiales para la ley que lleva a cambio la atribución. Criticamos esta falta de realismo del TC, no volveremos sobre ello.

Tercero, y más preocupante incluso, enlazando con el segundo comentario. La Ley proyectada y nonnata -por el momento-, evidencia la necesidad de volver al pasado para la atribución competencial en esta materia porque estamos en un pleno desarrollo de este tipo de procesos, a raíz de ellos movimientos de estabilización del empleo público, como es bien conocido.

Sería el caso de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, o incluso de la LOSU (Ley Orgánica 2/2023, 22 de marzo, del Sistema Universitario), que promueve diversos (ej. personal asociado) a desarrollar en 2024. ¿No es fiable económicamente el orden social ni a efectos presupuestarios de la OPE cuando los procesos se masifican?

Como siempre y como también se apuntó ut supra, “llueve sobre mojado”. La propia LRJS, que es alentada por un enfoque innovador, a veces rupturista, con menos recelo en relación con el orden social en sus concurrencias y confluencias con el contencioso, cedió a la tentación de mantenerse en la tradición.

⁸² Un análisis, no demasiado crítico, asumiendo, sin reserva, el cambio legislativo -posteriormente vino la doctrina constitucional correctora-, en DE NIEVES NIETO, N. (2022). “Nuevas Reglas y criterios...”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 470, pp. 119-120. Desde una perspectiva más amplia, vid. BUCYS, M. “Acceso al empleo público y competencia del orden social a propósito de la STS CV 20 de diciembre de 2018, El Derecho. com. (entrada 2 de enero de 2020); CRUZ VILLALÓN, J. (2000). “Viejos y nuevos conflictos en las fronteras entre la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa”. En AAVV. (Coord. M. R. Alarcón Caracul-M.M. Mirón Hernández). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Marcial Pons, Madrid, pp. 55 y ss; NORES TORRES, L.E. (2014). “La competencia para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las AAPP, en particular, las relaciones con las bolsas de trabajo, El Derecho.com, Entrada 1 de junio de 2014.

Y en un aspecto que, a la vuelta de casi 12 años, se comprende cada vez menos, fuera de la incomodidad del poder público, claro, pero esta razón responde a una “sinrazón” jurídica, tratándose de un prejuicio inasumible tras el orden constitucional. Me refiero a la clara inclinación de la LRJS por la solución que dejaba fuera del conocimiento del orden social las materias colectivas (protección de derechos fundamentales sindicales, en consecuencia) en las que concurrían al tiempo lo público-laboral (contractual) y lo público-funcionarial (estatutario). A lo disfuncional de este criterio sumará lo tradicional y, en consecuencia, lo poco razonable del mismo, por lo tanto, de su continuidad a futuro, a mi entender⁸³.

Un ejemplo de ello es la primera sentencia dictada por la Sala IV, la STS, 4ª, 1/2018, 10 de enero. La cuestión que se plantea es la impugnación de la constitución de una Mesa de Negociación cuyos acuerdos en su momento irán dirigidos a personal funcionario y laboral, incluida entre las excepciones del artículo 3.e) de la LRJS frente a la regla general de atribución de competencia que regula el artículo 2 del citado texto legal a través de diferentes supuestos y presuponiendo que, para las cuestiones colectivas, la jurisdicción natural es la social (STC 55/1983, 22 de junio). En ella se reafirma la orientación del Derecho de precedente según la cual la clara afectación de dos colectivos, funcionarial y laboral, exige reconducir el conocimiento de la controversia hacia el orden contencioso-administrativo.

Para ello remite, entre otras, a la STS, 4ª, de 6 de octubre de 2011, Rec. 21/2011, FJ Segundo⁸⁴. Entre otros criterios, se recuerda que:

“carece de sentido separar la competencia para conocer de la pretensión puntual de la demanda, que corresponde al orden contencioso-administrativo, de la competencia para entender de las controversias, que aunque puedan afectar a derechos relacionados con la libertad sindical, se refieren a eventuales lesiones de esa libertad que se concretan en actos que se producen en el marco del procedimiento de la negociación colectiva de la función pública”.

⁸³ Esta incertidumbre, fuente de inseguridad jurídica, está ya presente en el art. 9 de la LOPJ, apartados 4 y 5, exigiendo criterios complementarios en las leyes ordinarias que no alcanzan a dar la coherencia debida con el principio de especialización. Vid. QUINTANA LÓPEZ-RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2012), “Límites jurisdiccionales...”, Ob. cit. pp. 77 y ss.

⁸⁴ Esa doctrina es la misma que ha inspirado posteriores resoluciones como la STS de 29 de marzo de 2016 (Rec 176/2015) y de 9 de marzo de 2015 (Rec. 119/2014), que no obstante referirse a la actuación de la Administración Pública, mantienen el paralelismo de criterio respecto de los actos de carácter plural.

Ahora bien, la referida sentencia es también consciente de que había otra orientación jurisprudencial del TS, Sala IV, mucho más matizada (SSTS, 4ª, 23 de enero de 1998, RCU 1498/1996⁸⁵, 30 de noviembre de 1998, RCO 150/1998, 3 de febrero de 2010, RCO 128/2008, entre otras). En el supuesto enjuiciado por la STS, 4ª, 30 de noviembre de 1998, rec. 150/1998, el derecho de libertad sindical invocado como lesionado o violado no sería en relación con una cuestión individual, directamente afectante a funcionarios o a personal estatutario, sino que:

“...sería titularidad directa del Sindicato de trabajadores demandante, y, además, los denunciados como presuntos infractores del derecho fundamental no están integrados sólo por una Administración Pública sino conjuntamente con ésta por otros Sindicatos de trabajadores y por una Asociación empresarial, por lo que desde el punto de vista subjetivo y objetivo no existe base para excluir la competencia del orden jurisdiccional social, al no encajar en el supuesto de excepción contenido en el referido art. 3.c) LPL” (FJ Tercero, punto 1).

Asimismo, la Sala IV, en defensa de su competencia, enfatiza otra diferencia respecto del de otros supuestos enjuiciados, como en la STS/, 3ª, de 27 de mayo de 1996 (recurso 4770/1993), en el que la Sala 3ª asumió la competencia de dicho orden jurisdiccional, indiscutida en dicho proceso, para conocer de la pretensión de declaración de nulidad instada por USO respecto de determinados apartados del Acuerdo suscrito entre el Gobierno de La Rioja y los Sindicatos. En el presente caso no se impugna aspecto concreto alguno del Pacto suscrito entre la Junta de Andalucía y los restantes sindicatos y patronal codemandados ni disposición administrativa alguna dictada en desarrollo del mismo, y, además, para denegar la intervención en el proceso negociador la Administración Pública demandada se ha invocado la existencia de un posible acuerdo interprofesional ex art. 83 ET. En consecuencia, en este caso concreto no se estaría ante la impugnación de una actuación de contenido exclusivamente administrativo e, incluso, el posible pacto resultado de la negociación (FJ Tercero, punto 2). Por lo tanto, estimará el recurso de casación, asumirá la competencia del orden social y exigirá nuevo fallo.

⁸⁵ En su FJ Tercero, se afirma: “A pesar de que los razonamientos precedentes dan contestación acabada a la problemática que se suscita en esta litis [rechazando la competencia a favor del orden social y declinándola para su ejercicio en el orden contencioso], a mayor abundamiento no debe silenciarse que, aun cuando como mera hipótesis de trabajo no se aceptasen los criterios expresados en el número 7 del fundamento de derecho precedente y se considerase que la Sala tiene que pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria mencionada, no por ello podría ser acogida favorablemente esta pretensión, como ponen de manifiesto las siguientes puntualizaciones:...”.

En sentido análogo, cierto también en supuesto particular, la STS de 3 de febrero de 2010 citada, la Sala IV ni siquiera se planteó la cuestión de su competencia material, en un asunto relativo a determinar si en la Mesa General de Negociación constituida en el seno de la Generalidad Valenciana el día 2 de octubre de 2007 debían tenerse en cuenta, para el cálculo de la representatividad de los respectivos sindicatos en ella intervinientes, los resultados electorales en el colectivo de profesores de religión católica. La demanda sindical negaba la condición de personal de empleo público al profesorado de religión, lo que el TS afirma con rotundidad.

No insistimos en esta línea, suficientemente conocida. Salvo para dejar una clara constancia de que la Sala IV siempre ha tenido interés en mantener abiertas ventanas en materia jurisdiccional relativas a los derechos fundamentales en el sector público, aunque afecte a sindicatos que tienen representatividad conjunta, de laborales y funcionarios, e incluso respecto de materias en las que prima más la dimensión sindical -especialización por la materia⁸⁶- que la del vínculo de quienes se ven afectados.

2.1.2. “Cal y arena”: El contraste entre la creciente confianza en el orden social como jurisdicción integral en “protección social pública” y persistente recelo como jurisdicción del “empleo público”

Sin embargo, ni siquiera la LRJS, que quiso introducir un antes y un después en este ámbito, asumió esa coherencia y cerraría todas las ventanas posibles. Como venimos comentando, en línea con algo que es un punto de consenso en el análisis doctrinal y judicial en esta materia, la delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso no puede ser espacio para reglas sólidas, para fronteras rígidas e inamovibles, sino, al contrario, se trata de zonas dinámicas y de fronteras móviles, propia de una

⁸⁶ Insiste en lo esencial del principio de especialización material, junto a la naturaleza de la normativa aplicable -que a mi juicio debería quedar en segundo plano respecto de aquél-, MONTROYA MELGAR, A. et alii (2010). Curso de procedimiento laboral, Tecnos, 8ª Edición, Madrid, p. 34. El principio de especialización material (materias sociales) debería primar, por razones de coherencia y racionalidad jurídicas, sobre el de especialización subjetiva (condición de poder público del empleador), por cuanto, en un Estado Constitucional del Derecho, también el poder público debe someterse a las leyes laborales de orden sustantivo. Tan leyes constitucionales son las laborales como las administrativas, estando habitadas las laborales, precisamente como expresión de lo social, a realizar un equilibrio de intereses mucho más heterogéneos y plurales. La transaccionalidad es una idea axial de principio democrático, frente a la unilateralidad típica del Derecho Administrativo. Por eso nunca se sintió este cómodo con la autonomía colectiva, con el Derecho Sindical, pese a ser derechos fundamentales de toda persona empleada pública.

“modernidad líquida”, como gusta decirse ahora a partir de una conocida construcción sociológica⁸⁷. Curiosamente, esa movilidad de fronteras está siendo algo más acelerada y coherente, aunque ni lo rápido que debiera ni con plenitud de coordinación, como se ha venido evidenciando, en el camino del orden social hacia una jurisdicción integral, y en paralelo plena, para la protección social pública, mientras que, como estamos igualmente analizando, es muy lenta y muy errática en su evolución hacia su existir como jurisdicción integral y plena en materia de empleo público (siguiendo la línea ensayada en materia de prevención de riesgos laborales -núcleo esencial de esta tesis-).

No nos resistimos a seguir trayendo a colación ese contraste, porque el tradicional e histórico recelo del poder público respecto del orden social para las cuestiones de índole económico-financiera y presupuestaria, aun permaneciendo en el ámbito de la seguridad social (función recaudatoria), parece ceder en el ámbito prestacional también para lo que se entiende como protección social. En este sentido, si hemos visto que el Derecho actual Legislado da pasos involucionistas incluso en lo que refiere a la gestión económica y de naturaleza presupuestaria en relación con las Ofertas de Empleo Público, la LRJS no hace más que conocer reformas en el sentido de apuntalar la competencia social prestacional.

Recuérdese que, en un escenario legislativo silente (Ley 39/2006), ambos órdenes judiciales se declaraban competentes para conocer de las prestaciones del sistema de atención a la dependencia. En este estado interpretativo muy convulso de nuevo la jurisprudencia contenciosa, con la condescendencia de la Sala IV (STS 17 de septiembre de 2013, rec. 1272/2013⁸⁸) volvió a hacerse con la manija de este ámbito conflictual de trascendencia social creciente (como ya se comentó ut supra), por lo tanto, también de litigiosidad judicial incrementada. Sorprendentemente, la Sala IV considera que:

“...las prestaciones reconocidas en la Ley 39/2006 pueden ser consideradas como prestaciones de seguridad social, siguiendo la línea interpretativa efectuada por el Tribunal Constitucional - STC 239/2002, de 11 de diciembre-...de donde se concluye que

⁸⁷ La caracterización de la modernidad como un «tiempo líquido» es una de las mayores contribuciones, y más asumidas, con sus pros y contras, de la sociología contemporánea. La fórmula, acuñada por Zygmunt Bauman, da nombre al proceso de tránsito desde la modernidad ilustrada, la modernidad «sólida» –estable, repetitiva– a una «líquida» –flexible, voluble– en la que las estructuras sociales ya no perduran el tiempo necesario para solidificarse y no sirven de marcos de referencia para los actos humanos. Pero la incertidumbre en que vivimos se debe también a otras transformaciones, entre las que se contarían: la separación del poder y la política; el debilitamiento de los sistemas de seguridad que protegían al individuo, o la renuncia al pensamiento y a la planificación a largo plazo. Vid. BAUMAN, Z. (2017). *Tiempos líquidos: Vivir en una época de incertidumbre*, TusQuets, Barcelona.

⁸⁸ En el mismo sentido STS, 4ª, 17 de septiembre de 2013, RCU 2212/2012.

el nivel no contributivo de la seguridad social puede complementarse y concurrir con las prestaciones reguladas en la Ley 39/2006...”⁸⁹.

Decimos sorprendentemente porque es manifiesto que no se trata de prestaciones de la Seguridad Social, tampoco complementaria, sino claramente integra un sector propio y autónomo respecto de la protección social. En todo caso, la Sala IV aceptó que, pese a esa caracterización sustantiva, la competencia era contencioso-administrativa porque, en el fondo, la gestión del mismo se hacía conforme al procedimiento administrativo común y, en consecuencia, sujetas al Derecho Administrativo común, primando la naturaleza de la decisión sobre la materia en la que recae -protección social pública-⁹⁰. Como veremos, no es baladí esta argumentación. Según se analizará en el capítulo 4, cuestiones más modernas, en el ámbito de la protección social pública, como el conocimiento de la eventual impugnación de decisiones del Fondo de Compensación de las Víctimas de Amianto adolecen del mismo defecto -laguna jurídica- que la Ley 39/2006 en su día, no tiene atribución competencial jurisdiccional. Pero sí dejara muy claro ese sometimiento al procedimiento administrativo común y a sus recursos administrativos. Lo veremos.

Lo que ahora nos interesa destacar, a los efectos funcionales para este estudio, es que, pese a la existencia de este caldo de cultivo favorable a dejar la competencia en el orden contencioso, la LRJS intervendrá a favor de la atribución en el orden social. Por lo tanto, la LRJS tendrá, aquí, el sentido de corrección del Derecho de precedentes contrario al orden social, para asegurar que sigue avanzando “firme” en la dirección auspiciada por el preámbulo de la LRJS, que aspira -ya hemos visto sus desmentidos, en el capítulo 1- a hacer del orden social la citada jurisdicción integral en protección social pública⁹¹. El que

⁸⁹ Además de que la propia Ley 39/2006, configura las prestaciones en ella establecidas como un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, siendo de carácter público, se destaca La jurisprudencia del TJUE, en especial la sentencia 5 de marzo de 1998, asunto Molenaak; 8 de marzo de 2001, asunto Janch; 21 de febrero de 2006 asunto C - 286/03 y 1 de abril de 2008, asunto C - 212/06.

⁹⁰ El artículo 28 Ley 39/2006 dispone que la tramitación de dicho procedimiento se ajustará a las previsiones de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. - La orden 2455/07, de 7 de agosto, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo de los Reales Decretos que desarrollaron la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, establece en su artículo 31 que la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema podrá ser recurrida en alzada ante la Dirección General del IMSERSO.

⁹¹ Vid. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (2011). *La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia en el marco de la reforma del proceso social*, Editorial Bomarzo, Albacete. OLARTE ENCABO, S. (2014). “El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materias de prestaciones de la dependencia”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 372, pp. 167 y ss. También tuve oportunidad de acercarme a este tema en MORENO PÉREZ, J.M. (2014). “La convulsa ubicación de competencias en materia de prestaciones por dependencia en el periodo entre leyes:

siga pendiente, después de tantos años, tal transferencia no deja de representar una nueva manifestación de nuestra tesis de la profunda fractura entre normatividad y efectividad, y el carácter viciado jurídicamente de los sistemas normativos, más los prestacionales. Las dudas que genera la DF 7ª, punto 2, en torno a si en el ámbito de la dependencia quedaría reflejada la dispersión competencial jurisdiccional social propia de la Seguridad Social (la gestión prestacional al orden social, la gestión puramente administrativa, en términos de la letra s, in fine, al orden contencioso) tampoco ayudan a una racionalización plena⁹².

Sin embargo, la atribución no solo del IMV -prestación no contributiva de seguridad social- sino también de todo el sistema de rentas mínimas de inserción autonómicas, el sector de la asistencia social que más se aproxima a las características del Sistema de Seguridad Social, la refuerza (persistente tensión entre flujos y reflujos, avances y resistencias a la modernización). Como sería una reafirmación de esta política legislativa del Derecho favorable a la convergencia entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal Social el que se equipare la protección, a estos efectos, de las personas beneficiarias del Sistema de Seguridad Social a las de los Sistemas de Protección Social incluidos dentro de la competencia de la jurisdicción social. Una equiparación, por supuesto (volvemos al funambulismo jurídico y a la ponderación equilibrada de los datos jurídicos existentes - ser- y los que deberían existir -el deber ser-), que sigue pendiente a que se cumpla de una forma efectiva el condicionante temporal e institucional.

Un condicionante que se alarga demasiado y que, a diferencia del analizado respecto del conocimiento de la fase previa de los procesos selectivos del personal laboral, la norma proyectada que estaba destinada a cumplir, el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal, decayó, como vimos. En tanto, la competencia sigue siendo del orden contencioso, que sigue resiliente. Cal y arena, pues.

Una línea de reconocimiento legislativo de la vis atractiva del orden social más allá de la tradicional dicotomía de la rama social (laboral y seguridad social), incluyendo en el orden social también la rama prestacional, estatal y autonómica, dirigida a la lucha

Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia, Ley 36/2011, LRJS, y la Ley por nacer”. *Temas Laborales* nº 124, pp. 259 y ss.

⁹² DE NIEVES NIETO, N. (2022). “Nuevas reglas y criterios...”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Ob. cit. p. 126; DEL VALLE DE JOZ, J.I. (2017). *Seguridad Social y proceso*, Aranzadi Thompson Reuters, Pamplona, pp. 167 y ss.

contra la pobreza y la prevención del riesgo de exclusión social⁹³, que, sin embargo, halla muchas más dificultades en el ámbito profesional público, como venimos exponiendo. Incluso en el ámbito de la protección social complementaria del personal de empleo público, laboral y estatutario, como se verá, en el apartado próximo, y, sobre todo, en el capítulo 5. No puede negarse que los recelos del poder público, ahora como empleador, son persistentes.

Y ello en el Derecho Legislado, de ayer y de hoy, seguramente el de mañana (por lo comentado respecto a la “resurrección probable” de proyectos de reforma legislativa involucionistas en tal sentido). Lo acabamos de exponer. Pero también, a veces de forma más sorprendente aún, en el Derecho de precedentes jurisprudenciales, pasados y de presente, de modo que cumpliría más una función conservadora del estatus quo que de progreso⁹⁴.

Vamos a verlo con algunos ejemplos, que den dimensión empírica a nuestros análisis y críticas dogmático-jurídicas.

2.2. Dificultades y resistencias vivas en el Derecho de precedentes: experiencias recientes que aceptan el disfuncional estatus quo.

No cabe duda de que a las disfunciones derivadas del actual incierto y errático reparto legislativo entre el orden social y el contencioso en general, y en materia de empleo público en particular (basado en un sistema de triple regla: atribución genérica ex art. 9.5 LOPJ y 1 LRJS; atribución mediante reglas especiales ex art. 2 LRJS, exclusión mediante reglas excepcionales ex art. 3 LRJS⁹⁵), hay que añadir las visiones tradicionalistas

⁹³ Salvando las muchas distancias, como es lógico, al igual que la jurisdicción social se convierte en la jurisdicción integral (y cuasi) plena de la prevención de riesgos laborales, pareciera que la LRJS también quiere configurar al orden social como la jurisdicción garante del cumplimiento efectivo de un sistema prestacional dirigido a la prevención del riesgo de pobreza y de exclusión social. Sin duda afanosa y dura encomienda esta también para el orden social, máxime con sus reducidos recursos. Un ejemplo claro, en todo caso, en el plano dogmático, su realidad es otra cosa, de evolución del orden social jurisdiccional en una dirección paralela a la **“universalización del derecho a la prevención de riesgos profesionales”** frente a los daños de esta guisa, de modo que aquí se le atribuiría la función de garantía de las prestaciones de **“universalización de la condición de ciudadanía social existencial, frente al riesgo de pobreza y de exclusión social”**. Ampliamente AAVV. (Dir. Isabel Villar Cañada- Vila Tierno, F.) (2021). *Renta mínima y democracia sustantiva: de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"*, IURA, UJA, Jaén.

⁹⁴ Para esta dualidad entre función conservadora y de progreso vid. STS, 4ª, 18 de mayo de 1933, RJ 3907.

⁹⁵ Existe un amplio consenso doctrinal, entre quienes vienen analizando la evolución de estos temas de distribución competencial entre el orden social y el contencioso-administrativo, a la hora de criticar las

seguidas por el propio Derecho de precedentes jurisprudenciales, con cierta frecuencia extramuros o indolente respecto de la vis atractiva buscada, con equívocos y deficiencias, para el orden social por la LRJS (ATS Sala Especial de Conflictos de 17 de febrero de 2021, rec. 16/2020, entre otros). En este sentido, y sin perjuicio de lo que se verá con más detalle en los capítulos centrales de esta tesis doctoral (capítulos 3 y 4), las resistencias las hallamos incluso en ámbitos donde se pretende otorgar una competencia plena al orden social de la jurisdicción, como en materia preventiva.

Piénsese, al respecto, sólo a título de ejemplo, en el muy criticable y criticado ATS, Sala Especial de Conflictos, 7/2018, de 29 de mayo (conflicto de competencia 4/2018). El origen de la controversia se halla en la discrepancia del sindicato accionante con el acuerdo de la Junta de Personal por el que se nombró a las tres personas que ocuparían los cargos de "delegados de prevención" en el Comité Provincial de Seguridad y Salud laboral de Prisiones, en representación del personal funcionario. Se cuestiona que sugiera tal acuerdo el criterio de proporcionalidad respecto del resultado de las últimas elecciones sindicales. En particular, entiende que debieron de utilizarse, como parámetro para el cómputo, los resultados electorales en los centros penitenciarios de la provincia (Herrera de la Mancha y Alcázar de San Juan) y no, como se hizo por parte de la Junta, la totalidad de los resultados en los servicios periféricos de la AGE en dicha provincia.

De este modo, sigue sosteniendo, se privó al sindicato de la representación en dicho comité, lo que implicaría una lesión de su derecho de libertad sindical. Por ello, pretende, en esencia, que se declare nulo el acuerdo y que el Comité en cuestión debe constituirse atendiendo exclusivamente a los resultados electorales en los centros penitenciarios. La Sala precisa que:

“Conviene enfatizar que no estamos ante un pleito suscitado en materia de prevención de riesgos de trabajo, sino que el núcleo del litigio se refiere a la protección del derecho fundamental a la libertad sindical...” (FJ Segundo, 1).

insuficiencias de este triple criterio legislativo. La conjunción de los arts. 9.5 LOPJ y 1 LRJS, por un lado y arts. 2 y 3 LRJS, por otro, no solo ofrece una imagen de prolijidad extrema a la hora de la distinción, por las continuas reglas especiales seguidas de excepciones, a veces con excepciones a las excepciones, en aras de la regla general, sino que resulta insuficiente. En cada una de sus fórmulas encontramos una gama tan amplia de situaciones, con modulaciones y matices, que se convierten en fuente de enormes controversias. Vid. NORES TORRES, L.E. (2014), “La competencia para resolver...”; DE NIEVES NIETO, N. (2022), “Nuevas reglas y criterios en la delimitación...”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Ob. cit. p. 117.

La cuestión debería resolverse, pues, con arreglo al art. 2 f) de la LRJS⁹⁶. Trayendo a colación un criterio de especialización tradicional y restrictivo, hace un lectura reductiva y aislada de este precepto, acotando la tutela de los derechos fundamentales atribuida al orden social a la pura naturaleza laboral del vínculo de los titulares de dichos derechos:

“siendo esa naturaleza la que determina la competencia, independientemente del sujeto al que se le imputa la lesión. La norma es congruente con lo que, de modo expreso, se dispone en el art. 3 c) LRJS...” (FJ segundo, punto 2).

Para la Sala Especial el conflicto se origina en la discrepancia interna en el seno del órgano de representación de los funcionarios públicos, con intervención o interés de la Administración Pública en la que prestan servicios, dado que la composición del Comité provincial de seguridad y salud no es algo ajeno a la propia Administración. Dicho Comité tiene la naturaleza de órgano paritario y, por tanto, el banco social actúa de interlocutor frente a la Administración empleadora en los términos del art. 38 de la LPRL con las competencias que se otorgan a dicho comité en el art. 39 de la misma y a las que se remite el art. 4.1 c) del RD 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la LPRL a la AGE. La intervención de la Administración en la constitución de los comités de seguridad y salud en el ámbito de la AGE se ve reforzada por lo establecido en el art. 5.3 de dicho RD, expresamente aplicado al caso por las Instrucciones dadas por la Secretaría de Estado.

Pero, entonces: ¿si la normativa es de PRL y el conflicto tiene su núcleo básico en la cuestión de delimitar el ámbito del Comité, cómo que estamos en una cuestión propia de Derecho administrativo inserta en el art. 2.f) de la LRJS y no de Derecho de PRL ex letra e) art. 2?

Como vemos, si algo cabe afirmar a la vista de este conflicto es que no queda nada que el legislador haya excluido del ámbito del orden jurisdiccional social la resolución de conflictos de tutela de derechos fundamentales, también la libertad sindical, suscitados en el marco exclusivo de la función pública, si puede reconducirse a un tema preventivo, sea

⁹⁶ «Sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios; sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del artículo 117 CE en garantía de cualquier derecho».

individual o colectivo. No es el único caso de interpretación creadora de perplejidad en el jurista del trabajo respecto a la pretendida atribución de competencia (cuasi) plena al orden social en materia preventiva. Pero lo veremos con detalle -se insiste- en próximos capítulos, pues constituye una razón esencial de esta tesis.

Ahora, conviene traer a colación otras cuestiones problemáticas, a título de ejemplo, que evidencia esas enormes dificultades para avanzar con paso rápido y coherente en ese proceso de convergencia de la evolución sustantiva del Derecho Social del Trabajo, como Derecho común del Empleo Público, sin apellidos, acelerado, también en el Derecho de la UE⁹⁷ y en el Derecho Internacional, y la evolución competencial, mucho más lenta y más resistente, en aras de una función conservadora de la tradición jurídica. Una tradición que, sin embargo, como se ha expresado críticamente, se basa más en los prejuicios históricos que en razones de coherencia jurídica y efectividad de la tutela de los derechos sociales y profesionales del conjunto de las personas empleadas públicas, al margen de la naturaleza jurídico de su vínculo de empleo.

Sin duda -insistimos- especialmente *llamativa es la persistente resistencia a hacer del orden social la jurisdicción integral y plena del Derecho colectivo del Empleo Público (art. 3 c) LRJS*), como sí lo es ya del Derecho Colectivo Profesional, al incluir en sus dominios al personal autónomo que tiene reconocidos expresamente tales derechos, como los TRAuDE (ya se vieron también aquí disfunciones, al no contemplar al trabajo autónomo en general, que sí tiene reconocidos derechos colectivos según la doctrina del CEDS⁹⁸). Un ejemplo interesante es la **STS, 3ª, 802/2022, 21 de junio**.

El recurso de casación se interpuso contra una sentencia de apelación dictada por la Sala contenciosa del TSJ Cantabria, en relación con el acuerdo del Ayuntamiento de

⁹⁷ Como es sabido, la interpretación de la Directiva 1999/70/CE tiene una creciente presencia en un buen número de conflictos suscitados en el ámbito de la Sala III. Así, por ejemplo, con carácter general, la exigencia de valoración del mérito en funcionarización y promoción interna de personal laboral. STS de 18 de julio de 2022 (rec. 288/202). Además de, obviamente, los muy conocidos relativos al abuso de la condición de nombramientos temporales como personal estatutario. Bien sabido es que, tratándose de una misma normativa comunitaria y de una misma jurisprudencia del TJUE, la comprensión actual final de aquel acervo comunitario e interpretativo no converge plenamente en la Sala IV del TS y en la Sala III del mismo. Por ejemplo, para el Personal en sustitución y situaciones de abuso vid. la STS, III, de 7 de julio de 2022 (rec. 2867/2019), o para sistema de listas de personal interino para combatir abusos, como en la STS de 19 de septiembre de 2022 (rec. 6103/2020). O la Directiva del tiempo de trabajo, como en Derecho al descanso en guardias localizadas (STS, 3ª, 1315/2022, de 17 de octubre).

⁹⁸ Ampliamente para esta cuestión, sea para el trabajo autónomo en general, sea para el falso autónomo y zonas grises, a partir de la economía del trabajo en plataformas digitales, vid. AAVV. (2022) (Dir. José María Miranda Boto y [Brameshuber, Elisabeth](#)). Negociación colectiva y economía de plataformas Una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio, Ediciones Cinca, Madrid.

Santander que denegaba a un sindicato la alteración de la composición de las Mesas de Negociación constituidas en el Ayuntamiento. El interés casacional se situó en el ejercicio del derecho fundamental a la libre sindicación en relación con la validez de los pactos suscritos entre los distintos sindicatos con posterioridad a la celebración de las elecciones sindicales de cara a la justificación por parte de los mismos del alcance del porcentaje de representatividad exigido legalmente para su participación en los distintos órganos de negociación colectiva. La sentencia del Juzgado desestima el recurso contencioso-administrativo al aplicar la doctrina expresada por este Tribunal Supremo, Sala de lo Social (STS, 4, 10 de abril de 2019). Por su parte, la Sala de apelación estima el recurso interpuesto por el sindicato, invocando una doctrina propia del orden contencioso, si bien no del TS, Sala III, sino de diversos tribunales de apelación contenciosa, por lo que valora lesivos dichos pactos de la libertad sindical.

La Sala III estimará el recurso de casación invocando la necesidad de respetar de forma estricta la interpretación de la Sala IV. Así:

*“En definitiva, a tenor de la jurisprudencia expuesta, no podemos considerar lesivo para el derecho fundamental a la libertad sindical una doctrina...**en coherencia con la fijada por la Sala IV**, que determina el ámbito de aplicación de la norma controvertida, el artículo 12.5 del citado Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, que acota su aplicación a las elecciones a los órganos representativos de primer grado...”*

No es nuestro objetivo entrar en el asunto de fondo, claramente de Derecho Sindical. Aquí nos interesa la deriva competencial. Situados en este plano, entonces ¿qué sentido tiene que se diferencie la competencia según el ámbito estatutario o laboral de la Mesa de Negociación Colectiva? ¿No nos ahorraríamos este tipo de conflictos si fuese la sala social la única competente en esta materia, como lo que es, o mejor, lo que debería ser, la jurisdicción social plena en Derecho colectivo de empleo público?

Otro ejemplo podemos hallarlo en la STS, 4ª, 431/2022, 11 de mayo. Con enorme perplejidad, de nuevo, vuelve a utilizar como precedentes jurisprudenciales decisiones que, sin embargo, como luego veremos, parecerían superadas por parte de la Sala IV del TS, en materia de prevención de riesgos laborales, al basarse solo en una cuestión formal: si es el personal de empleo público estatutario el que invoca la tutela de la libertad sindical por un procedimiento especial de este tipo, al margen de la materia afectada, el orden

competente será el contencioso-administrativo. Veremos, porque es el núcleo axial de esta tesis doctoral (capítulos 3 y 4) que tal formalismo es ahora inaceptable, y así lo ha entendido posterior jurisprudencia del TS (aunque anterior a la aquí comentada). En todo caso, el apego formidable a la tradición llevará a que se retenga la competencia en el orden contencioso:

“...determina la falta de competencia de la Jurisdicción Social para el conocimiento de la cuestión planteada, que tiene perfecto encaje en lo dispuesto en el art. 2 f) de la LRJS, partiendo de la pretensión ejercitada, que instan procedimiento de Tutela de la Libertad Sindical, en su vertiente de negociación colectiva, frente a una presunta conducta de la Administración..., como empleadora, mantenida en los procesos de negociación colectiva que se llevan a cabo incontrovertidamente en todas las Mesas de Negociación, tanto en la General como en las Sectoriales, que en definitiva afectan tanto al personal laboral como al personal funcionario y al estatutario” (FJ Tercero)⁹⁹.

Vemos, pues, cómo juega aquí la regla contraria a la vis atractiva del orden social, pese a que el criterio material llevaría a ello. En cambio, se impone la vis atractiva del orden contencioso, por la presencia del “sempiterno privilegio del fuero subjetivo” (Molina Navarrete, C, 2023). Aunque no siempre es así, evidenciando conflictividad.

Sería el caso, por ejemplo, ahora en el ámbito del derecho de huelga funcional -sin afectar a la cuestión de servicios esenciales, control contencioso, como se dijo, incluso si afecta al personal laboral, como la inclusión o no del personal residente sanitario, a todas luces laboral¹⁰⁰-, si bien también se ve afectado personal laboral. En este sentido, frente al criterio tradicionalista y formal de la SAN, Social, de 19 de octubre de 2018, rec. 198/2018, que apreció incompetencia objetiva para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de una medida de conflicto, como la huelga, en Correos, afectando al personal laboral y funcional. En cambio, la STS, 4ª, 8 de julio de 2020, rec. 13/2019 la revocó,

⁹⁹ Una crítica sugerente, ya a la doctrina sobre la que se sustenta este pronunciamiento, una década después, evidenciando un excesivo estancamiento, sino inmovilismo, en LÓPEZ ANIORTE, M.C. (2013). “La ampliación del marco competencial del orden social ¿hacia la unidad de jurisdicción?”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n. 103, pp. 37 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. STS, 3ª, 17 de diciembre de 2021, rec. 2208/2020. Lo asume con resignación la Sala IV del TS. Vid. STS, 4ª, 4 de noviembre de 2021, rec. 129/2021, reiterando su doctrina contraria al control del poder de autoridad gubernativa al fijar los servicios mínimos de una huelga ex art. 3 d) LRJS. Recuérdese que, en todo caso, fijados los servicios esenciales, los actos de designación de personal que deba atenderlos, de ser impugnados, será competencia social de la jurisdicción si afecta a personal laboral. Ampliamente QUINTANA LÓPEZ-RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2012). “Límites jurisdiccionales...” Ob. cit., p. 118 y ss.

porque entendió que no se estaba ante un procedimiento de tutela de un derecho colectivo fundamental en sentido estricto que afectase conjuntamente a ambos tipos de personal, sino ante un conflicto colectivo enmarcado en el art. 2 g) LRJS, rigiéndose, entonces, por los arts. 153 y ss. LRJS.

Sin poder, ni querer (por exorbitante para nuestro tema de estudio) entrar en más profundidad sobre este asunto, sí nos sirve para confirmar, una vez más varias cosas. En primer lugar, lo alambicado que resultan algunos argumentos, de ahí su conflictividad, para tratar de acceder a una competencia, por parte del orden social, cuya razonabilidad pareciera elemental, “connatural”, a la materia sustantiva analizada. Sin embargo, el apego del sistema jurídico a la tradición, favoreciendo la competencia contenciosa, obliga a hacer “encajes de bolillos” argumentales. Segundo, existe una cierta tendencia de la Sala Social del TS a rechazar su competencia cuando se mezclan elementos públicos y laborales, corrigiéndose por el TS. Lo veremos en el capítulo siguiente (ej. SAN, Social, 11 de septiembre del 2019, rec. 251/2017 y STS, 4ª, 29 de septiembre de 2021, RCO 3/2020). Debe imponerse, sin embargo, la interpretación restrictiva de una norma como la del art. 3 e) LRJS, que es excepcional, desechando toda tentación de atribuir al orden contencioso-administrativo una vis atractiva en este ámbito que no tiene, por más que la LRJS siguió “seducida por este viejo privilegio” y este continuo homenaje a la tradición del sistema¹⁰¹.

Pero la lista podría seguir. De especial interés, por su contundencia “verbal”, sería la STSJ Andalucía/Sevilla, 3038/2022, de 10 de noviembre. Como ha reseñado críticamente la doctrina científica que se ha ocupado de su análisis:

*“No comparto la posición de quien niega al Derecho del Trabajo una condición escrita en su código genético y que marcará su evolución futura: el ser el derecho común del trabajo dependiente, máxime si cuenta con una armazón comunitaria, donde estas fronteras son más artificiales... [Por lo tanto, la sentencia] correcta en el fallo al rechazar la competencia del orden social a favor del contencioso, **en nombramientos sucesivos***

¹⁰¹ Su comentario en DE NIEVES NIETO, N. (2022). “Nuevas Reglas y criterios...”. Ob. cit. pp. 137-138. Tampoco cierto sector doctrinal, pese a su enorme autoridad científica, expuso crítica alguna a este fallo, claramente errado. Ej. LÓPEZ CUMBRE, L. (2018), “El orden social no es competente cuando la huelga puede afectar a funcionarios” <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-orden-social-no-es-competente-cuando-la-huelga-puede-afectar-a-funcionarios/>

*abusivos como personal funcionario eventual, se excede, a mi juicio, en tan apodíctica e innecesaria afirmación en el caso”*¹⁰²

¿Por qué tan dura crítica por un sector de la doctrina científica respecto de un fallo y, sobre todo, de un razonamiento jurídico que, al contrario, ha suscitado la adhesión más entusiasta de otro sector doctrinal¹⁰³ igualmente atento a estas experiencias de Derecho vivo? Por la siguiente afirmación de la sentencia de suplicación social sevillana citada. Según afirmó

«no puede considerarse que el régimen laboral constituya el derecho común de la relación de servicio para los funcionarios públicos y que, en consecuencia, una actuación desviada o fraudulenta de la potestad administrativa de nombramiento de este personal, incluido el eventual, tenga que derivar en la aplicación del ET. Es decir, en estos casos de nombramientos administrativos en los que eventualmente se pueda apreciar una desviación de poder o fraude consistente en el desempeño de funciones no propias de la categoría funcional en cuestión no cabe aplicar la presunción de laboralidad del 8.1 ET pues dejaría sin efecto las previsiones constitucionales 103.2 CE.

En suma, partimos del criterio de la STS 15-12-97...que si la pretensión se funda en la impugnación de la validez del nombramiento como funcionario, este fundamento es el que, según la doctrina del TS, define la jurisdicción».

Primero, se infravalora no ya la evolución común en este ámbito más general, sino la determinante incidencia en su control del Derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE, como se recordó. Por lo tanto, sí que hay un acervo normativo y jurisprudencial común, que viene marcado por el Derecho Social de la UE, aunque luego el orden social y el contencioso (ej. STS, 3ª, 216/2023, de 22 de febrero, que se niega a considerar un daño resarcible, per se, el abuso de la temporalidad de un nombramiento, criticado por el profesor Molina como expresión de “atrincheramiento en doctrina patria” frente a la del TJUE) no mantengan la misma interpretación. Pero esta diversidad no legitima nada, solo es una consecuencia nociva, e injustificada, de este vicio de disgregación competencial

¹⁰² Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “¿Nueva modernidad para una jurisdicción social estancada?”, Editorial de la Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0, pp. 14 y ss.

¹⁰³ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA, I. (2022). *El derecho del trabajo no es el derecho común del empleado público* (STSJ And\Sevilla 10/11/22) <https://ignasibeltran.com/2023/01/17/el-derecho-del-trabajo-no-es-el-derecho-comun-del-empleado-publico-stsj-andsevilla-10-11-22/>

que venimos criticando y está en la base del juicio de reprobación del sector doctrinal que considera un alarde argumental innecesario, además de erróneo, tan “osada” afirmación.

Segundo, porque, en realidad, se orilla que hubo una doctrina jurisprudencial social que, inicialmente, sí se entendió competente en esta materia, cuando en juego estaba, precisamente, el determinar si se trataba de un nombramiento como personal eventual o, en realidad, era un contrato de trabajo encubierto con una forma estatutaria. Por tanto, las fronteras son bastante menos nítidas de lo que se nos quiere hacer ver.

Tercero, y finalmente, entendemos que la vis atractiva concentrada en el orden social sería la más coherente normativamente y la más operativa en la práctica, para avanzar en un ordenamiento más equilibrado en su conjunto. De este modo, se daría una solución más cierta, segura, a un ámbito de enorme y creciente conflictividad jurisdiccional, pero cuyas fronteras son muy difusas y, por ello, bamboleantes. Por lo que nos evitaríamos situaciones erráticas, y de peregrinación jurisdiccional, con decisiones jurisdiccionales que perpetúan la dialéctica inclusión (norma particular o especial) y expulsión (norma excepcional)¹⁰⁴, típico de fenómenos más amplios de “huida del Derecho del Trabajo” y de “huida del Derecho Administrativo”.

El listado de experiencias del foro (base empírica del análisis dogmático, expositivo y crítico) no tendría fin. Otras sentencias muy recientes, lo ponen de manifiesto una y otra vez. Como la STS, 4ª, 250/2023, 28 de febrero, en materia de premios de jubilación, en la cual se evidencia soluciones opuestas para una misma regulación convencional. Lo analizaremos con detalle en otro lugar de esta tesis doctoral (concretamente en el capítulo 5, y último).

O la citada STS, 3ª, 1315/2022, 17 de octubre. El interés casacional del recurso se centró en dilucidar si la compensación económica derivada del descanso no disfrutado tras un periodo de guardias de 24 horas, no presenciales o localizadas, se integra en el art.

¹⁰⁴ No compartimos, pues, la posición doctrinal de quien considera que tal situación desequilibra y desorbita el sistema jurídico actual. Se critica que se “precipiten acciones *reactivas* dirigidas a tratar de revertir la materialización de ese tránsito. En el fondo, ambos fenómenos son la muestra visible de la concurrencia de fuerzas muy complejas, en muchos casos, ajenas al Derecho, que presionan y empujan las fronteras más allá de sus límites originarios. Lo que se traduce en una confusa delimitación del ámbito de aplicación de los órdenes (y, en ocasiones, esto se ve alimentado por el derecho comunitario – como en lo relativo a algunos aspectos de la Directiva 1999/70). Con la particularidad de que quienes presionan tratan de tender puentes para habilitar vasos comunicantes que, a modo de sumideros, permitan, en función de sus intereses, el deseado tránsito de una rama a otra. Desde este punto de vista, sin perjuicio de los detalles---en cada caso..., creo que el posicionamiento de la jurisprudencia y de la doctrina judicial que se acaba de exponer es acertado”. Cfr. BELTRÁN DE HERIDA, I. (2022). Ob. ultima. cit.

3 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La cuestión fue resuelta en sus SSTS, 3ª, de 29 de marzo de 2022 (recurso 7946/2020), de 31 de marzo de 2022 (recurso 369/2021) y de 18 de mayo de 2022 (recurso 737/2021). De modo que por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la CE), y de la coherencia jurisprudencial, la reitera, dando una respuesta negativa (en el caso se trató de reclamaciones de personal integrante de la Carrera Fiscal y contra resoluciones dadas por el Ministerio de Justicia).

Por supuesto, no podemos, ni debemos, entrar en el fondo del asunto, siempre muy conflictivo, sea en el orden social sea en el contencioso, como evidencia la multiplicación de casos. Lo que aquí interesa evidenciar, por ser inherente y funcional a nuestro hilo de razonamiento conducente a nuestras propuestas de tesis doctoral, son dos observaciones. La primera, vemos la extraordinaria vis expansiva que tiene el Derecho Social de la UE en todas las relaciones de empleo público, al margen de la condición estatutaria o laboral de la misma, por lo que la evolución del Derecho sustantivo hacia la convergencia en un gran número de condiciones de trabajo es innegable, e inexorable. La segunda, vemos cómo la solución jurídica a sus controversias pasa, pues, por la doctrina del TJUE en esta materia, como es lógico, dada su primacía. En este escenario, dinámico e incierto ¿no es hora ya de promover una análoga convergencia competencial jurisdiccional, de manera que se concentren en el orden más connatural para ello, por especialización material, el social, como jurisdicción plena e integral del empleo público, sin apellidos?

3. Una experiencia institucional confirmatoria y exitosa, no sin resistencias; La competencia plena para las cuestiones litigiosas del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo (¿sin apellidos?).

Como es bien conocido, tal propuesta, a nuestro juicio muy razonable, además de funcional para evitar vicios de disgregación jurisdiccional, con sus corolarios nocivos en el plano de los grandes principios jurídicos y derechos fundamentales sociolaborales de las personas trabajadoras, también de empleo público (sin calificativos restrictivos), tan solo ha tenido, hasta el momento, una plasmación legislativa: en materia de seguridad y

salud en el trabajo. En otros términos, en el ámbito de la tutela judicial efectiva integral frente a los daños de índole profesional, reconociéndose su carácter pleno, o casi. Así se deriva de la ya citada letra e) art. 2 LRJS¹⁰⁵.

Aunque, como se verá con detalle en los próximos capítulos, ni esta atribución al orden social de la materia de seguridad y salud en el trabajo será tan exclusiva y excluyente ni tan plena como pareciera, ni su coherencia y razonabilidad fue aceptada de forma lineal y pacífica como se debiera, según también analizaremos, queda claro que estamos ante la primera y más consistente manifestación de las virtudes de la visión del orden social como jurisdicción plena de cuestiones estrictamente profesionales, con una dimensión material social indudable. A mi juicio, no es una rara avis, ni debe quedar solo como un episodio excepcional, estrambótico o extravagante, sino que debe convertirse en el ejemplo a seguir hacia la auspiciada jurisdicción plena del empleo público. En los capítulos que siguen lo analizaremos con detalle, para ver hasta qué punto puede ser ese ejemplo, como creemos, un ensayo que nos aproxime a la inacabada integración en el orden social, de todas las cuestiones litigiosas como jurisdicción plena para la rama social del Derecho. A acreditarlo dedicamos los capítulos de tesis que siguen.

¹⁰⁵ Entre muchos análisis al respecto, que estudiaremos en los próximos capítulos, pueden citarse trabajos en tal sentido de MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2018). “La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo”. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, n. 138, pp. 517-546. MOLINA NAVARRETE, C. (2012). *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, La Ley, Madrid. Del mismo autor (2018), “Incomprensible y erráticamente, la Sala Social del TS rechaza tutelar al funcionariado frente al riesgo laboral de acoso si también invocan derechos fundamentales: ¿para que se hizo la reforma, entonces?” Centro de Estudios Financieros, CEF-Laboral Social. LÓPEZ CUMBRE, L. (2019). “Salud laboral en la judicatura. ¿Competencia del orden social o del orden contencioso?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 5. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S (2022). “Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales en las Administraciones públicas”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 1. Hice alguna aproximación al tema en comentarios de jurisprudencia como MORENO PÉREZ, J.M. (2019). “Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones. Auto n. 12/2019, del TS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 6 de mayo”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 149, pp. 243-250.

CAPÍTULO 3. COMPETENCIA PLENA DEL ORDEN SOCIAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: BALANCE DE UNA REFORMA DE APLICACIÓN LENTA Y ATORMENTADA.

1. Planteamiento general: la vis atractiva y el carácter pleno de la jurisdicción social en materia preventiva ¿excepción o ensayo de una reforma futura?

Como ya se recordó, la LRJS pretendió una relevante unificación competencial de todas las materias sociales y laborales, sin duda por considerarla la “jurisdicción natural”, a fin de ofrecer una garantía procesal a derechos sustantivos: la tutela judicial efectiva, coherente y con igualdad de trato, de todas las cuestiones de la “rama social del Derecho”, evitando el peregrinar (“calvario institucional” para impetrar justicia social) y también la dispersión y fragmentación, por tanto desigualdad, de las soluciones jurídicas de fondo (o procesales). El carácter transversal para la actividad profesional, no solo para el empleo dependiente, también concurrencial, de un buen número de cuestiones sociolaborales (ej. la conciliación de la vida laboral y familiar; la protección social; los derechos colectivos, etc.), sin que sean claras las fronteras de deslinde en los ordenamientos complejos y dinámicos actuales, no debería traducirse, también en aras del principio de efectividad, ni en un peregrinaje jurisdiccional ni en la multiplicación de las instancias judiciales para obtener una tutela integral para sus derechos de las personas trabajadoras. Por supuesto, el principio, loable y muy coherente, con frecuencia carece de una plasmación práctica adecuada, por múltiples motivos, según cada caso, como se indicó en la Introducción y el capítulo 1 de esta tesis doctoral¹⁰⁶.

Ciertamente, una de estas grandes cuestiones sociolaborales transversales, más allá del empleo público, pero con especial incidencia en él, es la relativa a la protección social en general, y de protección social en particular. Sin embargo, por diversas razones, como ya se ha apuntado en el capítulo precedente, ese proceso de convergencia no es pleno, ni

¹⁰⁶ Vid. FOLGUERA CRESPO, J.A. (2021). “El personal de las Administraciones Públicas: Descoordinación en su protección jurisdiccional; propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de reforma de la LRJS*, CGPJ, 2021. Ampliamente en los comentarios a los art. 2 y 3 LRJS, en AAVV. (José Ángel Folguera Crespo, Fernando Salinas Molina, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Jordi Agustí Juliá). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011

coherente, porque la integración, desde el año 2011, del empleo público en el RGSS, no ha significado el fin de los regímenes especialísimos mutualistas, manteniendo este sector la competencia del orden contencioso-administrativo, lo que no deja de ser una fractura de la coherencia que debería predicarse entre la unidad, en su diversidad, del sistema de seguridad social y su orden competencial jurisdiccional, haciendo el orden social la única jurisdicción en la materia. Tampoco en esta materia el orden social se configura, de forma actual, como esa aquí preconizada jurisdicción integral del empleo público propuesta, en línea con un notable sector doctrinal¹⁰⁷. Sin embargo, esta limitación tiene una excepción que, en realidad, a nuestro juicio, significa más bien un ensayo de futuro de aquélla.

Cómo no, me refiero, según también se anticipó ut supra, a la prevalencia del principio de especialidad material (sociolaboral) sobre otros criterios más formales (naturaleza jurídica del vínculo de empleo) ensayado en el ámbito de la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Un ensayo que no nace de ninguna suerte de experimentación teórica, sino de una necesidad acuciante, evidenciada a lo largo de décadas de fracaso estrepitoso a la hora de ofrecer una protección judicial efectiva en materia de accidentes laborales y enfermedades profesionales. Una materia que, como es bien sabido, más fue “golpeado” por los “vicios de peregrinaje de jurisdicciones”¹⁰⁸. Para poner coto a esta caótica situación, muy deficitaria en la tutela, con una altísima conflictividad judicial, la LRJS provee, al menos, dos títulos competenciales específicos, el recogido en la letra o) del art. 2 LRJS y, el aquí más relevante, el de la letra e) del art. 2 LRJS.

Recordemos su texto, que iremos desgranando en su sentido práctico (también conflictivo) a lo largo de estas páginas y mediante un acercamiento exhaustivo al “Derecho vivo”, no solo al “Derecho Legislado”:

¹⁰⁷ MOLINA NAVARRETE, C. (2023). Capítulo 1. “Retos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización”. En AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina, Ediciones CEF, Madrid, pp. 31 y ss.

¹⁰⁸ Vid. CORTÉS MORENO, A. (2020). Capítulo V, Título IV. “Procedimientos administrativos y judiciales en contingencias profesionales”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo II, Ediciones Laborum, Murcia, pp. 111 y ss. Más específicamente vid. GARCÍA ALARCÓN, M.V. (2021). “La jurisdicción social como jurisdicción especializada en materia de riesgos laborales: ámbito objetivo y subjetivo; reglas para combatir la disgregación competencial; e instrumentos procesales idóneos para conocer de estos litigios. Propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de reforma de la LRJS, CGPJ, 2021*. Para un análisis exhaustivo AAVV (2020). *Memento práctico Francis Lefebvre: Procedimiento laboral 2021-2022*.

“Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena...”

Añadiendo:

“(...) incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; (...)”

Concluyendo:

“...y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones”.

Con esta redacción, la LRJS se convertía en la auténtica protagonista de la protección en esta materia (dejando en un segundo plano o lisa y llanamente relegando el ejercicio hasta el momento por el civil, para el ámbito de las relaciones de trabajo privadas; y el orden contencioso, para la problemática en el ámbito del empleo público estatutario). No será la única previsión legislativa de la que extraer tal centralidad del orden social en esta importante materia para la efectividad de la tutela judicial del derecho a un entorno seguro y saludable de trabajo, bajo el paradigma o estándar de decencia predicable de todo tipo de empleo, privado o público (incluso autónomo).

A la vista de la amplitud del texto, y como luego reafirmara la jurisprudencia social, esta competencia se extiende a todas las fases de la tutela judicial del derecho preventivo. Por lo tanto, incluyen también la justicia cautelar (competencias sobre medidas cautelares ex arts. 2.f y 79.5 LRJS, o 180.4 LRJS). Aunque, curiosamente, la norma solo prevé esta posibilidad para las acciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuando parece claro que quedan integradas también todas aquellas que traigan causa de una inobservancia o incumplimiento de medidas preventivas.

Por supuesto, expresamente se prevé que tal tutela integral y plena se extiende a la dimensión preventiva y a la de resarcimiento por daños, lo que, sin duda, y respecto del personal de empleo público administrativo significará un golpe definitivo a la institución, tan temida, de la responsabilidad patrimonial de las AAPP, cuya utilidad práctica en este ámbito queda claramente descartada. Lo veremos en su momento a través de casos muy concretos y relevantes. Cosa distinta será la polémica existente en torno a si en ese texto legal también se incluyen las acciones por cambio de contingencia en el sector público administrativo y, en su momento, sujeto al régimen de clases pasivas.

En todo caso, hay que advertir de que la tutela preventiva integral y plena en el orden social solo unifica el orden competente, pero no racionaliza los procesos sociales que han de seguirse para obtener la efectividad de la tutela judicial. Al contrario, como también se verá, la complejidad y heterogeneidad de las dimensiones de tutela de la seguridad y salud en los entornos de trabajo, también públicos, deberá reconducirse a través de una multitud de procesos sociales¹⁰⁹. Una fragmentación -a menudo excesiva, y reductible- que no deja de ser relevante por la densidad de esfuerzos procesales que exige la tutela judicial efectiva y los condicionantes de cosa juzgada (ej. STS, 4ª, 603/2021, 8 de junio).

Paradójicamente, pese a ser muy clara esta voluntad legislativa de cambio radical del estado -deficiente- anterior, la materia competencial relativa a la seguridad y salud en los entornos de trabajo (art. 2 e) LRJS) ha venido siendo una de la que han debido enfrentar mayores controversias, que han venido plagando los varios repertorios de jurisprudencia y doctrina judicial. Ciertamente, razones no faltan, al menos en apariencia. La conjunción de la voluntad extremadamente expansionista, rupturista con la -deficiente- situación precedente (el inquietante e intolerable socialmente “peregrinar jurisdiccional” de las personas víctimas de los daños profesionales y sus causahabientes)¹¹⁰, pero alta imprecisión con la que el legislador formuló el texto presagiaba una elevada conflictividad, aunque quizás no tanto como realmente se ha dado.

¹⁰⁹ Curiosamente no se incorpora el procedimiento de oficio, pese a que la letra c) del art. 148 LRJS sí lo contempla para el derecho a la no discriminación. Sobre esta cuestión y la propuesta de inclusión de la vulneración del derecho a la seguridad y salud en el trabajo vid. GARCÍA ALARCÓN, M.V. (2021). “La jurisdicción social como jurisdicción especializada en materia de riesgos laborales: ámbito objetivo y subjetivo; reglas para combatir la disgregación competencial; e instrumentos procesales idóneos para conocer de estos litigios. Propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de reforma de la LRJS*, CGPJ, 2021.

¹¹⁰ Vid. art. 2 e) de la LRJS en relación con el artículo 9 de la LOPJ y el artículo 3 a) de la LRJCA. Además, el preámbulo de la LRJS es inequívoca al respecto.

A este respecto, no es ocioso recordar que si, en el pasado, ese conflicto jurisdiccional se produjo básicamente con el orden civil, al mediar sujetos y relaciones de carácter público (como sujetos garantes y como sujetos protegidos) en buen número de cuestiones, ya antes de la pandemia, proliferando durante lo más duro de la pandemia, un buen número de los litigios hoy se producen para trazar las fronteras con el orden contencioso (ej. responsabilidad patrimonial de las AAPP). Incluso cuando no se trata de AAPP, sino de entidades de naturaleza pública que tienen algún papel legalmente reconocido a la hora de abordar sea la prevención de riesgos laborales, en principio deuda de las empresas ex art. 14 LPRL, sea la reparación por los daños derivados del fracaso preventivo, determinados preceptos de la propia LRJS abren espacios para las dudas interpretativas, en especial respecto de la tutela en relación al acoso moral como riesgo psicosocial y como conducta contraria a un derecho fundamental¹¹¹.

Asimismo, tampoco, al menos hasta hace bien escaso tiempo, ni la sala social ni la contenciosa del TS llegaron a comprender el verdadero alcance disruptivo de la nueva regulación en la materia. En cierto modo suponía resistencia a una labor de desarrollo post- legislativo más coherente con la marcada finalidad legal de hacer del orden social la jurisdicción plena en materia de garantías de seguridad y salud en los entornos de trabajo¹¹², incluyendo sin excepciones al empleo público en su totalidad, esto es, funcional y laboral, civil y militar (o paramilitar). Como veremos, el gran conflicto entre derechos fundamentales ligados a la seguridad y salud en el trabajo, emergido para una amplia gama de colectivos profesionales expuestos en primera línea de batalla al contagio con el virus, sin los equipos de protección adecuados, durante la pandemia tendrá mucho que ver en la reorientación hermenéutica que asumirá el Tribunal Supremo (TS). Si bien no siempre lo expresará adecuadamente, con la visibilidad argumental debida y la fijación de una doctrina unificadora suficientemente clara para poder afrontar con mayor eficacia casos futuros análogos, pero no idénticos.

¹¹¹ Sería el caso del art. 3 g) LRJS. Veremos con algún detalle alguna experiencia reciente de este tipo de conflictividad judicial (ej. STSJ IC/Las Palmas, de 22 de enero de 2022, rec. 1016/2021).

¹¹² Vid. SÁNCHEZ, María del Mar (2023). Capítulo 4. Avanzando en cuestiones de competencia: tutela judicial frente a los riesgos psicosociales en el empleo público. En AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo... Ob. cit.* pp. 87 y ss. Una visión sustantiva anterior al cambio de la LRJS, de gran interés para verificar algunos cambios relevantes a partir de la LRJS, en MARTÍNEZ MORENO, C.- GARCÍA RODRÍGUEZ, B. (2006). “La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral: una aproximación al estado de la cuestión”. En AAVV. (Coord. Manuel Correa). *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, Pamplona, pp. 217-234.

2. La universalización del derecho social fundamental a un entorno seguro y saludable como presupuesto del conocimiento de la rama social del Derecho.

Es evidente que una primera, y muy poderosa, casi determinante, razón proveniente del Derecho sustantivo para alentar la unificación competencial en materia de seguridad y salud en los entornos de trabajo, por tanto, de empleo público laboral y estatutario, es su universalización subjetiva. Sin duda una magnífica expresión, además, de lo que sería un concepto comunitario propio de persona trabajadora, con la vocación en el Derecho de la UE de no establecer artificiales distinciones entre las relaciones de trabajo basadas en una radical diferencia entre su condición privada y la pública¹¹³. En su comprensión actual, deducible del llamado “sistema multinivel de protección” de derechos sociales en el que se ubica, de “derecho cívico-social fundamental humano”¹¹⁴, se predicaría por igual, sin perjuicio de ciertas modulaciones, para todas las personas que insertan sus prestaciones de servicios dentro de un ámbito de dirección y organización por cuenta de otras personas, se trate de una empresa o de una Administración Pública, cualquiera que sea el vínculo de empleo público, laboral o estatutario (funcionarial).

No es momento de adentrarme en una polémica clásica, objeto de un intenso y extenso debate jurídico, relativo a la conceptualización y fundamento del derecho a la seguridad y salud en el trabajo (si los arts. 40 y 43 CE o el art. 15 CE propiamente). Primero, porque sobre se han vertido “ríos de tinta”, contando con magníficas voces y plumas jurídicas¹¹⁵,

¹¹³ Para esta cuestión, si bien desde un perfil bien diferente, pero sugerentes, vid. MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”. En Revista de *Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, N°. 6, 2023, págs. 63-88. Más ampliamente ID. (2023). “El concepto de trabajador. En AAVV. *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación de la doctrina del TJUE*. Vol. 2, págs. 973-1002

¹¹⁴ Así lo califica el profesor MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “Salud mental y condiciones de los entornos de trabajo: balance y propuestas de progreso en el Derecho de la Unión Europea”. En Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, n. 156, pp. 27 y ss. Para el concepto de protección multinivel vid. VALDÉS DAL-RÉ, F. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*, Editorial Bomarzo, Albacete.

¹¹⁵ Vid. CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M. en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2018, tomo I, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, pp. 1303-1036. Muy relevantes al respecto también, en los albores del periodo constitucional o en pleno desarrollo del mismo, con artículos tan clarividentes como los de los profesores GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1979). “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”, Revista de Política Social, núm. 121, 1979, pp. 199-226; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm.1, 1992, p. 39.

por lo que es difícil innovar en este ámbito. Segundo, porque la nueva actualidad que presenta en su relación con las tecnologías digitales evidencia su complejidad.

Tercero, y más importante, porque entiendo que el debate ha quedado superado en gran medida con un hito jurídico axial en esta materia. Me refiero a que el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable fue incluido dentro de los Principios y derechos fundamentales en el trabajo en una decisión histórica de la 110ª Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada en Ginebra, que se clausuró el pasado 11 de junio de 2022 (Declaración de 1998, enmendada 2022)¹¹⁶.

Pero, sin duda, y dada la dimensión eminentemente de crítica y construcción jurisdiccional de esta tesis doctoral, determinante resulta para nuestro planteamiento la jurisprudencia del TJUE, que deja clara la universalización plena de este derecho, sin perjuicio de las especialidades atendiendo a determinadas actividades específicas, nunca en virtud de categorías profesionales enteras. Precisamente, la exclusión en el Derecho español de algunos colectivos, como la policía nacional y la Guardia Civil dio lugar a la STJCE de 12 de enero de 2006 (asunto C-132/04). En esta sentencia se deja bien claro que, conforme a reiterada jurisprudencia, tanto del objeto de la Directiva 89/391, que consiste en promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, como del tenor literal de su artículo 2, apartado 1, se deduce que el ámbito de aplicación de esta Directiva debe entenderse de manera amplia. De ello dedujo el Tribunal de Justicia que las excepciones a dicho ámbito, previstas en el apartado 2, párrafo primero, del referido artículo, deben interpretarse restrictivamente¹¹⁷.

Asimismo, recordó que el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 no está fundado en la pertenencia de las personas trabajadoras a distintos sectores de actividades contemplados en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de dicha Directiva, considerados globalmente, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos

¹¹⁶ Una actualización del debate, a propósito de esta Declaración, con un detenido recorrido por las construcciones científicas de los últimos 40 años, en TORRES GARCÍA, B. (2021). “El Derecho a la salud y seguridad en el trabajo: su naturaleza de derecho fundamental en el ordenamiento español”. En AAVV. [Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente](https://forelab.com/wp-content/uploads/derecho-salud-y-seguridad-en-trabajo-derecho-fundamental_barbara-torres.pdf), Thompson Reuters- Aranzadi, Pamplona págs. 663-690. Disponible también en: https://forelab.com/wp-content/uploads/derecho-salud-y-seguridad-en-trabajo-derecho-fundamental_barbara-torres.pdf

¹¹⁷ Vid. SSTJCE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98, Rec. p. I-7963, apartados 34 y 35; 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 52, y el auto de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04

especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores. Solo en tales casos se justificaría una excepción a las normas en protección de un interés colectivo o general, debiéndose interpretar, de nuevo, restrictivamente, como tal excepción.

Una doctrina que, por cierto, abría la vía para cuestionar la “excepción del trabajo doméstico” realizada en nuestro Derecho hasta su supresión por el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre. Tema sugerente que, sin embargo, no puede afrontarse en este estudio, como es lógico, por resultar exorbitante.

Lo que sí merece la pena reseñar es que esta doctrina del concepto universal de persona trabajadora a la hora del derecho a un entorno seguro y saludable del entorno de trabajo, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del vínculo de empleo de que se trate, tiene un nuevo impulso axial en la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en aplicación del art. 3 Carta Social Europea (CSE). Precisamente, la mayor radicalidad de la defensa de esta universalidad del derecho en la llamada Constitución Social de Europa se refleja en la defensa que el CEDS hace de reconocerlo, incluso, a las personas trabajadoras autónomas¹¹⁸. Sea como fuere, lo auténticamente cierto ahora ya es que el concepto constitucional social europeo de persona trabajadora a efectos de tutela eficaz de la seguridad y salud en el trabajo presenta una universalidad que, proyectada del ámbito sustantivo al procesal, justificaría plenamente la opción legislativa del art. 2, letra e) LRJS.

3. Temprana defensa judicial de la vis atractiva preventiva, incluso mediando cuestiones de derechos fundamentales colectivos

Una idea que caló pronto en la jurisdicción social, incluso en relación con cuestiones vinculadas a derechos colectivos. En este sentido, el orden social ha defendido su competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los delegados/as de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia de la naturaleza del vínculo del personal que se vea afectado, incluso cuando si invocan

¹¹⁸ Vid. Vid. Digesto de la Carta Social Europea, 2018. Traducción del Magistrado Domenech Preciado, C.H., pp. 56 y ss. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf>

violación de derechos fundamentales. Interesante es al respecto la STS, 4ª, 922/2017, de 22 de noviembre.

En la demanda objeto de este procedimiento se alegó la vulneración del derecho a la libertad sindical de los sindicatos demandantes por no haberse designado, como integrante del Comité de Seguridad y Salud del Hospital Universitario 12 de Octubre, a un miembro de la candidatura electoral unitaria que presentaron a las elecciones, al no haberse tenido en cuenta, a efectos de la designación proporcional, el centro de trabajo en sí, sino el área electoral centro de la que formaban parte varios hospitales.

En consecuencia, la aplicación del principio de proporcionalidad se hizo en función del número de representantes elegidos en un área electoral y no en atención a los elegidos en cada centro hospitalario. Este era el criterio distributivo adoptado por Acuerdo de la Administración con las organizaciones sindicales, cuya aplicación había supuesto privar a las recurrentes de representación en el citado CSST. En suplicación se declaró la incompetencia de la jurisdicción social por ser competencia de la jurisdicción social a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Presentado el correspondiente recurso de casación ordinaria, entendiéndose que hubo una indebida aplicación del art. 3. c) de la LRJS, en detrimento de su art. 2. e), por entender que toda acción en materia de prevención de riesgos laborales supone atraer la competencia atribuida al orden social por mandato excluyente de este último. El recurso será estimado merece con arreglo a un consolidado Derecho de precedentes, forjado desde la STS 14 de octubre de 2014 (RCO 265/2013)¹¹⁹. Muy interesante a nuestros fines es el recordatorio que hace la Sala IV de que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ex art. 3-c) de la LRJS la ha aceptado para los casos de tutela de los derechos de libertad sindical y de huelga cuando el personal que se ve afectado es funcional o estatutario, incluso, al mismo tiempo, laboral:

¹¹⁹ Luego reiterada en numerosas ocasiones. Vid. STS, 4ª, 14 de junio de 2017 (RCO 130/2016). La citada STS 14 de octubre de 2014 (RCO 265/2013) tuvo como ponente, quien participó muy activamente en la elaboración de la LRJS y puede considerarse auténticamente artífice del cambio en materia competencial, ofreciendo una clara ordenación de las novedades. En el caso se deniega la competencia social por tratarse de un acto plural de la Administración (andaluza) que afecta conjuntamente a personal laboral y funcional (gestión de residencias de tiempo libre). Luego se reiteró en numerosas ocasiones, como en las SSTS, 4ª, 249/2016, 29 de marzo (excluye que el mecanismo estatal de consignación de cantidades a favor de una CA en concepto de formación para el empleo sea calificable de "materia laboral o sindical"), y 22 de noviembre de 2017 (RC 230/2016), entre otras.

"salvo en materia de prevención de riesgos laborales en que la competencia del orden social es plena".

Es importante anotar esta afirmación. Porque veremos que después se producirán algunas dudas al respecto, como se estudiará respecto del acoso moral en el trabajo como riesgo psicosocial. Por eso nos parece especialmente relevante para la tesis poner de relieve la temprana defensa que hizo el orden social del cambio competencial, apenas 2 años después de la entrada en vigor de la LRJS, aunque después dudara¹²⁰.

En efecto, la Sala IV defendió la nueva distribución competencial en un ámbito especialmente complejo y sobre el que la solución nunca ha sido, a mi juicio, muy coherente, sino tradicionalista, a favor del “privilegio administrativo” de la jurisdicción que se considera más natural para la Administración Pública como empleadora, respecto de derechos colectivos, esto es, la contenciosa. El TS recuerda la que llama “clara distinción” entre:

- a) Las actuaciones de la Administración pública *"realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones"* en materia laboral, sindical y de seguridad social.

En estos casos, se defiende como regla, tratándose de actos singulares o plurales (no de disposiciones generales o asimilados) que su impugnación sea conocida por el orden social, con excepciones (sobre todo en materia de actos de la TGSS) a favor del orden contencioso-administrativo, "siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional" (arts. 1, 2 letras n y s , y art. 3 letras a , e y f LRJS).

En este sentido, se viene considerando rama social del derecho el conocimiento de la totalidad de los litigios en relación con la actuación sujeta al Derecho Administrativo en materia laboral.

¹²⁰ Ej. STS, 4ª, 8 de julio de 2014 (RCO 282/2013) y STS, 4ª, 14 de octubre de 2014, ya citada. En este último caso, se reconoce que, “aunque no se establezca expresamente en el texto procesal social en su art. 2.n) respecto de la impugnación de los actos plurales de la Administración pública dictados "en el ejercicio de sus potestades y funciones" en materia laboral (en cuanto ahora afecta), dado el principio básico establecido en tal norma para los actos, aún de distinta naturaleza, de la Administración pública empleadora que afecten conjuntamente al personal laboral y al funcional y/o estatutario consistente en residenciar el conocimiento de los actos de implicación conjunta ante el orden contencioso-administrativo (salvo en materia de prevención de riesgos laborales), **por analogía debe aplicarse el principio general consistente (en que) incumbe al orden jurisdiccional contencioso- administrativo y no al social;** y sin perjuicio de que la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, cuyo conocimiento de afectar exclusivamente al personal laboral corresponda al conocimiento del orden social con posibilidad, en su caso, de resolver perjudicialmente sobre la resolución o acto de afectación conjunta (arg. ex arts. 3.d , 4.1 y 163.4 LRJS)” (FJ Quinto, punto 4).

- b) Los actos o decisiones de la Administración pública empleadora respecto de las personas trabajadoras a su servicio de cuya impugnación conoce siempre el orden social (arts. 1 y 2 LRJS), salvo que afecte conjuntamente al personal laboral y al funcionarial y/o estatutario.

En este caso (afectación conjunta de todo el personal), la LRJS habría optado por atribuir la competencia de impugnación de tales actos en materia laboral o sindical (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).

Ahora bien, habría una “excepción de la excepción” que, por lo tanto, actuaría de retorno a la regla general de atribución al orden social. En efecto, la LRJS quiso que no hubiese más jurisdicción de prevención de riesgos laborales que la social (arts. 2.e y 3.b LRJS). De ahí que estime el recurso, pues el derecho de los sindicatos recurrentes, aunque se trate de un derecho fundamental colectivo como la libertad sindical:

“...podría haber sido violado con ocasión de su ejercicio en materia de prevención de riesgos laborales, supuestos en los que la competencia para conocer de la tutela demandada es de esta jurisdicción. (...)” (FJ Segundo).

En efecto, no se trata de una violación general o abstracta de la libertad sindical, sino de una lesión que trae causa de la eventual privación de un derecho preventivo, sin perjuicio de su naturaleza colectiva, como sería la expectativa de formar parte del Comité de Seguridad y Salud de determinado Hospital, órgano que vela por la prevención de riesgos laborales en ese centro. Consecuentemente -concluye la Sala IV¹²¹.

“...el engarce que existe entre el ejercicio de la libertad sindical por los sindicatos demandantes **y la defensa de la seguridad y salud** de sus votantes y demás empleados en ese centro, da lugar a que estemos ante un pleito en materia de riesgos laborales y a que la competencia sea exclusiva del orden social de la jurisdicción...”¹²²

No deja de ser llamativa esta afirmación si se compara con otra que, como luego se verá con detalle, y antes se apuntó, mostró mayor formalismo procesalista, de modo que la invocación del derecho fundamental colectivo del personal estatutario supondría

¹²¹ Imprejuzgada quedaba la cuestión de si seguía vigente la doctrina de la proporcionalidad a estos efectos en la STS 31 de marzo de 2009 (RCO 81/2008)

¹²² A diferencia de la cuestión sobre “la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”, que es contenciosa (art. 3.e LRJS).

excluir de plano la competencia del orden social. Tan llamativa es esta contradicción que, con el tiempo, y de forma no suficientemente clara, como también se analizará, terminará corrigiéndola. En efecto, sin perjuicio de lo que después se analizará con algún detalle más, pues el tema está superado en lo sustancial, pero quizás no completamente, por lo que luego también se dirá, esta nítida conexión entre un derecho fundamental colectivo, la libertad sindical, y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, también en una faceta colectiva, quedó más diluida, sorprendentemente, entre otro derecho fundamental, la integridad ex art. 15 CE y el derecho a la protección de la seguridad y salud en los entornos de trabajo.

Así sucedería con los extremadamente desconcertantes pronunciamientos, a juicio de la mejor doctrina en la materia¹²³, dictados por ambas Salas del TS en relación con las demandas de personal funcionarial contra el acoso moral en el trabajo allá por 2018 (STS, 4ª, 544/2018, de 17 de mayo). En estas decisiones jurisdiccionales se revocaban sendas sentencias, de suplicación y apelación, que habían asumido la competencia del orden social, enviándola al orden contencioso-administrativo, cuando lo invocado por la persona funcionaria era el derecho fundamental ex art. 15 CE y el canal elegido el de tutela de derechos fundamentales, aunque se razonara sobre el incumplimiento de una normativa preventiva.

El “caos”, al menos la perplejidad se intensificó cuando, apenas unos meses después (STS 903/2018, de 11 de octubre) sí se reconoció la competencia del orden social, sin que se explicará demasiado transparentemente el cambio de jurisprudencia realmente producido, aunque no se presentara como tal, sino que se consideró expresión más bien de un Derecho de precedentes construido a partir del año 2014, reiterándose en diversas sentencias en el bienio 2016-2017¹²⁴. La complejidad y desorientación fue creciendo a

¹²³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2018). “Incomprensible y erráticamente, la Sala Social del TS rechaza tutelar al funcionariado frente al riesgo laboral de acoso si también invocan derechos fundamentales: ¿para qué se hizo la reforma, entonces? Recuperado de: <https://www.laboral-social.com/comentario-sts-544-2018-acoso-laboral-personal-estatutario-tutela-derechos-fundamentales-competencia-orden-contencioso-administrativo.html>

¹²⁴ Vid. SSTS, 4ª, 28 de septiembre de 2017 (RCUD 3017/2015) y 8 de marzo de 2017 (RCUD 2498/2015). En la primera citada la cuestión presentada consistió en determinar si la indemnización por los perjuicios psicofísicos y morales derivados de las lesiones temporales sufridas por un funcionario municipal víctima de acoso laboral, con incumplimiento, por su empleador, de obligaciones preventivas, calculada con arreglo a los criterios de valoración que se establecen en la Tabla V, apartado A), del Baremo de daños corporales de seguridad vial, aplicado de forma orientativa, es compatible con la indemnización del art. 183 LRJS. El TS -muy discutiblemente- rechazó la compatibilidad. Pero lo importante es que conoció del asunto, pese a ser una funcionaria. Asimismo, la interesante -pero también muy discutible, evidenciando las limitaciones del recurso de unificación de doctrina para cumplir con su misión fundamental- **STS, 4ª, 234/2018, de 1 de marzo**, que confirmó una sentencia de suplicación valenciana que asumió la competencia social para

propósito de otras sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (TTSSJ), como la STSJ PV 704/2019, de 2 de abril). El tribunal alegó la imposibilidad de conocer la pretensión que naciendo de funcionaria pública se dirigía contra otras funcionarias públicas, por más que se accionara por la vía del procedimiento ordinario (no por el de tutela de derechos fundamentales) frente a la Administración Pública por razón del incumplimiento de sus obligaciones en materia de PRL.

En este caso la competencia no podía ser de la jurisdicción social, sino tan solo de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin perjuicio de lo que en su momento se dirá con algo más de detalle sobre esta sentencia, auténtica “digresión interpretativa”, poco esperada para una lectura racional del art. 2 e) LRJS, cabe anticipar aquí que, al igual que los primeros analistas de tan controvertida sentencia, cuya doctrina quedaría finalmente arrumbada, como se verá, en ella solo se podía ver un “verso suelto”. Por lo tanto, no era esperable que pudiera ser consolidada jurisprudencialmente, como así sucedería pocos meses después.

Ahora, estos temas están unificados en el orden social de la jurisdicción y conoce de todos los incumplimientos preventivos y accidentes de trabajo que supongan vulneración de derechos fundamentales de forma conjunta contra la Administración y las personas físicas funcionarias. Bueno, todos no, como se estudiará.

4. De las normas a las prácticas: las resistencias institucionales al cambio legal competencial en materia de seguridad y salud en el trabajo público.

4.1. ¿Un solo marco normativo amerita un solo orden jurisdiccional, al margen del cauce procesal elegido?: Las dudas aplicativas en el ámbito preventivo.

conocer de la responsabilidad civil por contingencias profesionales de una funcionaria acosada laboralmente, canalizada mediante proceso ordinario, pero por falta de contradicción con otra sentencia de suplicación gallega, para un asunto análogo, pero canalizado a través del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales.

4.1.1. La labor integradora de la jurisprudencia: cuando lo inexorable muta en digresión obstativa para la aplicación de la voluntad legislativa

A estas alturas de la evolución jurídica, normativa y cultural, nadie niega seriamente lo imprescindible que resulta la labor integradora de la jurisprudencia (social), a partir de las respuestas a la práctica, para dar sentido operativo a una norma, máxime si contiene un mandato innovador. Naturalmente, esa labor integradora será mayor o menor según la calidad de la técnica legislativa. Ciertamente, el art. 2, en su conjunto, no es un dechado de precisión jurídica, seguramente por la necesidad de mantener difíciles equilibrios.

Como ya se apuntó al inicio de esta obra, el artículo 2 de la LRJS ni está acabado ni parece fácilmente «acabable», quedando abierto a un quehacer continuado de evolución, sea a través de las reformas legales sea en virtud de los ajustes de su gran protagonista-destinatario: el sentir que en cada momento tengan sea el orden social sea el contencioso en torno a cuál debe ser sus respectivas competencias en cada tiempo y en materias en las que, como en lo concerniente al régimen jurídico del empleo público, en el plano de Derecho sustantivo, se muestran numerosas e intensas confluencias, y donde las fronteras son difíciles de fijar sólidamente, deviniendo más bien “grises”, “líquidas”, según gusta ahora más decir, atendiendo a un afortunado paradigma de análisis sociológico. Ahora bien, en determinados ámbitos, la ley parecía haber establecido una voluntad clara y con un diseño textual razonablemente preciso, como sería la letra e) del art. 2 de la LRJS.

En última instancia, esta norma procesal tampoco representaba ninguna “revolución jurídica”, algo inesperable, si se atiende a su coherencia con el Derecho sustantivo, sí en relación con lo que había venido sucediendo hasta el momento en la práctica competencial. Bien conocido es el tenor del art. 3.1 de la LPRL, en virtud del cual:

«Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. (...)»

Por tanto, cuando en este marco normativo:

«se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley, y, de otra, los socios de las cooperativas a que se refiere el párrafo anterior y las sociedades cooperativas para las que prestan sus servicios».

Sin embargo, no fue así en la práctica. Hasta fechas relativamente recientes, muchos pronunciamientos, en todos los niveles jurisdiccionales, tanto sociales, sobre todo, como contencioso, algo menos, incluyendo ambas Salas del TS, evidenciaron una extremada capacidad de digresión interpretativa de la que gozan los tribunales, a veces más que para dar sentido práctico a una norma para distorsionarla, incluso hacerse resistente a su aplicación. La práctica se mostró más obstativa y difícil, exigiendo una muy intensa labor de los Tribunales, inicialmente divididos en la comprensión del precepto, especialmente respecto a situaciones de la realidad del trabajo público, por lo que aquí interesa, de una especial gravedad y complejidad, en su configuración técnica y, por lo tanto, en su tratamiento regulador.

4.1.2. Un obstáculo inesperado: la protección frente al acoso moral en el empleo público funcional como “talón de Aquiles” del art. 2. e) LRJS

Me refiero, concretamente, a los procesos y prácticas de acoso moral en el trabajo. Al respecto, reconociendo el grave problema que, para las AAPP (también para las empresas -no solo públicas-) supone convivir y gestionar la significativa prevalencia del acoso en el trabajo, con sus múltiples facetas (riesgo psicosocial, violación grave de los derechos fundamentales, delito penal, contingencia profesional, etc.), las previsiones del art. 2.e) de la LRJS estaban llamadas a experimentar una prueba sobre su aplicación práctica, hasta transformarse en un auténtico “talón de Aquiles” del ámbito competencial social.

Un claro ejemplo de ello fue la ya citada **STS 4ª, 544/2018, de 17 de mayo**. Tal sería el formalismo procesalista que rezuma para delimitar las fronteras competenciales entre el orden social y el contencioso a la hora de tutelar al personal funcionario frente al acoso moral en los entornos de trabajo que dejó atónitos a propios y extraños, siendo objeto de

una fuerte crítica, tanto judicial como, sobre todo, científica. Brevemente -pues, como se verá, esta doctrina ya está afortunada superada, más en la práctica que en su configuración doctrinal plenamente coherente-, se recordará que la Sala IV hará depender la efectividad de su competencia del concreto procedimiento utilizado para buscar justicia:

- Si el personal funcional o estatutario **elige el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales**, aunque invoque violación de normativa preventiva del acoso moral, como riesgo profesional que es (calificación que no niega, incluso afirma a modo de *obiter dicta*, pero asumido como indiscutible), se estaría obligado a suscitar el litigio ante la jurisdicción contenciosa (art. 2 f) LRJS).

¿La razón? El objeto de la pretensión sería obtener la tutela de un derecho fundamental, aquí el de la integridad personal ex art. 15 CE y, como tal, esta cuestión estaría reservada, cuando se trata de personal de empleo público estatutario al orden contencioso. La competencia para conocer sobre tutela de derechos fundamentales del art. 2 f) LRJS se circunscribiría al personal laboral, no al estatutario. De los arts. 2 f) LRJS (que limita la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga al personal laboral de la Administración) y del art. 3 c) LRJS (que excluye expresamente la de esos derechos de funcionarios públicos y personal estatutario de los servicios de salud) se deduciría la exclusión de esos derechos fundamentales, pese a estar “íntima e históricamente ligados al catálogo de derechos de los trabajadores”. Por tanto:

“...con mayor motivo debe entender desvinculada de la competencia de los órganos de lo social cualquier pretensión de tutela de otros derechos fundamentales que, pese a tener ese componente tan directo, puedan verse puestos en peligro en el desarrollo de la prestación de servicios” (FJ Segundo, punto 5)

- **Si se elige por esa misma persona funcionaria el procedimiento ordinario**, en el que se invoca principalmente el incumplimiento de las normas en materia preventiva, entonces, se invoque o no el art. 15, el orden social es competente¹²⁵

¿La razón? En este caso, el canal procesal elegido para la protección evidenciaría que en juego no está tanto un derecho fundamental, para el que se pide tutela judicial efectiva,

¹²⁵ Como precedente al respecto trae su STS, 4ª de 10 abril 2013 (rec. 67/2012). En ella apreció la competencia para conocer del conflicto que incluía al personal funcionario y en el que se reclamaba el derecho a recibir los reconocimientos médicos que regula el art. 22 LPRL

cuanto más bien, y sobre todo, la garantía de efectividad de la normativa preventiva de riesgos laborales, que es lo que delimita la letra e) del art. 2 LRJS.

Pero ¿no es doctrina constitucional consolidada que cuando hay un peligro concreto de vulneración del derecho a la seguridad y salud en un entorno de trabajo está en juego, además, el derecho a la integridad personal, esto es, psicofísica y moral, del art. 15 CE, cuya protección nunca puede exigir la constatación de un daño, sino que basta con que se constate un peligro concreto, no ya solo un riesgo abstracto o genérico? La doctrina más atenta a esta cuestión fue muy crítica con este “olvido”, o marginación, constitucional de la Sala IV del TS. Una crítica que hoy ganaría razones si se atiende tanto al Derecho de la Unión Europea como al Derecho del sistema de la Carta Social Europea, en especial a la doctrina del CEDS que, de consuno con el TEDH, tiene bien afirmado que la protección de la salud en los entornos de trabajo entronca de forma directa con el derecho a la vida (y a la integridad) del art. 2 del CEDH, en virtud del art. 3 de la CSE.

No era más afortunada la política jurisdiccional del derecho en esta materia fijada por la Sala III. De hecho, la Sala IV remite como precedente acorde a su posición la **STS, 3ª, de 8 marzo 2018** (rec. 810/2015). En ella se entendió que, de ejercerse 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, pero:

«en la medida que aduce el acoso laboral continuado del que se considera víctima (...) estamos dentro del ámbito de protección definido por el artículo 53.2 de la Constitución y el artículo 114.1 de la LRJCA».

Tampoco la acción mediante un proceso ordinario e invocación principalmente de normas preventivas iban a garantizar la competencia social. En esta misma dirección de digresión interpretativa con función obstativa, más bien de resistencia incluso cultural, al cambio normativo, debemos traer a colación la ya también citada STSJ de País Vasco, de 2 de abril de 2019 (rec. núm. 350/2019).

En ella se sentenció, previo acuerdo en “Pleno no jurisdiccional”, rechazar la competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión de una funcionaria pública accionante por acoso contra otras funcionarias, aunque se hiciera por vía de procedimiento ordinario (y no de tutela de derechos fundamentales) frente a la Administración pública por razón del incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. También en este caso se declinaría la competencia,

atribuyéndosela al contencioso, en una más que evidente reminiscencia del vicio de “peregrinaje de jurisdicciones”, lo que se confirmaba por su afirmación de sí considerarse competente para conocer de la demanda frente al Departamento de Educación por haberse actuado en procedimiento ordinario. Los comportamientos pasivos del empleador público (no adopta medidas para la protección) no pueden ponerse, tampoco procesalmente, al nivel de los activos de los compañeros, por lo que se asume la dispersión-fragmentación de la tutela integral.

Tan incomprensible interpretación fue contestada internamente, con un voto particular en el que, sin demasiado alarde argumental, se ponía de relieve la contradicción que generaba el fallo y el razonamiento mayoritario. No deja de ser un absurdo jurídico - dice- que unos mismos hechos y causa de pedir (causa petendi), deriven el conocimiento a dos jurisdicciones diferentes, solo porque la acción se ejerza entre funcionarios públicos y no frente a la Administración. Sin embargo, es bien sabido, la Administración es una persona jurídica que sólo puede actuar a través del quehacer de las concretas personas físicas que integran su personal.

4.1.3. El lento y equívoco enderezamiento del rumbo interpretativo: El orden social es competente para la protección integral del acoso, salvo penal.

Como es natural, no podía durar mucho, o no demasiado, este dislate interpretativo, a juzgar por la crítica más contundente de la doctrina científica más solvente en materia. Y así fue, aunque costó, no fue ni tan nítido ni tan rápido el giro jurisprudencial como se hubiese deseado. Ejemplo de ello sería la **STS, 4ª, de 11 de octubre de 2018** (RCUD 2605/2016), que también resolvió una pretensión análoga de un funcionario que demandaba por daños personales derivados de acoso laboral e incumplimiento preventivo

En este caso sí prosperó el recurso de casación para la unificación de doctrina, pero sin advertir corrección alguna de línea jurisprudencial, más bien, al contrario, la ratificaría y entroncaría con su Derecho de precedentes más consolidado (en la línea de la STS, 4ª, de 14 de octubre de 2014 (RCO 265/2013)). Como reseña la Sala casacional, tanto del encabezamiento de la demanda, como del suplico, se desprendía con claridad que lo

reclamado eran los daños derivados del acoso laboral sufrido con infracción de la normativa de prevención:

“...cual se aclara en los Fundamentos de Derecho de la demanda, y no por la violación de otro derecho fundamental concreto pues la demanda, ni en el encabezamiento, ni en su suplico pide la tutela de un derecho fundamental, institución que no menciona salvo para decir que no es exigible la reclamación previa. Consecuentemente, es de aplicar lo dispuesto en el art. 2-e) de la LJS...”.

No habría, pues, rectificación alguna. De hecho, cita expresamente la STS, 4ª, de 17 de mayo de 2018 comentada -y criticada aquí-, en cuanto expresaría una posición general de atribución de la competencia a la jurisdicción social por incumplimientos preventivos de riesgos laborales (artículos 2. e) de la LRJS y 3.1 de la LPRL):

“aunque en el caso contemplado acabara declarando la incompetencia porque, aunque se accionaba para la protección de un derecho fundamental, no se reclamaba por la infracción de las leyes de prevención de riesgos laborales”.

También remite como precedentes más específicos en tal sentido -citadas también ut supra- a las SSTs, 4ª, de 28 de septiembre de 2017 (R. 3017/2015) y 234/2018, 1 de marzo. Así, por ejemplo, en esta última, la cuestión que se planteaba en el RCUd era la de determinar si la jurisdicción social resultaba competente para el conocimiento de una demanda en la que, una funcionaria de carrera reclamaba su derecho indemnizatorio por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, mediando el incumplimiento o la infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, al considerar que existía acoso laboral. Estamos, pues, no ante una demanda típica de prevención de riesgos laborales, sino ante una demanda de responsabilidad civil empresarial por contingencias profesionales, a raíz de un incumplimiento preventivo y la actualización de daños profesionales, siendo demandados la Corporación Local y el funcionario acusado de comportamiento acosador.

Ambas partes demandadas (corporación y empleado público) presentaron sendos escritos ante el juzgado de lo social alegando, en sustancia:

- a) Incompetencia de jurisdicción social, a favor de la contencioso-administrativa

- b) Inadecuación de la acción ejercitada, pues debería de ser la de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 139 de la Ley 30/1992).

Las vicisitudes de esta demanda son dignas de mencionar porque, rara avis, primero el juzgado de lo social desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, para luego, tras el recurso de reposición, estimarla. Por si no fuese suficiente alambicamiento de justicia social hubo que aclarar el segundo auto dictado, a fin de adicionar al hecho primero que mediante sentencia de suplicación, la funcionaria había visto reconocida su situación de IT como derivada de accidente de trabajo, lo que evidenciaba el carácter no común sino profesional de la contingencia. Recurridos los autos en suplicación, el TSJ de la Comunidad Valenciana los revocará y declarará la competencia del orden social, por lo que el proceso vuelve a su punto de partida, a fin de que se dicte la sentencia debida.

Naturalmente, el carácter contradictorio y el derecho al recurso (aunque sean de tipo extraordinario y conocimiento limitado, como en lo social) también en el proceso social, hará que, de nuevo, la iniciativa pase a manos de los que han perdido la pretensión en ese segundo grado de jurisdicción, en que consiste la suplicación, presentando un recurso de unificación de doctrina. Lo que hacen esgrimiendo la incompetencia de jurisdicción social y ello en la medida en que no estaríamos ante una acción típicamente preventiva, sino ante una acción de responsabilidad patrimonial contra las AAPP, así como por violación, eventual, de un derecho fundamental de la persona funcionaria. A tal fin invocaban, como sentencias referenciales para la contradicción, varias sentencias de tribunales superiores de justicia en los que se rechazó la competencia del orden social frente a acciones propias de personal funcionario que, invocando la violación del art. 15 CE y usando la vía especial de tutela de derechos fundamentales, pedían una indemnización de daños y perjuicios, sin perjuicio de mencionar también normas preventivas. Precisamente, por esta singularidad procesal, el TS entenderá que no hay contradicción ex art. 219 y, consecuentemente, no entrará en el fondo del asunto, asumiendo la competencia del orden social en el caso¹²⁶.

Insiste la sentencia en el citado -y criticado- dualismo reduccionista procesal. Se pone énfasis en que la sentencia recurrida se dictó en un proceso ordinario, sin que haya ni una

¹²⁶ A modo de precaución, el Ministerio Fiscal, para el caso de que se hubiera entendido -lo que finalmente no sucedió- que se estaba ante una materia de orden público procesal, con apoyo en las SSTS de 29 de septiembre de 2016 (RCUD 419/2015) y 23 de junio de 2016 (RCUD 428/2015), consideró que la sentencia recurrida mantiene una doctrina correcta, en orden a mantener la competencia del orden social, con cita de la STS de 29 de marzo de 2016 (RCUD 176/2015), por lo que proponía que fuese desestimado.

sola referencia al art. 183 LRJS como fundamento de la indemnización pretendida, sino al incumplimiento preventivo en sí. En suma:

- Ni se sigue un proceso por vulneración de derechos fundamentales
- Ni se interesa declaración de nulidad de la conducta empresarial ni reposición de la situación al momento anterior a producirse la misma.
- Ni la demanda describe conductas objetivamente vulneradoras de normas de seguridad y salud laboral
- El Ministerio Fiscal solo ha intervenido cuando se ha cuestionado la competencia jurisdiccional.

En cambio, enfatiza la sala casacional, las sentencias de contraste responden a típicas demandas de tutela de derechos fundamentales, con citación del Ministerio Fiscal, y afectante a otros preceptos procesales que, con sus particularidades, impiden apreciar la identidad sustancial respecto de la formulada en el caso de la sentencia aquí recurrida. De este modo, las diferencias con el caso examinado son claras:

- 1) Las demandas activan un proceso por vulneración de derechos fundamentales, no un proceso ordinario.
- 2) El Ministerio Fiscal interviene en este proceso por tratarse específicamente de una vía de tutela del derecho fundamental invocado.
- 3) Las sentencias de contraste no reconducen el problema a la materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo.

Como vemos, el laberinto procesal en el que el TS había emborronado una cuestión mucho más simple de resolver, con una lectura finalista y sistemática del claro tenor literal del art. 2 letra e) LRJS, sin tanto funambulismo procesalista, continuaba a finales del año 2018. Por eso, especialmente interesante resultará traer a colación la **STS, IV, 487/2021, de 5 de mayo**, de nuevo relativa a una demanda típica de responsabilidad civil en virtud del acoso moral sufrido por un policía nacional.

En breve, hay que recordar, respecto del relato de hechos, que en litigio estaba aquí también la fijación de responsabilidad civil por daños derivados del acoso laboral llevado a cabo contra un policía nacional, y ante un alegado incumplimiento preventivo por parte de la Dirección General de Policía. Junto a la condena resarcitoria con el importe de veinte

mil euros, se pedía la restitutoria, esto es, las medidas necesarias preventivas y paliativas para corregir la situación y evitar que se reprodujera en el futuro, respecto de él y de cualquier otra persona compañera. Pero, una vez más, el funcionario se encontrará con el revés procesal, en la medida en que se declinó la competencia social, aplicando la doctrina jurisprudencial comentada.

Aunque la pretensión postulada era de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de normas preventivas, actualizado en graves daños profesionales, físicos y psíquicos, así como al honor y a la propia imagen, contra la Dirección General de la Policía, incluyendo la demanda de realización de las medidas necesarias para activa la normativa preventiva, la sala de suplicación (en este caso el TSJ de Madrid) entiende que no es aplicable el artículo 2 e) LRJS. Para ello, invoca como precedente la citada STS, 4ª, 544/2018, de 17 de mayo, volviendo a incidir en que lo dilucidado no era una reclamación contra la AP por el incumplimiento de prevención de riesgos laborales, sino la salvaguarda de un derecho fundamental, cuyo ataque entiende producido en el marco de la relación funcional de prestación de servicios.

Recurrida en unificación, invocando como sentencia de contraste o referencial frente a la recurrida la STSJ CV de 17 de diciembre de 2015 (Rec. 2930/15)¹²⁷, estimará el recurso y, en consecuencia, declarará la competencia del orden social. Previamente, como es lógico, superará el exigente juicio de contradicción ex art. 219 LRJS, con una cierta visión flexible, en este caso, del mismo.

Ciertamente -lo reconoce la Sala casacional- se constatan diferencias de cierto relieve entre las sentencias comparadas, porque en la de contraste hubo un pronunciamiento sobre la existencia de acoso (origen de la contingencia de IPT declarada y del recargo del 30% de las prestaciones), que ampararía la acción indemnizatoria por falta de medidas de seguridad frente a la Administración demandada. No sucede lo mismo en la sentencia recurrida. Sin embargo, para la Sala casacional, este aspecto es aquí irrelevante, porque

¹²⁷ Es interesante recordar -lo hace también la STS 487/2021, 5 de mayo- que esta sentencia de suplicación fue confirmada por la STS 234/2018, 1 de marzo, por falta de contradicción. Confirmando el “calvario procesal” en buena parte de las situaciones de acoso, por la multiplicidad de acciones que hay que realizar, incluso dentro de un mismo orden, se trae a colación que ya hubo una sentencia firme que reconoció una IP por el acoso sufrido. La Sala entiende que el objeto del procedimiento no es una demanda de acoso, que ya consta declarada en el procedimiento de Seguridad Social, ni se pide una indemnización por el acoso, sino una indemnización a los responsables y añade que la propia Resolución del INSS de 20 de enero de 2015, que estableció un recargo de prestaciones en un 30%, entendió que se había infringido el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

la contradicción reside en otro punto, en la competencia del orden jurisdiccional social en la materia:

“en función de la demanda presentada, sin que la diversidad de actuaciones previas a ella sea, por sí misma, óbice a la contradicción. La demanda en el caso de autos se articula sobre la base de una indemnización por falta de medidas de seguridad en materia de acoso, y en este punto es coincidente con la de contraste” (FJ Segundo, punto 3).

El precedente que sirve de principal referencia a la Sala casacional para estimar el recurso de unificación de doctrina será, precisamente, la comentada STS, 4ª, 903/2018, 11 de octubre (FJ Tercero, punto 2). En consecuencia, podría pensarse que nada ha cambiado ni nada hay que rectificar, y por tanto no se rectifica, en la medida en que en juego seguiría sin estar un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, sino un proceso ordinario de demanda de responsabilidad civil por incumplimientos preventivos en casos de acoso a personas empleadas público-administrativas. Sin embargo, el análisis resulta más complejo y se introducen importantes matices, porque la sentencia analizada remite a otros precedentes más recientes, en los cuáles sí se resolvía directamente demandas de derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales conjuntamente. En concreto:

- STS, 4ª, de 17 de febrero de 2021 (RCO 129/2020)
- STS, 4ª, 2018/2021, de 18 de febrero (RCO 105/2020)

En el mismo sentido se pronunciará la posterior STS, 4ª, 796/2021, de 19 de julio¹²⁸. ¿Hay rectificación, o al menos modulación, de su doctrina precedente o no? Desde luego de forma transparente, expresa y cierta no. Pero estas sentencias hacen referencia a una cuestión particular, sin duda excepcional, porque se vincula a la situación pandémica, sin que medie cuestión alguna relativa al acoso moral en el empleo público-administrativo y merece un análisis específico, diferenciado, para seguir avanzando en la aclaración del estado del arte interpretativo en esta relevante, aunque algo difusa, materia.

¹²⁸ Ante la cuestión de determinar el orden jurisdiccional competente para conocer de una demanda en la que se reclama, por una funcionaria de carrera, una indemnización de daños y perjuicios por daños materiales y morales ante la falta de adopción de medidas de prevención frente al acoso laboral, la Sala casacional estimará el RCUd contra una sentencia de suplicación madrileña que denegó la competencia social, al entender que la demanda lo era por violación de derechos fundamentales, no tanto por un incumplimiento preventivo. La sentencia de contraste, reafirmada por el TS, es la comentada STS, 4ª, de 11 de octubre de 2018 (RCUD 2605/2016).

4.2. El impacto de la pandemia en la “rectificación” (no transparente) de la Sala 4ª: ¿una demanda de justicia preventiva, dos órdenes jurisdiccionales?

4.2.1. Derechos fundamentales y prevención de riesgos laborales en pandemia: ¿Recuperar e intensificar la constitucionalidad fundamental?

Como ya se recordó, el profundo cambio en el reparto competencial que supuso la letra e) del art. 2 de la LRJS respondió a una perentoria necesidad práctica, reducir, en lo posible, al menos en el plano competencial, la extraordinaria complejidad de la tutela judicial frente a los daños profesionales, esto es, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). El extenso sistema de responsabilidades de una amplia gama de sujetos intervinientes, de naturaleza jurídica diversa (privados, públicos), además de empresas y entidades empleadoras, garantes últimos y principales del cumplimiento de la normativa preventiva predispuesta para evitarlo, al menos la gran mayoría, no solo multiplicaba los órdenes jurisdiccionales llamados sino, dentro de cada uno, las acciones a interponer. La variedad de órdenes jurisdiccionales daba lugar al vicio del “peregrinar jurisdiccional” y la diversidad de acciones al, a veces no menor, “vicio de la fragmentación” de la tutela judicial (ej. cambio de contingencia, recargo de prestaciones, responsabilidad civil, etc.). La LRJS puso toda su confianza -fuera de la tutela penal- en el orden social, como se viene aquí repitiendo y asume, en lo sustancial, la jurisprudencia STS, 4ª, 796/2021, 19 de julio), incluso cuando las personas trabajadoras a proteger integran el funcionariado, cuyo estatuto profesional le queda extraño, salvo en esta importante materia.

Sin embargo, también aquí la tragedia pandémica pareció reabrir la caja de pandora, en la medida en que asistimos a decenas de demandas de múltiples profesionales de un mismo sector, la gran mayoría de empleo público estatutario, que urgían tutela judicial a la desesperada, por no disponer de los medios de protección preventiva (EPI) frente al riesgo de contagio. La mayoría fueron al orden social, pero las hubo para el contencioso. La crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 agravó de forma notable realidades muy deficitarias de protección de seguridad y salud en el trabajo de servicios públicos (y también de empresas privadas, claro, aunque gestionen servicios públicos de interés

social, como las residencias de personas mayores, a través de personal laboral estricto) y que subsistían precedentemente en la actividad de este personal de empleo público.

Con carácter general, la Sala IV ha tendido a dar un enfoque de gestión preventiva de riesgos laborales a todas las cuestiones que le han llegado de gestión empresarial relativa, y en coherencia con las instrucciones sanitarias, a la mejora de la protección frente al riesgo de contagio. En consecuencia, las obligaciones preventivas empresariales (también de las AAPP respecto de sus personas empleadas) adquieren una dimensión más intensa, tanto en el plano de la legalidad ordinaria¹²⁹, como de la legalidad constitucional, pues, en última instancia, en juego están derechos fundamentales humanos (salud, integridad en todas sus dimensiones -física, psíquica, moral-).

Sea como fuere, lo cierto es que la pandemia promovió múltiples oportunidades de replantear la conexión entre los derechos constitucionales, de diferente rango, a la protección de la salud, en especial en los entornos de trabajo, y el de la integridad física, incluso hasta la vida de los profesionales más implicados en la gestión pandémica. Las demandas no solo llegaban a la jurisdicción social, también a la contenciosa. Algunas directamente a la Sala III del TS. Ésta tuvo la oportunidad de intervenir antes que la IV¹³⁰ en esta trascendental tipología de conflictos jurídicos, directamente ligados a la protección de la salud de profesionales (arts. 40 y 43 CE, en relación con los arts. 14-16 LPRS; atendiendo igualmente al art. 31 CDFUE y arts. 2 y 3 CSE), por lo tanto, ámbito reservado al orden social ex art. 2, e) LRJS, en principio. Aunque, cierto, en un entorno excepcionalmente amenazante para la integridad y a la vida, lo que ponía en el centro del análisis la dimensión de derechos fundamentales humanos de la larga e intensa secuencia

¹²⁹ Muy interesante para este enfoque, en un plano general, que desborda el ámbito aquí analizado, como es lógico, resulta la STS de 11 de mayo de 2022 (RCO 112/2020), que recuerda como la vigilancia de la salud, en su vertiente de instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales aparece como decisiva para garantizar el derecho a la salud de cuantos intervienen en el ámbito de la relación laboral y de los terceros que con ellos se relacionan. De ahí que los reconocimientos médicos obligatorios y los que no lo son, si bien “no estamos ante una actividad estrictamente laboral, pero nuestro sistema faculta la posibilidad de su incardinación en la jornada laboral al estar directamente relacionadas con la posición profesional de los trabajadores, y el derecho laboral básico a la integridad física, a la seguridad y salud en el trabajo”. Reafirma con ello la garantía de indemnidad financiera para las personas trabajadoras en el uso de los medios de protección, tanto en su coste material como en el tiempo dedicado a su práctica.

¹³⁰ El ATS, 4ª, 6 de abril del 2020, procedimiento de impugnación de acto administrativo 2/2020, declaró su falta de competencia funcional para conocer de la demanda presentada por el Sindicato Unificado de Policía contra los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Sanidad, así como sobre la solicitud de medida cautelar inaudita parte (arts. 733 LEC y 79 LRJS), a favor de la Sala Social de la AN (arts. 2 y 8 de la LRJS)

de conflictos en un momento especialmente crítico (art. 15 CE en relación con el art. 2 CEDH).

Pudiera parecer que este riesgo pandémico de retorno de los vicios de diversidad y de fragmentación de decisiones jurisdiccionales sobre asuntos análogos, sino idénticos, ya es una cuestión del pasado, una vez dejó de tener sentido la tutela preventiva urgente ante la emergencia pandémica (impetrando por doquier medidas cautelares, incluso inaudita parte o medidas “cautelarísimas”). Sin embargo, como prueba la experiencia más reciente en esta materia, el problema podía recrudecerse a partir de las demandas, individuales y colectivas, dirigidas a pedir la responsabilidad “civil” (además de, por supuesto, todas las que tienen que ver con la cuestión de la calificación de la contingencia, dado el baile de tratamientos legales de esta materia a lo largo de la pandemia) derivada de los constatados incumplimientos preventivos y actualizados en daños profesionales manifiestos. Con lo que no solo se vulneraría el derecho constitucional a la salud (evidente), sino también del derecho fundamental a la integridad personal ex art. 15 CE (SSTC 160/2007, de 2 de julio y 62/2007, de 7 de marzo; así como la STC 56/2019, 6 de mayo -en este caso respecto de una situación de acoso moral a funcionario público).

En lo que concierne al orden social, el primer pronunciamiento casacional relevante será la STS, 4ª, 217/2021, de 17 de febrero. El TS confirma la sentencia de instancia (STSJ PV 7 de julio de 2020) que, a su vez, estimó parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales, condenando al Servicio Vasco de Salud al cese inmediato en su conducta 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.

Por lo que aquí respecta, lo relevante es que el MF opone excepción de competencia judicial. Además, el MF alegó la falta de adecuación de procedimiento, rechazando que deba plantearse el de tutela, optando por el de conflicto colectivo. La Sala 4ª la examina, tratándose de una cuestión de orden público, a plantear incluso de oficio por la Sala. Esta abordará no solo la cuestión de competencia sino también la alegación de la posible inadecuación del procedimiento de tutela. Un planteamiento que se reproducirá en la STS, 4ª, 218/2021, de 18 de febrero (RCO 105/20)¹³¹, si bien en el caso para la policía

¹³¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. (2021). “Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19”. Revista de jurisprudencia laboral, n. 3/2021 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246

autonómica vasca (Ertzaintza). La doctrina sentada en ellas será la luego reiterada en numerosas sentencias dictadas en el bienio 2021-2022.

En efecto, frente a lo sostenido por el MF, en primer lugar, respecto de la competencia del orden social, cuyo informe sostiene que, pese a tratarse de una materia de prevención de riesgos laborales, la elección del proceso de tutela de derechos fundamentales exige la aplicación el artículo 2 f) LRJS, trayendo el precedente de la citada STS de 17 de mayo de 2018, la Sala reafirma la competencia del orden social. Para las sentencias analizadas no hay ninguna contradicción con el invocado precedente, porque:

“...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".

Con esta afirmación podría pensarse que el TS se mantiene “firme en sus trece” y que no reconoce “lío procesal” alguno ni yerro jurisprudencial de ningún tipo que corregir. La clave habría sido siempre la ausencia o no de invocación de infracciones preventivas. Sin embargo, el TS va más allá en este caso y despliega otro razonamiento más ajustado y que evidencia que sí, que algo ha cambiado realmente, aunque no se reconozca. Y es que la consecuencia del camino procesal elegido por el personal funcionario perjudicado para la reparación del derecho presuntamente vulnerado no puede ser tan radical.

En efecto, como ahora afirma, novedosamente, el TS, tan radical efecto (excluyente o incluyente de la competencia jurisdiccional):

“...no es...la literalidad de la norma, ni, tampoco su espíritu [canon teleológico]. En efecto, el apartado e) del artículo 2 LRJS... 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 funcional, los derivados del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales”.

A partir de aquí, el argumentario vuelve a ser circular y se remite a sus precedentes, aquí ya comentados (ej. STS 903/2018, 11 de noviembre, con cita igualmente de la STS

14 de octubre de 2014, RCO 265/2013] y otros sobre los que nos detendremos de forma específica ut infra, por su importancia y singularidad¹³². Ciertamente, sin llegar al nivel de avalancha, con posterioridad, según también se apuntó, se han dictado numerosas sentencias y autos por la Sala IV en la que se reitera esta doctrina. Sería el caso, entre otras, de las SSTs, 4ª, 425/2021, de 22 de abril (RCO 94/20¹³³) y 20 de mayo de 2021 (RCO 130/2020) o del citado ATS, 4ª, de 17 de enero de 2023, RCU 2497/2022 (Competencia del orden social por falta de contradicción, pero también por falta de interés casacional, al estar consolidada la competencia social en la jurisprudencia)¹³⁴.

4.2.2. “¿Lo viejo que renace en pandemia?”: La Sala III del TS también se pronuncia sobre la salud e integridad del personal sanitario

Se debe al filósofo marxista Antonio Gramsci (aunque en las redes sociales la cita se tiende a vincular a una infinidad de personajes, incluido el escritor Albert Camus, que sí lo reflejó en algunas de sus obras, expresivas del más puro existencialismo), esta célebre forma de ver las situaciones de crisis, conforme a la cual:

“la crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer: en este interregno se verifican los fenómenos morbosos más variados”¹³⁵.

¹³² Ej. Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de TS 12/2019, 6 de mayo -conf. 22/2018-, respecto de una funcionaria de MUFACE y para un cambio de contingencia de común a profesional; STS, Pleno 483/2019, de 24 de junio, sobre competencia de la jurisdicción social para conocer 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 para el personal integrante de la carrera judicial

¹³³ La Sala desestima el motivo de casación relativo a la falta de jurisdicción por las mismas razones de la comentada STS de 17 de febrero 2021, que despliega aquí los efectos positivos de la cosa juzgada ex art. 222.4 LRJS, que sean distintos los sindicatos demandantes, pero con igual causas de pedir y para el mismo colectivo (Ertzaintza).

¹³⁴ En el mismo sentido, aunque con un objeto diferente, el ATS 21 de junio de 2023, RCU 4006/2022. El Auto confirma, por falta de contradicción, la STSJ de Andalucía/Granada, de 9 de junio de 2022 (RS 3218/2021), que desestimó el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermería de Jaén y los trabajadores, confirmando la desestimación de la demanda sobre derechos fundamentales acordada en la instancia. La competencia social, pues, no asegura el éxito de la acción. Así, en el caso de autos la situación de la pandemia ocasionada por la Covid-19 habría quedado superada, y la Sala granadina tiene por acreditado “que desde el inicio del estado de alarma la demandada dotó a todo su personal con el material de que en ese momento disponía y que, superado el estado de alarma y restaurado el suministro, se viene proporcionando a todo el personal el material que necesita”. Mientras que, en la sentencia de contraste (sala aragonesa) la Sala considera “no probada la suficiencia de las medidas preventivas para el riesgo biológico que debió suministrar la entidad demandada y dicha circunstancia lleva a la Sala a confirmar la sentencia de instancia condenando a la Administración sanitaria a la adopción de medidas de prevención de riesgos durante la pandemia”.

¹³⁵ Citado por MENESES, J.P. (2015). *Una vuelta al tercer mundo: La ruta salvaje de la globalización*. Editorial Penguin Random House Grupo Editorial España, 2015.

Salvadas las distancias, nos parece una buena referencia para describir la situación del art. 2 e) LRJS en el momento de máximo dramatismo de la emergencia pandémica, de modo que, desde esta perspectiva de “lo viejo que no termina de morir, ni lo nuevo de consolidarse”, podríamos parafrasear al viejo teórico marxista, la convicción profesional y sindical de que en estos casos es competente el orden contencioso tuvo su expresión y no fue ni tan siquiera cuestionada por el orden contencioso-administrativo. Éste, en más de una ocasión fue requerido por los sindicatos de profesionales médicos para que dictara medidas cautelares inaudita parte en el fragor de la pandemia, cuando escaseaba todo tipo de medida protectora y los contagios crecían de forma alarmante en estos profesionales, por la falta de medidas, claro está y la inexperiencia de la situación.

En medio de esta “batalla” contra el virus y a favor de una protección razonable del personal sanitario, la Sala III dictaría dos Autos, el 25 y 31 de marzo de 2020, ambos en relación con personal sanitario. El primero de ellos, el de 25 de marzo de 2020, se limitó a denegar las “medidas cautelarísimas” (inaudita parte) solicitadas, tramitando por su vía legal las medidas cautelares, con audiencia de la parte demandada. El segundo, dictado en el recurso 91/2020, llegó a la fase final con el pronunciamiento de sentencia. Me refiero a la conocida STS, 3ª, 1271/2020, 8 de octubre, en la que se declaró que:

"los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales que les reconoce el artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución".

De este modo, en el plano sustantivo la comprensión jurídico-social del problema por parte del orden contencioso es equiparada, así, a la del orden social. Como vimos, tampoco éste duda que la situación de grave riesgo creado para los profesionales en el inicio de la pandemia supuso una violación del art. 15 CE, como reconoce expresamente (ej. STS 17 de febrero de 2021, RCO 129/2020 -si bien específicamente para la policía autónoma vasca), donde, además, se ufanaba de que el Gobierno se hubiera hecho eco de a sus postulados en las sucesivas Órdenes Ministeriales¹³⁶.

¹³⁶ En efecto, tras recordar que 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", enfatiza que el apartado tercero de la Orden INT/226/2020 ha tenido en cuenta la doctrina judicial. En el mismo se reconoce, entre otros, que "los funcionarios policiales incluidos en el ámbito de aplicación de esta

Nada que objetar al respecto. Lo que sí llama mucho la atención, como tempranamente destacó la doctrina científica más atenta a esta cuestión, es que, tratándose de una cuestión de orden público, en ningún momento se planteara en el orden contencioso-administrativo la cuestión competencial, en la medida en que, estando en juego un derecho fundamental, en efecto, la raíz de todo el conflicto estaba en la ausencia de las debidas medidas preventivas de riesgos laborales, por cuanto, aun siendo riesgos biológicos de salud pública, el ejercicio de la profesión se mostraba como un factor agravante determinante. La altísima prevalencia de contagios en estos profesionales es una evidencia de ese carácter preventivo.

En época prácticamente coetánea, la Sala IV del TS, como ya se anticipó, si nunca puso en duda su competencia en esta vital cuestión (hubiera sido incomprensible), sí que retrasó su pronunciamiento. La primera demanda de justicia preventiva cautelar recibida, inaudita parte, para más señas, la declinó, en favor de la Audiencia Nacional. A esta le correspondía la competencia funcional, no siendo dudosa la objetiva del orden social.

El citado ATS de 6 de abril de 2020 (procedimiento 2/2020 de impugnación de actos administrativos en materia laboral y seguridad social, excluidos los prestacionales, en virtud del art. 151 LRJS) conoció de la demanda del SUP (Sindicato Unificado de Policía) contra el "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos", elaborado por el Ministerio de Trabajo en colaboración con el Ministerio de Sanidad de fecha 30 de marzo de 2020. En dicho documento, aportado como anexo, se establecía una clasificación de los diferentes escenarios de riesgo en los que se pueden encontrar las personas trabajadoras (exposición de riesgo -el más necesitado de protección-, exposición de bajo riesgo -intermedio- y baja probabilidad de exposición -no tienen atención directa al público o, si la tienen, se produce a más de dos metros de distancia, o disponen de medidas de protección colectiva que evitan el contacto-). En la demanda se incluían dos peticiones básicamente:

- a) Que se declarara el procedimiento referido contrario a Derecho, a no incluir a la policía nacional en el colectivo o de exposición al riesgo o de bajo riesgo, pues entendía que ahora quedaban fuera de esa protección específica.

Instrucción, independientemente de su Cuerpo de pertenencia, tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo", debiéndose observar al respecto, "las recomendaciones e instrucciones impartidas en cada caso por las Autoridades sanitarias...".

- b) Que se adoptara, como una medida cautelar inaudita parte, previa invocación del artículo 733 LEC y del art. 79 LRJS, la decisión reseñada, pues, a juicio de quien demandaba, carecería de sentido que se hiciera mediante sentencia, con el riesgo de que recayera ya finalizado la situación de alarma sanitaria existente.

Negada tanto la naturaleza de acto administrativo del procedimiento de referencia, cuanto la competencia funcional del TS (no sería propiamente un acto del Gobierno ex art. 9.a LRJS LOPJ, la Sala entra a conocer de su competencia funcional, pues no se niega la objetiva o material del orden social. Advierte de que:

“Pese a la celeridad que el tema requiere (al interesarse medidas "cautelarísimas"), así como a su conexión con derechos constitucionales (se invoca una extraordinaria y urgente necesidad; se demanda protección inherente al derecho a la vida y a la integridad fiscal) y el estado de alarma que está transitoriamente vigente... es evidente que debemos actuar conforme a las exigencias del Estado de Derecho. Ciertamente, la Constitución garantiza el derecho a la tutela judicial (art. 24.2) y lo que ahora se suscita no es una excepción. Ahora bien, los artículos 117.2...y 117.3... CE deben ser en todo momento respetados. (...). En coherencia...el art. 5 LRJS (exige) la apreciación de oficio de jurisdicción o de competencia...” (FJ Segundo A y B).

No es especialmente relevante en este análisis la cuestión de la naturaleza del documento litigioso, pese a ser un tema relevante con carácter general en el ámbito de la gestión preventiva, incluso más allá del marco pandémico. Aunque sí tenga relevancia en relación con la cuestión de la autoría¹³⁷. En este caso en juego está la determinación de las reglas de competencia funcional (no así territorial, pues es claro que el documento se proyectaba para todo el Estado español, no para una Comunidad Autónoma).

Sabido es que el TS solo podría conocer como instancia única de ser un acto administrativo que proviene del Gobierno, excluyéndose en otro caso a favor de la

¹³⁷ Rechazado que el procedimiento procediese del Consejo de Ministros, por lo que niega la competencia en primera y única instancia del TS (no hay acto formal identificable emanado del Consejo de Ministros, de una Comisión Delegada o del Ministro de Sanidad -supuesto en que, como sucede con las múltiples órdenes Ministeriales dictadas al amparo de la declaración del estado de alarma, podría incluso, en hipótesis, plantearse si estaba actuando como Consejo de Ministros de emergencia-, sino de un documento sui generis, en el que aparecen rasgos de diálogo social, de aportaciones técnicas y de experiencias comparadas), tampoco sería un acto administrativo conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Dado el modo de elaboración y la forma en que se da a conocer se trata de “diversas actuaciones que finalizan en el Documento de referencia. La demanda...no debiera dirigirse únicamente frente a los órganos públicos que han participado en su redacción, sino también frente al resto de ellos” (FJ Sexto, letra C)]

Audiencia Nacional, por su dimensión estatal (desborda la Comunidad Autónoma el conflicto suscitado)¹³⁸. Pero sin desconocer la significación de estos aspectos conexos, lo que interesa especialmente aquí es el razonamiento conducido para asumir, sin problema alguno, la competencia, en todo caso, del orden social.

La Sala IV del TS enfatiza, concisa, pero muy contundentemente aquí, la insistencia, pese a presentarse como una demanda en la que el derecho fundamental en juego es el art. 15 CE, que el sujeto colectivo demandante realiza respecto del derecho a la seguridad y salud laboral del colectivo representado¹³⁹, pues eso asegura que el orden social pueda ser el competente en la materia:

“Ninguna duda nos cabe al respecto. Los iniciales términos excluyentes de la LPRL respecto de la Policía (art. 3.2) fueron prontamente censurados por la STJUE de 12 de enero de 2006 (C-132/04) ... y provocando la aprobación del RD 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas de prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Por tanto, al menos indiciariamente, convenimos con los demandantes en que han suscitado una cuestión sobre materia propia de este orden jurisdiccional. (...)”

Como también será analizado ut infra, muchos son los aspectos de interés de esta temprana reflexión del TS, porque contrasta con algunas otras posiciones en diferentes asuntos, unos comentados (relación entre el derecho a la vida e integridad y el derecho a la seguridad y salud) y otros que analizaremos con más detalle (procedimiento adecuado

¹³⁸ En el FJ Quinto, letra E), respondiendo a las observaciones del SUP, el TS hace una interesante reflexión. Así, advierte que, de seguirse su tesis (que no es competente la Audiencia Nacional), resultaría que “la Sala Cuarta... es la competente para conocer de todas las demandas y medidas cautelares en materia de prevención de riesgos laborales contra la Administración Pública -excepto las atribuidas a los Juzgados de lo Social, artículo 6.2 a) LRJS- ya que el art. 7 LRJS tampoco establece de forma expresa la competencia de las Salas de lo Social de los TSJ para conocer de las cuestiones contempladas en el artículo 2 e) LRJS. Desde luego, no es tal el diseño de la LRJS, ni el de la norma procesal en que se inspira”. Por su parte, en el FJ Sexto, letra D), el TS recuerda que el artículo 8.1 LRJS atribuye a la Sala Social de la AN “en única instancia, de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren las letras f) ...”, relativo al procedimiento de tutela de derechos fundamentales. No obstante, asume, “si se entendiere que así lo aconseja la peculiar índole del documento cuestionado, podría pensarse en que el conflicto colectivo es la modalidad procesal adecuada. En todo caso, sea cual fuere la modalidad procesal activada (lo que no corresponde decidir a los órganos jurisdiccionales), al tratarse de una pretensión respecto de recomendaciones que proyectan su voluntad sobre todo el territorio nacional, corresponde a la referida Sala de lo Social de la Audiencia Nacional su conocimiento”. No es baladí esta reflexión, pues, como luego veremos, la cuestión del procedimiento adecuado para conocer de estos asuntos planteará problemas en algunos casos, como en el seno del personal de la carrera judicial.

¹³⁹ La demanda de esta justicia cautelar fue muy significativa. Por ej., el Auto del TSJ de Madrid de 28 de marzo de 2020 concedió la medida cautelarísima del sindicato policial JUPOL para que la Secretaría de Estado de Seguridad proporcione a dicho colectivo equipamientos de protección individual (EPI) y con la urgencia debida.

de tutela de materias preventivas, en especial el conflicto colectivo, cuando de ciertos colectivos funcionariales se trata, como las personas titulares de la carrera judicial). Pero lo que en este análisis crítico más debe llamar la atención es, comparando la opción del orden contencioso, que se abstiene por completo de la cuestión de competencia, pese a ser también para él exigible de oficio, no solo a instancia de parte, y la del orden social, que la enfatiza, por encima de cualquier consideración de emergencia y razonabilidad de orden social de introducir una excepción en el caso por la tragedia pandémica, por qué nadie cuestionó la competencia contenciosa a partir del art. 2 e) LRJS. Dice la Sala IV, con gran realismo y concienciación social del problema, pero con radical imperativo de la ley (“cúmplase la ley, perezca el mundo”):

*“La Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales afectados por esta demanda. Tampoco desconoce que deben contar con todos los medios necesarios para que su actividad, valiosísima, se desarrolle preservando su propia integridad física y salud. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que así sea. **Sin embargo, la necesidad de atenernos a las exigencias constitucionales sobre ejercicio de las propias competencias, y no de otras, nos obligan a rechazar el examen tanto de las medidas cautelares interesadas cuanto de la petición principal de referencia. Dando cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales referenciados, por todo lo dicho**” (FJ séptimo).*

Impecable la afirmación, de suscripción sin reservas cabe decir, incluso en tiempos de Derecho de excepción, por más que pudiera justificar una solución de justicia del caso (nunca de justicialismo de ocasión), pues las normas deben aplicarse de conformidad con los tiempos en que han de regirlo (ex art. 3.1 CC¹⁴⁰), pero, en todo caso ¿no tiene el mismo tipo de vínculo constitucional el orden contencioso con el respeto al reparto competencial establecido? La pregunta es eminentemente retórica, la respuesta evidente.

¹⁴⁰ Vid. STS, 4ª, de 19 de enero de 2022 (RCO 64/2021). Esta sentencia, aunque se refiere al alcance de unos concretos preceptos, recuerda la necesidad de interpretar las normas con razonables parámetros que se desprendan del sentido común de las cosas, de conformidad con el mandato del art. 3.1 del Código Civil

4.2.3. Valoración propia: la revigorización de la conexión constitucional entre el derecho a la integridad y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Una de cal y otra de arena. En el plano crítico, podemos comprobar, tras el sintético, pero ilustrativo, creemos, repaso por la evolución del estado del arte jurisprudencial en esta materia, que el TS, quizás por el influjo pandémico y por el riesgo que suponía una rígida distinción de su competencia preventiva atendiendo a que el procedimiento tuviese como objeto principal, incluso exclusivo, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, se ha visto obligado a rectificar una deriva de índole procesalista poco fértil para el fin del cambio legislativo con el art. 2 e) LRJS. Sin embargo, no ha realizado, como critica la doctrina más atenta a esta situación, una clarificación precisa de la evolución, dando por continuada su línea jurisprudencial, cuando, como vemos, no es así.

En realidad, la Sala IV del TS ha terminado proclamando un claro “donde dije Digo, Digo Diego”. Aunque tampoco lo reconoce, sin duda ha estado influida por la necesidad de no perder el paso en un momento en que numerosos colectivos profesionales públicos asumían, expuestos a riesgos considerables (biológicos y de alcance general, pero con una prevalencia en su exposición muy intensa, debido a su trabajo en primera línea), su condición de personas trabajadoras como las demás a efectos del derecho (y deber para su empleador público) a un entorno seguro y saludable, también públicos. El tiempo de la emergencia no será irrelevante, asumiendo igualmente la necesidad de razonabilidad (Convenio 155 OIT), dado que el deber de protección no puede ser ilimitado.

Pero al margen del modo, lo relevante es, desde la perspectiva de la finalidad de la ley, que el orden social parece haber asumido, tras titubeos iniciales, toda la potencialidad del cambio hacia la unificación competencial, que le convierte en el garante único y pleno del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluso si no hay daños, sino solo riesgos, en situaciones ordinarias o extraordinarias (pandémicas). En esta unidad se ponía el foco para fortalecer los instrumentos judiciales para la tutela efectiva, no solo de quienes sufren daños profesionales, sino también del cumplimiento de la obligación de protección eficaz del empleador público-administrativo, a menudo reacio. El carácter pleno de esta jurisdicción no solo expresa igualdad de trato sino su efectividad, pues, con carácter general, no es indiferente, para el éxito de la acción, el orden judicial

que conoce del asunto, dada la mayor “sintonía” del orden social con la dimensión tuitiva de este sector normativo, mayor que la que tenía hasta ahora el orden contencioso.

No obstante, esta asunción de competencias preventivas del orden social para el personal de empleo público-administrativo, durante la pandemia¹⁴¹ y más allá, no ha sido del todo pacífica. Como hemos visto, el orden contencioso no quiso ceder por completo el testigo y asumió, sin cuestionarse la competencia, los asuntos que le fueron llegando de carácter análogo a los del orden social. Parecían volver, pues, los tiempos en que estas cuestiones se afrontaban bajo el prisma del Derecho Administrativo, incluido el enfoque de la responsabilidad patrimonial de las AAPP que el art. 2. e) pareció querer arreglar.

Cierto, el cambio de “jurisdicción natural” en estos casos no garantiza mecánicamente el sentido de la respuesta, que puede ser negativa a la protección demandada. De hecho, en los dos casos comentados, el resultado material obtenido (éxito de la pretensión de tutela -preventiva y/o reparadora-) ha sido equivalente, pues han mantenido posiciones análogas, entendiendo que hubo lesión de derechos fundamentales por falta de medidas preventivas. Lo que, sin duda, abría un horizonte conflictivo, pasada la pandemia, ahora en el plano de la tutela reparadora (la indemnización de los daños sufridos por contagio). Aunque, conviene advertirlo, la competencia social conoce desestimaciones.

Sería el caso, por ej., de la STSJ Cantabria, Sala Social, 264/2023, 17 de abril. Esta confirma la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada frente al Servicio Cántabro de Salud en la que se solicitaba la condena de la parte demandada al abono de la cantidad de 11.857,83 euros (9.831 euros en aplicación de la LISOS y 2.026,83 euros por el baremo de accidentes) por la omisión de las medidas de prevención de riesgos laborales. Éstas habrían provocado que el profesional del centro sanitario se contagiara con el virus SARS COVID-19 a finales del mes de marzo de 2020, causando baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional desde el 2-4-2020 hasta el 6-

¹⁴¹ La Sala IV del TS ha venido asumiendo la dimensión eminentemente preventiva de riesgos laborales de la gestión de las empresas (y AAPP) en el entorno de la pandemia, pese a tratarse de un problema más amplio, de salud pública. Así, por ejemplo, cabe destacar, la STS, 4ª, de 20 de mayo de 2021 (RCO 130/2020), que puso de manifiesto que las reglamentaciones e instrucciones en la materia de covid19 son necesarias para integrar la normativa de PRL “manifiestamente insuficientes para resolver por sí solos una problemática de esta naturaleza...”. O la STS, 4ª, 201/2023, 16 de marzo (condena a Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA a que, con efectos retroactivos desde el inicio del periodo de vacunación COVID, reconozca y abone a los pilotos y tripulantes de cabina de pasajeros los días y horas de trabajo desprogramados a consecuencia de la administración a los mismos de la citada vacuna).

5-2020 y habiendo permanecido hospitalizado durante tres días en el mes de abril del mismo año¹⁴².

En la misma dirección se sitúo la SJS n. 2 de Jaén, 442/2021, de 27 de septiembre, que desestimó una demanda sindical análoga, ahora contra el empleador-servicio público de salud de Andalucía (SAS). Esta sentencia -dicho sea de paso- causó revuelo mediático. Desde publicaciones especializadas del gremio del sujeto demandante se acusó a la sentencia de fundar la desestimación en exigir al personal sanitario la “obligación de sacrificar su derecho a la vida e integridad, aun sin mascarillas, durante la primera ola de Covid-19” por el bien común. Naturalmente era una “*fake new*”, pues tan brutal o bárbara afirmación -de existir- no está en la sentencia, aunque sí pueda entenderse restrictiva la lectura que hace de la situación, lectura que no fue corregida en la correspondiente sentencia de suplicación social dictada por la Sala de Granada del TSJ de Andalucía¹⁴³.

También alcanzó un gran eco mediático, pero ahora en sentido contrario, por su gran “generosidad indemnizatoria”, la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) 5 de Alicante, 1/2022, de 7 de enero. En este caso se trató de una reclamación sindical de daños y perjuicios a sus personas afiliadas, personal sanitario de la Comunidad Valenciana, por no haber prevenido adecuadamente el riesgo de contagio por covid19 durante la pandemia. Este empleador-servicio público de salud deberá pagar:

- 5.000,00 euros para cada una de las personas trabajadoras encuadradas en el grupo primero (ni contagio ni cuarentena, pero trabajo con riesgos y sin protección adecuada)
- 15.000,00 euros para las encuadradas en el grupo segundo (no contagio, pero sí sufre cuarentena, con servicios sin medidas adecuadas de protección).
- 35.000,00 euros para cada una de las incluidas en el grupo tercero (contagio-cuarentena por la exposición en la prestación de servicios con riesgo y sin medidas adecuadas).

¹⁴² El carácter profesional del contagio no puede determinar una automática responsabilidad, en la medida en que no habría incumplimiento preventivo estricto, dado que el servicio público sanitario pudo todas las medidas que tenía disponibles en aquel momento y conforme a un orden de prioridades razonable, atendiendo a la situación excepcional vivida.

¹⁴³ La Sala de Granada del TSJ de Andalucía resolvió en recurso de suplicación mediante la sentencia n.º 1077/22 de fecha 9 de junio de 2022 (rec. 3218/2021), desestimando cualquier vulneración de derechos considerando la especial circunstancia de escasez inicial generalizada de equipos de protección y la constatación de que el SAS, fue adoptando las medidas necesarias pese a la existencia de algunas disfunciones concretas y puntuales. La sentencia es firme dado que no fue admitido a trámite el recurso de casación de unificación de doctrina.

- 49.180,00 euros para las del grupo cuarto (contagio y hospitalización con IT)

La sentencia fue revocada en suplicación, si bien no es firme y habrá que esperar a la decisión que adopte el Tribunal Supremo, para determinar el alcance de la situación que crea¹⁴⁴.

En todo caso, lo que aquí más interesa, por el eje de esta tesis, es el silencio vivido en materia competencia. Sorprende que nadie haya puesto en cuestión un ejercicio competencial que, sin embargo, con una lectura coherente del art. 2 e) LRJS, el orden contencioso debió declinar a favor del orden social, al decir de la mejor doctrina en materia¹⁴⁵.

Con todo, a mi juicio, y en línea con la mejor doctrina científica en la materia, quizás lo que deba quedar de esta experiencia, tan dramática en el plano social-preventivo como sugerente en el jurídico, es la revigorización que se ha producido del derecho a la salud y seguridad en los entornos de trabajo en general, y público-administrativos en particular, en su dimensión constitucional fundamental, esto es, en su interacción con el derecho a la vida y a la integridad personal (física, psíquica y moral). Bien conocida es la doctrina constitucional que ha venido manteniendo esta interacción o conexión, si bien la limitaría a la existencia de incumplimientos de normas preventivas, también en el ámbito de los factores y riesgos psicosociales, por supuesto, que, a su vez, generaran peligros concretos, aunque no se trate de riesgos graves e inminentes, como sí habría sucedido en pandemia.

La Sala IV ha sido consciente, en el fondo, aunque no lo quiera reconocer con la debida transparencia argumental, por seguridad jurídica (conforme al art. 9.3 CE) y consiguiente previsibilidad mayor de sus decisiones venideras, que el canal procesal elegido no puede ser determinante para la protección efectiva del derecho a la integridad

¹⁴⁴ La Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana dictó sentencia de suplicación, hoy recurrida en casación para la unificación de doctrina, con nº 3210/22 de fecha 25 de octubre de 2022 (rec. 807/2022), en virtud de la cual desestima las indemnizaciones solicitadas al considerar que no se acredita de forma particular el daño sufrido por cada uno de ellos ni el nexo causal del daño con el incumplimiento que se le imputa a la demandada.

¹⁴⁵ Antes de la pandemia no son infrecuentes resoluciones de órganos administrativos al respecto. Por ejemplo, el Consejo Consultivo de Castilla-León consideró probada la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo, que convierten a la Administración en la única responsable de los daños sufridos por la trabajadora (*Cjo. Ctivo. Castilla-León, dict. 988/2006, 2-8-2007*). Vid. DE PALACIOS VILLAVARDE, J.I. (2020). *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contagio de COVID-19*.

personal como el fundamento último de la seguridad y salud en el trabajo. Ahora bien, entiendo que no es suficiente. En realidad, todo el sistema preventivo de riesgos laborales tiene como fundamento último, incluso principal, el derecho a la vida e integridad personal ex art. 15 CE, en su comprensión conforme al sistema contemporáneo de protección multinivel del mismo y en el que se considera como un genuino derecho cívico-social fundamental humano. Así se desprende de su lectura conforme al art. 31 CDFUE y al art. 3 CSE en relación con el art. 2 CEDH, según la doctrina del TEDH y del CEDS, como hoy tiende a resaltarse en la doctrina científica y que augura una superación, no solo dogmática, sino también operativa, de las tradicionales resistencias judiciales.

4.3. Una competencia preventiva (relativamente) no discutida: Salud mental y evaluación de cargas de trabajo para el personal sanitario.

4.3.1. Asumida la competencia del orden social, el debate se sitúa en su alcance: ¿hasta dónde debe llegar la evaluación de cargas de trabajo?

Afortunadamente ya superada, institucional y médicamente la pandemia, la situación postpandemia no deja de generar controversias jurisdiccionales, de diferente calado, pero, en todo caso, muy relevantes para el análisis jurídico aquí conducido. En todos ellos se muestra la consolidación plena de la competencia del orden social en estos ámbitos, sea cual sea el fundamento jurídico de la pretensión principal y el canal procesal elegido por el personal -individual o a través de su representación colectiva- público demandante. Sin embargo, algunas cuestiones suscitadas en tiempos relativamente recientes suscitan una nueva dimensión de la competencia social y que se vincula más a cuál deber ser el alcance operativo de la misma, hasta donde llega la capacidad de garante del cumplimiento que asume la jurisdicción social.

Desde esta perspectiva, más vinculada a la efectividad de la competencia social en el plano del contenido de la tutela, muy interesante resulta, a mi juicio, el debate judicial tenido a propósito de la política de gestión de la salud laboral del personal sanitario en lo que concierne a la evaluación y, consiguiente, determinación de sus cargas de trabajo. Una vez más el sector sanitario ofrecerá una magnífica ocasión para identificar el sentido

práctico real del cambio competencial, también de nuevo asociada a las condiciones de déficit de protección preventiva de estos colectivos en su titánica lucha contra la pandemia de covid-19, a fin de preservar la salud de la población en general, aún a costa de perder, o ver deteriorada la suya. Particularmente, el debate al que referimos lo abrió la STSJ Madrid 222/2021, de 23 de marzo¹⁴⁶, dictada en demanda de conflicto colectivo, pero con expresa invocación de la vulneración de derechos fundamentales, planteada contra la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM).

Es oportuno precisar el contenido de la demanda, pues junto a la pretensión clásica o usual relativa a que se declarase que la CAM incumplió sus obligaciones preventivas (antes, durante y después de la pandemia), se pedía un pronunciamiento de hacer muy concreto, según el cual, la CAM debía ser condenada a que:

“[...] se establezca e identifique la metodología, procedimiento y algoritmos que se utilizan [...] referidos a las condiciones laborales, plantilla, jornada y cargas de trabajo al representar estas cuestiones un elementos que supone influencia negativa y significativa en la generación y análisis del riesgo, siendo necesaria la limitación en materia de cupos, tiempos en la atención presencial o no presencial, límites de las agendas, evitando la prolongación de jornada de forma ordinaria y estructural, elementos todos ellos de las condiciones de trabajo que constituyen en su control y conocimiento el necesario y efectivo derecho a la salud e integridad física [...] y que deben ser valorados e informados en (la) evaluación de riesgos...”

Más aún. A fin de dar la mayor concreción y seriedad posible a la obligación de tutela o protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo sanitario, se pedía a la sala que, en el marco de la regulación-gestión-organización público-administrativa de las cargas de trabajo, concretara lo más posible sus términos. Así, pretendía que:

- Que se fijen los límites de cupos por médico en 1200 pacientes
- y los tiempos de atención en 12 minutos/paciente, con un máximo por agenda diaria de 25 pacientes entre presencia física y no presencial

¹⁴⁶ Tuve oportunidad de dedicar cierta atención a la misma, de consuno con otras sentencias también de interés en relación a las cargas de trabajo, tanto en sectores de empleo público como en otros sectores que, gestionados por empresas privadas, proporcionan auténticos servicios públicos de interés social - residencias de personas mayores-, en MORENO PÉREZ, J.M. (2021). “Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 461-462, agosto-septiembre.

- durante un periodo máximo de 5 horas, como elementos de calidad y salud

La STSJ de Madrid 222/2021, de 23 de marzo estimó en lo sustancial la demanda. Confirmará, pues, los déficits de gestión preventiva en este servicio sanitario, incluidas las limitaciones notables en evaluación de los riesgos psicosociales (llevada a cabo solo en 10 centros de salud) y condenará, sobre la base de la insuficiencia de plantilla de atención primaria (cuya conflictividad por tal causa sigue activada), a que se haga el estudio de cargas de trabajo, esencial para poder prevenir los riesgos (especialmente la salud mental), y se fijen los cupos apropiados. Eso sí, lo que no puede su sentencia es fijar concretamente ni unas ni otros, pues se trata de una función de gestión empresarial insustituible por la jurisdicción, advirtiéndole al tiempo de que esa función empresarial debe hacerse con participación de la representación laboral (art. 34 LPRL).

Lo fundamental de esta sentencia fue asumido por la STS, 4ª, 50/2022, 19 de enero. Así, declaró vulnerados ambos derechos en juego (el derecho fundamental a la integridad personal ex art. 15 CE y el derecho constitucional a la salud del personal de atención primaria y pediatría), por no realizar una evaluación de las cargas de trabajo, incluidos sus factores psicosociales. Sin embargo, corrigió, por exceso de jurisdicción social, las obligaciones más concretas en orden a la regulación-gestión de las cargas de trabajo y, en relación con ellas, los cupos de atención médica correspondientes y sus tiempos.

En consecuencia, si respecto de algunas de las cuestiones previamente conflictivas el TS ya refleja la arriba comentada consolidación de su competencia y el debido procedimiento (no hay problema en acumular una demanda de conflicto colectivo con la vulneración de uno o varios derechos fundamentales, por más que la confusión de pretensiones a veces pueda emborronar la debida claridad de la demanda¹⁴⁷; el Ministerio de Sanidad carece de legitimación activa, pues la normativa del estado de alarma -luego inconstitucional- no supuso alteración alguna del reparto de obligaciones preventivas, propias de la CAM), por lo que concierne a lo más novedoso ahora, hasta dónde debería

¹⁴⁷ Para el TS, la mezcolanza de cuestiones propias de legalidad constitucional -derecho a la vida e integridad personal- con otras de legalidad ordinaria -derecho a la salud y sistema preventivo-, no deja de plantear problemas de ajuste a los arts. 178.1 en relación con el art. 184 LRJS, pero, en aras de la efectividad de la tutela judicial, debe prosperar el análisis de fondo, dado que se identifican bien las pretensiones. De ahí que asuma correcta la desestimación de las recurrentes excepciones en este marco de conflictos (se habría seguido el procedimiento correcto, el de conflicto colectivo, sin que sea impeditivo invocar la vulneración de derechos fundamentales) (FJ Segundo, punto 3).

llegar esa función de garantía de efectividad del cumplimiento preventivo asumido por el orden social ex letra e) art. 2 LRJS, volvió a una posición más “tradicional”, ortodoxa. A su juicio, la sentencia incurriría en incongruencia interna entre razonamiento y fallo.

En efecto, la STS 50/2022, 19 de enero tacha de incongruencia jurisdiccional afirmar, en el razonamiento, que no puede condenar a una obligación de regular la carga de trabajo fijando cupos y tiempos máximos, porque excedería los límites del procedimiento, y luego condenar a ello en el fallo, estimando la petición (FJ Cuarto). Por lo mismo, sería incongruente argumentar que excede del procedimiento fijar la ratio de plantilla debida, reconocida la insuficiencia y adoptado el compromiso de cubrirla y luego condenar en el fallo a fijarla. Ahora bien, en un alarde de equilibrios, en la convicción de que el fondo del asunto está bien resuelto, no anula la sentencia pese a esa incongruencia interna, primando, aquí sí, la economía procesal (ej. STS 83/2021, de 25 de enero).

Despejado todo obstáculo al enjuiciamiento de fondo, que es el primado en este caso (es importante subrayarlo, porque no siempre sucederá así, como evidenciará el asunto de la regulación de las cargas de trabajo del personal de la carrera judicial, que se analizará con detalle en su lugar oportuno de esta tesis doctoral), se entrará en fijar el contenido de la obligación de evaluación de riesgos y su conexión con las cargas de trabajo. Desde esta perspectiva para el TS, la innegable obligación empresarial de llevarlo a cabo, a fin de un cumplimiento efectivo de la normativa preventiva:

“excede de los límites de una condena a efectuar un plan de prevención...el establecer un contenido concreto...sin haber efectuado con anterioridad la oportuna evaluación de riesgos. Y, en modo alguno, cabe imponer como contenido...cuestiones...que implican predeterminar la organización del trabajo y la fijación de plantillas...” (FJ Quinto, punto 3).

Una vez más, con el debido respeto al razonar del Alto Tribunal, pero con honestidad científico-social, siendo obligada la función crítica en el trabajo del jurista, máxime en una obra que pretende servir para la obtención del título de doctor, me resulta muy dudoso el fuste de este razonamiento del Alto Tribunal. El -cuidadoso- rechazo por parte de la STS 50/2022, de 19 de enero a incluir cuestiones relativas a la ratio de plantilla en el debate preventivo no solo es discutible atendiendo a la obligación de integrar la actividad

preventiva en todos los ámbitos de la empresa (art. 15 LPRL), incluido el diseño (y evolución de plantillas), sino que parece chocar de raíz con otras interpretaciones que, a mi juicio, garantizan mejor la efectividad de la tutela judicial preventiva, en línea con lo que hallamos defendido en el seno de las doctrinas de suplicación.

4.3.2. La creciente presencia de demandas judiciales sobre el alcance de las cargas de trabajo en el marco de los servicios públicos

Ciertamente no se trata de una cuestión específica respecto del objeto fundamental de estudio que lleva a cabo esta tesis. Pero entiendo que no es ocioso contextualizar el asunto apenas analizado, en un escenario de controversias judiciales más amplias en las que la cuestión litigiosa se centra en la determinación de las cargas de trabajo y los problemas de salud mental de las personas empleadas que genera, al olvidar gestionar adecuadamente los factores de riesgo psicosocial que están en su origen o que contribuyen significativamente al problema. Y ello por varios motivos.

Primero porque, como se sugirió al finalizar el apartado anterior, muestran que hay otro modo más comprometido, en términos de garantías de efectividad de la tutela judicial efectiva de la seguridad y salud en el trabajo en general, y del trabajo público-estatutario en particular, que la que representa la STS 50/2022, 19 de enero. La cuestión no es baladí porque afecta a un aspecto central de una dimensión hoy determinante de tal derecho, cual es la salud mental del personal de empleo público, en general, y sanitario de forma más particular. Segundo, porque esta cuestión será central también a la hora de analizar con detalle otro asunto netamente competencial social respecto de la protección del derecho a la seguridad y salud de personal público funcional: ej. carrera judicial. Asimismo, finalmente, la pertinencia vendría de que se trata, por lo general, también de sectores de servicios públicos, sean afrontados por personal laboral público sea por personal laboral a secas.

En este sentido, un caso especialmente relevante es el conocido y resuelto por la **STSJ Madrid 410/2020, 16 de junio**. En este caso versa también sobre uno de los colectivos de personal profesional más sufrido en la pandemia, el personal de residencias de personas ancianas, colectivo igualmente muy feminizado, incluso más, que el sanitario.

Entre los muchos problemas estructurales de este sector profesional está la baja ratio de profesionales por personal atendido (muy elevado y en crecimiento).

Brevemente, el relato de hechos fue el siguiente. El trabajador, gerocultor -que este sector esté muy feminizado no quiere decir que no haya varones también, lógicamente, y que no sufran también los problemas de deficiencias estructurales de gestión del servicio- en una residencia de personas mayores presenta una demanda de extinción de contrato por la vía del artículo 50 ET, al considerar que sufría acoso, a consecuencia del cual padeció estados de ansiedad, pérdida de autoestima y depresión. Además, considera que es acoso el obligarle a trabajar en condiciones indignas y de notable sobrecarga, haciendo el trabajo de dos personas y sin guantes de protección. Queda probado que, al menos durante un periodo de seis meses, trabajó en el turno de tarde, con una carga de trabajo que dobla la prevista en la normativa autonómica¹⁴⁸.

Pues bien, en este supuesto, para ser directos, la sentencia -que descarta que haya en el caso una situación de acoso moral¹⁴⁹- incluyó en su razonamiento y fallo la necesidad de atender entre los factores preventivos psicosociales a cargo de la empresa la obligación de ajustarse a una ratio de plantilla fijada por la Comunidad. No debería banalizarse esta cuestión, porque tiene una influencia muy significativa en buen número de problemas de salud mental de nuestro tiempo, como puede ser el agotamiento profesional que, junto al estrés laboral, constituyen riesgos psicosociales esenciales en los entornos de trabajo que, como exige la STJUE 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19, ha de incluirse obligatoriamente en la evaluación de riesgos y a la hora de establecer la carga psicosocial de trabajo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Consecuentemente, sumaría a una situación de estrés profesional, esto es, inherente a la actividad desarrollada, otro factor de estrés laboral, esto es, derivado del desequilibrio entre lo que se le demanda y lo que puede razonablemente ofrecer contractualmente, pues ha de realizar un plus de tareas laborales para compensar la situación de carencia de personal, con lo que se agravaría la situación de dificultad en el desempeño de la actividad. Ampliamente en MORENO PÉREZ, J.M. (2021). *Evaluar la carga...* ob. cit.

¹⁴⁹ Trayendo a colación su doctrina consolidada (ej. STSJ de Madrid 672/2019, de 13 de septiembre). Ahora bien, sí constata, según la STC 56/2019, 6 de mayo, un trato degradante lesivo de la integridad personal por un ejercicio abusivo de las facultades empresariales, prohibido por los artículos 4.2 d) y 19 del ET.

¹⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2021). "Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (offline, online), aun no siendo de trabajo", Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 461-462, pp. 187-199.

Ni los Tribunales ni, sobre todo, las empresas, a través de los servicios de prevención carecen de referentes científico-técnicos para llevarlos a cabo. Sería el caso de las Notas Técnicas Preventivas (NTP) 704 y 705, relativas al «síndrome de estar quemado por el trabajo o "burnout"» (definición y proceso de generación, consecuencias, evaluación y prevención), considerado como un problema de salud ocupacional por la OMS (CIE-11). Y, desde luego, de la NTP sobre factores que inciden este riesgo, como el relativo a las «cargas de trabajo».

Por supuesto, somos conscientes de las dificultades. Entre otras cosas porque buena parte de la gestión de las (sobre)cargas de trabajo tiende a obedecer a regulaciones externas y ajenas al objetivo preventivo estricto, aunque se deban integrar en él, y éste en aquéllos (ej. reglas de estabilidad en el empleo; normas que fijan cupos de personal para la calidad asistencial, etc.). Pero es evidente que la dificultad no puede suponer ignorar por completo esta dimensión preventiva de la regulación-gestión de las cargas de trabajo, atendiendo tanto al volumen de plantilla empleado en un servicio como a los tiempos de dedicación, como indica el TJUE. La sentencia de suplicación madrileña comentada es un buen ejemplo de este esfuerzo integrador de normas de gestión y organización de los servicios en los estándares de protección de la seguridad y salud -mental- en el trabajo¹⁵¹.

Consecuentemente, de haberse presentado recurso de casación para la unificación de doctrina (cuestión que ignoro en este momento y de cuyo éxito hay que dudar mucho, por las dificultades de pasar el filtro del factor de contradicción ex art. 219 LRJS) el TS tendría otra oportunidad para afinar más su posición. Aunque, como se comentó, puede hacerlo también respecto del atormentado asunto de la regulación-gestión de las cargas de trabajo a efectos de salud de las personas titulares de la carrera judicial, en una tercera ocasión ya, como veremos.

En este escenario, muy interesante sería también la STSJ de Canarias/Las Palmas 485/2020, de 26 de mayo. En este caso estamos ante un procedimiento de calificación de

¹⁵¹ Junto a los factores de estrés profesional inherentes a la actividad de gerocultora (actividad estresante por la carga emocional y la responsabilidad que conlleva cuidar a personas dependientes), asume que se dan, además, otros factores organizativos (falta de la plantilla necesaria). La residencia de personas ancianas incumpliría la ratio persona asistente/persona asistida fijado en la normativa autonómica (0,25 para personas usuarias que no se valen por sí mismas y 0,35 si no es así). En vez de las 43 personas requeridas habría solo 32.

contingencia planteado por una abogada que prestaba servicios como personal laboral indefinido en servicio jurídico del Ayuntamiento de Telde (Las Palmas de Gran Canaria). Tras disfrutar del permiso de nacimiento se reincorpora a su puesto prestando servicios en el Departamento de expropiaciones del Ayuntamiento. Por una serie de vicisitudes de tipo organizativo que no vienen al caso, el resultado es que durante un largo tiempo se ve obligada a realizar tareas que superan con mucho lo habitual, un problema que también sufrían otros compañeros y que denunciaron, sumándose los problemas organizativos que derivaban de la falta de una dirección del servicio.

Pero el Ayuntamiento no solo rechazó atender la queja, sino que incremento los servicios del departamento legal, a fin de dar salida a las necesidades de servicios de la ciudadanía. El resultado, fue la causación de varios procesos de IT para la abogada. Así, ratificando también el criterio de instancia social razona que:

- la patología de la abogada viene motivada por una prolongada situación de tensión vivida en el trabajo, de carácter objetivo –no se trata de una mera visión subjetiva–;
- no consta agentes externos al trabajo que causaran su estado depresivo y quiebren el nexo causal entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo. Los trastornos de juventud (episodios depresivos, trastornos alimentarios), alegados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social nada tendrían que ver con las bajas actuales, de etiología profesional ex artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social.

Como es natural, esta sentencia abriría un proceso más amplio de tutela judicial, pues a partir de ahí se activa el “peregrinaje jurisdiccional interno”, a través de las numerosas acciones que hay que presentar para obtener una tutela judicial efectiva integral y que no se pueden acumular, aún (recargo de prestaciones ex art. 164 TRLGSS; responsabilidad civil). Deficiencia que, por cierto, debiera ser afrontado en la próxima reforma de la LRJS.

4.3.3. Valoración personal y lecciones de futuro: la dimensión organizativa es clave para la gestión de la salud mental en clave psicosocial.

No es ni un problema menor ni mucho menos de escasa presencia en la vida judicial, lo que debe llamar la atención, siendo aquélla solo la punta del iceberg de lo que ocurre en la realidad, por más que en los tribunales se vea la “realidad deformada” o en negativo (las patologías que se producen en la vida cotidiana, pues no llegan, lógicamente las realidades, en mucho mayor número, claro, que sí cumplen). Podríamos seguir haciendo enumeración de decisiones jurisdiccionales que tienen como cuestión fundamental esta sobrecarga de trabajo y su deficiente valoración, con efectos nocivos en la salud mental de las personas trabajadoras, pero también en el funcionamiento de los departamentos y empresas en los que tienen lugar, a menudo en el ámbito público, administrativo que sea o público-empresarial. En este sentido, nos parece útil también traer a colación la STJS del País Vasco de 17 de diciembre de 2019 (RS 2123/2019), firme por falta de contradicción (ATS de 18 de mayo de 2021, RCUUD 1015/2020).

La sentencia de suplicación desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Aena SME, SA, y estimó el del trabajador (técnico administrativo que trabaja en la oficina del aeropuerto de San Sebastián) contra la sentencia de instancia. Ésta fue en parte -lo que suele ser rara avis en la experiencia judicial española- para elevar la cuantía de la indemnización a que condenó el juzgado, sin alterar los hechos ni tampoco el resto de los pronunciamientos. El resultado de la intervención judicial es la condena a la entidad pública empresarial AENA a regular-organizar una distribución de las cargas de trabajo más equitativa entre quienes integran el equipo.

En consecuencia, una vez más, una decisión de suplicación social no tendrá problema alguno -más parece tenerlos la Sala IV del TS, por lo visto ut supra- de condenar a una obligación de hacer relativamente concreta, cuál es la elaboración, conforme a la *lex artis* en la materia (técnica científico-preventiva) de un estudio objetivo de la carga laboral, ante el desigual reparto entre el personal y el conflicto interpersonal creado por tal déficit organizativo. Dejamos aquí de lado el que, por enésima vez, emerja en el asunto típicas denuncias de acoso moral en el trabajo, que no son atendidas por las decisiones judiciales y que evidencian las fronteras difusas entre unas situaciones y otras de riesgo psicosocial.

En este caso, además, media una condena económica. La sentencia no solo condenó a Aena -que permaneció pasiva ante el problema, que imputaba a «malos rollos» en el trabajo- a adoptar las medidas necesarias para atender a los factores de riesgo psicosocial

sufridos, sino también a indemnizar al trabajador en cuantía de 48.404,26 euros (una condena que no se producirá en el caso de la STSJ de Madrid 410/2020, de 16 de junio, como, con acierto, una vez más, ha criticado la doctrina más avezada en el tema).

El enésimo reproche judicial de la deficiente gestión preventiva de una situación de conflicto alargado en el tiempo, generando bajas laborales conectadas con aquella, poniendo de relieve el fracaso de la política preventiva, también por la ausencia de una organización del trabajo adecuada, insistirá en la necesidad de tomar en serio el deber de protección eficaz. Frente a la usual práctica de prevención de papel o formal, la sala pone énfasis en que la entidad público-empresaria debe ir más allá de emitir solo informes, diagnósticos o fijación de objetivos. La empresa debe aplicar de forma eficaz y efectiva los planes de prevención (un enfoque de garantías efectivas también asumido por la STSJ de Madrid 222/2021, relativa al personal sanitario de la CAM, como vimos), adoptando medidas concretas. Además, debe llevarse a cabo un seguimiento de la ejecución real y efectiva de las medidas tomadas, sin que basten la evaluación y planificación programada, no actuada (art. 16 LPRL).

Decía que no es cuestión menor, no solo por su frecuencia o prevalencia, sino por las graves consecuencias que puede llegar a tener, en el plano humano, de no adoptarse las medidas preventivas adecuadas. Un ejemplo de ello, extremo, pero ilustrativo, es el que representa la STS, Sala de lo Penal, 426/2021, de 19 de mayo. En este supuesto, un conflicto mal resuelto, derivado -incidente crítico o problema matriz- de un exceso de carga laboral, que lejos de corregirse se incrementa a medida que se dispara la demanda de clientela de una empresa con efectos negativos en la salud de la persona empleada, no solo puede ser el origen de un conflicto escalado de violencia (acoso laboral), sino que puede terminar con daños irreversibles para la persona empleada, en el caso la muerte, a causa del suicidio de esta. Un problema que, lamentablemente, va en ascenso¹⁵².

En definitiva, una vez más, se deriva, como gran lección de futuro, que la dimensión organizativa es, pues, determinante, junto a la personal y de interacción interpersonal o grupal, para la gestión de salud psicosocial en el trabajo.

¹⁵² SANCHEZ PEREZ, J. (2023). “Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales.” <https://www.laboral-social.com/stsj-cantabria-27-febrero-2023-consideracion-suicidio-como-accidente-trabajo-prestaciones-viudedad-orfandad.html>

4.4. ¿Fin del peregrinaje en la tutela reparadora?: la decantación de la Sala Especial de Conflictos del TS a favor del orden social.

Precisamente, situados ahora en el ámbito reparador prestacional objetivo (seguridad social), como ya se expresó, la propuesta legislativa de unificación competencial en el orden social de las cuestiones relativas a la seguridad y salud en los entornos de trabajo no se agotaba en la dimensión preventiva, donde implicaba una gran novedad, sino también en el ámbito de la tutela reparadora (contingencias profesionales y responsabilidad civil -cabría incluso preguntarse si en el ámbito del recargo de prestaciones-), donde la nueva orientación legislativa aún suponía una mayor transformación. Por tanto, no es de extrañar que también en este sector de la protección se plantearan notables dificultades para que el rediseño legislativo competencial se afianzara en la práctica.

De ahí que se suscitaran diversos conflictos de competencia entre ambos órdenes en liza que, lógicamente, debieron llegar al TS y resolverse en su Sala Especial de Conflictos de Competencia, conformada según el art. 42 LOPJ. Entre otras resoluciones relevantes aquí destacaremos el ATS n. 12/2019, de 6 de mayo (conflicto n. 22/2018). En él, una vez superado el trámite de la admisibilidad del conflicto entre órganos jurisdiccionales, la Sala Especial del art. 42 LOPJ¹⁵³ atribuyó la competencia al orden social, haciendo una especial incidencia en la dimensión preventiva que subyace al conflicto, pese a que, desde un plano estrictamente jurídico, tiene una dimensión reparadora de daños profesionales para una funcionaria pública.

Brevemente, por lo que al relato de hechos se refiere, recordaré que se trataba del asunto suscitado por una farmacéutica funcionaria de carrera y mutualista. Una vez más a raíz de un proceso de acoso moral en el trabajo (vemos la enorme presencia que este tipo de conductas tiene en los tribunales, en todos los ámbitos de protección, pese a que,

¹⁵³ “Los conflictos de competencia que puedan producirse entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno. Actuará como Secretario de esta Sala especial el de Gobierno del Tribunal Supremo”.

según los célebres y solventes estudios del Observatorio vasco sobre el acoso moral y la discriminación en el trabajo, tienen escaso éxito institucional, salvo en materia preventiva de riesgos), esta funcionaria sufrió una baja laboral.

No es ocioso traer a colación que esta situación de intimidación, hostilidad y degradación del entorno de trabajo funcional no era aislada, sino que habían surgido otras denuncias de compañeros/as. Tal era la situación -tristemente nada episódica en el ámbito de las AAPP- de exigir la intervención del Grupo Técnico de Prevención de Riesgos Laborales de la Mesa Delegada de la Mesa General de Negociación de la AGE, ante posibles infracciones en materia preventiva de riesgos laborales

En lo que concierne a la situación individualizada en el asunto litigioso, también como es habitual, la IT fue calificada de común resolución de 11 de enero de 2016 de la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares), desestimándose -lamentablemente muy frecuente igualmente- la solicitud de reconocimiento como profesional de la enfermedad que causó su baja laboral y posterior licencia. La resolución es impugnada interponiendo un recurso contencioso-administrativo (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de San Sebastián), quien mediante auto inadmitió el recurso, denegando su competencia en favor de la jurisdicción social. Se inicia así el temido vicio del peregrinaje por los dos órdenes jurisdiccionales. Presentada ahora la demanda de cambio de contingencia en el juzgado de lo social que por turno correspondía, se estimará la demanda de la funcionaria, por lo que se revocó y dejó sin efecto la resolución administrativa impugnada y declaró que la enfermedad que determinó el proceso de incapacidad temporal y licencia por enfermedad de la actora procedía de accidente de trabajo.

Ahora la pelota de la carga impugnatoria judicial cambiaba de tejado y derivaba al de la Administración. Ésta, incómoda, o a disgusto, con el cambio de “jurisdicción natural”, según la más arraigada tradición en estos pleitos, se alzó contra el fallo en suplicación social. La perplejidad vendrá, en este momento, por el sentido del fallo de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco, cuya decisión ilustra emblemáticamente las resistencias de la jurisdicción a asumir todo el alcance de un profundo cambio legislativo, que es también de cultura jurídica. La sala vasca, en realidad, tampoco aquí -ya hemos visto sus dudas en el ámbito preventivo- comprendió la significación disruptiva o “revolucionaria” de la novedad de la LRJS, dejando de estar a la altura de las circunstancias legislativas, pero también sociales, que exigía una reforma como la que impulsaba la letra e) del art. 2 LRJ y que refleja, en general, las dificultades de la jurisdicción social en el empleo público.

La sala vasca de suplicación estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, revocó la sentencia de instancia, devolviéndola al campo de la “batalla judicial” del que partió, el contencioso-administrativo. Tanto la prevalencia que en este caso habría que dar -entiende la sala vasca social- a las leyes de seguridad social de los regímenes mutualistas (derecho sustantivo condicionante del sentido de la regla procesal de atribución competencial), como la propia naturaleza de las cosas, esto es, la resolución recurrida se produce en el ámbito de un procedimiento administrativo, en el ejercicio de competencias de un órgano de la Administración del Estado y en materia regulada por normas administrativas exclusiva y específicamente aplicables a los mutualistas de MUFACE, que son distintas de las normas que regulan las prestaciones de la Seguridad Social, harían inaplicables los apartados o) y s) del art. 2 LRJS, también la letra e), con más motivos.

En suma, una tan típica relación administrativa sometida al más clásico Derecho Administrativo no puede sino ser conocida por el orden contencioso y no parece razonable interpretar tan expansivamente la novedad de la LRJS como para arrumbar un diseño tan arraigado y “claro”. Servido el conflicto de competencia, se activó el trámite del art. 45 LOPJ¹⁵⁴. El letrado de la Administración de justicia de la Sala vasca de suplicación se llevó a conocimiento de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS.

Esta Sala se muestra contundente, incluso sorprendida por tener que resolver un asunto de este tipo, cuando el tenor del art. 2 e) LRJS rayaba lo evidente, casi aquello de “*in claris non fit interpretatio*”. La Sala Especial evidencia el cambio radical que supone la LRJS, pues, conforme al Derecho tradicional, la competencia sería contenciosa, sin ningún género de dudas. Pero en el Derecho moderno, contemporáneo, la solución es la contraria, por expresa decisión legislativa, que habría dejado esta cuestión extramuros de las competencias excluidas del orden social (art. 3 f) LRJS), pasando al art. 2 e) LRJS, al que no cabe dar un sentido restrictivo sino, al contrario, expansivo, conforme al plan legal.

Que el objeto del litigio sea la determinación de la naturaleza de la IT para el servicio que sufrió la funcionaria mutualista y que tal prestación no esté incluida en el 2.o) LRJS (materia de prestaciones de Seguridad Social para la personas trabajadoras asalariadas, o

¹⁵⁴ “Suscitado el conflicto de competencia en escrito razonado, en el que se expresarán los preceptos legales en que se funde, el Juez o Tribunal, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, decidirá por medio de auto si procede declinar el conocimiento del asunto o requerir al órgano jurisdiccional que esté conociendo para que deje de hacerlo”

funcionarias, pero en el RGSS, no para los regímenes especiales mutualistas; art. 61.2 del Real Decreto 375/2003, 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, que establece el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de la enfermedad profesional y el accidente en acto de servicio¹⁵⁵) no descarta, por sí mismo, la aplicación de la letra e) del tan citado art. 2 LRJS, porque en él no se contempla solo la dimensión preventiva, también la reparadora. De nuevo, a las razones estrictamente textuales, a partir de los textos de las leyes (artículo 2 e) de la LRJS, en relación con el artículo 9 de la LOPJ y el artículo 3 a) de la LRJCA-) sumará un profundo valor hermenéutico o interpretativo, pese a no ser vinculante jurídicamente, claro, el espíritu de la ley, reflejado en las palabras del preámbulo de la nueva ley procesal. En este sentido, entiende la Sala Especial, si el poder legislativo quiso ser contundente en la asignación plena al orden social de todas las cuestiones de seguridad y salud en los entornos de trabajo, también públicos y asumiendo la dimensión reparadora, el intérprete no debe ser restrictivo, máxime teniendo en cuenta que, en última instancia, procede este cambio de imperativos del Derecho de la UE y de su expansiva jurisprudencia (TJUE). En el mismo sentido, viene reconociendo inequívocamente la jurisprudencia comunitaria.

En definitiva, un único marco normativo relativo a la seguridad y salud (aunque sea muy complejo, disperso y, en realidad extremadamente fragmentario, atendiendo también a la naturaleza del vínculo de empleo público), exigiría un único órgano jurisdiccional competente para ofrecer todas las respuestas jurídicas que integran un sistema integral de tutela, con dimensiones varias (preventiva, reparadora, sancionadora), salvo la penal. Así se dijo en la faceta preventiva, así debe serlo también en la reparadora objetiva.

No será el único caso que llegó a la Sala Especial. Pero ésta se mantuvo firme y la línea mantenida por la Sala de Conflictos es ilusionante, también para expandirla en otros ámbitos que, sin embargo, parecen fuera todavía de este proceso evolutivo, con lo que el

¹⁵⁵ Para la sala de suplicación social vasca, sorprendentemente muy aferrada a la tradición en este ámbito, cuando suele ser un nivel jurisdiccional territorial autonómico bastante innovador y presto a los cambios, dándole máxima efectividad a las novedades legales, incluso más allá de ellas, la constatación de una finalidad exclusiva de cambio de contingencia determinante de la IT padecida como accidente de trabajo y no como contingencia común haría inviable la acción en el orden social. El art. 3.1. a) del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado el carácter de mutualista de la funcionaria sería claro al respecto. En la misma línea excluyente de la competencia social y favorable a la contenciosa se mostraría su art. 37.1, en virtud del cual los actos de MUFACE, una vez agotada la vía administrativa, son recurribles ante el orden contencioso-administrativo.

reto sigue siendo no solo procesal, también sustantivo. Pondremos algún ejemplo relevante para ilustrar desde la experiencia lo que se afirma teóricamente.

5. La garantía de la seguridad y salud en el trabajo de la carrera judicial: ¿la jurisdicción social se defiende a sí misma?

5.1. La interacción entre lo material y lo procesal: ¿las personas integrantes de la jurisdicción tienen derecho a la protección de seguridad y salud laboral?

En el inicio de este capítulo recordábamos que la rotunda ambición del espíritu de tal cambio legislativo no se ve acompañada por la misma precisión de la letra legal, pero no por ello dejaba de ser nítido que cualquier persona empleada pública entraba bajo el ámbito de conocimiento del orden social para defender su derecho a un entorno laboral seguro y saludable, sin identificar ni “fracturas ni grietas” en este edificio protector, también en el marco jurisdiccional y procesal. Ahora bien, con duda razonable a la hora de la respuesta, cabía preguntarse si tan “generosa” atribución competencial legislativa pensaba también en un colectivo muy peculiar de personas empleadas públicas y que, como quienes integran la carrera judicial y fiscal, constituyen una auténtica función del Estado, un poder público constitucional. Al respecto, y en relación con la dimensión más procesal del asunto, no así con el fondo (que sigue pendiente de una decisión del TS), sabido es que contamos con varias decisiones jurisdiccionales, confirmando el TS la competencia del orden social en este peculiar sector de actividad (personas titulares de la carrera judicial y fiscal).

Lógicamente, un primer presupuesto para analizar la competencia jurisdiccional será verificar si, respecto de las personas titulares de la carrera judicial, se dan los presupuestos previstos en el varias veces citado art. 2 e) LRJS. Al respecto, se recordará que, por lo que concierne a la dimensión estrictamente preventiva, la competencia del orden social se centrar en:

“garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena...”.

Pero ¿las personas titulares de la jurisdicción, en el ejercicio de este servicio público-función estatal, son titulares del derecho a un entorno seguro y saludable? Ciertamente, en clave constitucional (arts. 40.2 y 43.2 CE) pocos argumentos sólidos podemos hallar para una respuesta inequívoca a la misma, por cuanto se trata de previsiones genéricas. En consecuencia, la clave de la respuesta estará más bien en el que se denomina “sistema multinivel” de reconocimiento y garantías del derecho social fundamental a la protección eficaz de entornos de actividad seguros y saludables, pues debe orientar la interpretación y aplicación de la normativa estatal española, que obedece a su transposición. Normativa que, como es sabido, viene integrada por el complejo sistema asentado en la LPRL y sus innumerables desarrollos reglamentarios, cuya aplicación es común, con ciertos matices o algunas -no desdeñables- modulaciones¹⁵⁶, al ámbito del empleo privado y al del empleo público (sin perjuicio de que la norma estatutaria laboral tenga sus previsiones propias -ej. art. 4 ET-, como la norma estatutaria pública -ej. art.-).

Justamente, el normativo general y específico de la función pública se complementa, y modula, para los miembros de la carrera judicial, que cuenta con una dilatada historia. En este sentido, habría que recordar lo dispuesto en el “*Convenio para la Creación y Seguimiento*”¹⁵⁷ de un Sistema de prevención de Riesgos Laborales y de Vigilancia de la

¹⁵⁶ De ahí la existencia de desarrollos específicos en el ámbito del empleo público funcional. Primero fue el Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, que adaptó la legislación de prevención de riesgos laborales (PRL) a la Administración General del Estado (AGE), hasta su derogación por el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado. Supuso una importante actualización, también provocada por los cambios respecto a los órganos de representación en las Administraciones Públicas, en particular, por la promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

¹⁵⁷ Aunque con una fórmula equívoca, evidenciando resistencias a un encuadramiento pleno y dejando caer una cierta actitud resignada (se asume la aplicación de la LPRL porque no hay una exclusión expresa, esto es, “a regañadientes”, porque no habría más remedio) se afirma: “...los Jueces/as y Magistrados/as no quedan fuera del ámbito de aplicación de esta Ley, al no encontrarse dentro de los colectivos excluidos de dicho ámbito (artículos 3.2 y 3.4) ni tampoco dentro de los sujetos a matización (artículo 3.3)”.

Salud de los Miembros de la Carrera Judicial, suscrito el 15 de diciembre de 2010 por el CGPJ y el Ministerio de Justicia.

En él se establecía el marco de cooperación necesario entre instituciones a la vista de la multiplicidad de sujetos intervinientes, difuminando en gran medida la posición “empleadora”, de modo que la promoción de un adecuado nivel de protección de la salud y eficacia frente a los riesgos propios del trabajo jurisdiccional como actividad susceptible de generarlos para quien lo realiza, pasa atender tanto a las condiciones de trabajo y su carga (concepto con diferentes sentidos en el seno de este sector) como a la necesidad de coordinación de responsabilidades (art. 24 LPRL).

En realidad, como se apuntaba, el fundamento de la cobertura estaría solo en el Derecho de la Unión y en la expansiva interpretación realizada al respecto, primero por el TJCE, y luego por el TJUE¹⁵⁸. Una doctrina expansiva que, en el fondo, distinguiría, según una dicotomía clásica en el empleo público, dos aspectos:

- a) La dimensión funcional del vínculo (actividad de prestación de servicios bajo una relación de empleo público -funcionariado jurisdiccional-).
- b) La dimensión orgánica del vínculo (titularidad de una potestad pública como un sujeto de autoridad, aquí potestad jurisdiccional).

Clave al respecto, es pues, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, con una indudable vocación universalista del ámbito subjetivo de protección frente a todos los riesgos laborales y a todas las personas que realicen actividades susceptibles de quedar expuestos a ellos, salvo que se excluya expresamente, y no por categorías profesionales, sino por actividades específicas. La Directiva no excluye de su ámbito de aplicación la actividad de Jueces/as y Magistrados/as. Primero, porque su actividad no se incluye en el listado *numerus clausus* a tal fin del artículo 2.1, en el que quedan nominadas actividades específicas de la función pública. Segundo, porque los rasgos caracterizadores de esta función no contradirían, al menos de forma inconciliables, la aplicación de esta normativa protectora, al margen de las debidas modulaciones que pudiera merecer.

¹⁵⁸ Vid. SSTJCE 3 de octubre de 2000, C-303/98, 5 de octubre de 2004, C-397/01 a 403/01, 12 de enero de 2006, C-132/04.

En suma, si es más que evidente que, desde un estricto plano interno y conforme a la más arraigada tradición jurídico-social, el perfil de la persona titular de la jurisdicción no es el más próximo al prototipo de “persona trabajadora”, porque se trata de una autoridad que ejerce directamente poder de Estado individualmente considerado, desde el plano del Derecho de la Unión la situación cambia notablemente, evidenciándose un concepto de carácter funcional de persona trabajadora a los efectos estrictos de la protección eficaz de riesgos laborales, donde sí tienen cabida.

En cambio, siempre ha estado más claro que, en lo que respecta al órgano de gobierno de jueces/as, así como a los entes administrativos competentes en materia de servicio público de justicia, la posición empleadora es mucho más fácil de identificar, también en el sentido amplio o expansivo del concepto propios de “empresa empleadora” del Derecho de la Unión. Otra cosa es la dificultad a la hora de fijar las responsabilidades específicas, por tratarse de una posición múltiple.

En este sentido, el referido Convenio afirma que tanto el CGPJ como el Ministerio comparten las responsabilidades, estableciendo el vínculo con lo dispuesto en el artículo 14.1 LPRL En consecuencia, estaríamos ante una obligación de coordinación específica a efectos preventivos ex art. 24 LPRL, ante el deber de participar conjuntamente en la adopción de medidas que generen el marco de colaboración adecuado para la efectividad del sistema de prevención de riesgos laborales y vigilancia de la salud de las personas titulares de la carrera judicial. La complejidad de posiciones, y reparto de obligaciones, se ve incrementada en un Estado autonómico como el nuestro, pues el Ministerio del ramo debe compartir con las Comunidades Autónomas, con competencias atribuidas en materia de Justicia, actuaciones, al ser estas titulares tanto de los centros de trabajo como de los medios materiales y equipos de trabajos utilizados en el desarrollo de la actividad.

5.2. La posición formalista de la Audiencia Nacional y el primer revés casacional

Ahora bien, que el personal titular de la actividad jurisdiccional sea sujeto protegido a efectos del derecho a la protección eficaz de su seguridad y salud en su ejercicio, porque es susceptible de generar riesgos “profesionales”, no resuelve o zanja definitivamente la cuestión competencia. Precisamente, como se apuntaba, el proceso de reconocimiento a

ciertos efectos no está siendo ningún “camino de rosas”, sino más bien muy espinoso. Brevemente, se recordará que la SAN 25/2018, de 12 de febrero, dictada en conflicto colectivo, ante la demanda de esta naturaleza presentada al unísono por las organizaciones profesionales judiciales, denegó la competencia del orden social para conocer del asunto (que el CGPJ estableciese una delimitación de la carga de trabajo de las personas titulares de los órganos jurisdiccionales a efectos de salud, no ya solo a efectos retributivos, por entender que esta delimitación perjudicaba aquélla) en favor del orden contencioso.

Con ello, se daba la razón al CGPJ, que se opuso a la demanda tanto en el fondo como en la forma, alegando una secuencia en la que estaban prácticamente toda excepción procesal al uso, incluyendo, claro está, la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, así como la falta de legitimación activa de las asociaciones demandantes (en virtud del artículo 154 de la LRJS carecerían de legitimación, al no acreditar la debida acreditación de su implantación en el ámbito del conflicto). También excepcionó la inadecuación de procedimiento, por no estar ante un conflicto jurídico, puesto que ni hay norma, cuya interpretación viabilice las pretensiones, ni tampoco práctica de empresa que las justifique. El Ministerio de Justicia y las CCAA hicieron suya -y ampliaron- esta retahíla de técnicas de excepción, evidenciando la poca disposición a entrar en el fondo.

La AN estimó la excepción de falta de jurisdicción, pues debía recaer en favor de la Sección Especial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, según disponen los artículos 1.3 b) de la LRJCA y 58.1 y 638.2 de la LOPJ. A su -errado- juicio, todos los actos de la Comisión Permanente del CGPJ (competente para regular las cargas de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud laboral) debían impugnarse, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre todo tras la entrada en vigor del referido art. 638.2 LOPJ (ex LO 4/2013, de 28 de junio), norma posterior a la LRJS. En virtud del principio hermenéutico de modernidad de la ley, dicha norma orgánica dejaría sin su contenido originario las competencias en materia de riesgos laborales ex art. 2.e) LRJS cuando interviene la Comisión Permanente del CGPJ, vaciándolo de sentido normativo.

En consecuencia, sin entrar a conocer de las demás excepciones planteadas ni del fondo del asunto, desestimó la demanda y absolvió a los codemandados, advirtiendo del recurso posible ante el contencioso, esto es, le abría la puerta al “peregrinar

jurisdiccional” a las “asociaciones profesionales” de este colectivo (si se me permite la licencia, la AN le daba “una dosis de su medicina”)¹⁵⁹.

Presentado el correspondiente recurso de casación ordinaria por las asociaciones judiciales demandantes en conflicto colectivo, al amparo del art. 207 a) LRJS, con fundamento en los arts. 9.5 de la LOPJ, 1, 2 e) y g) y 8.1 de la LRJS y los artículos 3 a) y 5 a) de la LRJCA, en virtud de los cuáles la competencia se debía ubicar en el ámbito social (competencia material, siendo la AN la competente en el ámbito funcional), el TS lo estimó (STS, 4ª, 483/2019, de 24 de junio). En consecuencia, confirma la competencia del orden social.

El debate jurídico, siempre edificante, ha sido oportunamente resuelto en una evidente consagración de la plena competencia de la jurisdicción social en materia de prevención de riesgos laborales, donde la especialización de la materia absorbe la naturaleza jurídica de la relación con independencia de quien sea el empleador.

5.3. El debate jurisdiccional: Las dudas de la Sala casacional y la sorprendente crítica jurídica interna.

5.3.1. El favor del voto mayoritario por la configuración de la jurisdicción social como la garante de la prevención de riesgos en la carrera judicial

El TS, en su voto mayoritario, sin perjuicio del debate crítico interno (interesante para comprender, por enésima vez, que una respuesta jurisdiccional a un conflicto no es la solución más eficaz, ni siquiera la más efectiva, al problema de fondo, debiéndose acudir a otras fórmulas más persuasivas y de compromiso de quienes forman parte del problema

¹⁵⁹ Aventurando la parte central de este capítulo, tuve la oportunidad de comentar la sentencia de la AN negando la competencia del orden social en MORENO PÉREZ, J. M. (2018). La prevención de riesgos laborales de los jueces, una cuestión de orden (jurisdiccional) y de órgano (judicial): ¿«En casa del herrero cuchillo de palo»? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2018, de 12 de febrero (proc. 251/2017). Revista De Trabajo y Seguridad Social. CEF, 427, (pp. 193–200) y la posterior sentencia dictada por el TS corrigiendo a la AN en ID (2019). Competencia judicial y salud laboral de las personas titulares de la jurisdicción: ¿por qué se rebela la Sala Social de la Audiencia Nacional? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 483/2019, de 24 de junio. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 439, (pp. 204-213).

y de la solución), lleva a cabo un notable esfuerzo sistematizador de las razones por las cuales se inclina por la competencia social. Aunque la gran mayoría de esos argumentos son genéricos, apostando más por la no exclusión que por una plena inclusión. En este sentido, entre los argumentos más genéricos (o indiferenciados) señalará:

- 1) El orden social es la jurisdicción competente para la materia preventiva para todo el empleo público¹⁶⁰ (también los artículos 2.n y 3.b de la LRJS). Por lo que actúa como el único garante de la prevención de riesgos frente a los daños derivados del incumplimiento, incluso si no se derivan daños concretos.
- 2) La LRJS articularía un sistema de canales (y recursos) procesales especialmente eficaces para dar efectividad a la posición garante preventiva de la jurisdicción social, como serían los actos preparatorios y la adopción de medidas cautelares (no solo el art. 79, también el 180.4 LRJS)¹⁶¹.

Al respecto, y dejando de lado ahora la discusión sobre si esta afirmación es cierta en la experiencia práctica, que parece contradecir esta autosatisfacción jurisdiccional con su papel en la justicia cautelar (hasta el momento ha brillado por su ausencia en el orden social en general, incluso ha sido limitado en la materia preventiva), hay que recordar que los trabajos que puedan generar peligros concretos encuentran medidas concretas en el art. 79.6 LRJS. De este modo, cabe la adopción de medidas para hacer efectivo el control de los actos administrativos que pretendan la paralización cautelar. Asimismo, la falta de reconocimientos médicos la empresa también puede derivar en embargos preventivos o cualquier otra medida que garantice su responsabilidad.

- 3) Desde el punto de vista del sujeto funcional nada concurriría en las personas titulares de la carrera judicial que justificaran su exclusión, a falta de una norma que expresamente así lo estableciese.

¹⁶⁰ Inequívoca al respecto se ha mostrado, cuando el conflicto le ha llegado, la Sala Especial de Conflictos de Competencias del TS (art. 42 LOPJ), que ha venido defendiendo con firmeza -su solo actuar implica que había diferentes puntos de vista judiciales al respecto- que *“la nueva perspectiva introducida por la LRJS... permite afirmar que compete a la jurisdicción social cualquier impugnación frente a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales, aunque el afectado sea un funcionario público, según el art. 2. e) LRJS”* (ATS de 6 de mayo de 2019, n. 22/2018).

¹⁶¹ Así, el artículo 76.5 LRJS permitiría recabar la autorización judicial para la entrada no consentida en domicilios, cuando en ellos se encuentre el centro de trabajo. En el mismo sentido art. 13.1 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de ITSS, si bien solo cuando se trata de identidad del centro de trabajo y domicilio de una persona física, pues con carácter general la ITSS tiene libre acceso y sin preaviso.

- 4) En el mismo sentido, convergen en el juez social las previsiones en materia la carga y práctica de la prueba de la LRJS.

Por un lado y ante la admisibilidad de los medios de prueba el artículo 90.5, 6 y 7, permite la adopción de las garantías necesarias para garantizar la dignidad e intimidad del trabajador en las pruebas médicas a las que tuviera que ser sometido o respecto a la protección de los datos que se obtengan o bien se deban consultar. Por otro lado, es posible la iniciativa judicial a fin de recabar informes de expertos o de la ITSS y en el marco de lo previsto en el art. 95.4 LRJS. Por último, la inversión de la carga de la prueba como regla desarrollada en el artículo 96 LRJS, será efectiva ante supuestos de discriminación, acoso o vulneración de derechos fundamentales.

Además de la norma “ritual” laboral, el sistema normativo multinivel sustantivo de la LPRL también aportaría rigurosas razones jurídicas para la atribución competencial en favor de la ubicación en la rama de la justicia social, de aquellas cuestiones relativas a tutela preventiva, actos consumados y reparación de los daños en materia de prevención, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

- a) La normativa comunitaria, que debe servir para la interpretación de la LPRL, sin exclusiones ni privilegios por razón de la calidad (condición o cualidad) del cargo de las personas afectadas.

Este imperativo de igualdad de trato preventivo a todas las personas de la carrera judicial, equiparados al tratamiento de cualquier otra persona funcionaría estaría en el “ADN” del art. 2.2 a) de la Directiva 89/391/CEE. Este precepto solo excluye a ciertas actividades específicas de la función pública, no excluyéndose a los que desempeñan la función judicial. De ahí que tal equiparación sería tanto un imperativo del derecho a la igualdad ex art. 24 CE como del valor de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues una misma norma no puede atender a criterios interpretativos diversos según las personas o los colectivos de que se trate, una vez que están dentro del campo de aplicación. Aunque este argumento de la equiparación no es muy sólido, es evidente que no hay exclusión.

- b) La normas convencionales, plurales o individuales, siempre que incorporen prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito y mejoren o desarrollen las normas

laborales de carácter de derecho necesario mínimo contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias (art. 2.2 LPRL).

- c) La Administraciones públicas empleadoras están equiparadas a los empresarios, en el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención, sin distinción por el tipo de personal afectado, y su personal funcional (y estatutario) lo estaría al laboral a estos efectos, tal y como lo reflejara el citado art. 14 l) del EBEP¹⁶².

Conviene recordar que el TS atribuye al CGPJ la genuina condición de “entidad empleadora” cuando de elaborar, aprobar y asumir el plan de prevención de riesgos se trate, desdibujándose, así, la condición de administración pública en el ejercicio de sus potestades y funciones. Las obligaciones contenidas en la LPRL afectan a todos los empleadores por igual, siendo esta inequívoca equiparación la que acentúa la evidencia de la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de las pretensiones de los recurrentes. Este deber de protección constituye igualmente un deber de las AAPP respecto del personal a su servicio (una auténtica y expresa obligación de seguridad).

Ahora bien, la Sala del TS no olvida, en su razonamiento, junto a estas normas más genéricas o de protección indiferenciada por colectivos profesionales, el papel que ha de jugar, a los efectos competenciales, las propias normas específicas para el personal de la Carrera Judicial. Especial mención se hace, al respecto, sobre el alcance que la entrada en vigor del art. 638.2 LOPJ tiene en la materia de riesgos laborales ex art. 2.e) LRJS, cuando interviene la Comisión Permanente del CGPJ. A su juicio, revocando por completo la solución dada en la instancia, la entrada en vigor de tal norma orgánica en nada alteraría las reglas de reparto competencial entre las dos jurisdicciones en conflicto, la social y la contencioso-administrativa.

A tal fin, recuerda que la Ley Orgánica 4/2013 de 28 de junio (de reforma del CGPJ) buscó potenciar las competencias preventivas de la Comisión Permanente, creando un especial aforamiento. A tal fin incluiría una sección especial dentro de la propia Sala de lo Contencioso-administrativo, a la que se la otorgan competencias, sin perjuicio de las que en instancia conserva la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

En tal sentido, el TS reivindica una jurisdicción social en igualdad de condiciones que la jurisdicción contencioso-administrativa, para resolver cuestiones que puedan afectar

¹⁶² Vid. STS, 4, 15 de enero de 2008 (RCUD 1395/2007)

incluso a las propias personas integrantes de la jurisdicción, también Magistrados/as del TS, cuando de cuestiones de salud laboral. Más aún. Precisamente, estas materias igualan a todas las personas de la carrera judicial, sin distinción entre colectivos profesionales que lo integran, lo que no deja de ser llamativo ante la enorme conflictividad que, como es conocido, se está viviendo en estos tiempos en el seno de la Administración de Justicia y que, dicho sea de paso, también trata de canalizarse por el ejercicio de un derecho social fundamental netamente colectivo-laboral: el derecho de huelga.

De este modo, a las reglas de la competencia material se unen las reglas funcionales y territoriales, así como el adecuado uso del procedimiento idóneo. Una oportunidad de razonamiento que aprovecha la sentencia para defender la usada en este supuesto, concretamente la modalidad procesal de conflicto colectivo, incluso afirmando la legitimación de las asociaciones profesionales de jueces para ejercitar acciones en defensa de los intereses colectivos. En definitiva, el TS daba un auténtico “aviso a navegantes” que, sin embargo, fracasaría, como se apuntó y veremos con algún detenimiento de inmediato, por la marginación de este argumento (“*obiter dicta*”) que la AN dio.

5.3.2. La crítica jurídica interna: síntesis argumental de los votos particulares

Una cuestión tan compleja y controvertida no iba a imponerse en la Sala 4 del TS de una forma fácil ni pacífica. Los argumentos de la mayoría no convencieron a toda la Sala, incorporándose dos votos particulares a la sentencia. Incluso en ellos se aprecia que hay diversidad de criterio, aunque compartan el rechazo de la competencia del orden social en este asunto, pues incluyen matices argumentales de no escaso relieve, modulando, a su vez, el criterio de la instancia social nacional, cuyo fallo asumen, pero con notables puntualizaciones. Así, mientras que en el voto particular que cuenta con más adhesiones se niega cualquier posibilidad de entrada en la jurisdicción social cuando de cuestiones que puedan afectar al estatuto judicial se trate, el voto particular “unipersonal”, sí asume la competencia de la jurisdicción social cuando de la salud laboral hablamos, siempre que se trate de esta materia en sentido estricto, lo que en este supuesto, a su juicio, no sucede pues, en realidad, se solicitaría una regulación normativa de las cargas de trabajo por el CGPJ.

En breve síntesis, por su interés hoy más histórico que práctico, para el voto particular de “adhesión grupal” al primer firmante, el entonces presidente de la Sala, la competencia debió ser del orden jurisdiccional contencioso administrativo en virtud de la existencia de un bloque normativo regulador homogéneo y completo para el Estatuto de la Carrera, desde la CE. En ese marco, las impugnaciones de las decisiones del CGPJ deberían ser canalizadas hacia la “justicia propia” o adecuada, natural, de la Administración. Una cosa sería defender la innovación reguladora de la LRJS en materia competencial preventiva y otra atribuirle un efecto tan disruptivo, hasta mutar, por ley ordinaria, el paradigma de justicia orgánica administrativa. Su actualización -que podría asumirse como legítimo en el plano constitucional- hubiera requerido una modificación expresa de la LOPJ, pues el cambio debe tener el debido rango normativo.

No suscita problema alguno de rango normativo el asunto debatido al voto individual disidente. Su crítica vendría por la indebida calificación como cuestión de salud laboral del asunto enjuiciado, pues, a su juicio, no predominaría en la pretensión la demanda de una mejor salud para el personal de la carrera judicial exigiendo la efectividad de la norma que se dice incumplida, presupuesto de la letra e) del art. 2 LRJS, sino activar de forma expresa una regulación a tal fin, una estricta competencia reguladora del CGPJ, como el órgano político que es, un órgano constitucional de gobierno del personal judicial.

En suma, el asunto no atañe a la condición de empleador del CGPJ, que no niega tenga, sino a la citada de órgano constitucional de autogobierno y a las competencias regulatorias. En consecuencia, la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.3.3. Valoración crítica del pronunciamiento.

No cabe duda de que, valorada con la perspectiva del tiempo, la sentencia marcaba todo un hito jurídico-social (que el transcurso del tiempo fue devaluando, pese a ir a más los pronunciamientos en tal sentido del Alto Tribunal, como de inmediato se recordará), porque las personas integrantes de la carrera judicial parecían adquirir un nuevo derecho sociolaboral típico del estatuto de persona trabajadora pública, con mayor transparencia, y de inicio utilidad, que el derecho de huelga, varias veces practicado pero, hasta ahora, nunca reconocido oficialmente. A efectos de protección de la salud, también las personas

titulares de la carrera judicial debían considerarse “personas trabajadoras”, al igual que el resto de colectivos, asalariados o funcionariales, como reflejo de tratarse de un derecho social fundamental humano que, por tanto, debería predicarse universalmente, por igual para todas las personas que prestan servicios, sin perjuicio de las modulaciones en cada caso, atendiendo a las especificidades concurrentes.

De este modo, refractario el Derecho de la Unión (también el Derecho de la CSE) a las exclusiones por colectivos, el TS español ahuyentaba toda sombra de duda sobre la inclusión del personal jurisdiccional. En consecuencia, dada la equiparación plena, para fijar la atribución competencial adecuada habría que estar al art. 2 e) LRJS, por lo tanto, sería el orden social, no el contencioso, el que debería conocer de los asuntos de este tipo, incluida la regulación de las cargas (psicosociales) de trabajo a efectos de salud laboral, no a los estrictos efectos retributivos o disciplinarios (concepto determinado por el fin o la función). Qué (o quién) mejor que la jurisdicción social, que tiene como misión propia garantizar la máxima efectividad del cumplimiento de las incisivas normas preventivas para toda persona empleada, también público-estatutaria, para el personal de la carrera judicial, esto es, igualmente para los/as Magistrados/as de la Sala social misma. En suma, el fuero especial del artículo 638.2 de la LOPJ, establecido para los acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ, no afecta en materia de prevención de riesgos laborales, a cuyos efectos toda persona funcionaria debería tener la misma consideración protectora, sin perjuicio de las especialidades previstas para la función pública en general.

La doctrina siempre me ha parecido la más correcta. El estatuto jurídico de los jueces (y de las juezas) no se vería alterado por este trasvase de competencias prevencionistas atribuido a la jurisdicción social, al menos en el plano normativo. Otra cosa es que, en el fondo, y atendiendo a una perspectiva de normativismo mucho más realista, es difícil ignorar que, en el trasfondo del empeño por atribuir (o mantener) la competencia en el orden contencioso subyacía la convicción de que, en este orden, la respuesta que recibiría el fondo del asunto, si se pasaba la larga y compleja carrera de vallas procesales, sería negativa, contraria a la pretensión de las asociaciones recurrentes. En buena medida, y no me parece descabellada, se tenía el temor, sobre todo desde el CGPJ, también por parte del Ministerio de Justicia, a abrir más de una brecha en la fortaleza del cuerpo normativo que ha vinculado el estatuto jurídico de la carrera judicial a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así:

- a) El reconocimiento de un estatuto de protección profesional por razones de salud, también en su dimensión de bienestar psicosocial, como el resto de personal, controlado por la jurisdicción social, más garantista, podía debilitar el orgánico
- b) Asimismo, las lábiles fronteras entre lo aplicativo y lo regulador en relación a las cargas de trabajo a efectos de salud laboral amenazaba tormenta para la potestad normativa unilateral del CGPJ, que veía debilitarse su posición de gobierno.

Vemos, pues, la importancia de lo que estaba (sigue estando) en juego en este asunto tan paradigmático. Ahora bien, aun comprendiendo estos planteamientos, desde la sana dosis de realismo jurídico, creo que no tienen el suficiente fundamento. A mi entender, la pretensión en este asunto está claramente enmarcada en el sistema de gestión eficaz de la obligación de seguridad y salud en el trabajo, generador de deberes de conducta, de actividad, para la mejora de la salud de las personas, afectando a la organización del trabajo, también jurisdiccional.

No es el poder normativo realmente el que está afectado, sí, esto es innegable, la potestad organizacional de la función jurisdiccional, sobre todo a través del instrumento determinante de las cargas de trabajo. Y, claro está, el CGPJ, no como órgano de gobierno constitucional, sino, justamente, como “órgano empleador” que es, se resiste, como se resisten normalmente las empresas, a someter su poder o potestad organizacional a los designios de las exigencias de gestión preventiva, incluyendo todos los factores de riesgo psicosocial. Éstos son más organizacionales que de personalidad, pese a la errónea visión individualista y clínica que al respecto suele haber -interesadamente- en la materia.

El art. 18 de la Ley del Trabajo a Distancia (Ley 10/2021, 9 de julio) es claro al respecto, al hablar expresamente de factores psicosociales y organizacionales, como hacen también los convenios colectivos que incluyen estos factores en la autorregulación de las evaluaciones de riesgos laborales.

En todo caso, es innegable que esta atribución expresa a la jurisdicción social de la competencia para conocer de los asuntos relativos a la seguridad y salud en el trabajo del personal jurisdiccional, como del personal funcionario de la Administración de Justicia, adquiere una dimensión «auténtica y plena» la voluntad legislativa (aunque me temo que, de haberse representado tal posibilidad específica, quizás hubiese habido algún tipo de

salvedad, incluso excepción -aunque el “padre” de esta reforma haya defendido de forma muy firme, en la Sala IV, la competencia del orden social en tal caso) de hacer del orden social la jurisdicción competente para la protección de la seguridad y salud de todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, medie un contrato de trabajo o un nombramiento público. El fundamento no sería otro que su mayor especialización, por tanto en su más completo conocimiento de la materia preventiva, como auténtico corazón o núcleo duro de la legislación sociolaboral, que le es propia, sin desdeñar del todo la convicción de que en ella anida también “mayor sensibilidad” (o conciencia social del tiempo preventivo).

5.4. De la “incompetencia de jurisdicción” a la “inadecuación de procedimiento” (colectivo): un nuevo uso obstativo de las excepciones procesales.

5.4.1. “R que R”: la persistencia de la AN en la configuración del CGPJ como un órgano de gobierno constitucional a efectos también preventivos

No será éste el único intento de la AN por hallar una “vía de fuga” (o brecha de exclusión) para el control jurisdiccional social de la aplicación del sistema preventivo de riesgos laborales a las personas integrantes de la carreta judicial y que, en última instancia, no actuaban sino como estrategias para reducir las posibilidades de una aplicación “común”, “normalizada”, de este sistema al ámbito del “trabajo jurisdiccional” en su dimensión de prestación de servicios (trabajo) no en la de función estatal (judicial). La SAN 100/2019, de 11 de septiembre, una vez se vio obligada a conocer del pleito por orden del TS, estimó otra excepción del referido extenso abanico de excepciones traídas en el pleito: la inadecuación de procedimiento.

La AN se descolgó con la ocurrencia de que la impugnación de actuaciones administrativas de prevención de riesgos laborales, que sería este caso, debía quedar sujeto al procedimiento administrativo, aun cuando se apliquen normas laborales. En consecuencia, entendió obligado acudir a una novedad de la LRJS: la impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151 LRJS).

La AN seguía convencida de que a un órgano constitucional como el CGPJ le resulta ajena la condición empleadora, a ningún efecto, pues estamos ante un poder institucional, no profesional, de jueces y magistrados, entre cuyas competencias está determinar sus cargas de trabajo en todos los planos (nivel disciplinario, retributivo y de salud). De este modo, aunque asuma la condición deudora de la seguridad y salud del personal de la carrera judicial, sus decisiones a tal fin tienen naturaleza administrativa, puesto que se ejecutan en el ejercicio de las potestades y funciones que le competen. Lo más curioso en el caso es que el TS, en la sentencia referida, ya razonó sobre la adecuación a este supuesto del procedimiento de conflicto colectivo, si bien la AN lo “devaluó” a mero “*obiter dicta*”, como reflejó el voto particular a la sentencia de la AN.

5.4.2. El nuevo revés de la mayoría de la sala casacional: el conflicto colectivo es el procedimiento adecuado.

La STS, 4ª, 950/2021, de 29 de septiembre, como era de esperar, reafirmó que la modalidad procesal de conflicto colectivo es la adecuada para exigir al CGPJ, en su condición empleadora, el cumplimiento de su deber de regular la carga de trabajo de los/as jueces/as a efectos de salud laboral. Para la mayoría -habrá un voto particular, de nuevo, pero uno solo e individual- la pretensión de las asociaciones profesionales de judicatura tiene encaje pleno en la modalidad procesal de conflicto colectivo, que es el seguido.

Es evidente que tratándose la primera de las pretensiones de que el CGPJ cumpla con sus obligaciones de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral, tiene una dimensión colectiva manifiesta. Acudiendo a sus precedentes más recientes, en una materia que cuenta con una copiosísima jurisprudencia, recuerda que se está ante un conflicto jurídico, no ante un conflicto de intereses o económico (como sugieren quienes consideran que, en realidad, las asociaciones profesionales demandaban una nueva regulación de las cargas más favorable a efectos de salud laboral, aunque sin afectar a las retribuciones), reconduciéndose por la vía del art. 153.1 LRJS los primeros (SSTS, 4ª, de 10 de octubre de 2018, RCO. 145/2017 y 16 de marzo de 2019, RCO 65/18).

La demanda afectaría claramente a intereses generales de un grupo genérico de personas trabajadoras, en el caso todas las integrantes de la carrera judicial, y versaría sobre la aplicación e interpretación de una norma general. Que la controversia es actual,

no hipotética, se pone de relieve en la trascendencia de la decisión para la resolución de la controversia abierta entre las asociaciones y el CGPJ, que precisa de una decisión judicial, al fracasar las vías de autocomposición colectiva.

El objeto de la pretensión es pues de naturaleza eminente jurídica pues se pretende - dice la mayoría, a diferencia de una minoría fijada en la anterior sentencia, no en esta- una declaración judicial que concrete el significado y alcance de normas preestablecidas. Una orientación que, al margen de las especificidades de cada caso, sería la más ajustada a los precedentes de la Sala¹⁶³. En cambio, no resultaría aplicable la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral (y de seguridad social, excluidos los prestacionales), regulado en el art. 151 LRJS:

“...por cuanto...no estamos ante una impugnación de un acto o resolución de la Administración, sino que se cumpla por el CGPJ con su obligación, documentada en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial 2015-2016, de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral, actuando el CGPJ como "empresario" o garante de seguridad, al que afectan las obligaciones contenidas en la LRJS” (FJ Quinto).

Para dar mayor fuste jurisprudencial a su pronunciamiento remite a sus precedentes, ya comentados ut supra, de las SSTS, 4ª, de 17 de febrero de 2021 (RCO 129/2020) y de 18 de febrero de 2021 (RCO105/2020). Se recordará que se trata de sendos procesos de tutela de derechos fundamentales, en materia de evaluación y prevención de riesgos laborales frente a la Administración Pública, estimándose adecuada la modalidad procesal seguida sin que se plantease, por ninguna de las partes, que hubiera de seguirse otra, en concreto la del art. 151 LRJS.

5.4.3. Una parte -menor- de la Sala sigue con dudas: el procedimiento adecuado debió ser el de impugnación de actos administrativos.

¹⁶³ Vid. SSTS, 4ª, de 14 de mayo de 2021 (RCO 83/19), 23 de febrero de 2021 (RCO 149/2019) y 29 de junio de 2020 (RCO 30/2019), entre otras muchas.

Tampoco esta solución concitó la unanimidad de la Sala casacional social. Contiene la sentencia un voto particular individual, lo que evidencia que se ha ido reduciendo con el tiempo la resistencia a aceptar la doctrina jurisprudencial en materia, en virtud del cual se refleja la discrepancia respecto a la adecuación de procedimiento, entendiendo que debió desestimarse el recurso de casación ordinaria y confirmarse la procedencia del canal de impugnación del art. 151 de la LRJS. El voto particular, en apretada síntesis -no hay duda que su formulador hizo un notable esfuerzo argumental para convencer a la Sala de las bondades de su posición, aunque fracasara finalmente- se articuló en torno a 3 grupos argumentales. A saber:

- 1) Rechaza de raíz que, a los efectos de la solicitud de condena al CGPJ por la falta de regulación de la carga de trabajo del personal de la carrera judicial a los efectos de salud laboral, así como en general respecto de la cuestión de prevención de riesgos laborales, el CGPJ asuma una posición empleadora. Esta doctrina sería contraria, en el plano normativo, tanto a su configuración constitucional como a su regulación orgánica, y en el práctico, a la realidad de su funcionamiento.

A su juicio, a diferencia de lo que sucedería con las relaciones de empleo, laborales o funcionariales que sean, donde AAPP o empresas actúan como sujetos deudores de salud y seguridad en sus entornos, tal relación quedaría extramuros en el actuar jurisdiccional. En virtud del art. 122 CE, el CGPJ sería el órgano de gobierno del poder judicial y si bien asume, como tal, funciones de nombramiento y promoción profesionales, así como las propias del régimen disciplinario, no se haría mención alguna a la deuda de seguridad y salud en el trabajo. Esta posición correspondería, en su caso, al Ministerio de Justicia, o a los órganos autonómicos correspondientes, pero nunca al CGPJ. La eventual actuación del CGPJ a modo de empresario en materia de prevención de riesgos laborales exigiría, como condición necesaria, dotarlo de medios materiales y económicos adecuados a tal fin. En suma -sorprendentemente, a mi juicio-, una cuestión de medios reales disponibles se convierte en presupuesto del cumplimiento normativo, por lo que la realidad se impone a la norma, a mi entender, lo que no parece razonable ni normativa ni en la práctica, pues bien es sabido que el servicio de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial está bajo la dependencia del CGPJ.

Sin embargo, pese a la debilidad de este argumento (dicho sea siempre con el debido respeto y en estrictos términos de defensa de la función de crítica social que debe alentar

el quehacer investigador, conforme a las enseñanzas recibidas en el magisterio recibido por quien suscribe esta tesis -en mi condición de abogado soy consciente de lo difícil que es desplegar una función crítica en estrados, sin perjuicio de la opción del recurso-, en el voto particular se desliza una crítica muy rotunda a la mayoría:

“En este sentido, la analogía que propone la sentencia de la que discrepo, según la que la posición de las asociaciones judiciales en este tipo de reclamaciones que representan a quienes no reúnen la condición de trabajadores por cuenta ajena, puede sostenerse porque la ley permite otros supuestos como el que pueden realizar los trabajadores económicamente dependientes (TRADE), me parece, sencillamente, extravagante”.

- 2) En segundo lugar, el voto particular rechaza que se esté ante un conflicto jurídico, tratándose realmente, como sostiene la AN -y en realidad apuntaban los votos particulares de la anterior sentencia del TS-, de un típico conflicto de regulación, de intereses o económico, vetado en su acceso a la jurisdicción.

Aquí el voto particular se va a limitar a una síntesis (parca, pero precisa, por más que nos parezca errado el planteamiento, ante la debilidad de los argumentos jurídicos si se los toma en serio-) del arsenal argumental de la AN (Fundamento Jurídico Sexto). En lo esencial, reprocha el voto particular que acepte como conflicto jurídico lo que, a su juicio, es un claro conflicto de intereses o de innovación jurídica. En el fondo, el voto particular reprochará a la demanda que utilice la vía jurisdiccional para lograr que el CGPJ se vea obligado a integrar y complementar, con carácter general, la normativa reglamentaria existente para regular las cargas de trabajo que consideran inadecuadas, haciendo pasar por un problema de salud laboral lo que sería un conflicto de regulación:

“En efecto, respecto... de que se declare que el CGPJ ha incumplido la obligación de fijar las cargas de trabajo a efectos de salud laboral, resulta evidente, de los hechos probados...que lo que existe es un conflicto sobre el contenido de tal obligación, no fijado en el plan de prevención de riesgos laborales; no hay conflicto sobre la aplicación de una obligación preexistente sino sobre la forma o modo del cumplimiento de una obligación que debería ser fijada por los órganos judiciales, estableciendo obligaciones concretas no previstas en la norma preexistente; lo que constituye, claramente, una labor de creación jurídica que no corresponde a los órganos jurisdiccionales.(...)”.

Insistiendo en ello -y sin repetir aquí toda la argumentación, reiterativa- concluye que:

“Y la última petición deja patente, más claramente aún, la presencia de un conflicto de regulación al solicitar que se condene al Consejo a establecer una regulación sobre cargas de trabajo a efectos de salud laboral con carácter independiente de la regulación... a otros efectos. Volviendo a intentar que recaiga en la jurisdicción que establezca una decisión sobre el contenido y la forma de una regulación de las cargas de trabajo que, en modo alguno, le compete”.

Sin entrar en honduras, pues también es una situación superada en la práctica, pese a reconocer su importancia en la comprensión más general de esta cuestión y que sigue aún pendiente de una decisión definitiva, que seguramente no se producirá en este asunto, es muy llamativo el extremado formalismo asumido en esta crítica jurídica interna en el seno de la misma Sala casacional. El voto particular otorga una significación al término “regular” las cargas de trabajo como una potestad normativa que realmente no tiene, en la medida en que estamos ante la potestad de gestión y organización de las cargas.

Algo bien diferente. Como ya comentamos en su momento, parece claro que no está en juego la regulación normativa de los factores de riesgo, en especial psicosociales, existentes en la actividad jurisdiccional (la jurisdicción como trabajo a efectos de prevención de los riesgos profesionales que puede crear a quienes lo ejercen), sino la gestión, en especial las cargas de trabajo. Es un problema de gestión y de organización, que requiere establecer condiciones diferentes a la hora de establecer el volumen de trabajo y sus factores de riesgo, algo que es inherente a la programación preventiva que, precisamente, el propio CGPJ habría comprometido en el Plan de PRL.

- 3) En tercer lugar, y asumiendo expresamente que el TS ha dictaminado que es un conflicto legal o jurídico que debe conocerse en el fondo, se considera que, en todo caso, el procedimiento adecuado para plantear esta pretensión debería ser el del art. 151 LRJS.

Finalmente, el voto particular recuerda que ya discrepó de la Sala, cuando dictó la comentada STS 483/2019, de 24 de junio, de la que es posible que se desprenda la necesidad de conocer sobre el fondo de la cuestión por entender que se trata de una controversia jurídica, previo examen de las diferentes (casi infinitas) excepciones que se alegaron en el larguísimo y accidentado juicio.

En tal caso, considera que se debió seguir el canal de impugnación de actos administrativos (artículo 151 LRJS), pese a reconocer las deficiencias reguladoras de esta modalidad a tal fin, porque:

“...omite cualquier referencia directa a su objeto y no establece qué demandas deben canalizarse a través de esta modalidad procesal y cuáles (en las que se impugne un acto administrativo laboral de una Administración) a través de otras modalidades procesales...”

Para cubrir esta deficiencia o laguna de regulación acudiría a una interpretación de índole sistemático e integrador con el último inciso de la letra n) del artículo 2 LRJS, todo un “cajón de sastre” o cláusula de cierre competencial. Así, cuando se trate de impugnar actos de las AAPP que no tengan una previsión específica en su atribución competencial, dentro del orden social o de otro orden jurisdiccional, pero se dicten en el ejercicio de la potestad laboral y sindical, debe reconducirse por la vía del art. 151 LRJS. Como lo que aquí se reclama es que el CGPJ establezca una concreta regulación sobre cargas de trabajo en materia de salud laboral, se está reclamando una actuación de un organismo público.

No se explica mucho el voto particular en esta argumentación, evidenciando no solo que comparte el detallado argumentario de la instancia social nacional, sino, sobre todo, que no está nada cómodo con el fallo mayoritario, pues terminará como empezó. En consecuencia, vuelve a negar -realmente expresa perplejidad porque se pueda entender lo contrario- que el CGPJ pueda ser sometido, en cuanto órgano constitucional (institución fundamental del Estado), a la obligación de regular algo (las cargas de trabajo para quien ejerce la función jurisdiccional), como si fuese empleador, para lo que tampoco tendría medios económicos y por sujetos, como las asociaciones profesionales judiciales, que no pueden ser consideradas tampoco a modo de sindicatos representativos tanto de intereses generales como de mejora de sus condiciones de trabajo:

“precisamente contra el CGPJ que es el órgano constitucional garante del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de jueces y magistrados con plena independencia”.

Puesto que se ha compartido y defendido la posición mayoritaria en este análisis, no es cuestión de incidir en el asunto. Llama la atención el tradicionalismo con que se ha desplegado este razonamiento discrepante, aparentemente conducido por una posición de realismo normativo cuando, en realidad, desatiende por completo la realidad de que, sean o no suficientes, ese es otro cantar.

En efecto, lo cierto (lo real) es que el CGPJ sí es que dispone de medios, y asume la responsabilidad, de las políticas de prevención de riesgos laborales. A mi juicio, el verdadero problema está, como sostiene una parte de la doctrina científica, en el profundo reduccionismo en que se incurre a la hora de concebir el derecho fundamental a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo jurisdiccional, limitado solo a medidas individualizadas o equipos de protección y al margen de medidas organizativas y de gestión (regulación organizacional, que no normativa propiamente).

5.5. Valoración jurídica personal: la perseverancia en una justicia dilatoria para prolongar un “prejuicio anunciado” contrario a la protección

En todo caso, la crítica más significativa que deriva de estas decisiones judiciales es el efecto dilatorio que tiene en la justicia social preventiva, al margen de las persistentes resistencias que traducen los diferentes niveles jurisdiccionales a su realización efectiva, el uso y abuso de las excepciones procesales. Como termina afirmando el TS, siendo el objeto del recurso el examen de la adecuación o no de la modalidad procesal de conflicto colectivo seguida, quedaron imprejuizadas las restantes excepciones, así como el fondo del asunto.

En suma, otra vez devolución de autos de las actuaciones a una sala incrédula con el derecho que tiene que juzgar:

“ineludiblemente y sin mayor dilación, con libertad de criterio, sobre las restantes excepciones planteadas, y en su caso, sobre el fondo del asunto; sin imposición de costas (art. 235.2 LRJS)”.

¿Habrá y cuándo solución jurisdiccional definitiva? Una vez más habrá que esperar a una decisión sobre el fondo del TS, una vez que ya hay un nuevo pronunciamiento por la AN, ahora sí sobre el fondo y que, como era de esperar, ante tantas dilaciones, ha sido negativa para la protección del derecho. En este sentido, la SAN 15/2022, 7 de febrero, tras superar el mar de excepciones planteadas, que desestima una a una (a regañadientes, tras los reveses sufridos por la sala casacional), hará lo propio con el fondo. Para ello, va precisando una a una las pretensiones de la demanda de conflicto colectivo para razonar,

de forma sintética, el por qué rechaza darle cobertura, asumiendo la corrección a tal fin de la posición interpretativa del CGPJ, cuyos intereses protege abiertamente, de nuevo.

Así:

- 1) La Sala desestima la primera pretensión, puesto que, una vez descartado que la obligación del CGPJ consistía en regular de modo general y abstracto las cargas de salida de todos los destinos, el CGPJ no habría incumplido la obligación, documentada en el PPRL, de regular la carga de trabajo de jueces y magistrados a efectos de salud laboral. Al contrario, cumpliría su deber de seguridad ex art. 14 LPRL, al desplegar los medios materiales y personales precisos para satisfacer su obligación de protección eficaz¹⁶⁴.
- 2) Desestima la segunda pretensión (que se declare la metodología empleada en el documento de trabajo sobre cargas a efecto de salud inadecuado como criterio para evaluar riesgos para la salud del personal titular de la carrera judicial, por suponer sobrecarga de trabajo). Y ello básicamente por dos motivos. A saber:

Primero, porque sería “una herramienta más para el cumplimiento de la obligación de seguridad, asumida por el CGPJ en relación con las cargas de trabajo” que, participado por la representación del colectivo, habría tenido su utilidad, tanto como “indicador de dedicación exigible” cuanto como identificación de casos concretos (por ejemplo, detección de posibles problemas de salud profesional que pudieran existir en expedientes disciplinarios para establecer si procede medidas preventivas...). Segundo, porque no es propio de la jurisdicción decidir la adecuación o no de una metodología si no se determina la norma legal que permitiría descalificarla científico-técnicamente (metodología del Mapa Judicial de Riesgos y Sistema de Alertas). Aunque, en principio, en este razonar hay una dura crítica a la demanda -y al peritaje que la sostiene- por no poder probar cuál debía ser la metodología adecuada y qué fundamento legal tiene, la Sala suaviza su crítica, avistando un argumento empático para explicar ese déficit probatorio: “como no podría ser de otro modo, toda vez que, la LPRL no contempla específicamente a las cargas de trabajo como riesgo laboral, ni existe precedente normativo o convencional en ninguna

¹⁶⁴ A la Sala Social de la AN le bastaría para este cumplimiento constatar que se “ha efectuado una evaluación inicial de todos los puestos de trabajo, entre cuyos ítems se tuvieron en cuenta las cargas de trabajo, comprometiéndose a mantener una evaluación permanente, como exige el art. 14.2.a LPRL, para lo cual ha utilizado los instrumentos técnicos, elaborados por FREMAP, así como el Mapa Judicial de Riesgos y Sistema de Alerta, en los que se ha ponderado específicamente la carga de trabajo, toda vez que el riesgo puede emerger en cualquier momento, atendiendo a las circunstancias materiales y personales...”.

actividad sectorial privada ni en las diferentes administraciones públicas, en las que se hayan reducido de manera general las cargas de trabajo, ya se calculen por unidad de obra o de tiempo”.

Curiosamente apela al voto particular de la STS 24 de junio de 2019. Toda una declaración de cuál es la posición de fondo del Magistrado ponente de la sentencia de la AN (cuya condición de Magistrado de la Sala IV ostentaba en el momento de dictar esta tercera sentencia, actuando por la regla que permite al Magistrado ponente de un asunto dictar la sentencia de fondo, aunque ahora pertenezca al nivel superior de la jurisdicción y que deberá enjuiciar, en el eventual recurso, la sentencia de instancia -aunque, como es lógico, deberá abstenerse, situación que ya no será necesaria por su jubilación; lo que tiene el inexorable paso del tiempo en la administración de justicia-).

- 3) Desestima también la tercera pretensión de la demanda (que se condene al GGPI a la regulación de la carga de trabajo a efectos de salud laboral conforme a un criterio de dedicación adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano, lo antes posible, en todo caso antes de tres meses desde la fecha de la sentencia). Dos serían también los motivos para ello:

Primero, el apartado 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales (PPRL) no otorgaría dicha potestad al CGPJ, quien está obligado únicamente a intervenir concretamente en las cargas de trabajo de aquellos órganos, en los que se revele efectivamente la concurrencia de riesgo derivado de dichas cargas, ya sea por las circunstancias materiales existentes o por circunstancias personales, que justifiquen dicha medida, habiéndose admitido dicha responsabilidad por el CGPJ. Segundo, en cualquier caso, no se habría probado en la demanda, ni intentado probar, pese a que cargaban con la prueba (art. 217.2 LRJS), que los módulos de salida, vigentes al momento de interposición de la demanda, fueran lesivos de manera general para la salud laboral de jueces y magistrados, limitándose a presumirlo. Presunción, que no podemos compartir, por cuanto ni han identificado, ni han probado consiguientemente, como exige el art. 386.1 LEC, el hecho base, que permita deducir de manera razonable dicha lesividad generalizada.

- 4) Desestimar, por las mismas razones, la cuarta pretensión de la demanda, en la que se reclama la condena al CGPJ a que regule la carga de trabajo con carácter independiente a otros efectos (retributivo, disciplinario o cualquier otro), porque “si lo hiciéramos así, estaríamos desbordando los mandatos del art. 8. 1 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, en relación con el art. 560.1 LOPJ”.

En sus razonamientos algo más extendidos para alcanzar tan apocalípticos fallos, destacan dos argumentaciones. La primera, relativa al pretendido cambio en la demanda, pues se habría descartado en la actual:

“las cargas de entrada como factor de riesgo, desdiciéndose de las pretensiones precedentes¹⁶⁵ y se reclama, para toda la carrera judicial, que se condene al CGPJ a que regule las cargas de trabajo con arreglo a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado (módulos de salida), que tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano y ello, en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia...”.

Situada en esta nueva pretensión, la Sala de lo Social de la AN considera que, la carga de trabajo que debe fijar el CGPJ para dar cumplimiento a la obligación contenida en el apartado 5.2 del PPRL:

“...no se refiere las cargas de entrada, sino a las...de salida u objetivos de dedicación de cada destino. Es así, porque la finalidad de los módulos de entrada consiste en definir la carga de trabajo, que puede soportar un órgano judicial, tratándose, por tanto, de una herramienta clave para la organización del servicio público de la Administración de Justicia, cuya superación sostenida en el tiempo justificará la creación de nuevos órganos judiciales, siendo esa la razón por la que su determinación se encomienda al CGPJ y al MJU, con audiencia de las CCAA, porque todas ellas son responsables, desde diferentes perspectivas, de asegurar dicho objetivo”.

¹⁶⁵ La Sala de la AN reprocha a la demanda, pues, que abandonaran un enfoque particular, selectivo, para asumir otro general: “en sus primeras reclamaciones, partieron siempre de la existencia de las cargas de trabajo de entrada y de salida vigentes, reclamando inicialmente que la regulación de las cargas de trabajo a efectos de salud laboral, asumida por el CGPJ en el apartado 5.2 LOPJ, se efectuara exclusivamente en los órganos, cuya carga de entrada superase el 150%, en cuyo caso debería reducirse su carga de salida, lo que se modifica radicalmente en la demanda actual, en la que reclaman, por primera vez, que el cumplimiento de la obligación del CGPJ se haga por éste de manera unilateral, con independencia y sin perjuicio de que pueda hacerlo previa o simultáneamente a la regulación de las demás cargas de trabajo, ya sean disciplinarias, retributivas o cualesquiera otras, solicitando la intervención exclusivamente en las cargas de trabajo de salida”.

Desde esta perspectiva, la Sala Social de la AN asume el desajuste actual existente en un buen número de órganos jurisdiccionales de sus cargas de entrada, lo que considera un hecho “notorio”, pero entiende que no existe obligación de soportar esas sobrecargas:

“...ya que su única obligación legal, a estos efectos, es el cumplimiento de los objetivos adjudicados a su destino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, de retribuciones de las carreras judicial y fiscal, sin que estén obligados a alcanzar el porcentaje, exigido para lucrar las retribuciones variables...”

En cambio, el logro de las cargas del art. 9.1 sería de

“consecución...absolutamente voluntaria para los jueces y magistrados, de manera que, la superación de los módulos de entrada no constituye por sí mismo y con carácter general un factor de riesgo para la salud laboral”.

En consecuencia, la obligación de regular las cargas de trabajo a efectos de salud laboral debe proyectarse necesariamente:

- a) “sobre los módulos o cargas de salida existentes en cada momento, entendiéndose como tales los objetivos fijados para cada destino judicial”
- b) “También deberá intervenir cuando dichos objetivos superen el 20% del rendimiento, previsto en el art. 9.1..., toda vez que dicha circunstancia está avalada legalmente y deberá asegurarse también la salud de los jueces y magistrados que alcancen dicho objetivo, cuando se constate la concurrencia de riesgo para su salud laboral con base a dichas cargas”

En cambio, concluye la Sala Social de la AN, ninguna obligación de regulación hay en el art. 5.2 PPRL si se entiende como fijación unilateral de cargas de trabajo generales y abstractas para toda la carrera judicial, cuya: “finalidad real era la reducción de los objetivos vigentes de cada destino, sin tener en consideración lo dispuesto en los arts. 7, 8 y 9 de la Ley 15/2003...” en relación con el art. 403 LOPJ.

La eventual fijación (a la baja) del nuevo objetivo afectaría necesariamente a las retribuciones variables, por cuanto el requisito constitutivo para su percepción es alcanzar el 20% del objetivo del destino (art. 9.1 de la Ley 15/2003), novando objetivos vigentes y, en consecuencia, precisaría un informe favorable del Ministerio de Justicia y, si esta modificación tuviese repercusión presupuestaria, deberá ser informada favorablemente

por el Ministerio de Hacienda (art. 8.1 Ley 15/2003). Consiguientemente, deduce la Sala Social de la AN, no es posible creer seriamente que el compromiso del CGPJ fuese una regulación unilateral a efectos de salud, por cuanto requería la intervención de terceros sujetos institucionales, perjudicando expectativas de lucro fijadas y vaciando el mandato del art. 560.21 LOPJ¹⁶⁶.

En consecuencia, existiendo una prohibición de reducir la interpretación de la ley al absurdo, el único sentido práctico de la obligación asumida por el CGPJ -dice la AN- es la de que:

“cuando constatará la concurrencia de riesgo laboral, anudado concretamente a las cargas de trabajo, se obligaba a intervenir sobre las mismas, cumpliendo, de este modo, su deber de seguridad para con los jueces y magistrados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la LPRL, lo que puso de manifiesto en los trabajos preparatorios previos a la aprobación del PPRL y reiteró una y otra vez durante el extenso debate mantenido con las asociaciones judiciales en la CNSS” (FJ 10).

Sin poder entrar en profundidad en el análisis de esta cuestión, por cuanto desborda con mucho el marco de análisis de esta tesis doctoral, centrado en los aspectos procesales y no en los sustantivos de esta función judicial social de garantía del cumplimiento efectivo de las obligaciones preventivas, también para el personal titular de la carrera judicial, sí es oportuno poner de relieve el reduccionismo asumido por la Sala de la AN a la hora de dotar de sentido el compromiso del CGPJ de “regular las cargas de trabajo a los efectos de salud laboral”. En última instancia, los argumentos de legalidad, así como operativos, manejados por la Sala se vinculan todos a la dimensión económica de esta cuestión, con lo que termina sometiendo a lo económico una cuestión que es netamente de salud. Asimismo, traslada a las partes demandantes la carga de la prueba de eficacia del procedimiento de gestión de riesgos establecidos, cuando, en función del art. 217 LEC y art. 14 LPRL, la prueba de una diligencia especial en el cumplimiento corresponde al empleador, aquí al CGPJ.

¹⁶⁶ En virtud del cual, el CGPJ elaborará y aprobará juntamente con el MJU y, en su caso, oídas las CCAA, cuando afectare a materias de su competencia, los sistemas de racionalización, organización y medición de trabajo que se estimen convenientes para determinar las cargas de trabajo de un órgano judicial. En otro caso, siendo la medición el factor determinante de las cargas de trabajo de los juzgados, su regulación quedaría al arbitrio exclusivo y excluyente del CGPJ

En definitiva, seguirá esta “cruzada” (o “viacrucis”) porque tres son las sentencias dictadas por la AN hasta el momento y tres serán las que dice la Sala 4ª, pues se ha interpuesto recurso. Incluso, si el fallo del TS fuese confirmatorio siempre quedará abiertas, con mayor o menor dificultades, las vías de impugnación multinivel, sea en el ámbito del Derecho de la UE sea en el Derecho de la Carta Social Europea.

6. De la discusión competencial a la tutela social practicada frente a los riesgos psicosociales en el empleo funcional: ¿un caso de éxito a medias?

6.1. Una perspectiva cuantitativa: más demandas vinculadas a incumplimientos preventivos de riesgos psicosociales, no solo de acoso moral

6.1.1. ¿Más confianza en la justicia social? La consolidación de la competencia anima las demandas del personal funcional, sobre todo local

En páginas precedentes hemos intentado explicar, con detenimiento, las dificultades que, para su normalización o generalización práctica, ha encontrado la voluntad legal de hacer del orden social la jurisdicción garante de la efectividad de la seguridad y salud en los entornos de trabajo y con plenitud, esto es, al margen de la naturaleza del vínculo de empleo, sea privado sea público, sea éste laboral o administrativo. Progresivamente este objetivo se habría ido realizado. Asimismo, hemos puesto de manifiesto, con ejemplos de diverso tipo, cómo la consolidación competencial del orden social en materia preventiva (y reparadora) tampoco garantiza el éxito de la protección, en el sentido de asegurar una solución siempre tuitiva o garantista de las pretensiones formalizadas con la demanda de tutela judicial efectiva preventiva (cautelar, definitiva, ejecutiva) o reparadora. El reciente análisis en el ámbito de la carrera judicial es un ejemplo ilustrativo, aunque no el único, en la medida en que algunos comentarios en relación con conflictos tenidos en el seno de la pandemia también lo ilustran en tal sentido.

Ahora bien, no menos cierto es, y también ha sido evidenciado ut supra que cuando se ha producido este cambio y se ha asumido, en la práctica, la nueva distribución de las competencias en esta materia, tras la LRJS, por lo general, ha supuesto tanto el aumento de las demandas judiciales en el seno del empleo público-administrativo, lo que pone de relieve una mayor confianza en el orden social (o desconfianza en la contenciosa), como el incremento del éxito de ciertas acciones preventivas, especialmente en un ámbito en el que tradicionalmente no se había prestado gran atención en el orden contencioso. Aquí me refiero, cómo no, a la protección frente a los riesgos psicosociales en el trabajo, no solo en relación con el riesgo psicosocial por antonomasia, también ya analizado en cierta clave competencial: el acoso moral en los entornos del empleo público. Ahora bien, el aumento de la demanda de justicia preventiva psicosocial no es proporcional a su tasa de éxito judicial. Un análisis cuantitativo y cualitativo así lo evidenciaría.

Desde esta perspectiva, nos ha parecido especialmente oportuno introducir en esta tesis tal cuestión, pese a que ni es frecuente en los estudios al uso ni es fácil encontrar las fuentes apropiadas, sobre todo estadísticas, para ello. El encontrar casos concretos que nos permitan calibrar, ponderar o valorar, al menos con cierta razonabilidad y fiabilidad el impacto real que supone el cambio de orden competencial, pasando desde el precedente contencioso (para el personal público estatutario, lógicamente) al actual social, ofrece la oportunidad de reforzar el análisis conceptual (enfoque dogmático), típico de un estudio de teoría jurídico-interpretativa del Derecho, en este caso procesal social, con otro de tipo más empírico o realista (enfoque sociológico). Ambos integran, conforme a la doctrina jurídica más autorizada, un modelo de comprensión del Derecho integral y más atento a la exigencia de efectividad, evitando, o destapando, las fracturas entre la representación normativa del Derecho (deber ser) y su aplicación práctica (ser)¹⁶⁷.

Recientes estudios¹⁶⁸ al respecto, de solvencia y rigor jurídicos contrastados, permiten hacer una incursión sobre esta cuestión, en ese doble plano, cuantitativo y cualitativo. Con ellos es más factible lograr, o ensayar, al menos, una comprensión más precisa de estos procesos legales de rediseño de orden competencial y su proyección real en el

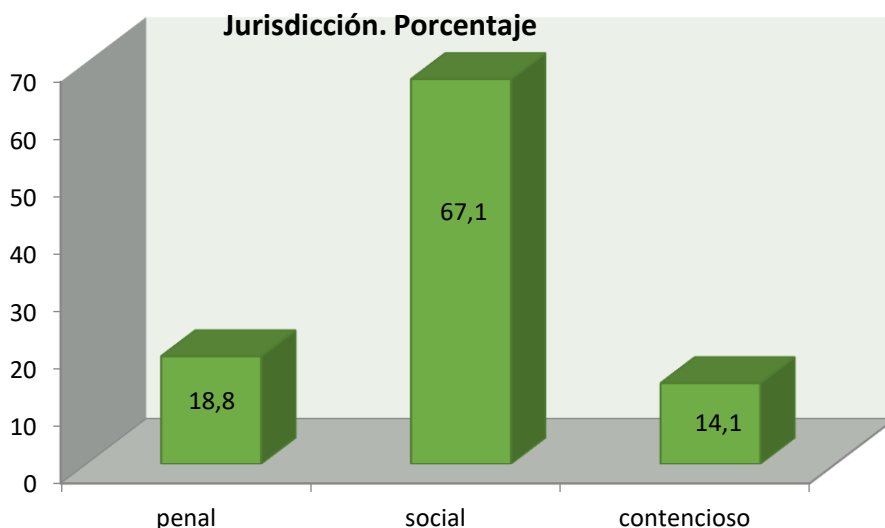
¹⁶⁷ Vid. FERRAJOLI, L. (2004). Derecho y garantías. La Ley del más débil, Trotta, Madrid, pp. 20 y ss.

¹⁶⁸ Ampliamente MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “El (ciber)acoso en el empleo público: balance y perspectivas a la luz de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT”. En AAVV. *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público*, libro homenaje al profesor Pedro Gómez Caballero, Monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla, pp. 93 y ss. AAVV. *La protección judicial en materia de acoso en el trabajo en el horizonte del convenio 190 OIT*, Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación, Bilbao, 2021

ámbito destinatario. Un enfoque particular que, sin embargo, es clave para acreditar la tesis central de este estudio, cuál es hacer normativa y prácticamente del orden social el canal de justicia judicial integral del empleo público, asumiendo que la rama social del Derecho es la común para ambos regímenes, laboral y público (administrativo), por más que el sistema jurídico actual se mantenga fragmentario, disperso e incompleto, más allá, y virtud de, de la decisión normativa y su experiencia efectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo. Una vez más, pues, problemas de salud mental en el trabajo público ligado a factores y riesgos psicosociales como el acoso en el trabajo, pero no solo, siendo también relevante otros como el estrés laboral, el burnout, o incluso el tecnoestrés, serán un buen campo de pruebas para dar una dimensión más experimental, realista, a análisis que, eminentemente teóricos, y de naturaleza procesalista, pudieran parecer abocan solo a disquisiciones doctrinales o teóricas. La realidad es bien diferente. Veámoslo.

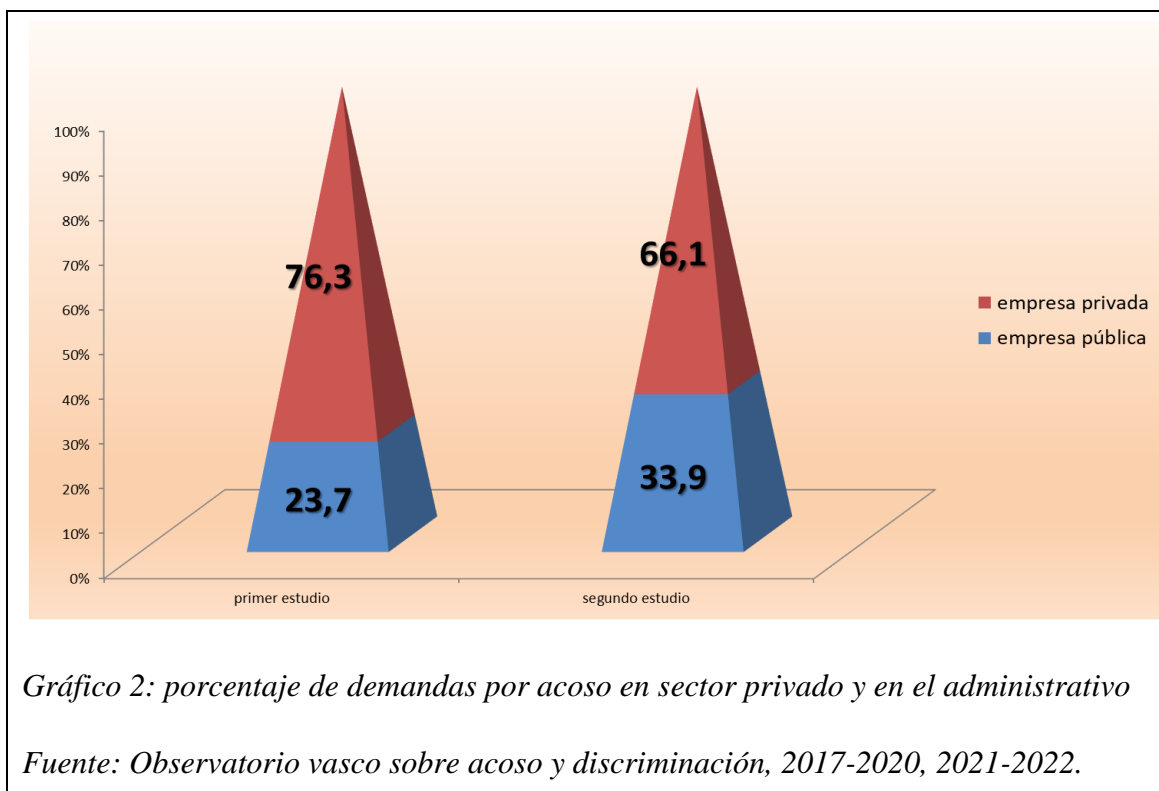
De inicio, y desde un estricto plano cuantitativo, lo primero que hay que recordar es que la jurisdicción social ha venido protagonizando la mayor demanda de protección frente al acoso moral en el trabajo (*Gráfico 1; Fuente Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación, 2020*). Aunque son varias las razones que puede explicar esa gran asimetría en la distribución de conocimiento de asuntos entre los tres órdenes más implicados (al que habría que añadir el orden militar, siendo prácticamente residual las situaciones que se dan en el orden civil -aunque existen-), sin duda influye el que, planteado en términos preventivos, también el personal funcionario tenía abierta esta vía, como venimos analizando y sin perjuicio de las resistencias a su práctica hasta hace bien poco tiempo.

Gráfico 1. Distribución de asunto sobre acoso moral por orden jurisdiccional, periodo 2017-2020.



Sin embargo, esta imagen se presenta para un tiempo en el que se mantenían dudas en torno al alcance real de la letra e) de la LRJS respecto del acoso moral, como vimos. Estudios posteriores evidencian movimientos al respecto. En un plano cuantitativo, un primer dato que parece interesante resaltar es que parece **estar cerrándose un poco la brecha existente entre la consabida prevalencia** del problema de los riesgos psicosociales en general, y del acoso moral en particular, dentro de un buen número de sectores público-administrativos, **y la bastante escasa impetración de justicia preventiva** cuando la competencia se situaba, normativa y/o fácticamente, en el orden de lo contencioso-administrativo.

De conformidad con los estudios reseñados, el aumento de las demandas judiciales en materia de acoso moral en el trabajo y/o prevención de los riesgos psicosociales en el empleo público (laboral y administrativo) habrían crecido **nada menos que 10 puntos en 2 años** (bienio 2023-2022), coincidiendo, como hemos visto, con el proceso de clarificación jurisprudencial de la competencia en el orden social. El Gráfico 2 así lo acredita de una forma significativa: habría pasado del 24% en el periodo 2017-2020 hasta el 34% del periodo 2021-2022.



Aunque no podemos detenernos aquí en esta cuestión, por tener un interés más histórico que práctico, salvo lo que se pondrá de relieve en el próximo capítulo de esta tesis doctoral, no deja de suscitar este dato empírico alguna paradoja, cuando menos cierta perplejidad. En efecto, se recordará que el orden contencioso fue pionero en constatar, incluso definir, la fenomenológica de los procesos de acoso moral en el trabajo (*mobbing*), dictando varias sentencias en la materia desde inicios de este siglo, cuando la Sala IV aún no había podido entrar a conocer del tema (y sin que tampoco la Sala IV haya definido nunca lo que se entiende por acoso moral en el trabajo)¹⁶⁹.

Cierto es, como ha puesto de relieve la doctrina científica que mejor conoce y más ha estudiado estas materias¹⁷⁰, nunca la Sala 3 del TS se sintió cómoda con este tema. Hasta el punto llegaba tal incomodidad que, además de restringir su concepto al extremo (volveremos sobre este tema en el análisis cualitativo), negó su posibilidad en ciertos

¹⁶⁹ Ej. SSTS, C-A, 21 de julio de 2001, recurso de casación 3715/1997; 10 de febrero de 2005, rec. 175/2003, 9 de marzo de 2009, rec. 8598/2004, 10 de marzo de 2010, rec. 2001/2009, 16 de febrero de 2011, rec. 593/2008, 24 de enero de 2014, Rec. 3769/2011, etc. Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. - MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M (2016). “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración”. Revista Jurídica de Castilla-León, nº 38 pp. 1-40

¹⁷⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2007). Capítulo II. Tutela frente al acoso en la “justicia” contencioso-administrativa: renovación legal, persistente rigidez interpretativa, En ID. *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo*. Editorial Bomarzo, Albacete, pp. 55 y ss.

ámbitos, como el de la carrera judicial (ej. STS, 3ª, 10 de febrero de 2005, RC. 175/2003), pese a ser una constatación refrendada. Veremos que tampoco este “punto de incredulidad” sobre el fenómeno del acoso moral ha sido abandonado (capítulo próximo).

En cualquier caso, e introduciéndonos en un intento de explicación cualitativa, también hay que recordar que la vía “natural” para obtener una reparación por este tipo de conductas, una vez aún no se habían extendido las prácticas de gestión basadas en protocolos contra el acoso ni las evaluaciones de riesgos psicosociales (ausencia de concienciación sobre la vis preventiva, precisamente la que alentará la letra e) del art. 2 de la LRJS), sería el poco fecundo canal de “responsabilidad patrimonial de las AAPP”¹⁷¹, cuyas dificultades para ejercerse son conocidas, confirmando su funcionar como un camino altamente espinoso el que a menudo terminara, la mayoría de las veces, con la desestimación de la demanda a tal fin.

Una frustración anunciada de la que ya diera cuenta el propio Consejo del Estado en los casos en que conoció de solicitudes de este tipo, destacando que este procedimiento no es idóneo para constatar y declarar, de forma autónoma, la existencia de un ilícito administrativo constitutivo de tal acoso. Ciertamente, como ha evidenciado un muy autorizado sector doctrinal, ni el TS compartía este criterio omisivo, pues en las sentencias que se dictaron en aquellos años entró a valorar sin rubor ni reparo alguno las conductas que se denunciaban como acoso moral en el trabajo (SSTS 10 de febrero de 2005, rec. 175/2003 y 9 de marzo de 2009, Rec. 8598/2004¹⁷²).

Algo llamativo desde una elemental lógica jurídica, que basa todo pleito en un principio de contradicción, pues, a diferencia de lo que hoy sucede en el orden social, las personas funcionarias presuntamente acosadoras no participan en este procedimiento de responsabilidad patrimonial, por lo que choca que se pueda calificar la conducta de alguien como acosadora sin ser oído ni partícipe¹⁷³.

¹⁷¹ Los problemas en este ámbito nunca han cesado. En clave general vid. MIR PUIGPELAT, O. (2003). «La Jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa», en *La Justicia Administrativa: Libro Homenaje al Prof. Rafael Entrena Cuesta*. Atelier, Barcelona; GINÈS I FABRELLAS, A. (2009). «Accidente de trabajo y responsabilidad patrimonial de la Administración», Dret 3/2009.

¹⁷² Reiterado en posteriores, como las SSTS, 3ª, 16 de febrero de 2011, Rec. Cas. 593/2008 y 24 de enero de 2014, RC 3769/2011.

¹⁷³ La STS, Civil, 991/2022, 21 de diciembre, condenará, como vulneración del derecho al honor, sin amparo en los derechos de información y libertad de expresión, por difundir públicamente la existencia de un acoso moral en el trabajo por parte de una Secretaría del Ayuntamiento a una funcionaria cuando consta,

Sea como fuere, y al margen de que un fundado sector doctrinal trató de ofrecer alternativas más acordes o coherentes con el diseño legislativo, así como con todos estos principios axiales del ordenamiento jurídico, apelando a la solución que ofrecía la reforma del art. 9.4 LOPJ, incluyendo el conocimiento de pretensiones donde interviniesen otros sujetos en el daño, no solo el ente público-administrativo¹⁷⁴, en línea con lo que hoy sucede en aplicación de la letra e) art. 2 LRJS, lo cierto es que la mayor parte de esas sentencias eran desestimatorias. En consecuencia, fue generando un caldo de cultivo favorable a la inhibición del personal de empleo público-administrativo, hueros de confianza en que el tribunal entendiese siquiera el problema real que le planteaba, sin diluirlo frecuentemente en un problema de conflictividad organizacional, a resolver siempre desde el principio de autoridad típico de la relación de sujeción especial en que consiste en el empleo público funcional y el primado de la potestad autoorganizativa del ente público-administrativo.

¿Ha cambiado esta situación de alto fracaso de la tutela judicial de la seguridad y salud en los entornos de trabajo público-administrativos con la competencia social?

6.1.2. La mayor demanda judicial eleva también el éxito judicial, pero sin un salto cuantitativo importante

Para dar respuesta a esta compleja e inquietante respuesta, que supone, como afirma la doctrina científica que más ha afrontado este tipo de análisis, actualizándolos en fechas más recientes¹⁷⁵, un interrogante más profundo sobre la eficiencia del trabajo judicial en el ámbito de la protección frente al riesgo de acoso moral en el trabajo, en general, y de los riesgos psicosociales en particular, contamos con algunos datos estadísticos que bien pueden ofrecernos una respuesta orientativa. En este sentido, lo que de ellos se deduce no da lugar a posiciones muy optimistas, más bien lo contrario, aunque, una vez más, cabe

en las sentencias contenciosas, tal calificación, sino la existencia de una intensa conflictividad y el desarrollo de actos antijurídicos, pero no constitutivos como tales de acoso.

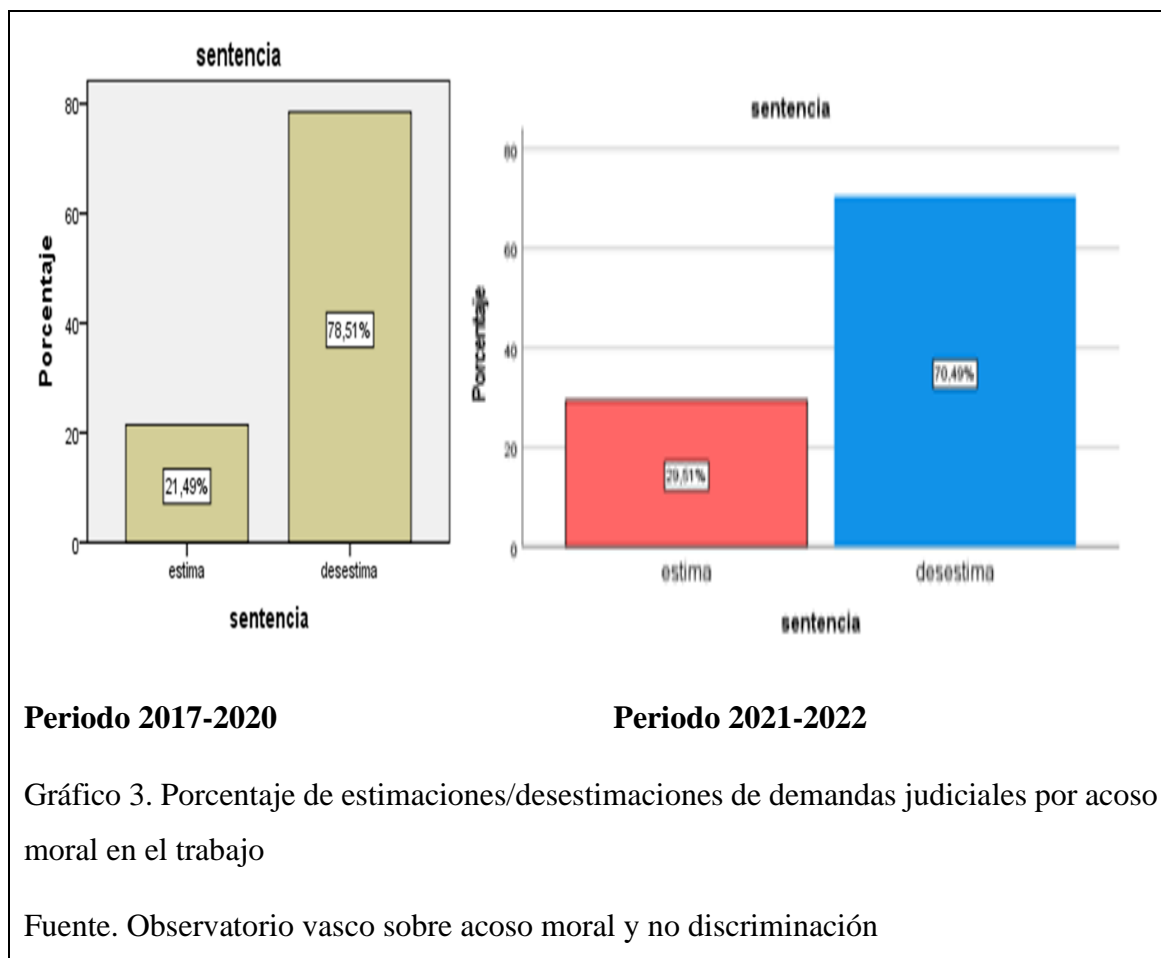
¹⁷⁴ Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. -MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M (2016). “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración”, *Revista Jurídica de Castilla-León*, p. 37.

¹⁷⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “El (ciber)acoso en el empleo público: balance y perspectivas a la luz de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT”. En AAVV. *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público*, ob. cit. pp. 94 y ss. De interés también ROJAS RIVERO, G.P. (2017). *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*, Editorial Bomarzo, Albacete.

plantearse si la “botella está medio llena o vacía”. Los datos disponibles, sin duda con una muestra muy relevante, aunque precisarían una mayor extensión y consolidación, para dar una plena fiabilidad y validación estadísticas, nos ofrecen datos ambivalentes, unos positivos y otros no tanto, más bien lo contrario.

Este análisis está contenido claramente en el Gráfico 2 que recogemos a continuación y que deja ver, como se apuntaba, que ha habido -también aquí- una mejora apreciable del éxito judicial de estas acciones coincidiendo con la consolidación en la práctica del cambio competencial (ej. STSJPV 60/2022, 28 de julio) y la extensión de los protocolos (STSJPV 120/2019, 15 de enero). En este sentido, cabe apreciar un incremento del éxito de demanda casi 8 puntos porcentuales. Pero, si en vez del enfoque comparado longitudinal se hace una valoración absoluta, en términos de eficacia-efectividad actual, las deficiencias son claras:

- 1) Periodo 2017-2020. En este periodo, **poco más de 2 demandas presentadas por acoso moral en el trabajo**, se invocara o no incumplimiento preventivo de riesgos (hay que advertir que aquí la muestra recoge básicamente demandas en el orden social), **tenían éxito**, siendo estimadas.
- 2) Periodo 2021-2022. En el bienio siguiente, cuando ya se computan en el orden social las demandas -crecientes- del empleo público-administrativo, casi 3 de cada 10 personas que demanden por estas situaciones tendrán éxito en sus expectativas.



6.2. A medio camino entre lo cuantitativo y lo cualitativo: constatados cambios procesales y presumibles conceptuales.

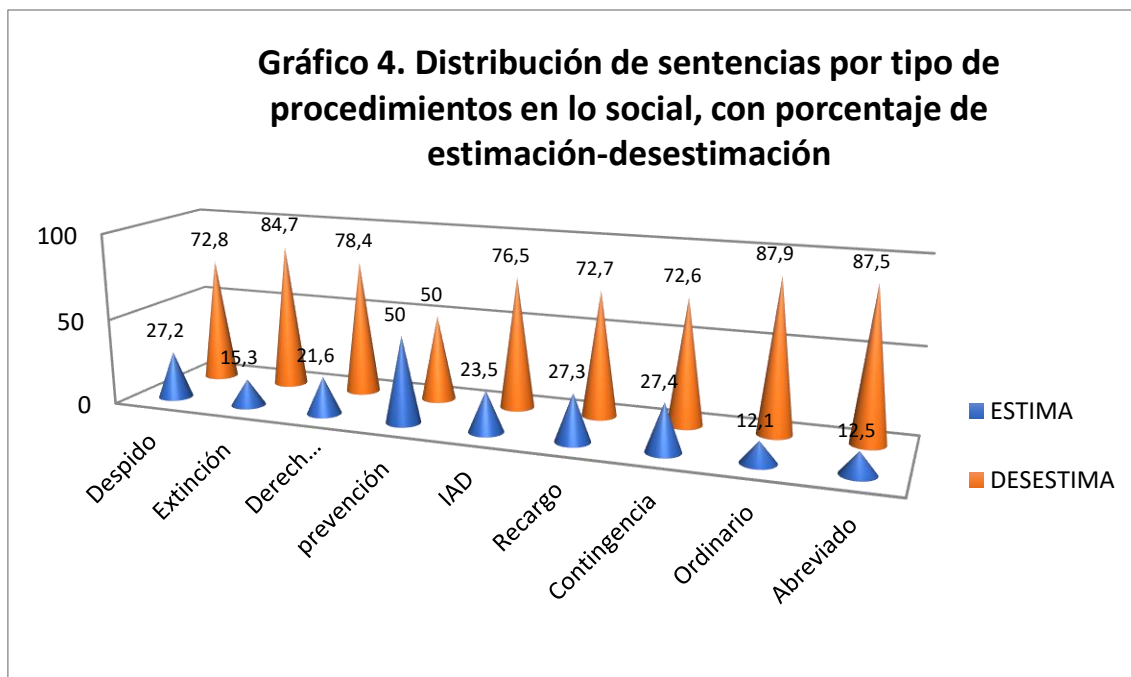
6.2.1. ¿Está el cambio real competencial en materia de salud laboral en la base del mayor éxito de los procesos de prevención psicosocial?

En páginas precedentes hemos tenido la oportunidad de incidir en que la unificación de la competencia de jurisdicción en el orden social para la tutela de la seguridad y salud en los entornos de trabajo con vínculo funcional o administrativo, en los términos en que lo está para el personal laboral, en modo alguno supone la reducción de una parte muy importante de la complejidad procesal de aquella tutela, porque se seguirá dividiendo o fragmentando, dispersando, a través de múltiples acciones y procesos. Una pluralidad de canales procesales para lograr una tutela integral (a la que hay que sumar la penal, por

supuesto) que, además, tampoco se conoce bien de su eficacia real, en una valoración global. Pero también aquí hallaremos información disponible interesante para valorar.

En la Gráfica 4 (Fuente, Observatorio Vasco sobre acoso moral y no discriminación, 2020) aparece también información muy relevante, de la que entresacamos dos datos de especial significación, a nuestros efectos. De un lado, el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, que parecía el gran llamado a protagonizar la tutela efectiva en relación a las situaciones de acoso moral en el trabajo, asociadas generalmente a razones de vulneración de normas preventivas de riesgos psicosociales (según el enfoque que promueve el Convenio 190 OIT), evidencia un notable fracaso, en la medida en que la gran mayoría de las demandas por tal canal fracasan (se desestiman): **2 de cada 10**. De otro lado, las demandas que se conducen por la estricta vía de incumplimientos de tipo preventivo y vinculados a los instrumentos de gestión psicosocial, doblaban esa tasa de éxito judicial, de modo que prácticamente estaban, en el periodo 2017-2020, casi a la par, esto es, **5 de cada 10 se estimaban**.

Sin duda, la convicción de que la competencia en el orden social se abría a otro tipo de planteamientos, donde no había que acreditar una conducta agravada de acoso moral, como situaciones de violencia extrema y dirigidas a aniquilar a la víctima, como entendía el orden contencioso-administrativo, siguiendo el concepto clínico, empezó a generar frutos. De ahí que cada vez más, al margen de que se invocara o no la conducta de acoso, el centro de la demanda se ponía en la ausencia de medidas preventivas de los riesgos psicosociales.



La situación no parece que haya cambiado mucho dos años después. No obstante, sí parece que la foto no es fija, sino que evidencia un cierto dinamismo. De nuevo, serán diversas y complejas las causas de todo ello, que necesitan de un análisis muy profundo, más del que aquí se puede realizar, para no desviarnos de nuestra tesis (doctoral) central. Pero, una vez más, estamos convencidos de que la consolidación real del cambio de la competencia tiene su influencia, también porque es posible que el orden social esté dando alguna muestra de cierta “saturación” de las demandas preventivas, mostrándose algo más exigente a la hora de apreciar el incumplimiento.

O, quizás, también puede suceder que las empresas y, sobre todo, las AAPP, empiecen a tomar mayor conciencia del problema, también de sus obligaciones e introduzcan una mayor actividad preventiva, no ya solo de tipo protocolario (protocolos de gestión del acoso -medidas de intervención-), sino también de evaluación de riesgos e intervención psicosociales. Ciertamente esta sería una lectura optimista o de confianza en la eficacia de la actividad preventiva, por encima de la multiplicación de los protocolos en las empresas (prevención formal)¹⁷⁶.

En este sentido, el Gráfico 5 sigue evidenciando la ineficiencia e inefectividad del procedimiento de tutela de derechos fundamentales para estas situaciones, incluso parece

¹⁷⁶ El Estudio del Observatorio vasco aquí tan citado también evidencia el aumento de los protocolos, p. 22

haberse deteriorado su utilidad, si es que eso era posible -en el plano cuantitativo, hemos de insistir en ello-, mejorando notablemente el éxito en las acciones de despido (ahora casi se equiparan en el porcentaje de estimación y desestimación -lógicamente este tipo de acciones no afectan al personal estatutario, que no puede ser despedido, tampoco de forma relevante al personal público laboral, que difícilmente lo es, aunque pudiera-). Ahora bien, lo que se ha devaluado también es la eficacia de la tutela preventiva, de modo que el incremento notable de este tipo de demandas, sin duda a menudo presentadas por personal de empleo público, laboral y estatutario, lejos de corresponderse con la mejora de su éxito judicial se ha devaluado notablemente. En suma, de 5 de cada 10 demandas estimadas por el orden social habríamos pasado a ser estimadas apenas 3 de cada 10, con lo que el éxito de estos procesos se habrían también equiparado a la media del conjunto. Por lo tanto, el efecto de mejora de la acción y concienciación preventivas, tanto en el personal (titularidad del derecho) como en buena parte de los tribunales (garante pleno del cumplimiento) parece diluirse o difuminarse, lo que debería mover a reflexión crítica.

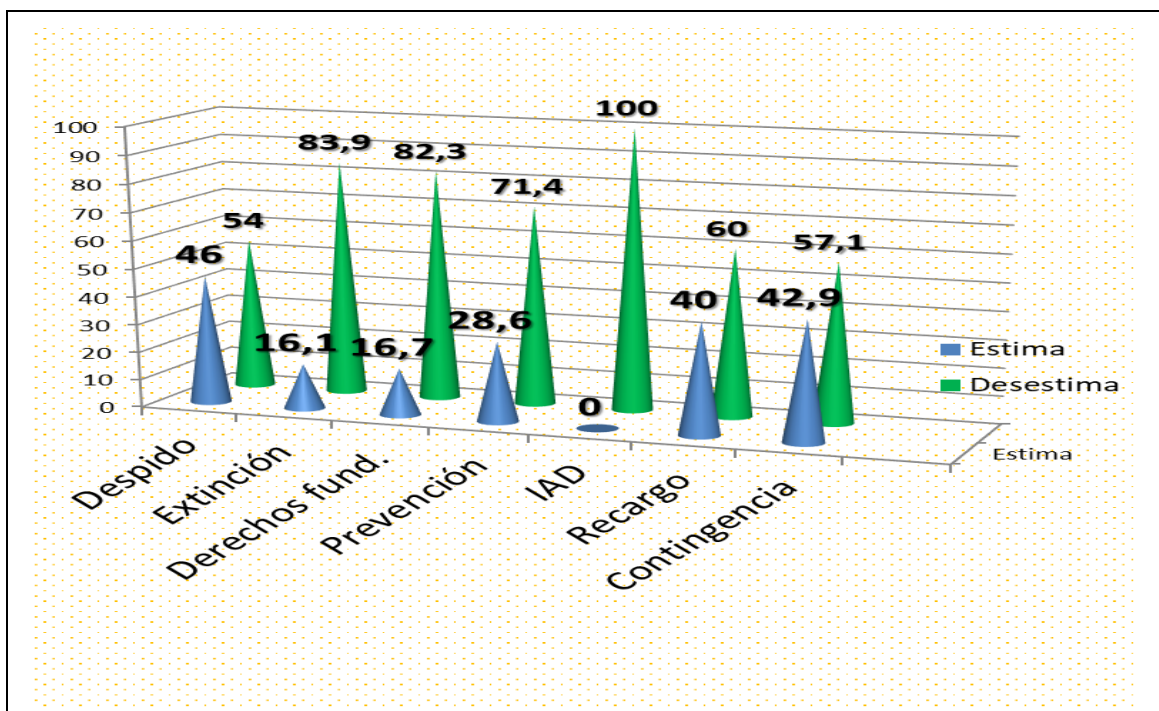


Gráfico 3. Distribución de procedimientos más seguidos para la tutela judicial frente al acoso y demás riesgos psicosociales, con porcentajes de estimación-desestimación

Fuente: Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación, 2017-2020

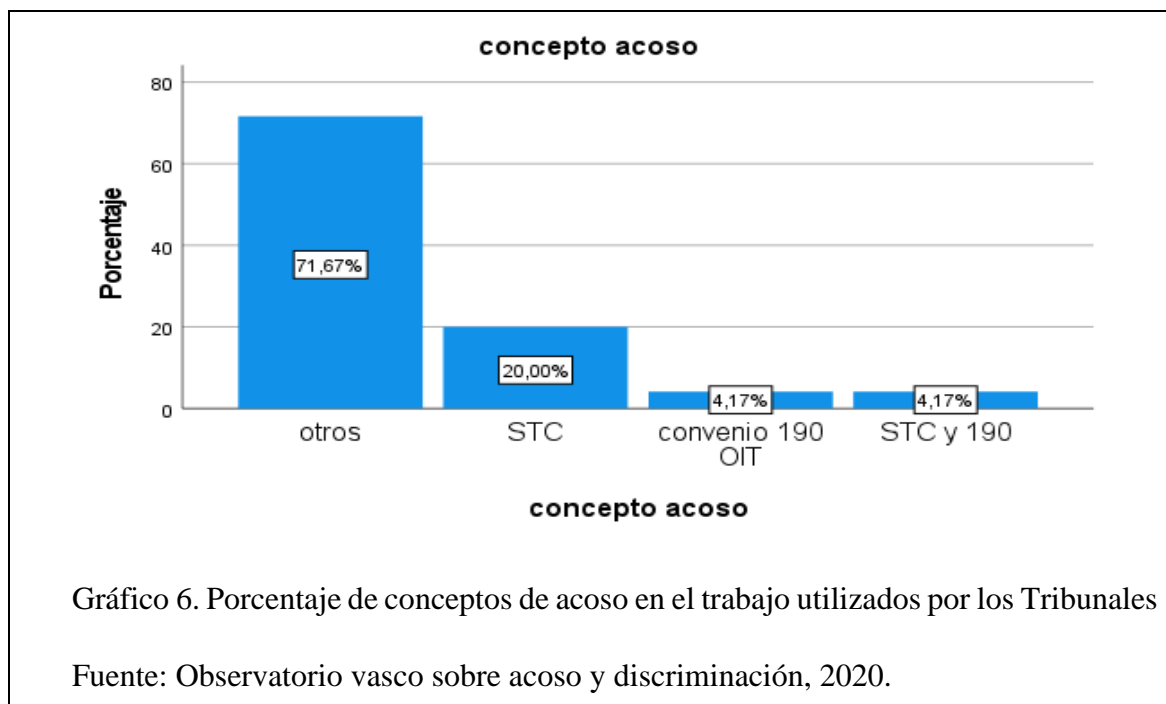
6.2.2. El especial arraigo en el orden contencioso-administrativo del concepto clínico de acoso como problema de salud mental del funcionariado

Vale la pena recordar que estamos conduciendo un -creemos original y relevante- análisis combinado de perspectiva cuantitativa (a partir de datos estadísticos extraídos de fuentes secundarias, pero de gran solvencia científica) y cualitativa (a partir de una reflexión propia, conforme a la doctrina que viene analizando tales datos, en relación con los efectos reales del cambio competencial de hecho, haciendo de la norma una práctica en este ámbito del acoso moral y los riesgos psicosociales para el empleo público-administrativo). Esta interacción de análisis empírico y dogmático-institucional creemos que adquiere especial relevancia para tratar de ensayar alguna razón de fondo, cualitativa, por la cual se ha venido produciendo una ineffectividad tal alta de la tutela judicial y, en consecuencia. Ineffectividad que, al tiempo, deriva en una ineficiencia muy preocupante del sistema de tutela judicial al respecto, centrado en el social ahora, sin perjuicio del conocimiento del orden penal y la reducción a la mínima expresión del orden contencioso.

Al respecto, compartimos la interpretación de la doctrina científica más avezada en este ámbito, desde un plano científico-social, pero también práctico-profesional, que pone uno (no el único) de los focos comprensivos de esta ineffectividad-ineficiencia de la tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo desde un enfoque psicosocial (cuestión de salud o incumplimiento preventivo), en su concepto extremadamente restrictivo, acotado y no modificado en casi un cuarto de siglo por los tribunales. Un concepto jurisdiccional de acoso moral (respecto del que no hay definición legislativa sociolaboral, a diferencia de las modalidades de acoso discriminatorio, no solo sexual y/o sexista) todo inventado e identificado en lo sustancial con la comprensión psico-clínica dominante en los orígenes de esta figura, tal y como recogiera en su primera Nota Técnico-Preventiva (NTP), la 476/1998, del INSHT¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “El (ciber)acoso en el empleo público: balance y perspectivas a la luz de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT”, *Ob. cit.* pp. 96 y ss. Un análisis conceptual muy exhaustivo en CORREA CARRASCO, M. (2019). *Acoso laboral: regulación jurídica y práctica aplicativa* Tirant lo Blanch, Valencia. Este libro ofrece un estudio detenido de los diferentes elementos que integran el tipo acoso moral en el trabajo, incluyendo el elemento subjetivo o intencional. En consecuencia, presenta un enfoque parcialmente diferente al ofrecido por el profesor Molina Navarrete, al negar éste que la intencionalidad fuese un rasgo del tipo-concepto jurídico acoso moral. El TC se decantará, precisamente, por una dimensión más objetivada, sin exigir el requisito de la intencionalidad, aunque, como se verá, no ofrezca un concepto jurídico-constitucional dogmático o único de acoso moral en el trabajo

Partamos primero del dato cuantitativo que nos ofrece el reiterado -por interesante, también útil- Estudio estadístico del Observatorio vasco sobre acoso y discriminación en el trabajo a estos efectos. Como evidencia el Gráfico 6, el 70 por cien de las sentencias en materia de acoso moral en el trabajo han manejado un concepto propio, sin vinculación ni ligazón alguna a preceptos legales, nacionales o internacionales, ni cuando no había tal referencia (sí en el acoso discriminatorio, incluidas las modalidades sexual y/o sexistas, a las que hoy habría que añadir las vinculadas a la condición LGTBI, particularmente, por la nueva regulación legislativa -Ley 4/2023-), ni cuando sí se podía disponer de ella, en virtud del Convenio 190 OIT¹⁷⁸. En ese Gráfico no solo llama la atención el “desapego del concepto judicial” de acoso moral en el trabajo a los preceptos legales que pudieron servirle de referencia en algún momento de esta larguísima evolución, de más de dos décadas (desde el año 2001 -primera vez que una sentencia, y del TS, Sala III, define el acoso moral en su nominación de “*mobbing*”-), sino también de la doctrina constitucional que arrumbaba con aquél.



¹⁷⁸ Un estudio muy detenido de este Convenio, desde diferentes planos, en AAVV. (Dir. Manuel Correa Carrasco- María Gema Quintero) (2021). *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio n. 190 OIT en el marco del trabajo decente* (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030), Dykinson, Madrid.

Señalado el relevante dato cuantitativo es el momento de complementarlo, esto es, de corroborarlo, con un dato cualitativo que nos parece relevante en el enfoque seguido en este estudio, que es poner de relieve la importancia que puede tener, en la efectividad de la tutela judicial de la salud psicosocial del personal de empleo público, laboral, pero también funcionarial, la consolidación del cambio legal de atribución de competencia, a favor del orden social y en detrimento del contencioso ex letra e) art. 2 LRJS. Me refiero ahora a la STC 56/2019, de 6 de mayo¹⁷⁹. Esta sentencia reconoce el amparo demandado a un funcionario que llevaba años denunciando sufrir un proceso agudo de acoso moral en el trabajo, desestimándose nivel a nivel jurisdiccional su demanda de tutela judicial efectiva frente a esta violación de sus derechos fundamentales y el grave problema de salud mental en el trabajo (público-administrativo) derivado. A mi juicio, no es casual que se trate de un revés en toda regla a una sentencia contenciosa y ello en la medida en que en este orden jurisdiccional se venía sosteniendo un concepto muy restrictivo, como se ha recordado venía denunciando la doctrina científica, de esta fenomenología de usos desviados o de patologías de gestión público-administrativa. Pongamos varios ejemplos de ello para darle mayor concreción a la afirmación doctrinal o teórico-dogmática.

En efecto, en la jurisprudencia contencioso-administrativa (doctrina de la Sala III del TS) arraigó especialmente ¹⁸⁰, importándola entusiasta y acriticamente, la comprensión extrajurídica del fenómeno del acoso entonces dominante: la construida por la psicología clínica. Un ejemplo ilustrativo, por generalizado, en modo alguno episódico o aislado, nos lo ofrece la citada STS, 3ª, 16 de marzo de 2010 (RC 2021/2009) que, respecto de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por acoso en el trabajo, recordaba la adhesión de la doctrina judicial y jurisprudencial contenciosa al “concepto y alcance de la práctica que en términos anglosajones se denomina "mobbing" y que, por los expertos” se define como:

¹⁷⁹ Vid. CORREA CARRASCO, M. (2019). El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 437-438, pp. 166-172.

¹⁸⁰ Antes incluso que, en la doctrina judicial social, sin que nunca la jurisprudencia social haya ofrecido, hasta ahora, un concepto jurídico específico, a diferencia de la Sala III del TS. Con el tiempo, el concepto de ambos órdenes jurisdiccionales fue convergiendo, en la medida en que el orden contencioso no solo fue perdiendo presencia en este ámbito, sino que fue asumiendo el social. Aunque, como es sabido, el del orden social tampoco estaba libre de esa profunda ascendencia psico-clínica. Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “La "des-psicologización" del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”, Revista de Derecho Social (RDS), n. 86, pp. 119-144.

“una situación de violencia psicológica extrema, de forma sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esta persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

Si se compara este concepto con la Nota Técnica Preventiva 476/1998 del INSHT, sobre el concepto de acoso en el trabajo se hallará la fuente “científico-técnica” de este concepto jurisdiccional contencioso (luego asumido, con cierta modulación, por el orden social), pues son como “dos gotas de agua”. Otras sentencias anteriores y posteriores a la indicada asumieron esta misma concepción del acoso moral en el trabajo (ej. STS, Sala III, 24 de enero de 2014, Rec. 3769/2011). Varios problemas suscitan este concepto-concepción. El primero, que siendo tan restrictivo (exige elementos de intencionalidad, alta intensidad de la conducta, al identificar el acoso con violencia extrema, etc.), no solo se confunde con el concepto penal (art. 173 CP), sino que dificulta extraordinariamente la tutela, como prueba el que todas esas sentencias de responsabilidad patrimonial de las AAPP por daño de acoso moral en el trabajo público-administrativo son desestimadas. El segundo que, con ello se ignora por completo, como ha hecho notar la doctrina más atenta y crítica con este desajuste o fractura, que tal concepto científico-técnico hace años que se superó.

En efecto, como se recuerda oportunamente por este análisis crítico doctrinal, la -muy poco conocida judicialmente- posterior Nota Técnica Preventiva del INSST 854/2009, dejó sin efecto aquella comprensión, porque perjudicaba notablemente la tutela efectiva en el plano preventivo, que nada tenía que ver, para identificar y evaluar el riesgo típico de acoso moral en el trabajo, con esas exigencias “psico-logizantes” (Molina Navarrete, C). En esa NTP se comenzaba advirtiendo -denunciando realmente- que:

“En la actualidad, coexisten distintas definiciones del concepto “acoso psicológico en el trabajo (APT) o mobbing”. La falta de homogeneidad..., así como la ambigüedad de algunos conceptos descritos puede inducir a errores de interpretación que no permiten una correcta delimitación del problema. Por ello, se presenta una definición operativa de APT desde el marco técnico de la PRL... con el objeto de facilitar un marco conceptual que permita al especialista identificar y discriminar el acoso psicológico en el trabajo de otro tipo de situaciones. Esta NTP actualiza los conceptos de la NTP 476”.

Con esta exposición de motivos del cambio científico-técnico, el INSSST propondrá la siguiente definición de acoso moral en el trabajo como riesgo psicosocial y problema básico de salud mental en los entornos de trabajo. A saber:

“Exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud”.

Como puede verse, ni la intencionalidad, ni el daño ni la intensidad de la conducta serían elementos relevantes para el tipo-concepto de acoso moral en el trabajo, algo que una década después, en lo sustancial, la STC 56/2019 terminaría asumiendo, desde el plano jurídico estricto. Sin embargo, como también se ha venido destacando por el sector doctrinal más crítico con esta situación de desajuste entre normatividad (lo que el acoso moral en el trabajo debe ser jurídicamente) y efectividad (lo que el acoso moral laboral es en la doctrina judicial que lo aplica), ni la NTP de 2009 ni la STC de 2019 han tenido la menor influencia práctica, real, en el cambio debido de orientación jurisprudencial en esta materia, ni siquiera tras la consolidación de la competencia del orden social.

Entre los muchos ejemplos que podemos poner de esta resistencia en el ámbito de empleo público destacaríamos la STSJ Madrid 147/2023, 17 de febrero (sociedad estatal de correos y telégrafos, S.A.). Los ejemplos serían interminables.

6.2.3. ¿La consolidación del cambio competencial facilitará un nuevo concepto de (ciber)acoso laboral, a partir de la vigencia del Convenio 190 OIT?

¿La consolidación competencial del orden social en esta materia permite albergar más expectativas de que el cambio procesal se proyecte en una mejora real de la protección, en los entornos de trabajo público-administrativo, frente al acoso moral en particular y de la salud mental en general, por su mayor “sensibilidad garantista” como la jurisdicción “natural” en esta materia, o su menor carácter refractario a estas cuestiones de protección de la salud psicosocial que el orden contencioso-administrativo? Ciertamente, como nos enseña la experiencia profesional de muchos años en este oficio y le gusta decir también,

en el plano teórico, al profesor Molina Navarrete, el jurista no es un oficio de profeta, y menos ante las crecientes dificultades de previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, en un contexto de profunda incertidumbre, también de vaivenes legislativos constantes, donde la regulación se vuelve inestable, incierta y “líquida”, también la jurisprudencia¹⁸¹. Ahora bien, como también advierte este análisis doctrinal, hay que tener en cuenta algo que sí es cierto y que debería alentar un cambio profundo de comprensión jurisdiccional de estos problemas, no solo del acoso moral en el trabajo, sino de los riesgos psicosociales en general como es la entrada en vigor y la aplicación inmediata del Convenio 190 OIT desde el 25 de mayo de 2023.

Estamos convencidos, pues, que, más pronto que tarde, uno de los ámbitos en los que tendrá mayor incidencia esta entrada en vigor del Convenio 190 OIT será en el concepto de violencia y de (ciber)acoso en el trabajo, también público. Apenas se repare en el concepto de su art. 1 se verá las diferencias tan notables con el sostenido hasta el momento en nuestra experiencia judicial, al liberarlo de buena parte de las hipotecas que han venido lastrándolo en el pasado, hasta hoy (intensidad, daño concreto, finalidad dañosa, etc.). Algún ejemplo en la experiencia judicial del orden social parece apuntar en esa línea, como la STSJ Extremadura 92/2023, 15 de febrero. como veremos más abajo, de mantener una posición rígida en torno al alcance de la obligación preventiva de riesgos.

7. Una conflictividad que no cesa: La complejidad subjetiva de los accidentes de trabajo y su permanente impacto competencial.

7.1. “El reajuste de cuentas con el orden civil”: La atribución al orden social de las acciones por los daños profesionales, incluso provocados por terceros.

¹⁸¹ Sin ánimo de trivializar, menos de exhibir una ociosa erudición, frente al enfoque de seguridad o certidumbre jurídica que promueve el art. 9.3 CE cada vez parecemos caminar más, en la sociedad del riesgo global que nos envuelve, hacia ese concepto típico de la “mecánica cuántica” conocido como la “relación de indeterminación de Heisenberg o principio de incertidumbre”. Una profunda y conocida reflexión filosófica global sobre la pérdida de seguridad y de certezas clásicas, con el advenimiento de un tiempo de riesgos sociales globales, en BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, 2006. Y para su carácter líquido vid. BAUMAN, ZYGMUNT. (2003). *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica, México.

La voluntad legislativa de concentrar en el orden social la competencia para conocer de todo tipo de acción en aras de una tutela judicial efectiva e integral frente a cualquier daño profesional, en especial los derivados de las contingencias profesionales, no queda plasmada solo en la letra e) del art. 2 LRJS, sino en otros títulos competenciales, como en la letra b) de este precepto. En su virtud:

*“b) En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes **contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente**”.*

En este, en apariencia, sencillo precepto hay concentrada y resumida una muy larga y atormentada historia jurisprudencial, que la nueva LRJS quiso expresamente recoger con palabras de ley, a fin de tratar de erradicar otra de las manifestaciones del extendido vicio del peregrinaje de jurisdicciones y que, por lo general, tenía como protagonistas a la ávida voraz jurisdicción civil frente a una jurisdicción social que trataba de defender lo que se entendía ámbito natural, un “feudo jurisdiccional” propio, los accidentes de trabajo. Y ello, aunque en su producción interviniesen terceras personas, ajenas a la relación laboral, por no tener vínculo contractual de tal tipo, pero no completamente extramuros de lo que es el ámbito o esfera de actuación de la relación de servicios y la dirección y gestión de la empresa, ante la multiplicidad de partes que suele darse en el mundo del trabajo. No ha de olvidarse que, de lado de las personas trabajadoras, suelen integrarse en un colectivo más amplio, en una plantilla, y esas relaciones sociales y ambientales deben tenerse en cuenta en la planificación preventiva (art. 15 LPRL), y, del lado de la empleadora, tienen una enorme proyección las denominadas “relaciones triangulares de trabajo”, o aquellas en las que se identifican múltiples entidades o empresas intervinientes en el desarrollo de la relación. A lo que se suma la frecuente externalización de funciones empresariales.

El orden civil, en la situación previa a la LRJS, justificaba su competencia en este ámbito, ampliamente ejercitada en la práctica, también porque a ella se acudía de forma deliberada por las defensas letradas, ante las insuficiencias de protección efectiva por parte del orden social (ej. limitadas indemnizaciones en el orden social, frente a las más generosas del orden civil; tendencia del orden civil a relativizar el criterio subjetivista de imputación de la responsabilidad, frente a las propensiones del orden social a mantener,

al menos en aquél tiempo, los criterios de culpabilidad más rigurosos, ortodoxos, etc.) en la vis residual de la responsabilidad extracontractual ex arts. 1901 y ss. El orden social, sin embargo, recordaba una y otra vez, con escasa eficacia, como se recordó, hasta que halló el respaldo legal, a través de la LRJS, que la responsabilidad contractual laboral no podía agotarse únicamente en el vínculo directo de la empresa empleadora con la persona empleada víctima del daño profesional, sino que debía atender a todo el círculo amplio de relaciones y sujetos implicados en el funcionamiento de la actividad y, por lo tanto, en el trabajo que será la causa, o dará ocasión, a la contingencia profesional.

La externalización profesionalizada de una parte significativa de la actividad que a la empresa le corresponde en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, con la intensa actividad desplegada por terceras entidades (servicios de prevención ajenos, por ejemplo), así como la complejidad y heterogeneidad misma de las relaciones de aseguramiento en caso de daños profesionales (ej. Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social; empresas aseguradoras de la responsabilidad civil, etc.) contribuyen netamente a incrementar el número de sujetos intervinientes en las situaciones y procesos de daños profesionales. Sin embargo, tal complejidad jurídica y fáctica sustantiva no debería alterar ni difuminar, menos ensombrecer la existencia de una única jurisdicción adecuada, natural: la social.

Por lo tanto, a inexistencia de un vínculo contractual directo entre la persona víctima del accidente y las terceras personas intervinientes, no obsta a tal competencia social. Así se ha reconocido reiteradamente por jurisprudencia del orden de lo social, antes de la LRJS y, con más éxito, después, (ej. SSTs de 21 de septiembre de 2011, rec. 3821/2010 y 30 de octubre de 2012, Rec. 2692/2011, entre otras muchas desde 1993). En su virtud:

“(…)su competencia se extendía a conocer de demandas de reclamación también contra terceros no relacionados con contrato laboral con el accidentado, fundamentándolo en que las obligaciones de éstos deriva de la normativa específica de prevención de riesgos laborales, interpretando que, al tratarse de obligaciones incluidas dentro de la "rama social del derecho" - art. 9.5 LOPJ - y de obligaciones accesorias las del empresario principal - art. 14 LPRL -correr la suerte de la obligación principal. (...)”.

Para la Sala Social, la obligación legal de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras ex art. 14.2 LPRL la inserta dentro del contrato de trabajo y la proyecta también:

"a toda la esfera de influencia del contrato de trabajo, en cuyo campo el empleador es deudor de seguridad, con independencia de que en la producción del accidente haya habido, como es frecuente que ocurra, intervención negligente de tercero que no tenga "vinculación contractual" con el trabajador. (,,)

En suma, una vez más, la Sala IV predicará la debida coherencia entre el Derecho sustantivo (esa rama social del Derecho, que nunca se ha concretado con una meridiana precisión en ninguna ley procesal, ni tampoco en doctrina jurisprudencial alguna, más allá de referencias puramente descriptivas, como aquí se viene haciendo notar de manera reiterada) y el Derecho procesal social. Si en el primero existe una marcada complejidad subjetiva en infinidad de situaciones, porque plural puede ser la posición empleadora, y plural el número de personas intervinientes, marcando *una responsabilidad contractual de la empresa en daños profesionales de causalidad compleja, unitaria debe ser la competencia para enjuiciarla*, concentrada en el orden social de la jurisdicción¹⁸².

De ahí, en definitiva, que no solo pueda, sino que deba demandarse en la vía social, junto a la empleadora, bien a compañeros/as de trabajo que incidan en las conductas lesivas (ej. acoso en el trabajo¹⁸³) bien a empresas terceras (y sus personas empleadas) que contribuyan con su actuar a la producción del daño profesional. Esta eventual responsabilidad extracontractual tendría su cabida en la configuración expansiva del campo propio de lo que se denomina rama social del Derecho. Esta doctrina jurisprudencial quedaría estampillada, justamente, en la letra b) del art. 2, en la redacción renovada dada por la LRJS.

7.2. “Como la falsa moneda”: Un episodio de peregrinaje jurisdiccional de otra época

¹⁸² Muchos son los supuestos contemplados en la práctica judicial, como la competencia del orden social en relación con el empresario principal, contratista y subcontratista, contra otros presuntos responsables, como los promotores o la dirección técnica de la obra, o contra la propietaria de un camión y el conductor de éste que, estando descargando en el lugar en el que la actora prestaba servicios para RENFE OPERADORA S.A., se abrió la puerta del camión por efecto del viento, causándole traumatismos diversos-, etc. El ATS de 28 febrero 2007 resume los criterios utilizados por la Sala de conflictos, de manera reiterada y constante, desde el año 1993.

¹⁸³ Desde la histórica STS, 4ª, 30 de enero de 2008 RCU 2543/2008.

Pero una cosa es la voluntad legislativa decidida de acabar definitivamente con un vicio jurídico procesal, muy extendido en la práctica previa, y otra distinta, como aquí se está explayando, a lo largo y ancho de esta tesis doctoral, por ser nodal a su enfoque, que la experiencia práctica asuma fácilmente ese cambio. La realidad del foro social ofrece, también aquí, notables ejemplos de resistencias al cambio, de incomprensiones, o, más sencillamente, de crasos errores a la hora de su aplicación. Un ejemplo paradigmático - porque reúne en un solo caso todo lo negativo que procesalmente podía ocurrir antes de obtener una solución jurisdiccional, aunque, por fortuna, no sea lo más usual en el foro social, al menos tras la LRJS- lo ofrece la **STSJ IC/Las Palmas de 22 de enero de 2022** (RS 1016/2021).

Como siempre, comencemos su análisis, más allá del caso concreto, haciendo una breve referencia a su relato fáctico, porque ayuda a comprender bien el problema que está en el fondo de esta cuestión y, sobre todo, nos ayuda a empatizar con quienes sufren los defectos de jurisdicción. En el caso, una mujer, vigilante de seguridad privada, denuncia la que considera negligente actuación del médico del trabajo adscrito a una -extinta- sociedad de prevención, al calificarla como “Apta” para volver o retornar¹⁸⁴ a su puesto, tras un accidente de trabajo, sin un previo proceso de adaptación tras la baja médica e intervención quirúrgica.

Al respecto, conviene recordar que el art. 31. 3. f LPRL, que regula los servicios de prevención, dispone que éstos deberán proporcionar asesoramiento y apoyo a las empresas sobre "la vigilancia y salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo". A continuación, establece que, si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones respecto a dicha materia se efectuará por los servicios de prevención ajenos (SPA). El ar. 19.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, del reglamento de servicios de prevención, dispone que los SPA deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en relación con las actividades concertadas, si bien la responsabilidad de su ejecución corresponde a la propia empresa.

¹⁸⁴ Tanto la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (ESST) 2023-2027, como el V Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva (V AENC) 2023-2025, en el marco estratégico comunitario de seguridad y salud, así como en el más reciente de salud mental, propone tomar más en serio, reforzar, esta obligación de gestión del retorno de las personas trabajadoras que han sufrido un accidente de trabajo

Por supuesto, todo ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas, precisándose en su apartado segundo, que dichas entidades asumirán las funciones señaladas en el art. 31.3 LPRL. De estos preceptos se deduce que los SPA tienen, entre otras misiones, la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras en relación con los riesgos derivados del trabajo. De este modo, a ellos les incumben constatar, en su función de vigilancia de la salud si aquéllos mantienen intactas sus capacidades y aptitudes, si se han visto en algún modo alteradas por el accidente de trabajo o si, incluso, las han perdido de forma sobreenvenida.

En todo caso, están obligados a informar al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención de sus conclusiones sobre dicha situación, a fin de afrontar la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, si pueden continuar, siempre con las cautelas del art. 22 LPRL. En cambio, si el SPA informa al empresario sobre la ineptitud sobreenvenida para el desempeño de su puesto de trabajo, éste, en cumplimiento de su deber de seguridad para con sus trabajadores, previsto en el art. 14.2 ET, deberá ordenar al trabajador afectado que deje de prestar servicios en el puesto de trabajo afectado para evitar, de este modo, cualquier riesgo en el desempeño de su puesto de trabajo.

En el caso aquí analizado se constata la aptitud por el SPA, aunque la trabajadora no opina lo mismo. Emerge, pues, una nueva dimensión jurídica de la creciente problemática que suscita la determinación del valor de los informes de aptitud o ineptitud (parcial o total) de los SPA, sea a los efectos de reubicación o adaptación de puesto de trabajo compatible ex art. 25 LPRLS (enfoque de garantismo jurídico favorable a la estabilidad real) sea a efectos de despido por el art. 52 letra a) (enfoque de gestión flexible a favor de la empresa sobre la base de un garantismo jurídico débil, meramente obligacional). En el conflicto aquí analizado no se entra en el análisis de este instrumento de vigilancia de la salud y gestión empresarial, al ser solo procesal la cuestión litigiosa, la determinación de la competencia. No obstante, siquiera brevemente, puede merecer la pena dejar una mínima reseña, en especial al hilo del constante debate judicial en materia. En este sentido, en la primavera de este año la salara aragonesa de suplicación social dictó una decisión, la STSJ Aragón, Sala de lo Social, 221/2023, de 20 de marzo (RS 113/2023),

que volvía a reabrir uno de los problemas más significativos que viene planteando este documento, como es el valor que se le otorga como medio de prueba justificativo del despido.

En este sentido, asume que sí ha de dársele tal valor jurídico si en él se describe con detalle las secuelas y limitaciones funcionales en relación con su puesto de trabajo, sin limitarse únicamente a la declaración de aptitud o no. Recuerda, conforme a la doctrina jurisprudencial en materia, que

“el solo diagnóstico de no apto realizado por el servicio de prevención es insuficiente para tener por acreditada la ineptitud sobrevenida para el desempeño de las fundamentales tareas del puesto de trabajo, capaz de justificar el despido por causa objetiva. Pero en este caso el no apto de dicho informe se ve justificado por el detalle en la descripción de las secuelas actuales del afectado en relación con su puesto de trabajo”¹⁸⁵.

Volamos a nuestro asunto, en el que el informe no fue de ineptitud, tampoco dirigido a la adaptación del puesto¹⁸⁶, sino de plena aptitud para el trabajo, sin más. A juicio de la trabajadora y así lo tratará de hacer ver a través de su defensa letrada, la recomendación que se hizo desde el servicio de prevención ajeno (SPA) constituye la razón principal de su situación de recaída por accidente de trabajo, exigiendo una segunda intervención quirúrgica que, lejos de resolver el problema de salud habría terminado con un daño profesional permanente. Hasta el punto de que ha sido reconocida en una situación de incapacidad permanente en grado de total (IPT) para su profesión habitual de auxiliar de vigilante de seguridad derivada de accidente de trabajo (IPT profesional).

La trabajadora presenta una demanda de indemnización por daños y perjuicios a causa de lo que considera un error de prescripción médica, cuantificada en la demanda en virtud de la aplicación del sistema de valoración-baremo de daños personales derivados de accidentes de tráfico (Ley 35/2015, 22 de septiembre), ascendiendo la cantidad reclamada

¹⁸⁵ La doctrina jurisprudencial referencial es la conocida STS de 23 de febrero de 2022 (RCUD 3259/2020). El TSJ Aragón descarta aplicarla porque se trataba en tal caso de un informe del Servicio de Prevención que no identificaba las limitaciones funcionales del demandante ni precisaba de qué modo le impedían el desempeño de las funciones listadas en el propio informe, salvo en lo que afectaba a la capacidad de conducir del trabajador.

¹⁸⁶Recuérdese que, conforme al art. 16.2 a) LPRL, la evaluación de riesgos se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. Para la acción preventiva, de interés la NTP del INSST; Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento, N. 116, año 2018

a cerca de 130.000€. En cambio, ningún reproche se hacía a la actuación de la Mutua - entonces- de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (que pertenecían al mismo grupo empresarial) por su actuación de asistencia sanitaria.

Presentada su demanda en la jurisdicción civil fue rechazada, en favor del orden contencioso¹⁸⁷. Éste, sin embargo, la declinó, inhibiéndose a favor del orden social¹⁸⁸. Pero éste, en cambio, también se declaró incompetente, dictándose el Auto sin audiencia de ninguna parte ni del Ministerio Fiscal¹⁸⁹.

Para como de “males procesales” (vicios de actuación), en el Auto no se indicaba cuál debía ser el orden jurisdiccional competente realmente adecuado para interponer la acción de responsabilidad civil. En el escrito de demanda se separa claramente la actuación del Servicio de Prevención Ajeno (Sociedad Prevención de Fremap) y la decisión médica de declarar a la actora "APTA" por parte del médico del trabajo de la asistencia sanitaria que la actora vino recibiendo de la Mutua Fremap (entidad colaboradora de la Seguridad Social), con la que la empleadora tenía concertada la cobertura de contingencias profesionales. No se cuestiona, pues, la asistencia sanitaria recibida durante sus procesos de baja médica derivada de accidente de trabajo.

Para justificar legalmente esta tercera inhibición competencial es esgrime el art. 3.g) de la LRJS¹⁹⁰, interpretado según la doctrina del ATS 5/2019, 19 de febrero de la Sala de Conflictos de Competencia. Lógicamente descontenta e inconformista la trabajadora

¹⁸⁷ El Auto de 11 de octubre de 2016 del juzgado de 1ª Instancia n. 12 de Las Palmas (procedimiento ordinario 309/2016), declara la falta de jurisdicción de este tribunal para conocer del asunto, señalándose que puede usar el derecho ante los juzgados de lo contencioso administrativo. Las partes en estas actuaciones son la trabajadora y como codemandados aparecen el médico de la sociedad de prevención y la sociedad misma (FREMAP).

¹⁸⁸ El Auto de 23 de abril de 2018 dictado por el Juzgado de lo contencioso administrativo 2 de Las Palmas (procedimiento ordinario 379/2017) declara la falta de jurisdicción del orden contencioso administrativo para conocer de la pretensión formulada que podrá deducir ante el órgano competente del orden jurisdiccional social. Las partes en estas actuaciones son las mismas que en el caso del Auto civil.

¹⁸⁹ La demanda de fecha 16 de abril de 2019 ante la jurisdicción social (autos 440/2019) añade ahora a la empresa ILUNION, junto al médico de la sociedad de prevención y a ésta.

¹⁹⁰ "g) las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad"

con esta auténtica “pesadilla judicial” presentó recurso de suplicación, razonando la violación por la instancia de -básicamente¹⁹¹-:

- a) su obligación de elevar la cuestión de competencia de oficio (art. 42 y 43 LOPJ)
- b) el art. 2 b) LRJS.

7.3. Evocación de la clásica doctrina de la causalidad compleja de los accidentes de trabajo a favor de la competencia jurisdiccional social

El recurso de suplicación ha sido impugnado por la representación procesal de la entidad QUIRÓN PREVENCIÓN SL (que adquirió la Sociedad de Prevención Fremap, la demandada) y por la empresa ILUNION SEGURIDAD SA (antes Vigilancia Integrada SA). La impugnación de ambas se centró en que la acción ejercitada por la actora se halla excluida de la competencia de la jurisdicción social a tenor de lo previsto en el art. 3.g de la LRJS. Para ello se cita diversas doctrinas de suplicación social, como las SSTTSSJ, sala social, de Galicia de 18 de octubre de 2017 y de Castilla León de 19 de junio de 2019, en materia de responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria de las Entidades colaboradoras de la Seguridad Social en las que se declara la incompetencia del orden social para conocer del asunto remitiendo al orden de lo contencioso administrativo.

También hay impugnación por parte del médico que emitió el dictamen de Aptitud, codemandado. En este caso se invoca el ATS 5/2019 de 19 de febrero, de la Sala de Conflictos de competencia del TS, citado. En él se establece la competencia del orden de lo contencioso-administrativo para resolver acciones de reclamación de indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad civil) derivada de la asistencia sanitaria de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, destacándose el carácter público de las Mutuas.

Qué duda cabe que puede pensarse que se trata de un problema de otro tiempo, de otro tiempo, por diversos motivos y con distintos enfoques, y opuestas valoraciones. En primer lugar, porque trae a colación un proceso ya terminado, aunque muy cuestionable, como fue el de la venta (apresurada y malbaratada) de las sociedades de prevención,

¹⁹¹ Específicamente se denuncian las siguientes infracciones: - Art 68.4 de la LGSS, tras la reforma de 2014, -art. 2 apartado b, Art. 24 CE - Art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - Art. 42 y 43 de la LOPJ

titularidad de las Mutuas colaboradas de la Seguridad Social¹⁹². Hoy las Mutuas ya no tienen esa función, aunque conservan, según el art. 82.3 TRLGSS la posibilidad, dentro de la acción protectora (pública) de seguridad social, de realizar:

“actividades de asesoramiento a las empresas asociadas... al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional”.

Ciertamente, no hay posibilidad razonable de confundir (salvo mediar mala fe o abuso de derecho) esta actividad asesora con la obligación específica de vigilancia de la salud debida en casos de retorno al trabajo en tales casos (es el supuesto analizado), que incluye una evaluación de los riesgos físicos y psicosociales y un programa planificado de regreso al trabajo y un ambiente de trabajo positivo y de apoyo. Una responsabilidad que carga de forma estricta sobre la empresa y de sus servicios de medicina del trabajo, aún ajenos.

En cualquier caso, aunque se trata de actividades diferentes, muestra, de un lado, la complejidad de los procesos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, por lo tanto, también, en su caso, cuando se actualiza en daños, de los propios accidentes laborales (y enfermedades profesionales). De otro, la multiplicación de intervenciones que pueden tener una incidencia significativa, en algún grado, en el desenvolvimiento efectivo de cada concreta situación, hasta contribuir, si media cualquier grado de negligencia, en un daño a la persona empleada. Precisamente, el art. 2 e) LRJS también atenderá a este tipo de situaciones, integrándolas en su ámbito de control jurisdiccional, para el orden social. En consecuencia, una acción de responsabilidad civil solidaria en tales casos no plantea problema alguno en la competencia del orden social ex art. 2 e) LRJS, por tanto, ni del civil ni del contencioso ex art. 3 g) LRJS.

Y es, precisamente, en este sentido, en segundo lugar, donde la situación litigiosa que se analiza parece sacada del pasado más viciado anterior a la LRJS. Que una situación pase de “mano en mano”, como “la falsa moneda”, primero del orden civil, luego para el contencioso y finalmente para el social, y éste entienda que el periplo, nada virtuoso, debe volver a empezar, sorprende. Pero, lo cierto, es que se produce, con lo que se manifiesta las resistencias culturales que siguen anidando en determinados titulares de la jurisdicción

¹⁹² Debe recordarse la reforma introducida en la LGSS por la ley 35/2014 que modificó el art. 68.4 en relación con el art. 2.b LRJS. Vid. MOLINA HERMOSILLA, O. (2008). *El papel de las sociedades de prevención en el mercado de los servicios de prevención*. Laborum, Murcia.

pese a los cambios nítidos y transparentes de las leyes, en concreto de la LRJS ante este auténtico dislate judicial, la muy certera STSJ IC/Las Palmas de 22 de enero de 2022 (RS 1016/2021) devolverá la cordura a la aplicación del Derecho procesal social. Con una muy oportuna cita de una antigua, pero clásica y muy acertada, doctrina propia del Derecho de precedentes en la materia, la conocida como doctrina de la causalidad compleja de los accidentes de trabajo (ej. STS de 30 de octubre de 2012, rec. 2692/2011), recuerda que la deudora de seguridad se extiende a toda el área de influencia contractual, aunque en la producción de accidente sea clave la intervención negligente de personas terceras, sin vínculo contractual con la persona trabajadora.

Conviene recordar que no se solicita responsabilidad de la entidad FREMAP como colaboradora de la Seguridad social en la gestión de asistencia sanitaria (arts. 80 y ss. TRLGSS), sino como entidad de prevención de riesgos legalmente constituida, conforme al régimen precedente (RD 688/2005, 10 de junio)¹⁹³. Por lo tanto, ante una reclamación de indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad civil) derivada de una supuesta negligencia, que la actora imputa al especialista médico, adscrito a la especialidad de medicina del trabajo de un SPA de la empleadora de la actora (ILUNION). Sin perjuicio de la probanza de los hechos (en el juicio de fondo), parece claro que la demanda realizó una diligente identificación de los elementos (objetivos y subjetivos) que exige una acción de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo culposos, aun por la negligencia de un tercero (servicio de prevención ajeno). En consecuencia, es difícil comprender que la instancia social se inhibiera, ante la clara exposición -otra cosa es la prueba- de un nexo causal entre el accidente de trabajo, el criterio médico expedido por el SPA de la empresa y la producción de un daño por el que reclama la indemnización que sustenta su acción.

Con un mínimo esfuerzo clarificador de las diferentes situaciones, deslindadas en los escritos de la trabajadora (ahora pensionista de IPT), quedaba expedito el camino para el orden social, pues no era aplicable la letra g) del art. 3 LRJS, que excluye las acciones de reclamación relativas a la asistencia sanitaria de estas entidades (por tanto tampoco es de aplicación el Auto 5/2019 de 19 de febrero de la sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en la que resuelve sobre una acción dirigida frente a una Mutua por responsabilidad civil

¹⁹³ El art. 22 del RD 39/1997 separaba la actuación sanitaria de las Mutuas de Accidentes de Trabajo (hoy Mutuas colaboradoras) de su calidad de Servicios de prevención (que hoy no tienen, salvo lo que prevé el art. 83.2 TRLGSS).

con ocasión de la asistencia sanitaria recibida como entidad "pública" colaboradora de la Seguridad Social). sino actuando como entidad/empresa de prevención de riesgos ajena. Además, la actuación de la entidad de prevención de riesgos que impugna se toma tras un proceso de baja e intervención quirúrgica derivado de un accidente de trabajo. De ahí su pleno encaje en la letra b) del art. 2 LRJS.

Tras esa -sencilla- clarificación, la sala de suplicación social canaria se limitará reproducir largamente la jurisprudencia social comentada, relativa a la competencia del orden social también en casos en los que la acción del accidente de trabajo deriva de una intervención de terceros. Aplicando la normativa y jurisprudencia referida concluye lo que era muy obvio y no debió lugar a este “viciado baile competencial”: es competente el orden de lo social para conocer del fondo de la acción planteada.

Eso sí, de la escasa clarividencia judicial, o de la desatención jurisdiccional del buen trabajo de la defensa letrada de la trabajadora-pensionista, el resultado será, una vez más en el marco de la justicia dilatoria indebidamente (pues deriva -a mi modesto entender, y siempre en estricto análisis científico de una notoria negligencia judicial), la estimación del recurso implica devolver los autos para que se pronuncie en instancia sobre el fondo. En fin, otro volver a empezar para que, ahora sí, años después (el relato de hechos permite comprobar cuán dilatado ha sido este asunto por problemas estrictamente procesales, de declinación sucesiva de competencia nada menos que por todos los órdenes judiciales posibles, salvo el militar y el penal, que no estaban concernidos bajo ningún concepto-). Como si no tuviese ya, de por sí, notable retraso la justicia social española, otrora modelo de celeridad procesal, hoy más bien solo un principio normativo objeto del deseo, tanto como insatisfecho en la práctica¹⁹⁴.

7.4. ¿El trabajo judicial tomado en serio puede “salvar vidas” o, de ser negligente, contribuir a perderlas?

Sin querer, en modo alguno, dramatizar, ni exagerar, no me parece exorbitante traer a colación la necesidad de que los problemas ligados a la salud de las personas se tomen

¹⁹⁴ Las estimaciones sucesivas del TC de amparos en tal sentido constituyen la mejor prueba del reproche institucional a una constatada realidad de justicia social dilatoria. Y si es dilatoria, entonces no parece que sea muy justa.

muy en serio y ello desde todas las partes intervinientes, también cuando se judicialice. Estos temas deben tomarse en serio, pues, la negligencia puede derivar en situaciones más trágicas. Un ejemplo interesante al respecto es la bien fundada STSJ Castilla-La Mancha 123/2016, 2 de febrero. En ella se califica de laboral el suicidio (riesgo psicosocial en boga, lamentablemente) de una persona vigilante de seguridad, aún con antecedentes de psicopatología y bajas, porque *la empresa incumplió su deber de adaptar el puesto de a su especial situación de salud depresiva tras reincorporarse de una baja médica.*

Oportuno es traer a colación la STEDH de 18 de enero de 2022 (CASE OF LYUBOV VASILYEVA v. RUSSIA, demanda 62080/09) que responsabilizó al Estado ruso del suicidio de un recluta por no atender debidamente su obligación de establecer medidas de prevención adecuada del riesgo (psicosocial) de suicidio en este ámbito, pero también profesional), pese a tener constancia estadística de la prevalencia de suicidios y, por tanto, del riesgo institucional. Volveremos sobre este tema en el próximo capítulo.

CAPÍTULO 4. UNA PERSPECTIVA DE FUTURO INMEDIATO: CAMPOS POR EXPLORAR PARA LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

1. Planteamiento general: ¿cuán creíble es la universalización del derecho a un entorno seguro y saludable, “civil” y “(para)militarmente”?

A nuestro juicio hay una cuestión que suele quedar extramuros de los análisis jurídicos en esta materia, salvo contadísimas ocasiones. Como se estudió detenidamente en el largo y denso capítulo anterior, central en la arquitectura, crítica y propositiva, de esta tesis doctoral, el reconocimiento del orden social como la jurisdicción garante con plenitud de la efectividad de la tutela judicial en materia de seguridad y salud en todo entorno laboral, también público-administrativo y respecto del personal estatutario, frente al contencioso, en su dimensión preventiva y reparadora, por qué no se proyecta esa competencia para un colectivo de profesionales de empleo público especial: el personal de la Guardia Civil. Hemos visto que sí lo es respecto del personal de la Policía Nacional. Naturalmente, soy consciente de que aquí el factor diferencial más relevante es el que señala que este tipo de personal o colectivo tiene la condición de “personal funcionario militar” o asimilado al personal militar que, aunque también expuestos a los riesgos de seguridad y salud en el trabajo, incluso con perspectiva de género, tienden a quedar fuera de la competencia del orden social lo que también tiene su impacto en la calidad de la tutela, mucho menos eficaz, al reconducirse a menudo por la vía del orden militar (ej. situaciones de acoso y de ciberacoso en el trabajo).

¿No es el momento de plantearse la misma solución para conocer del incumplimiento preventivo en el empleo público funcional militar, al menos respecto de la Guardia Civil y determinadas situaciones vinculadas a cuestiones estrictas de seguridad y salud en el trabajo? Hasta el momento, cuestiones como el acoso, moral y/o sexual en el trabajo, los suicidios (crecientes, tanto en la Guardia Civil como en el personal médico), o el agotamiento profesional por jornadas inhumanas, o se conducen por la vía del orden penal militar (que conoce frecuentes sentencias condenatorias), o quedan en la más absoluta invisibilidad jurisdiccional.

Se recordará que, conforme al art. 3.2 de la LPRL (que refleja, a su vez, el art. 2 de la Directiva marco), se excluye su aplicación a las “actividades” (por tanto, nunca a personas o colectivos profesionales en sí), cuyas especificidades o particularidades imposibiliten, no ya solo dificulten u obstaculicen, su puesta en práctica. Así sucedería en una serie de funciones públicas que lista -de forma cerrada-:

- a) **Policía**, seguridad y resguardo aduanero
- b) Servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública.
- c) **Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil.**

No obstante, precisa:

“esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades”.

Este desarrollo se produjo a través del Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, así como del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil¹⁹⁵. Normas específicas que deben interpretarse, en lo sustancial, conforme al sistema a normativo estatal y comunitario, con una jurisprudencia del TJUE activa en tal sentido, como también se analizó en su momento.

Naturalmente, la dimensión sustantiva no tiene por qué condicionar la procesal, pero ya hemos visto que sí es relevante. En la práctica su aplicación es muy deficiente y, a mi juicio, una de las razones fundamentales es, además de la falta de cultura preventiva en este ámbito, por una visión muy tradicional, jerarquizada y anticuada de la función de policía y de las Fuerzas Armadas, más de la Guardia Civil, es la falta de competencia social en la materia.

¹⁹⁵ https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Codigo_normativo_de_FFCCSE_126180098_web.pdf

2. Persistentes resistencias a la comprensión del acoso en el empleo público como riesgo específico e impacto en la distribución de competencia judicial.

2.1. El problema sustantivo: la exclusión de la calificación del acoso moral en el empleo militar o paramilitar como acto de servicio.

2.1.1. Los riesgos psicosociales como meros factores de vulnerabilidad psíquica personal y naturaleza ambiental, ajena a la actividad de servicio.

Según hemos podido analizar con detalle en el capítulo precedente, la competencia social no lo es solo para la tutela preventiva, sino también para la reparadora. Al respecto, tuvimos oportunidad de analizar con algún detenimiento el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019, que declaró la competencia de la jurisdicción social en una demanda promovida por una funcionaria y mutualista de MUFACE. En este caso, la IT procedía de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso. Invocaba a tal fin 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. La referencialidad de esta resolución jurisdiccional para la consolidación práctica del cambio de competencia, desde el orden contencioso al social, conforme a la voluntad legislativa reflejada en la letra e) del art. 2 LRJS, ha sido confirmada en diversas sentencias de la Sala IV, también aquí analizadas¹⁹⁶.

Entre los impactos más significativos, no solo procesales sino con una dimensión clave sustantiva, de este cambio legislativo y su asentamiento en la práctica, hasta ser una experiencia generalizada o normalizada en el foro social, ha sido el arrinconar, cuando no levantar un acta de defunción a la necesidad de acudir al “calvario” del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para pedir la reparación de los daños derivados de conductas de acoso contra el personal de empleo público¹⁹⁷. El

¹⁹⁶ Entre otras muchas, la STS, 4ª, 450/2022, 19 de enero.

¹⁹⁷ Vid. arts. 91 y 92 Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 32 a 35 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

absoluto fracaso al que estaban abocadas la mayor parte de estas acciones de responsabilidad de índole patrimonial de las AAPP, como acreditan los estudios estadísticos en la materia y el más elemental repaso de las principales decisiones en este ámbito, encuentra algunas otras manifestaciones equivalentes en la práctica administrativa, que permanece ignota.

De nuevo, como ha denunciado la doctrina científica más sensible con esta cuestión, y que la ha desvelado, con tan fina ironía como contundencia crítica¹⁹⁸, estamos ante otro ejemplo emblemático de la incomodidad, incluso incomprensión, que el orden contencioso-administrativo ha venido rezumando respecto del acoso moral en el empleo público. En esta tipología de supuestos, especialmente refractaria y renuente se muestra la Sala contencioso-administrativa (C-A) de la Audiencia Nacional, no corregida por la Sala III del TS. Ilustrativa es la **SAN, C-A, 1 de marzo de 2023** (rec. de apelación 124/2022), que conoce (procedimiento abreviado) un recurso por Guardia Civil contra una resolución de la Subsecretaría de Defensa, por delegación de la ministra del ramo.

Brevemente, el relato de hechos es el siguiente. El Guardia Civil sufre una baja laboral cuyo origen, médicamente probado y no discutido, es la situación de trastorno adaptativo mixto, ansioso-depresivo, secundario a una situación de acoso de un superior en su ámbito laboral (una vez más estas conductas tan deplorables se convierte en caso difícil, o caso tipo, para el análisis de situaciones jurídicas más generales y que someten a una dura prueba de resistencia las concepciones más tradicionales y ortodoxas de los diferentes sectores jurídicos, desde luego del Derecho Administrativo de la Función Pública en general, y del Derecho de la Función militar o paramilitar en particular). Sin embargo, la resolución que se dicta Dictada declarará -también con un viejo lenguaje jurídico, muy representativo de lo obsoleto de todo el entramado, normativo e institucional-:

“la inutilidad para el servicio, ajena a acto de servicio, del Guardia Civil recurrente”.

Presentado el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n. 3, lo desestima, confirmándose su sentencia en el recurso de apelación ante la Sala C-A de la AN. Esta Sala llegaría a idéntica decisión que la sentencia de instancia. A su juicio, existe coincidencia sustancial en el diagnóstico

¹⁹⁸ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “El (ciber)acoso en el empleo público: balance y perspectivas a la luz de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT”, *Ob. cit.* pp. 99 y ss.

(trastorno ansioso-depresivo) y el alcance incapacitante de la patología psiquiátrica padecida respecto de la prestación del servicio (así se muestra tanto por el Dictamen de la Junta Médico-Pericial¹⁹⁹ como por los informes clínicos aportados de parte), pero niega que sea consecuencia directa y exclusiva de la “naturaleza del servicio desempeñado”, por lo que carecería de “tal relación directa en el plano jurídico del que ahora se trata”.

La Sala contenciosa requiere, pues, una estricta relación de causalidad directa entre la patología del Guardia Civil y el acto de servicio, esto es, debe incapacitarse (curiosamente se mantiene el viejo, y creo poco gratificante, más bien “indignante”, de “inutilidad para el servicio”):

“...en acto de servicio, o con ocasión y consecuencia del mismo, y que el evento determinante del hecho sea accidente o *riesgo específico del cargo, no en su entorno o por el mero desempeño, como aquí se visualiza*”.

En consecuencia, no se trataría de una cuestión fáctica, ni meramente clínica, sino de índole “netamente jurídica” (FJ Segundo)²⁰⁰. Y es aquí donde comienza la gran distancia que abre la Sala C-A en el entendimiento de estas situaciones con las que se asumen en el orden social de la jurisdicción que, por lo que luego se dirá y como apunta la mejor doctrina, debería ser realmente la competente en aplicación del art. 2 e) LRJS.

La AN nos recuerda -para los que no estén versados en su doctrina- que, situados en este plano de estricta juridicidad de la calificación como incapacitación por contingencia profesional, perdón, como “inutilidad por acto de servicio” que lleva décadas declarando, de forma unánime (con lo que se ufana de una decisión más bien calificable de contumaz, por carecer de la debida racionalidad jurídica, a nuestro modo de ver, y persistir en el error), que ni la “conflictividad laboral” los riesgos psicosociales que de ella se derivarían -estrés, agotamiento profesional-) ni el “acoso laboral” (como una de las “manifestaciones

¹⁹⁹ Entre las funciones de la Junta Médico Pericial ordinaria está la de dictaminar desde el punto de vista médico sobre la aptitud del personal militar de las Fuerzas Armadas conforme al Real Decreto 944/2001 de 3 de agosto, sin que la normativa aplicable exija la presencia de médicos militares de la especialidad de la patología que se diagnostica. Vid. SAN, C-A 30 de noviembre de 2022 -recurso 49/2022-.

²⁰⁰ Remitiendo a su precedente de la SAN, C-A, 6 de julio de 2022 -recurso de apelación 26/2022-, recuerda que constatar la relación causal es una cuestión de interpretación jurídica, partiendo de los conocimientos técnicos médicos obrantes en las actuaciones, pero sin vincularse a ellos, pues, como recuerda indicó en la SAN, C-A., 11 de mayo de 2022 -apelación 8/2022- “el concepto de relación causal no es idéntico en términos médicos que jurídicos”. Hasta aquí no hay ninguna sorpresa ni afirmación extraña, sucede lo mismo en el ámbito de la jurisdicción social, pues los conceptos de estrés, de burnout o de acoso no son meramente clínico-médicos, sino jurídicos, aunque se requiera periciales científico-técnicas.

más reprobables” de la conflictividad laboral) ameritarían la calificación como «acto de servicio» a los efectos de la correspondiente protección social reforzada (SSAN, C-A, de 6 de julio de 2011 -rec. 82/2011 y 7 de febrero de 2018 -recurso apelación 109/2017-)- De este modo, de nuevo, el orden contencioso marcaría una radical fractura entre el tratamiento jurídico de las contingencias profesionales en el Derecho de la Seguridad Social común y el accidente en acto de servicios para el Derecho especialísimo de la protección social para la función profesional paramilitar.

Pero si la afirmación genera una extrema perplejidad jurídica, fuera de la especificidad tradicional de este sector extramuros, quizás indebidamente, de las inquietudes y, por lo tanto, estudios del jurista del trabajo, que ni atisba la posibilidad de que el Derecho Social del Trabajo pudiera ser Derecho común para este régimen especialísimo históricamente, las razones que se esgrimen aún causan mayor sorpresa, incluso sonrojo, por el dislate jurídico, incluso de conciencia de la realidad que tiene la Sala contenciosa de la AN, que representan. Por supuesto, sea hecha esta crítica con el debido respeto institucional igualmente y siempre en debido ejercicio de defensa de la función crítica jurídico-social del trabajo científico. En efecto, es difícil no sentir rubor cuando se lele en sentencias de un Alto Tribunal como la AN lo siguiente:

“La aparición de acontecimientos ambientales estresantes como...una situación de tensión laboral...desencadenantes de un trastorno psíquico dependen de la **propensión individual o predisposición o fragilidad emocional** de los individuos a padecerlo (...).Y es que el criterio exigido por la norma legal para la calificación de la incapacidad como... acto de servicio requiere una relación de causalidad directa e inmediata entre el servicio y la lesión o enfermedad incapacitante, lo que significa la ruptura del nexo causal cuando en la producción de la lesión o de la enfermedad invalidante intervengan circunstancias subjetivas del...enfermo, que de modo...concluyente determinen su producción”.

Esto es, en las enfermedades del trabajo de origen psíquico subyace un dominante factor de vulnerabilidad psicológica personal. En otros términos, los riesgos psicosociales derivan de las limitaciones o “debilidades de personalidad” de las personas, sin perjuicio del influjo que se pueda producir por las condiciones del entorno que envuelven todas sus relaciones, también las de prestación de servicios. En cambio, no derivarían directamente de la “específica naturaleza del servicio realizado” y su peligrosidad o inseguridad en sí, por lo que no habría un elemento objetivo, ligado directamente al servicio prestado, al

margen de las circunstancias que lo envuelven, según exigiría el art. 47.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (TRLCP). Una -restrictiva- lectura que, a su entender, no contradice la doctrina del Tribunal Supremo (STS, 3ª, 912/2021 de 24 de junio). Ni el desarrollo reglamentario de este precepto ni la comparación con el art. 115 LGSS (hoy art. 156 TRLGSS), haría variar esta -reductiva- comprensión²⁰¹.

2.1.2. “Sostenella y no enmendalla”: el carácter refractario de esta doctrina a la nueva orientación de la jurisprudencia contenciosa.

No es, pues, el reflejo de una decisión judicial desafortunada, poco sensible y, desde luego, poco concedora, en el plano científico-técnico de que significa en los entornos de trabajo, también de la Guardia Civil, los factores de riesgo psicosocial, como serían los agentes estresantes. Al contrario, es una doctrina muy consolidada que considera deberá ser mantenida (entre otras, SSAN, C-A, de 15 de septiembre de 2021, apelación 53/2021 y 6 de julio de 2022, apelación 25/2022) incluso con la evolución que, con carácter general, parece experimentar la jurisprudencia de la Sala III en este ámbito.

La Sala C-A de la AN es consciente, como es lógico, de los nuevos vientos que corren en la doctrina de casación, que ya le ha enmendado la plana en diversos aspectos propios de la configuración del concepto de accidente en acto de servicio, flexibilizando de una manera notable el entendimiento del citado art. 47 TRLCP. Revisión que, justamente, trata de eliminar, o al menos reducir, la brecha existente precedentemente entre el orden social y el contencioso en un ámbito jurídico-social que, sin embargo, debería tratarse de manera análoga, también en su interpretación jurisprudencial. Ahora bien, para la AN, que el TS insista la exigencia de que «sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia de este» (SSTS, C-A 21 y 24 de junio de 2021 -casación 7791/2019 y 8335/2019, así como la de 16 de marzo de 2022 -casación 3158/2020), rectificando en toda línea sentencias de esta Sección, relativas a la pensión extraordinaria por accidente in itinere, considera que no son aplicables a este caso:

²⁰¹ Vid. artículo 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. En tal sentido también SAN, C-A, de 14 de septiembre de 2022 -recurso de apelación 37/2022-.

“Las mismas, aunque se refieren en concreto en relación al accidente in itinere, a efectos de percibir pensión extraordinaria por declararse la inutilidad permanente para el servicio, discusión es ajena a este caso”.

Aunque la Sala de la AN percibe que la evolución jurisprudencial reduce de forma notable la consistencia de su doctrina precedente, con esa interpretación más flexible y abierta de la normativa aplicable en el régimen de mutualismo administrativo²⁰², insiste en descartarla. A tal fin sostiene que:

“...dichas sentencias consideran que son dos los supuestos de accidente que en el artículo 47.2 fundamentan la pensión extraordinaria: (i) el que se produce en acto de servicio y (ii) el que se produce como consecuencia del servicio, frente al criterio que se venía utilizando por esta Sección Quinta de entender que *la consecuencia había de ser del acto de servicio en sí*, sin las dos variantes que considera esta última jurisprudencia que es como debe interpretarse el precepto. *Por tanto, solo entran en el concepto jurídico de «acto de servicio» el accidente o enfermedad consecuencia del ejercicio de las actividades propias del servicio desempeñado, no las patologías psíquicas* que puedan derivarse de un factor estresante laboral, como es el caso. (...)”. (FJ Tercero).

Al debilitamiento de la tutela reparadora que deriva de esta comprensión tan estricta más bien reductiva, reduccionista y devaluadora de su configuración como un derecho constitucional en igualdad de condiciones para toda la ciudadanía laboriosa, para este colectivo, sumamos efectos más “prosaicos”, quizás, en un plano jurídico, pero de gran importancia en la práctica forense. Quienes llevamos décadas ejerciendo la profesión de la abogacía sabemos la importancia que tiene la cuestión de las costas para alentar, o, al contrario, desincentivar la litigiosidad, más en el plano de los recursos. El “gran atractivo” de la jurisdicción social para la persona trabajadora, que goza del beneficio de justicia gratuita es la inexistencia de costas para el lado de la persona trabajadora que ruega justicia social. Algo que, sin embargo, no existe en el contencioso-administrativo en estos casos, pues, conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJS, las costas procesales causadas se imponen a la parte apelante y vencida, esto es, la “persona trabajadora guardia

²⁰² A los citados art. 47.2 LCP -modificado por Real Decreto-Ley 15/2020-, añade la presunción del artículo 47, apartado 4 y el artículo 19, así como el art. 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo y la Orden APU/3554/2006, de 7 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y accidente en acto de servicio en MUFACE

civil", que será así victimizada institucionalmente con esta derrota judicial, a mi juicio, no solo injusta sino errada.

2.2. Una fractura abisal indebida entre la configuración social de la contingencia profesional y la contenciosa del accidente por acto de servicio.

2.2.1. Errada y peligrosa “concepción biomédica de salud mental” en el entorno de trabajo público asimilado al militar.

Como hemos podido comprobar, con asombro, para la Sala contenciosa de la AN los riesgos psicosociales serían, en el entorno administrativo (paramilitar o asimilado al militar), expresión de una debilidad personal, de una vulnerabilidad psíquica. Por tanto, nunca podría ser considerado como un riesgo profesional en sí, privado de dimensión objetiva y organizacional. Ni que decir tiene que se trata de una concepción errada.

En realidad, como ha puesto de relieve recientemente la doctrina científica que más ha estudiado el tema²⁰³, en la posición de la Sala contenciosa de la AN subyace la visión más antigua, pero hoy científicamente superada, de salud mental en general, y desde luego de salud mental en los entornos de trabajo (da igual su naturaleza jurídica -privada, pública, civil o militar, pues todas las personas que ejercen su trabajo en ellos gozan del mismo derechos fundamental a un entorno seguro y saludable, libre de toda toxicidad psicosocial), cuál es la “biomédica”, incluso eminentemente “clínico-psiquiátrica”. En esta concepción, la salud mental sería un problema básicamente de disfunción del cerebro individual de cada persona, atendiendo a factores propios, de carácter personal, aunque en su dimensión incidan también los impactos de entorno, por supuesto, sobre todo los de la familia, amistades y relaciones sociales. Por lo tanto, la atención se debe dirigir a hacer frente médicamente (enfoque reactivo), desde el sistema sanitario, a los trastornos de tipo psíquico, e incluso psiquiátrico (depresión; trastornos de personalidad, neurosis, etc.),

²⁰³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “Salud mental y condiciones de los entornos de trabajo: balance y propuestas de progreso en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social (RMTESS)*, n. 156, pp. 17 y ss. Asimismo, RESTREPO, D.A. -JARAMILLO, J. (2012). “Concepciones de salud mental en el campo de la salud pública”, *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 30(2): 202-211.

dejando de lado una visión más global (holística) y proactiva, en la que los condicionantes socioeconómicos y, por supuesto, de entorno laboral, adquieren una significación notable.

Precisamente, como resaltaba la doctrina científica referida, el Parlamento Europeo (Resolución de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital) ha reprochado a la Comisión Europea el exceso de enfoque individualista que rezuma su nueva estrategia global de salud mental para la población en la UE, que incluye una importante dimensión psicosocial laboral, exigiéndole un planteamiento más objetivado y colectivo, esto es, organizacional. En este sentido, hace ya más de una década, el propio Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo²⁰⁴ (hoy Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo), sus Notas Técnicas Preventivas sobre intervención psicosocial en los entornos de trabajo reprobaba, como mala práctica el:

“Enfoque centrado en la respuesta individual y/o en la terapia: modificar la respuesta al estrés, o tratar la enfermedad resultante”.

Una clave importante para la superación de esta visión tan reductiva y tradicional de la salud mental y la incidencia en ella de los factores de riesgo psicosocial, también en su dimensión organizacional,²⁰⁵ sin duda se debe a algunas de las enseñanzas derivadas de la gran tragedia pandémica vivida. Una dramática experiencia que nos ha mostrado que no se puede deslindar economía, organización del trabajo y salud, exigiendo una visión, una comprensión mucho más compleja e interactiva entre todos estos factores. La salud mental en general, y la salud mental en los entornos de trabajo, también en los públicos, y no hay razón ni normativa ni material para excluir el trabajo profesional paramilitar o asimilado al militar, el de la Guardia Civil, incluso el militar, debe entenderse como el “derecho” y las “políticas”.

²⁰⁴ INSHT. NTP 944/2012, Intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales: principios comunes <https://www.insst.es/documents/94886/326879/ntp-944+w.pdf/84e7f3bf-c873-4a5d-992b-3be8ea2899b9>. Una crítica que se repetirá años más tarde, poniéndose énfasis en los métodos de valoración en los factores organizacionales y ambientales, junto a los individuales. Un estudio completo de esta evolución en GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2019). “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”. En Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros. CEF, 85–112. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1434>

²⁰⁵ Vid. ALASTRUEY ANZA, J.C. -GÓMEZ ETXEBARRÍA, M. (2012). “Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral”. En AAVV (Dir. Manuel Velázquez). La salud mental de las y los trabajadores, Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación, OSALAN, La Ley Wolters Kluwer, pp. 165 y ss. https://www.euskadi.eus/contenidos/libro/medicina_201320/eu_saludmen/adjuntos/salud_mental_trabajadores.pdf

“a la garantía y promoción de un estado de bienestar psicosocial en el que las personas, grupos y organizaciones adquieren mayor consciencia de todas sus capacidades, también de sus limitaciones, para abordar las demandas y conflictos de la vida diaria, a fin de lograr el debido equilibrio entre aquellas y su contribución a la comunidad”²⁰⁶.

De ahí que la salud mental se tenga por “una condición previa para una economía productiva y una sociedad inclusiva”. Presupone, pues, y va más allá, de la reducida faceta individual (personalidad), que le quiere asignar la sala contenciosa de la AN, como se ha visto, incluso de la sola situación familiar (factores sociales), para vincularse también, y de forma significativa, a las condiciones socioeconómicas de sus entornos y contextos, de tipo macroeconómico (ej. estrés económico), pero también sociolaboral (estrés ligado a las condiciones de prestación de servicios y al entorno). Las leyes más recientes en el ámbito de la prevención psicosocial y entornos de trabajo, en especial digitalizados, pero tienen una incidencia global, son plenamente conscientes de ello.

De ahí que, por ejemplo, el art. 16 de la Ley de Trabajo a Distancia (Ley 10/2021, 9 de julio) nombre a este tipo de riesgos como psicosociales y organizacionales. Asimismo, el art. 18 (en línea con el art. 88 de la LOPDGDD) de aquella ley, cuando atiende a nuevos riesgos como los relativos al tecnoestrés y a la fatiga informática pone el acento en las condiciones de trabajo y en los modos de organización de la actividad.

En suma, no hay ni un solo aval científico ni jurídico que permita reducir el estrés laboral o el acoso a puro factor de vulnerabilidad psíquica individual, como hace la Sala contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional. Entender que el estrés o el acoso es solo la expresión de un problema psíquico individualizado es desentenderse no ya solo del problema, sino ahuecar la cabeza debajo de las alas, como los avestruces e ignorar, solo por razones de ahorro económico al Estado, también por incompreensión cultural e institucional (recuérdese lo que se dijo de la doctrina jurisprudencial contenciosa reacia a considerar que en el ejercicio de la jurisdicción pudiera haber conductas tan execrables

²⁰⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C (2023). “Salud mental y condiciones de los entornos de trabajo: balance y propuestas de progreso en el Derecho de la Unión Europea”, Ob. cit. p. 23. Mucho más extensamente, con un detenido estudio en el doble plano, atendiendo a su doble condición jurídica y técnica, de gran interés la monografía de GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2022). *La evaluación de los riesgos psicosociales en el mundo laboral actual, digital, ecológico e inclusiva: Desafíos jurídicos y operatividad práctica*, en Editorial Comares, Granada.

como el acoso), la realidad más contundente. Es obvio que no puede asumirse hoy, en un Estado Social Constitucional de Derecho un reduccionismo tan absurdo de la realidad a puro formalismo normativo, más bien a prejuicio sociocultural de esta parte del sistema jurisdiccional.

2.2.2. La visión organizacional de los riesgos psicosociales: ¿Un mismo tipo de riesgo puede ser y no ser daño profesional según la jurisdicción?

En efecto, decimos de “esta parte del sistema jurisdiccional”, porque la concepción sobre los factores y riesgos psicosociales cada vez más extendida en el orden social no es esa, en modo alguno. En consecuencia, como se decía, se abre una injustificada fractura o brecha entre la comprensión de una misma cuestión material, de salud mental laboral y su enfoque de gestión psicosocial, en el orden social de la jurisdicción, que reconoce esta conexión directa y relevante, incluso a menudo exclusiva (art. 156. 2 e) TRLGSS) con el trabajo, y en el orden contencioso, que lo niega. Ciertamente, sabemos que, sobreviviendo una concepción algo formalista del orden jurídico, tratándose no de cuestiones fácticas (bien conocida es la doctrina constitucional que prohíbe afirmar un hecho en una jurisdicción y negarlo en otra, por imperativo de seguridad jurídica) en un sentido estricto, sino jurídicas, diversos órdenes jurisdiccionales no tienen por qué estar vinculados en la interpretación que, a partir de normas diferentes, deben dar a cuestiones o problemas jurídicos análogos. En este caso la calificación de accidentes de trabajo o no de ciertas patologías psicosociales en los entornos de trabajo, también para los públicos, no solo civiles, también “militares”.

Ahora bien, no menos cierto es, o debería ser, que cuestiones jurídicas materialmente equivalentes o análogas, reguladas en cuerpos normativos incluidos en una misma rama, Derecho de la Protección Social, no deberían abocar a interpretaciones tan radicalmente encontradas, sufriendo la coherencia jurídica y la igualdad en derechos.

Al respecto, bastará con traer a colación, siquiera sumariamente, cómo se comprende jurídicamente en el orden social las patologías psíquicas asociadas o derivadas de riesgos de índole psicosocial y organizacional como el estrés laboral o el acoso moral en el trabajo (y otras modalidades de acoso, como el discriminatorio), máxime atendiendo al enfoque

psicosocial que ahora intensifica la entrada en vigor del Convenio 190 OIT. En este sentido, son numerosas, aunque sean aún insuficientes²⁰⁷, las decisiones jurisdiccionales del orden social que califican como contingencia profesional las enfermedades derivadas de procesos o estados de estrés y/o de acoso en el trabajo. Incluso podemos citar casos recientes que se producen en ámbitos público-administrativos tan trascendentales como el de la Administración de Justicia.

Así, la **SJS n. 8 de Barcelona, 18 de mayo de 2023, autos 502/2021**, no solo reconocerá el carácter de accidente de trabajo de las bajas por ansiedad de una funcionaria a causa de los conflictos permanentes con la Letrada de la Administración de Justicia (LAJ), sino que establece la responsabilidad civil por los daños derivados al entender que hay un incumplimiento preventivo²⁰⁸:

“En opinión de este juzgador...si las dos administraciones concernidas hubieran coordinado sus actividades...el riesgo de accidente se hubiera evitado o, al menos, se hubiera reducido considerablemente. Esa coordinación hubiera permitido una intervención y cooperación conjunta más allá de un concreto marco competencial, mediante la activación de medidas correctoras, tanto en el ámbito disciplinario, como en el organizativo y en el estrictamente sanitario, incluida la adaptación del puesto de trabajo. (...)”

En consecuencia, la medida preventiva incumplida sería la coordinación adecuada, pues en ella hubiese residido la capacidad, si no de eliminar, sí de reducir el riesgo, con la adopción de medidas preventivas adecuadas en orden a su desactivación o minoración.

²⁰⁷ Un magnífico ejemplo para comprobar las deficiencias en materia de evaluación de riesgos psicosociales, tanto en ámbitos privados como públicos, es el ATS, Sala 4ª, 21 de junio de 2023, RCU 186/2023. En las dos sentencias comparadas -recurrida, del TSJ PV y referencial, del TSJ Andalucía- se constatan déficits de evaluación de riesgos psicosociales. No obstante, en ninguna de ellas se reconoce el recargo de prestaciones ex art. 164 TRLGSS, porque se dice que ese eventual incumplimiento no hubiese frenado o impedido la patología. Al margen, pues, de las cuestiones procesales, en el plano material, es muy útil este Auto para ver cómo sigue siendo una asignatura pendiente la normalización de la gestión psicosocial en los entornos de trabajo.

²⁰⁸ Es importante señalar que la parte actora cifró la responsabilidad empresarial no tanto en un supuesto de acoso laboral o moral (que fue su primera denuncia, activándose el protocolo a tal fin), como en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24 de la LPRL (inobservancia del deber de coordinación preventiva entre el Departamento de Justicia de Cataluña y el Ministerio de Justicia). Recuérdese que la letra b) del art. 3 LRJS excluye la competencia del orden social “para las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención”

La omisión de esa obligación de caracterización legal favoreció la persistencia del riesgo psicosocial y, por lo tanto, genera responsabilidad, pues al incumplimiento preventivo ha seguido un daño. A los efectos que aquí interesan, el juzgador es inequívoco:

“Como es sabido, se trata de un accidente de trabajo encuadrable en el artículo 156. 2 e) de la LGSS, es decir, de una enfermedad no profesional causada por el trabajo. La ocurrencia de un siniestro de tal naturaleza no determina automáticamente una responsabilidad empresarial, pues para ello es necesario objetivar el incumplimiento de normas de carácter preventivo, algo que debe valorarse en función del art. 96.2 LRJS...”.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta la distinción entre la calificación de accidente de trabajo (resultado objetivo una vez identificada la relación de causalidad entre patología y el trabajo), y la responsabilidad civil (también de recargo de prestaciones) que puede asociarse a aquélla, si media incumplimiento²⁰⁹. Si la calificación de accidente de trabajo exige constatar no solo un daño (médicamente probado) sino la relación causal con el trabajo, la responsabilidad empresarial (o administrativa, si es empleado público) exigiría, junto al daño personal y la relación causal, la imputación del incumplimiento²¹⁰.

No entramos ahora en esta segunda derivada, que ya ha sido analizada en otros ámbitos y siendo competencia igualmente de lo social en el ámbito privado y del trabajo estatutario, como se analizó con detalle en el capítulo 3. Aunque es frecuente que a una

²⁰⁹ La sentencia constata una actividad preventiva del “Departamento de Justicia”, administración empleadora de la actora y por tanto titular directa de la deuda de seguridad, adecuada, advierte el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en materia de prevención de riesgos. Disponía de un Plan de Prevención de Riesgos Laborales que incluye al personal que presta servicios en la Administración de Justicia, elaborado en fecha 23 de marzo de 2007. También disponía de una Evaluación de riesgos psicosociales de fecha 16 de diciembre de 2015 relativa al personal de los juzgados y otros órganos de la Administración de Justicia en Catalunya. También contaba con una evaluación de riesgos laborales del puesto de trabajo de la actora. Adicionalmente, contaba con un protocolo para la prevención, detección, la actuación y la resolución de acoso y en fecha 23 de diciembre de 2014 emitió la Instrucción 4/2014 para la aplicación del protocolo para la prevención, la detección, la actuación y la resolución de posibles situaciones de acoso, discriminaciones y otras situaciones de conflictos interpersonales en el trabajo en el ámbito del personal de la Administración de Justicia. Pero, constata que: “De la prueba practicada se desprende que, so pretexto de la dualidad competencial a la que se ha hecho referencia, las dos administraciones concernidas omitieron, al menos antes de julio de 2016, cualquier coordinación en materia preventiva” (FJ Quinto).

²¹⁰ Lógicamente, tiene que haber una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño producido. El daño es clave, lógicamente, para la responsabilidad civil: “En síntesis, un incumplimiento en materia preventiva puede dar lugar a una sanción administrativa, pero no genera automáticamente un derecho resarcitorio en favor de los trabajadores a proteger. Que una empresa, por ejemplo, deje de entregar un arnés a un trabajador en altura, no hace nacer en favor de éste un derecho indemnizatorio, al margen de que pueda imponerse una sanción administrativa. Es preciso que se produzca un daño debidamente concretado en la persona de la persona trabajadora” (STSJ Cataluña, Social, 2740/2023, 3 de mayo).

acción de reconocimiento del carácter profesional de una patología derivada de un estado o situación psicosocial, acoso y/o estrés, le siga otra de recargo de prestaciones (art. 164 TRLGSS) y luego otra de responsabilidad civil. Entre los muchos casos que se pueden citar en el empleo público (municipal), destacamos la STSJ Andalucía/Granada 827/2023, 6 de abril.

En ella se relata todo el largo proceso de tutela judicial recorrido por la empleada pública hasta obtener parcialmente la tutela judicial pedida. Primero en los cambios de contingencia, luego en la responsabilidad, con varios fallos de instancia que fueron en un sentido desestimatorio de sus pretensiones, en ambas acciones, exigiendo una nueva, una “segunda oportunidad” en suplicación. Si bien se descartó que se tratara de una situación de acoso moral en el trabajo, las patologías ansioso-depresivas sufridas se vinculan, en parte, a la pasividad del ayuntamiento linarense para corregir los conflictos asociados a factores psicosociales. En este sentido:

“No obstante sí se advierte una cierta pasividad del Organismo Autónomo en la organización adecuada de los servicios que ha generado un volumen de trabajo excesivo, como se manifiesta por gran parte de la plantilla, incluido el gerente, se refleja en actas de la Junta Rectora, que se ha visto incrementado con situaciones de baja médica de personal, unido a un desconocimiento por parte de los trabajadores, ante situaciones de cambio...circunstancias...que pudieron haber generado situaciones de estrés y que, aunque no se hubieran manifestado expresamente por los trabajadores a la dirección..., se deberían haber detectado mediante una evaluación de riesgos psicosociales...”.

Una vez más, pues, las sobrecargas de trabajo y la pasividad de la entidad empleadora pública en su gestión a efectos de salud mental de las personas trabajadoras, asumiendo una política de prevención de los factores de riesgo psicosocial en los entornos laborales, está en la base de bajas profesionales, daños humanos, costes económicos, etc. Aunque, como se ve, son muy diferentes las situaciones, distintas las circunstancias, modulados los grados de responsabilidad, incluso en ocasiones no se identifica, lo que ya nunca se produce en el orden social es negar el problema organizacional subyacente a las cuestiones de salud mental en los trabajos, imputándolo a una suerte de “vulnerabilidad psíquica” de las personas, como hace la Sala contenciosa de la AN.

También en el estricto ámbito de la calificación como contingencia profesional de riesgos psicosociales como el estrés y/o el acoso hallamos otras resoluciones judiciales, especialmente de los TTSSJ. Entre ellas, por ejemplo, destacamos la STSJ PV 1172/2022, 7 de junio²¹¹. El listado y recorrido podría seguir, pero creemos suficiente el realizado.

En todo caso, queda claro que la vulnerabilidad subjetiva es siempre un factor a tener en cuenta en la gestión psicosocial, por definirse como la interacción entre factores de índole subjetivo (circunstancias personales) y factores objetivos (organizacionales). No es tampoco nada extraño al ámbito preventivo, teniendo en cuenta que también está presente para otros riesgos, como pueden ser los biológicos o higiénicos, según prevé el art. 25 LPRL, al exigir atender a circunstancias subjetivas para llevar a cabo la gestión preventiva, adaptando el puesto a tales circunstancias (ergonomía). Pero lo que no puede hacerse seriamente, ni en un plano científico ni jurídico, es considerar que la existencia de ese factor eliminar cualquier vinculación a la actividad que se desarrolla, al trabajo, al servicio que se presta, sea privado o público, sea civil o militar, o paramilitar (y siempre que, por su naturaleza -acto de guerra, acción directa policial-, no quede excluida, según la LPRL).

Más aún. Hasta en el orden penal se acepta la existencia de delito de acoso sin que en modo alguno pueda descartarse por la mayor o menor vulnerabilidad subjetiva de la persona víctima. Un ejemplo al respecto es la STS, 2ª, 426/2021, 19 de mayo. Cualquier persona sometida a un proceso de acoso, por resistente psicológicamente que sea, tendrá, más tarde que pronto, un problema de salud notable, no pudiendo depender la tutela del grado de resistencia o resiliencia a los traumas psíquicos, cuando tiene como un factor de generación condiciones de trabajo u organizacionales, o de entorno social-laboral.

Para la Sala contenciosa de la AN, siendo imposible asociar el acoso como una conducta inherente al servicio, pues tendría una causa externa, ambiental, impropia del

²¹¹ Por poner solo un ejemplo, relativamente reciente e ilustrativo destacamos la STSJ Extremadura, 301/2023, 15 de mayo: "Recapitulando, partimos de que el trastorno depresivo (causa de la baja) es una enfermedad. Pero la misma no se produjo en tiempo y lugar de trabajo. Así, la baja del día 15 de febrero no se conecta con ningún hecho o acontecimiento [acoso, estrés en el trabajo] susceptible de ser calificado como lesión, en sentido amplio, acaecida en tiempo y lugar de trabajo, pues tras la reunión del día 9 la trabajadora " siguió prestando servicios..." y no consta que ocurriera nada el día 15 de febrero, cuando inició la baja. No sería de aplicación la presunción de laboralidad ex art. 156.3 LGSS. Lo ocurrido en días previos a la baja no excede de la mera conflictividad laboral. En conclusión, no existe base fáctica...".

despliegue de la actividad de servicio público bajo sus principios, así como subjetiva (vulnerabilidad de la persona) no habría posibilidad de calificar sus efectos dañosos a la salud como de servicio (con la consiguiente notable mejora de la protección prestacional): “sin perjuicio de la existencia en el ordenamiento de vías de reparación, en su caso, de los daños que puedan haberse causado por actuaciones antijurídicas” (SAN, 7 de febrero de 2018 -recurso de apelación 109/2017-).

En definitiva, se mire por donde se mire, no hay manera seria y razonable, en estricto derecho y análisis científico, de asumir la tesis excluyente de la sala contencioso-administrativa de la AN.

2.3. ¿Vientos de cambio en el orden contencioso?: La Sala 3 se mira en la Sala 4 para equiparar el “accidente (in itinere) en acto de servicio” al laboral.

2.3.1. Una regulación “por actividad”, no por “colectivo”: ¿Un agravio comparativo con un cuerpo policial análogo?

El carácter profundamente “viciado jurídicamente”, en términos de expresión de una enorme antinomia jurídica en la calificación de las patologías psicosociales como nueva tipología de contingencias profesionales “en acto de servicio” de la Guardia Civil, ex art. 47 TRLCP, como indica la doctrina científica que seguimos y profundizamos, va más allá. La contradicción se agranda, en efecto, si se compara la situación con lo sucedido en relación con un Cuerpo policial con funciones análogas, el Cuerpo Nacional de Policía. En este ámbito profesional conexo (la Guardia Civil también ejerce funciones típicas de policía, pese a su estatuto militar), como vimos, tras unas iniciales dudas, también se ha reconocido la competencia del orden social, no solo en la dimensión preventiva, también en la reparadora (prestacional y de responsabilidad civil), cuando deriva de la ausencia de cumplimiento o de la inobservancia de las obligaciones preventivas de riesgos laborales o profesionales.

Por supuesto, nada más lejos de nuestro objetivo que analizar el embarrado tema de la “unificación de los Cuerpos de Policía Nacional y Guardia Civil”, nada menos que casi 4 décadas después de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Ley

Orgánica 2/1986, de 13 de marzo), y en un escenario de profundos cambios del “modelo policial”, tanto por el desarrollo de las “policías autonómicas” como de la “cooperación internacional policial”²¹².

Separados operativamente, pese a la reivindicación sindical de integración, aún con mando unificado desde 2006, lo que aquí interesa resaltar es que, a efectos preventivos, ambos cuerpos están dentro del sistema normativo común, con un fundamento armonizado comunitario universalizado, como vimos en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral. Las modulaciones y -muchísimas- especialidades que tienen ambos, más, con diferencia, el Cuerpo de la Guardia Civil, no puede tener efecto excluyente alguno respecto de la efectividad de su derecho social fundamental a un entorno de prestación de servicios seguro y saludable, también desde un punto de vista psicosocial.

Por darle concreción normativa, así se deriva de los citados Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil²¹³, interpretados²¹⁴ conforme a los principios del sistema a normativo estatal. Un sistema que, no se olvide, y así conviene reiterarlo, debe entenderse, a su vez, según la universalidad que exhibe la Directiva comunitaria y la activa jurisprudencia del TJUE en tal sentido. Recuérdese que la regulación específica preventiva para la Guardia Civil por el Estado español vino precedida por una condena del TJCE²¹⁵, como ya se analizó.

²¹² Vid. TEBAR GÓMEZ, A.M. (2016). *La unificación del Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil*, Universidad de Castilla-La Mancha. Tesis Doctoral dirigida por Moreno Molina, J.A. y De Vicente Martínez, R.

²¹³ https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/seguridad-ciudadana/Codigo_normativo_de_FFCCSE_126180098_web.pdf

²¹⁴ Como recordara la interesante Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo n. 3 de Pontevedra 102/2016, de 23 de mayo, respecto de las normas específicas en PRL para este colectivo: “*no deberían interpretarse, por el mero hecho de que nos hallemos ante un cuerpo con unas determinadas particularidades (incluye cometidos militares y se rige por criterios disciplinarios, en unas condiciones que hay que reconocer que son diversas, en algunos puntos, a las de otros ámbito de la vida “laboral” o “funcionarial”), en unas condiciones alejadas de la finalidad básica que se trataba de cubrir en este cuerpo –tradicionalmente olvidado en materia de prevención de riesgos laborales– con la publicación y desarrollo reglamentario de esa normativa. (...)*”.

²¹⁵ En el capítulo 3 tuvimos ocasión de recordar la STJCE de 12 de enero de 20056, C-132/04, cuyo fallo declaraba el incumplimiento del Reino de España de “*las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas, al no haber adaptado íntegramente su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2, apartados 1 y 2, y 4 de dicha Directiva*”.

El carácter de excepción que tienen las restricciones preventivas en el Derecho de la UE determina que no solo prohíba excluir a categorías profesionales del sistema, civiles o militares, sino que las limitaciones atendiendo a la especificidad de la actividad también deben interpretarse restrictivamente. Por eso la normativa para el funcionariado de policía nacional advierte de que:

“las funciones que realice el personal comprendido en el ámbito de aplicación de este real decreto que no presenten características exclusivas de las actividades de policía, seguridad y servicios operativos de protección civil, les será de aplicación la normativa general sobre prevención de riesgos laborales, con las peculiaridades establecidas para la AGE, y las contenidas en este real decreto sobre el derecho de información al personal, órganos de representación, cauces de participación y órganos de prevención, seguridad y vigilancia de la salud”²¹⁶.

Esta distinción entre la protección preventiva frente a cada concreta actividad que sea susceptible de generar riesgos y, en su caso, daños profesionales, y la naturaleza jurídica de la relación o vínculo de empleo de la persona o colectivo profesional que las realiza, está muy presente también en la norma para la Guardia Civil. Por supuesto, en reiteradas ocasiones la norma recuerda:

“...*la naturaleza militar que a tales funcionarios públicos atribuye el ordenamiento jurídico vigente*. En función de ello, la Guardia Civil dependerá...de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar...por lo que la regulación normativa que se diseña ha de excluir las actividades que en estos supuestos se realicen y que habrán de someterse a las normas que para tales casos se establezcan. (...)”.

Ahora bien, puntualiza, con acierto:

“*Sin embargo, este estatuto personal no obsta para que el desempeño de las funciones policiales atribuidas* al Cuerpo de la Guardia Civil por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, se efectúe de forma que quede garantizada la protección de la seguridad y de la salud de quienes prestan servicios en él, de conformidad con la Directiva...”.

²¹⁶ **El art. 3.1 reconoce el derecho de los** “funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía... una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, incluida “la vigilancia periódica de la salud, y ésta será inherente a la actividad llevada a cabo, sin perjuicio de los riesgos específicos que deben asumir los funcionarios de policía en situaciones de riesgo grave, catástrofe y situaciones de emergencia social”. El apartado 2 ordena a la “Administración del Estado” adoptar las “medidas necesarias” a tal fin.

De ahí el modo y contenido en que quedan determinados los objetivos de esta norma específica. Su art. 3 prevé expresamente:

“Las medidas que se adopten en aplicación de este real decreto tendrán como objetivo principal, de conformidad con los principios contenidos tanto en la Directiva 89/391/CEE como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, la promoción de la mejora de las condiciones del servicio y tratarán de elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud del personal al que se dirigen”.

Justamente, omnipresentes las referencias a la Directiva, conviene recordar, en relación con la gestión de los riesgos psicosociales, las menciones relativamente recientes que el TJUE ha realizado, a propósito de otra Directiva, la del tiempo de trabajo, pero en estricta adherencia a la normativa de seguridad y salud en el trabajo, a las obligaciones de los Estados de exigir que las empresas realicen las evaluaciones de riesgos de índole psicosocial debidas. Sería el caso, por ejemplo, de la STJUE 9 de marzo de 2021 (C-344/19), para el estrés laboral y/o el síndrome del agotamiento profesional.

Expuesto y sintetizado este estatuto normativo-preventivo y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, es obligado traer a colación un análisis ya realizado en el capítulo 3, pero que ahora adquiere un nuevo sentido. Sin embargo, para ilustrarlo, seleccionaremos una sentencia más reciente, que ilustra la relevancia de esta cuestión de salud mental en los entornos del trabajo policia. Me refiero a la **STSJ Madrid 384/2023, 28 de abril**. En ella se traer a colación el Derecho de precedentes jurisprudenciales del orden social en materia de competencias de este orden para atender las cuestiones suscitadas, preventivas o reparadoras, por el cuerpo de funcionario de la Policía Nacional en materia de riesgos psicosociales en general, y de acoso en particular. La sentencia de suplicación revocará la de instancia, que se mantenía anclada en la confusa jurisprudencia precedente.

Y, cómo no, un detenimiento especial se realiza en torno al, varias veces citado en esta tesis, célebre Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo núm. 12/2019, 6 de mayo (conf. 22/2018). Como vimos, en él, aplicando con fervor el cambio legislativo en materia preventiva, atribuyó la competencia a la jurisdicción social, dejando fuera o extramuros a la que hubiera parecido natural antes del cambio legislativo, el orden de la jurisdicción contencioso-administrativa. La demanda por una funcionaria

y mutualista de MUFACE, policía nacional, esgrimió una enfermedad o accidente de trabajo que tuvo su origen en una situación de acoso, invocaba infracción preventiva.

En consecuencia, es la invocación de la normativa preventiva lo que debe primar respecto de cualquier otro título normativo competencial, primando esta lógica transversal preventiva sobre la especialidad propia del vínculo jurídico y, por tanto, de la normativa especial ordenadora del régimen jurídico correspondiente a la naturaleza jurídica del vínculo de empleo (privado o público, civil ¿o militar?) ¿En tan evolucionado escenario normativo y sociocultural en materia preventiva, tendría sentido, en términos del art. 24 y 14 CE, en relación con sus arts. 9 y 10, que una persona policía nacional tuviese un derecho a la protección eficaz frente a los riesgos de índole psicosocial en el ejercicio de funciones de policía distinto a la persona Guardia Civil que realiza funciones análogas y, además, ventilado ese derecho por un orden de la jurisdicción diferente?

Mi respuesta es claramente negativa, en línea con la mejor doctrina científica en la materia, que, tengo para mí, está desplegando una tarea argumental muy coherente y sólida evidenciando los desajustes del sistema sobre esta cuestión de salud mental en el trabajo (público-administrativo militar), tanto en el plano sustantivo como en el plano procesal (competencial).

Este trabajo busca, justamente, contribuir, modestamente, a profundizar en esa dirección y ofrecer razones añadidas para promover ese doble cambio, tanto en la lectura sustantiva de estos preceptos como en el orden social competente para realizarlo. Un doble cambio que, como venimos argumentando, se interrelacionan y condiciona de una forma recíproca más intensa de lo que se podría creer, confirmando una línea más general que subyace a esta tesis doctoral y que, a mi entender, le da su sentido y originalidad. Al menos así lo esperamos.

2.3.2. Un primer paso evolutivo: la aproximación del orden contencioso al orden social para delimitar el concepto de accidente en acto de servicio ex art. 47 TRLCP.

Aunque nuestra convicción y propuesta es la apenas formulada, honestidad científica obliga a evidenciar que, como se apuntó, ya el orden contencioso, a través de su Sala 3,

mucho más innovadora en este ámbito que -también para esta cuestión social de salud mental laboral- la anticuada AN, parece dar pasos hacia una mayor apertura y flexibilidad interpretativas.

Precisamente, la citada STS, 3ª, 912/2021, de 24 de junio (confirmada por otras posteriores, como la STS, 3ª, 929/2022, de 6 de julio), realizó una relectura bastante más garantista y realista, evolutiva, del artículo 47.2 del TRLCP, si bien en relación con el concepto de accidente de trabajo in itinere, concepto de orden social²¹⁷ que proyecta ahora en el contencioso-administrativo. Aunque, a mi juicio, esa doctrina debe proyectarse de una forma mucho más general en el modo de comprender el accidente de trabajo a causa o con ocasión del acto de servicio ex art. 47.2 TRLCP, incluidas las patologías psíquicas relacionadas con los entornos de trabajo, también público-administrativos, civiles y, por supuesto, militares.

La Sala III recuerda la posición de la Abogacía del Estado (que, a otros efectos, suele compartir -como hemos visto en varias ocasiones en esta tesis-). Entiende que existe una diversidad de regímenes jurídicos, aunque materialmente se trate de una cuestión análoga. En esta ocasión, recuerda que las pensiones del régimen de clases pasivas del Estado y las del régimen general de la Seguridad Social (RGSS):

“constituyen dos sistemas distintos que no tienen términos de comparación válidos de forma que reputa inexacta la afirmación de que los afiliados al régimen de clases pasivas del Estado son discriminados en relación con los afiliados al RGSS... por el hecho de que en éste se reconozcan los accidentes in itinere como accidentes de trabajo [art. 156.2 a LGSS] mientras que en aquél no se consideran...en actos de servicio” (FJ4).

La Sala III expresa otro argumento de la Abogacía del Estado que aún resulta más discutible. Señala que existiría:

“una clara tendencia unificadora en la legislación de Seguridad Social entre las distintas prestaciones con independencia de que la causa de las mismas haya sido un accidente común o de trabajo de forma que las normas específicas que se aplican al

²¹⁷ Vid. PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, F. (2020). Capítulo XII, Título I. “El accidente de trabajo in itinere”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I, pp. 223 y ss.; RUANO ALBERTOS, Sara (2020). Capítulo XXXII, Título II. “El accidente in itinere: una regulación pendiente de precisar”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ob. cit. pp. 509 y ss.

régimen de prestaciones ocasionadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales son ya muy escasas...” (FJ Cuarto).

Es evidente la confusión de la Abogacía del Estado entre el deber ser normativo y el ser. El Deber ser normativo apuesta, en efecto, por el principio de tratamiento conjunto de las contingencias, como proponía la Ley de Bases de la Seguridad Social -LBSS-, de 1963.

Ahora bien, no menos cierto es que, aún hoy, perviven prácticamente todas las especialidades del sistema en virtud del principio contrario de tratamiento separado de las contingencias²¹⁸, según sean comunes o profesionales, manteniéndose el carácter reforzado, incluso “privilegiado”, de las contingencias profesionales.

De ahí que se hable a veces en la doctrina científica del “desbordamiento social” del concepto de accidente de trabajo²¹⁹. Como discutible es también la segunda afirmación filtrada de la Abogacía del Estado por el TS, Sala III. A saber;

“y, desde luego, ninguna de ellas resulta equiparable ni remotamente a la pensión extraordinaria de los artículos 47 a 50 del TRLCPE”.

No parece la representación jurídica del Estado muy proclive a avanzar en procesos de equiparación de tratamientos profesionales, pese a tratarse de problemas análogos. A partir de ahí, tras un recorrido, corto, pero ilustrativo, por la norma del RGSS y la jurisprudencia social (FJ Quinto), recuerda el tenor literal del art. 47. 2 TRLC²²⁰. Precepto

²¹⁸ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNES, J.A. (2020). Capítulo VIII, Título III. “El principio de la conjunta consideración de contingencias: un intento fallido ante la no distinción de la causa de la incapacidad”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I, pp. 665 y ss.

²¹⁹ Vid. GARCIA MURCIA, J. (2020). Capítulo I, Título I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I, pp. 39 y ss.; MORARU, G-F -SMINTINICA, C. Capítulo XIII, Título I. “El accidente de trabajo tras 120 años de la ley de accidentes de trabajo: una relectura doctrina y jurisprudencial”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales...* Ob. cit. pp. 223 y ss.

²²⁰ Este precepto legal tiene su desarrollo reglamentario, bastante circular y redundante, por cierto, de modo que apenas añaden nada a la previsión legislativa. Así, debe traerse a colación el ya citado Artículo 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo. Como concepto de accidente en acto de servicio ofrece el siguiente: "1. Se entenderá por accidente en acto de servicio aquél **que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio** a la Administración. 2. Para la determinación de los supuestos que en

que regula las pensiones extraordinarias del régimen de clases pasivas y hecho causante de las mismas (concepto mutualista de pensión extraordinaria en acto de servicio).

La Sala III recuerda que los apartados del precepto relevantes para la interpretación del asunto litigioso habrían tenido siempre la misma redacción, salvo la competencia administrativa para declararla²²¹, desde la promulgación del texto refundido hasta la reforma llevada a cabo por la disposición final 1.10 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril²²². El tenor literal vigente sería el siguiente:

*"2. Dará origen a pensión extraordinaria de jubilación o retiro la incapacidad permanente para el servicio o **inutilidad (sic)** del personal comprendido en este capítulo, entendida esta incapacidad en los términos expuestos en el artículo 28.2.c), siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo. **En caso de la enfermedad causante de la inutilidad, esta deberá constar como adquirida directamente en acto de servicio o como consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado**"*

La Sala III llama la atención sobre unas circunstancias jurídico-fácticas que considera muy relevantes para la solución del caso y que, cierto, no concurren en el asunto que aquí sirve de guía para el análisis, el reconocimiento como accidente de trabajo de la patología psíquica derivada de sufrir riesgos psicosociales en el desarrollo del servicio, sea estrés sea acoso. En efecto, enfatiza la existencia de pareceres administrativos contrarios:

este régimen especial tendrán la consideración de accidente en acto de servicio o como consecuencia de él, y para las presunciones aplicables al respecto, *se estará a lo dispuesto en el RGSS* acerca del concepto de accidente de trabajo, sin perjuicio de las peculiaridades propias que resulten aplicables derivadas de la prestación del servicio público.". Y La Orden APU/3554/2005, de 7 de noviembre, por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento de los derechos derivados de enfermedad profesional y de accidente en acto de servicio en el ámbito del mutualismo administrativo gestionado por MUFACE. En su artículo 1.d) indica, a los efectos de la citada Orden, que: "d) Accidente en acto de servicio: aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración, de acuerdo con lo especificado en el apartado 2, del artículo 59 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo."

²²¹ Hoy, la jubilación o retiro se declarará "por los organismos y entidades mencionados en el precedente artículo 28.3, siendo de la competencia exclusiva del INSS la concesión o no de pensión extraordinaria. Todo ello sin perjuicio de la competencia que tiene el Ministerio de Defensa en la determinación de la naturaleza de acto de servicio". Antes de la reforma de 2020, la competencia era: "La jubilación o retiro se declarará por los organismos y Entidades mencionados en el precedente artículo 28, número 3, siendo de la competencia exclusiva de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas y del Consejo Supremo de Justicia Militar la concesión o no de pensión extraordinaria".

²²² La STC 111/2021, de 13 de mayo, declaró inconstitucional y nula tal disposición final, aunque difirió su nulidad al 1 de enero de 2022 a fin de que pueda ser sustituida por la regulación legal pertinente.

“Es, por tanto, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas [la competente antes de la reforma de 2020] en su resolución de 15 de marzo del 2013 la que resuelve de forma contraria a lo declarado por la Dirección General de la Función Pública, por el Delegado del Gobierno en Aragón y por MUFACE, que consideran el accidente producido en "acto de servicio".

El TS se inclinará por validar la doctrina de Función Pública y MUFACE, en contra de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

Y para ello sí es interesante el que prime la existencia de una regulación especial por remisión a la común o general, a las presunciones del RGSS. La remisión reglamentaria al concepto de accidente de trabajo del RGSS será la clave de la doctrina jurisprudencial, correctora de la doctrina de los niveles inferiores.

En consecuencia, la respuesta a la cuestión de interés casacional es que:

*“la incapacidad permanente para el servicio derivada de accidente de tráfico sufrido por un funcionario público al realizar el desplazamiento para ir o al volver del centro de trabajo puede considerarse como **incapacidad producida "como consecuencia del servicio" a los efectos de la obtención de pensión extraordinaria** regulada en el artículo 47.2 del TRLCPE, aprobado por Real Decreto Legislativo 780/1987, de 30 de abril, en conjunción con el artículo 59 del RD 375/2003, de 28 de marzo”* (FJ séptimo).

El resultado será, como ya se comentó en apartados precedentes, la revocación de otra doctrina de la Sala contenciosa de la AN restrictiva en materia de accidente derivado de un acto de servicio (en este caso se estima el recurso de casación contra la sentencia de la sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el 13 de septiembre de 2019, en el procedimiento ordinario núm. 690/2018 deducido por aquel contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 26 de abril del 2018, por la que se desestima la reclamación de pensión de jubilación extraordinaria).
¿Tiene más recorrido esta doctrina, interpretativa y legalmente, o puede ir más allá?

2.3.3. A modo de conclusión: Es necesario equiparar el art. 47.2 TRLCPE al art. 156.2 e) TRLGSS y reasignar la competencia al orden social, al menos cuando media el incumplimiento preventivo (en el caso psicosocial).

No quisiéramos deslizar una tesis doctoral que se pretende estrictamente jurídica, tanto en perspectiva de *lege data*, a través de una reinterpretación de múltiples situaciones de duda interpretativa conforme a la mayor efectividad de la letra e) del art. 2 LRJS, como de *lege ferenda*, propuestas de reformas legislativas para dar completa coherencia práctica al paradigma que tal cambio representa, que hace del orden social la jurisdicción integral del empleo público, laboral y funcional, civil y militar, pero que quedó incompleto en la LRJS, por sendas resbaladizas de voluntarismo jurídico.

Somos conscientes de que la doctrina recientemente comentada de la Sala III del TS se toma en unas circunstancias de carácter institucional, como la diferencia de criterio de gestión administrativa, para abrir una reinterpretación del concepto de accidente en acto de servicio a los efectos de lucrar una pensión extraordinaria (protección social reforzada), en los términos del art. 47.2 TRLCPE, equiparándose al art. 156. 2 a) TRLGSS, que no coinciden, más bien sucede lo opuesto (generalizada refracción a reconocer el carácter profesional de las patologías de índole psíquico a causa o con ocasión del trabajo público), en relación con la doctrina de la AN, sala contenciosa, aquí analizada. Esto es, a la que niega ese carácter a las patologías psíquicas derivadas de estrés o de acoso en el trabajo, por vincularse a la vulnerabilidad psíquica de la persona o a un factor externo, ambiental o de entorno relacional social, ajeno al servicio en sí, desvinculando el art. 47.2 TRLC del art. 156. 2 e) LRJS, que sí se abre -aunque restrictivamente- a las enfermedades psíquicas del trabajo, tratándolas como accidentes de trabajo.

Ahora bien, a mi juicio, y sin poder -ni necesitar ir más allá en este análisis-, esta doctrina rectificadora y aperturista del TS sería plenamente aplicable para las patologías psíquicas en general, y derivadas de estados o procesos de acoso en el trabajo público de la Guardia Civil, en particular, pese a que lo niega la AN. Y ello porque también entraría, a partir de esta relectura, en el concepto jurídico de «acto de servicio» el accidente o enfermedad consecuencia de los factores de índole psicosocial que estén presentes en su

desarrollo y no hayan sido objeto de una acción preventiva adecuada, genere o no incumplimiento preventivo. En este sentido, la lectura del art. 47.2 TRLCOP no debería diferir de la del art. 156.2 e) TRLGSS, y ello sin perjuicio de reconocer la necesidad de una reforma de este último -por lo tanto, también de aquél- a efectos de mitigar el efecto excluyente, o restrictivo, del criterio de “exclusividad” del origen profesional, pues sabido es que los riesgos psicosociales tienen su origen en factores múltiples.

Recuérdese que la remisión que hace el art. 59 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo (reglamento de MUFACE) al RGSS, para delimitar el concepto de accidente como (1) consecuencia (la típica relación de causalidad directa) o (2) “con ocasión” del servicio, a efectos de lucrar la pensión extraordinaria, lo es con un alcance general al art. 156 TRLGSS, no tan solo para las presunciones del art. 156 TRLGSS.

Por lo tanto, a nuestro juicio, no es sostenible, pese a ser la posición de la Abogacía del Estado (que seguramente no disgusta demasiado a la Sala III del TS, aunque matice su alcance en este caso), que hay un régimen radicalmente distinto para un asunto que se presenta de manera análoga, no idéntica, a la calificación como contingencia profesional, a efectos de las prestaciones reforzadas correspondientes, de idénticas patologías psíquicas asociadas al entorno de trabajo, solo porque en el caso es aplicable el régimen de clases pasivas. Un contraste que es superior si se tiene bien en cuenta que, para este tipo de problemas de salud mental asociados al trabajo, subyace un derecho social fundamental predicable por igual a todo el personal funcionarial, civil o militar (sin perjuicio de sus especificidades).

Que la Sala contenciosa de la AN excluya la protección social reforzada en estos casos de estrés laboral y/o acoso moral en el trabajo²²³, porque no se trataría de “riesgo específico derivado de la naturaleza del servicio o cargo”, bien por su naturaleza biomédica, esto es, estrictamente personal (vulnerabilidad psíquica de la persona) bien por su origen externo, asociado al entorno relacional social en que se desenvuelve el

²²³ El protagonismo de estas patologías en el ámbito de las contingencias profesionales es continuamente resaltado por la doctrina científica. Vid. CONTRERAS HERNÁNDEZ, O (2020). Capítulo XXVII, Título II. “La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: Evidencias y propuestas para una revisión legal, En AAVV. *Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales...* Ob. cit. pp. 433 y ss. En esta monumental obra colectiva de actualización de las contingencias profesionales pueden hallarse numerosas comunicaciones ligadas a los riesgos psicosociales, lo que confirma lo afirmado.

servicio público, carece de todo fundamento científico y raya en lo absurdo jurídicamente. No solo es irreal para el tiempo en que vive y debe aplicar las normas conforme al orden competencial establecido (art. 3 CC), sino que contradice de raíz, como también se ha evidenciado doctrinalmente, la propia evolución de este derecho social fundamental a un entorno seguro y saludable de trabajo sea cual sea su naturaleza y régimen orgánico del vínculo de empleo en virtud del que se presta el servicio. En la Declaración de la OIT de 1998, de derechos y principios fundamentales, enmendada el año 2022, se ha renunciado al concepto de protección de condiciones de trabajo, para su sustitución por uno más amplio y garantista: entorno o ambiente de trabajo. Así, además, se expresa en el art. 15 LPRL, aplicable a las normativas específicas (Policía Nacional y Guardia Civil).

A raíz de esta construcción dogmática y posición interpretativa, las cuestiones más operativas que se derivarían a los efectos de la tesis aquí sostenida serían:

- 1) En un plano puramente sustantivo, deberían alentarse los recursos de casación que correspondan para remover la doctrina de la AN, Sala contenciosa, en cuanto no es coherente con la debida interpretación del art. 47.2 TRLCPE de conformidad con el art. 156. 2 e) TRLGSS. El estrés laboral derivado de condiciones de trabajo inadecuadas de la Guardia Civil o las patologías psíquicas derivadas del acoso moral que pueda sufrir deben incluirse como accidente con ocasión del servicio y, como tal, recibir una protección social reforzada (pensión extraordinaria).
- 2) En un plano estrictamente competencial jurisdiccional, teniendo en cuenta que también el funcionariado militar, siendo este el estatuto de la Guardia Civil goza del derecho cívico-social fundamental humano (Molina Navarrete, C., 2023) a un entorno seguro y saludable, libre de toxicidad psicosocial, las situaciones como las descritas en los casos conocidos por la AN, Sala contenciosa, podría derivarse, sin duda, hacia el orden social, en virtud de la competencia de la letra e) del art. 2 de la LRJS. No hay ninguna razón, ni material ni jurídica, para establecer una fosa o fractura a tal fin entre la situación de la Policía Nacional y la Guardia Civil.
- 3) También en el plano estrictamente competencial, pero ahora respecto de la acción de responsabilidad “civil” (o profesional, más correctamente) por los eventuales incumplimientos preventivos en materia de riesgos psicosocial en el entorno de

los servicios de la Guardia Civil, entendemos que también la competencia debería ser del orden social. La letra e) del art. 2 LRJS no distingue entre tipo de AAPP ni entre tipo de funcionarios, por lo que no refiere solo a los civiles, sino que ha de integrarse el precepto con la normativa preventiva y su jurisprudencia, que ha incluido, como vimos, al funcionariado militar, en especial a la Guardia Civil.

Al respecto, se recordará que esa letra incluye: “**la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento** de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la **relación funcional**, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones” (debe advertirse que la ITSS no tiene competencias en la Guardia Civil, pero esa exclusión no vincula a la jurisdicción, lógicamente).

- 4) En cambio, y finalmente, también en el ámbito competencial, el propio de esta tesis doctoral, la competencia para recabar la pensión extraordinaria ligada al art. 47.2 TRLCPE, en cuanto prestación social del régimen mutualista administrativo, queda extramuros del orden social. Que la tendencia, desde 2011, sea a incluir al funcionariado en el RGSS²²⁴, por tanto, competencia del orden social, no afecta, de momento, a los tres regímenes especialísimos mutualistas (funcionarios civiles, de justicia y militares -este es el caso aquí analizado-).

Por lo tanto, en este caso, la actualización de nuestra propuesta de hacer del orden social la jurisdicción integral del empleo público, en especial civil, aún funcional, incluso militar cuando se trate de unos asuntos directamente vinculados a condiciones de trabajo, y desde luego a todas las que tengan que ver con la seguridad y salud en el trabajo, también la protección social (fuera quedaría el régimen disciplinario -el art. 3 b LRJCA lo atribuye al orden contencioso-, y por supuesto las cuestiones de tipo penal), sí que se exigiría una reforma legislativa. No basta aquí con las relecturas sistémicas, en aras de la máxima efectividad de los principios y cambios legales de la LRJS.

²²⁴ La adscripción es ex lege, no opcional. Vid. SAN, Sala contencioso-administrativa, 4 de noviembre de 2022, rec. 6/2022, que en cuadra estas cuestiones en “materia de personal”, conforme a la doctrina del TS, en la Cuestión de Competencia 47/2021.

Este movimiento de cambio exige, para completar la vis atractiva del orden social en materia, cuyo proceso inacabado es evidente en estos momentos, de la debida reforma de la LRJS.

Ciertamente, podría pensarse en la posibilidad, lege data, de acudir a la letra b) del art. 2 LRJS (acciones por daños derivados de accidentes de trabajo), pero queda muy claro aquí que se acota a las relaciones de trabajo asalariadas en sentido estricto, salvo la ampliación expresa que se hace por la ley a las personas trabajadoras autónomas económicamente independientes (TRAuDE), según lo dispuesto en la letra d) del art. 2 LRJS (un ejemplo, como ya se indicó en el capítulo primero, de la evolución de la rama social del Derecho y su jurisdicción hacia un Derecho común de la actividad profesional, siempre que no se considere, desde una perspectiva radical, que tales colectivos no son sino un reflejo legal de la anomalía de esta figura, que dibujaría “falsos autónomos”).

No tendría tampoco cabida dentro de la letra o) del art. 2 LRJS (prestaciones de seguridad social, y prestaciones de protección social asistencial -rentas mínimas y atención a la dependencia-, otro ejemplo de vis atractiva del orden social, en este caso de la rama social del Derecho como Derecho de la protección social, no solo Derecho de Seguridad Social) o q) (protección social complementaria -mejoras voluntarias y planes del sistema de empleo-) y ello pese al inciso final de la misma, que le atribuye competencia en los:

“complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario”.

Sin embargo, la cuestión actual es inequívoca. Las prestaciones de clases pasivas corresponden al orden contencioso-administrativo. Ahora bien, parece claro que una regulación coherente con la propia evolución de este régimen, cuya gestión se tiende a desplazar al INSS, no al Ministerio de Hacienda Pública, debe completarse con la atribución competencial al orden social, como jurisdicción integral y plena en materia de prestaciones de seguridad y protección social.

3. El suicidio como riesgo psicosocial prevalente en la Guardia Civil: ¿un nuevo ámbito de mejora de protección asociado a un cambio competencial ex letra e) del art. 2 LRJS?

3.1. Una realidad inquietante: la tasa de suicidios en la Policía Nacional-Guardia Civil triplica la media nacional, pero sigue invisible socialmente.

En este contexto profesional y de gestión psicosocial de riesgos, en clave sustantiva, pero como presupuesto para el cambio competencial jurisdiccional, argumento axial de esta tesis doctoral, si un problema de salud mental verdaderamente dramático hay en la prestación de servicios de la Guardia Civil (también en la Policía Nacional) ese es la **alta tasa de incidencia, por tanto, de elevadísima prevalencia, del suicidio**. Sin embargo, paradójicamente, pese a la gran difusión (lógicamente, por su importancia) que en estos tiempos alcanza mediática, y políticamente, al grave problema del suicidio, sobre todo en la población más joven. Así, de los 3.539 suicidios de 2018 se pasó a los 3.671 de 2019; 3.941 en 2020; 4.003 en 2021; y 4.097 el año 2022. La cifra -trágica- tiene también un importante sesgo de género, pues prácticamente el triple de los suicidios es de hombres respecto del índice de las mujeres²²⁵.

Según la información empírica que proporciona al respecto el Instituto Nacional de Estadística (INE), la tasa de suicidios en la Policía y/o Guardia Civil prácticamente triplicaba la media española del bienio 2020-2021, años muy marcados, sobre todo el primero, por la crisis pandémica. Concretamente, frente al **8,31 por cada 100.000 habitantes** (la media europea está un punto por encima), **será del 23,2 por cada 100.000 agentes -146.000 de ambos cuerpos-: 25 en la Policía, 21,7 en la Benemérita**). Asimismo, si la tasa media no deja de crecer alarmantemente en la población en general, lo hace de forma más acelerada en este sector profesional (a un inquietante ritmo de más del 50% en 2021: 17 uniformados de la Policía Nacional y otros 17 de la Guardia Civil se quitaron la vida, que contrastan con los 22 agentes que se suicidaron en 2020²²⁶).

²²⁵ Toda la información está disponible en el Observatorio del Suicidio en España, promovido por la Fundación Española para la Prevención del Suicidio <https://www.fsme.es/observatorio-del-suicidio-2021/>. También <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2023/06/27/649b0bc321efa043058b45ab.html>

²²⁶ Muy interesante la información estadística e institucional, con datos estadísticos precisos, ofrecida en [https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/suicidios-policias-guardias-civiles-aumentan-54_2022011961e7e7689890160001be6d42.html#:~:text=](https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/suicidios-policias-guardias-civiles-aumentan-54_2022011961e7e7689890160001be6d42.html#:~:text=;); con aportaciones críticas, también recogiendo la posición reivindicativa sindical, en el ámbito del Cuerpo de Policía, muy sugerente la información

En la década anterior, el año más negro en cuanto a suicidios registrado fue 2017, con 28 agentes que se quitaron la vida (13 policías y 15 guardias civiles). La alarma crece si se compara una década y otra, pues en 10 años nunca se había superado la treintena, como sí ha sucedido en los últimos años.

3.2. Nueva gran paradoja: pese a ser pioneros en la implantación de Planes de Prevención del riesgo de suicidio, su eficacia práctica está cuestionada.

La inquietud es mayor cuando esta trágica cifra de suicidios en los principales Cuerpos de Seguridad del Estado (un agente policía o guardia civil se suicidó en 2021 cada 11 días), la más alta desde que hay registros oficiales (algo que, en sí, ya es un avance en transparencia, pues esta Administración del Estado -ambos dependen del Ministerio de Interior- siempre se había negado a ofrecerla, también a que se realizaran estudios e investigación externa al respecto), convive con la aprobación y, se entiende, puesta en práctica, a lo que se ve muy poco efectiva, de **Planes de promoción de la salud mental y prevención de la conducta suicida**. Así, por ejemplo, para la Policía Nacional²²⁷ se puso en marcha el 6 de noviembre de 2020. Se trata de un programa que cuenta con:

- a) tres niveles preventivos (primario, secundario y terciario)
- b) 14 objetivos generales y
- c) 45 medidas.

Su objetivo fundamental sería fomentar la salud mental para reducir las cifras de suicidios en la institución. Objetivo análogo al perseguido, prácticamente una década antes para la Guardia Civil, que cuentan desde 2010 con el “Plan Preventivo de Asistencia Psicológica” desde 2010, complementado con otro Plan, en 2018, a fin de diseñar y poner en práctica una serie de protocolos concretos en el caso de que existan problemas psiquiátricos o psicológicos, así como conductas anómalas en profesionales de la Guardia Civil. Aunque sindicalmente se valora su utilidad, considerando que han supuesto una

periodística La Vanguardia <https://www.lavanguardia.com/vida/20230720/9123384/gev-ultima-fusion-spear-investments-empresa-resultante-cotice-amsterdam.html> (17 de enero de 2022).

²²⁷ Una síntesis, crítica, en “**Importancia del cuidado de la salud mental en los cuerpos de seguridad**”, **Recuperado el 21 de julio de 2023, de** <https://www.partenon.net/importancia-del-cuidado-de-la-salud-mental-en-los-cuerpos-de-seguridad/>

gran mejora de la situación, entienden que son insuficientes, exigiendo una honda revisión.

Aunque no podemos profundizar aquí en tan interesante cuestión, por desbordar con mucho la razón de ser esencial de esta tesis doctoral, sí que merece la pena una reseña, si quiera breve, de esta experiencia²²⁸. Y ello en la medida en que, como es sabido, tanto la Estrategia Nacional de Salud Mental (2022-2026, como la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, así como la más reciente Estrategia comunitaria global de salud mental, incorporan el compromiso de llevar a cabo un Plan Nacional de Prevención de las conductas suicidas (línea estratégica 3 de la Estrategia Nacional de Salud Mental), también con una importante dimensión en entornos laborales. De ahí, una vez más, la importancia del enfoque de gestión psicosocial de riesgos²²⁹.

Hasta el momento lo que más ha trascendido es la puesta en práctica del teléfono de prevención del suicidio, así como ciertos acuerdos parlamentarios, todavía no plasmados normativamente, de facilitar un permiso retribuido de trabajo para la atención a personas en riesgo de conducta suicida, e incluso la previsión de promover “protocolos de prevención del suicidio” en entornos de trabajo. Por tanto, no se ha diseñado aún, menos puesto en práctica, un plan efectivo de intervención en los entornos profesionales, tampoco en los de mayor prevalencia de estas conductas autolíticas. Sin embargo, la lectura del pionero Plan de la Policía Nacional resulta muy interesante para el enfoque seguido en esta tesis, en la medida en que corrobora la crítica doctrinal que se le viene haciendo de poner más el foco en la persona que en las condiciones y entorno laboral:

"la prevención de situaciones de vulnerabilidad tras la participación en intervenciones sensibles, **la mejora en las capacidades de afrontamiento** de los funcionarios que desarrollan determinadas actividades de fuerte impacto psicológico o la

²²⁸ Muy interesante la información disponible, a través de ponencias teóricas y de buenas prácticas, estatales y autonómicas: Ponencias de la Jornada de Trabajo de Programas de Prevención y Atención a la Conducta Suicida 2022: <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/excelencia/jornada/ponenciasSaludMental.htm>. Incluye varias ponencias muy relevantes, por su dimensión práctica, sobre la actualización de herramientas, en especial los “teléfonos” de ayuda psicológica para prevenir conductas suicidas de la Policía Nacional y la Guardia Civil.

²²⁹ vid. SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2022). “Garantías de cumplimiento de la prevención de riesgos psicosociales: miradas judiciales”. FICHA CIENTÍFICO-TÉCNICA PREVENTIVA Colección #05/2022, LARPSICO (Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales en el trabajo), IAPRL <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2022/12/UNIVERSIDAD%20DE%20JAEN%20%28fct%2005%20larpsico%20el%20suicidio%20como%20riesgo%20laboral%29%20%281%29.pdf>; también MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “Salud mental...” ob. cit. pp. 38 y ss.

atención a las personas más allegadas, sean compañeros o familiares, ante las tentativas o ante suicidios consumados".

En cambio, mucho más diluido queda el foco sobre factores organizacionales y sus condiciones de trabajo, así como de relaciones sociales en su entorno profesional. Sin embargo, como hemos analizado ut supra, la gestión del suicidio como riesgo psicosocial que lo es, sin perjuicio de su amplia multicausalidad o dimensión multifactorial, con elementos muy importantes de personalidad y situaciones sociofamiliares, pero sin descartar las propias de entorno laboral y relacional social en este ambiente, requiere una detenida atención a las situaciones estresantes que deben enfrentar los agentes a lo largo de sus prolongadas jornadas laborales. Por supuesto son muy relevantes las que tienen que ver con “incidentes críticos” vinculados a situaciones traumáticas (enfoque selectivo de riesgo de estrés laboral postraumático). Pero no pueden descartarse incidentes críticos ligados a situaciones más extendidas, ligadas al estrés laboral crónico e incluso a eventual proceso de acoso que se pueda sufrir. El listado, por tanto, debe ser más amplio:

- Lo prolongado de sus jornadas y sus difíciles condiciones de trabajo.
- El impacto de las situaciones de emergencia o catástrofe (estrés postraumático).
- El efecto de las situaciones que han obligada a usar su arma reglamentaria. Los planes suelen incorporar medidas cautelares, como retirar el arma al agente, pero se piden medidas más preventivas y de control (existencia de personal armero en todas las comandancias).
- El impacto de las situaciones en que se han producido heridas de gravedad, o bien para sus compañeros/as.
- La influencia de las relaciones sociales y ambientales, en línea con lo previsto en el art. 15 LPRL.

En consecuencia, junto a la dimensión asistencia individualizada hoy dominante (por más que se reclamen mejoras en ellas: ej. incremento del número de personal facultativo que prestan servicio de apoyo psicológico e implementación en todas las provincias, para mejorar el plan de “escucha psicológica profesional”) es necesario afrontar la dimensión organizacional. Un paso que la Institución no parece dispuesta a dar con facilidad y, por lo tanto, requeriría de medidas de control de cumplimiento efectivo, a fin de darle toda la credibilidad y seriedad que una cuestión tan transcendental requiere. Y ahí, sin duda, han

de entrar, además de las inspecciones de servicios (recuérdese que, lamentablemente, no hay competencias aquí para la ITSS), las garantías jurisdiccionales.

Ni que decir tiene que esperar bien del orden contencioso acciones en tal sentido, en las que, por ejemplo, se identifique el suicidio como un riesgo laboral a prevenir de forma especial y efectiva, no solo con planes individualizados o, aún más complejo, calificar el suicidio como un acto de servicio ex art. 47.2 TRLCPE, en determinadas circunstancias de no prevención de los factores psicosociales laborales concurrentes, es impensable, casi un imposible jurídico.

3.3. Del suicidio como accidente de trabajo a riesgo laboral a prevenir en los entornos de trabajo: la tímida evolución de la doctrina judicial en el orden social.

3.3.1. Lenta, e inacabada, evolución jurisprudencial para la calificación del suicidio como accidente laboral: tutela social reforzada y clave de género.

En cambio, sería más factible, y de ahí el análisis aquí conducido, si la competencia fuera del orden social de la jurisdicción, apelando a la vis atractiva de la letra e) del art. 2 LRJS, en la medida en que el suicidio se presenta no como mera vulnerabilidad psicofísica del agente, sino como una situación en la que inciden factores de muy diversa índole, a veces de forma prevalente los laborales. O incluso, de aceptarse una reforma ampliadora, de la letra b) del art. 2 LRJS, como también se analizó, de modo que fuese competente el orden social, como jurisdicción integral y plena del personal de empleo público, sea civil, con más razón, sea incluso “militar”, cuando la condición que está en juego es netamente laboral o profesional, no la estrictamente policial o militar, por supuesto (de ahí que el régimen disciplinario deba seguir quedando en el orden contencioso, como hasta ahora, según la LRCA). Consecuentemente, cabría proyectar sobre el art. 47.2 TRLCPE la doctrina establecida por el orden jurisdiccional para los -contados- supuestos en que el suicidio puede calificarse como contingencia profesional ex art. 156.2 TRLGSS²³⁰.

²³⁰ Vid. GRAU PINEDA, C. – RODRIGUEZ MONROY, A.C- (2020). “El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y*

Por supuesto, no queremos tampoco aquí generar falsas expectativas en torno respecto del cambio sustantivo que podría provocar la mutación competencial (*de lege ferenda* para la petición de prestaciones vinculadas al suicidio como acto de servicio ex art. 47.2 TRLCPE, de lege data cuando se pida la tutela preventiva o la reparadora por eventuales incumplimientos del sistema preventivo en materia, ex letra e) art. 2 LRJS, que no hace exclusión del personal funcional no civil para esta competencia). No es nada frecuente que el orden social califique como contingencia profesional un suicidio de una persona trabajadora. Ni siquiera en sectores privados de clara prevalencia respecto de otros, mucho menos que establezca la responsabilidad empresarial por incumplimiento preventivo del suicidio como riesgo psicosocial en el entorno de trabajo.

Lo probaría el dato empírico según el cual, desde que, en 2007, el TS ([STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2007](#), RCU 5452/2005) fijara su doctrina jurisprudencial (como recordara, en el orden penal, la STS, 2ª, 426/2021, 19 de mayo²³¹), mantenida inalterada estos años (que supuso una flexibilización de la posición precedente, aunque perpetúe algunas incongruencias y barreras aplicativas), apenas un puñado (no más de 20 casos) han sido calificados como contingencias profesionales. No es muy halagüeño el horizonte, sobre todo si se tiene en cuenta el crecimiento de la prevalencia de este tipo de conductas autolíticas en España (no solo). El plano de observación realista evidenciaría, una vez más, una visión normativa rígida, plagado de obstáculos incluidos en el art. 156.2 TRLGSS para considerar el suicidio como accidente de trabajo (vinculado a factores de índole psicosocial -estrés, burnout, acoso-, pues la gran mayoría de los casos derivan de situaciones multicausales, como se dijo, no agotándose en una causa única y exclusiva derivada del trabajo.

Enfermedades Profesionales... Ob. cit. pp. 91 y ss.; POQUET CATALÁ, R. (2020). “El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, n. 22, pp. 123 y ss.; URRITIKOEXEA BARRUTIA, M. (2008). “Suicidio y accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n. 41, pp. 18 y ss.; RODRIGUEZ SANTO, E. (2010). “La protección social del suicidio del trabajador en el sistema de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, n. 13, pp. 1 y ss.; SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2014). “Una relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n. 376.

²³¹ En la sentencia, que condena por delito de acoso moral ex art. 173 CP, en un caso en que la trabajadora, primero de baja por estrés laboral, derivado de sobrecarga de trabajo, después, por tal causa, sometida a un proceso de acoso moral, termina por suicidarse. Sin embargo, La Sala Penal advierte que “no aborda, por ser innecesario para concluir la relevancia típica de los hechos declarados probados, la controversia dogmática y jurisprudencial, sobre todo, en la jurisdicción laboral, acerca de lo que se ha llamado la presunción de laboriosidad del suicidio (cfr. [STS, Sala Cuarta, de 25 de septiembre de 2007](#), recaída en el rec. 5452/2005, así como los precedentes allí anotados)”

Ahora bien, ubicados en el punto medio de la virtud aristotélica, proyectable en el trabajo científico-social, conviene igualmente poner de relieve, reseñadas las dificultades -muy numerosas- para el progreso, algunos otros datos que pueden evidenciar una visión algo más positiva, al menos más posibilista, avistando una evolución algo más garantista y efectiva. Argumento tampoco faltan, institucionales y jurisprudenciales.

Además del nuevo marco institucional y de planificación estratégica ya fijado, y que deberá desarrollarse, no solo financiera e instrumentalmente, también a través de normas, incluso compromisos convencionales (el V Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva también incorpora la recomendación a los convenios de atender más y mejor las cuestiones de salud mental en las empresas, y es evidente que el suicidio debe dejar de ser un tabú para visibilizarse también en los entornos de trabajo), hay que reseñar, en el ámbito que, por profesión, me es más próximo, el del Derecho vivo, el dictado, en unos pocos meses, de diversas decisiones jurisdiccionales que califican sendos suicidios como contingencia profesional. Más aún. En algún caso, incluso se establece la responsabilidad civil de la empresa por no establecer una actividad preventiva psicosocial adecuada, que quizás hubiera podido prevenir el fatal desenlace, en un entorno laboral psicosocialmente tóxico (por estrés, por acoso, por ambos, etc.).

Al respecto, en el ámbito del empleo público, si bien para personal laboral (aunque este problema no conoce de distinciones atendiendo a la naturaleza jurídica del vínculo de empleo público que se tiene, pues no es ningún escudo protector efectivo que tenga una naturaleza u otra, aunque, sufrido, sí puede ser relevante el régimen jurídico existente para la protección, siquiera sea de las personas causahabientes y que se quedan con el dolor del sufrimiento por tan trágica pérdida), muy interesante es la **STSJ Castilla-La Mancha, 161/2023, 6 de febrero**, para el personal laboral del Ayuntamiento de Albacete, calificando la autolisis como accidente de trabajo, aunque no se derive de una situación de acoso, sino de conflictividad laboral no convenientemente abordada preventivamente. En este concreto caso, dado que el suicidio no aconteció en tiempo ni lugar de trabajo (presunción ex art. 156.3 TRLGSS²³²), se exigió demostrar que el trastorno o patología

²³² Si concurre tal presunción en el supuesto de la STSJ Castilla-La Mancha 123/2016, de 2 de febrero. En ella se recuerda (para el suicidio de un vigilante en centro sanitario, dando acceso a personas usuarias y ayudando al personal al control de pacientes que pueden presentar problemas de agresividad, etc.) la “palpable evolución jurisprudencial”. Inicialmente se descartó la naturaleza de accidente, al tenerse como “acto de autoagresión”, rompiendo el nexo causal con el trabajo, siendo el estado actual del arte interpretativo más variable y flexible, haciendo depender la calificación “de las circunstancias específicas del caso concreto, analizadas en su conjunto, en el que sin duda, son relevantes las relacionadas con el

mental que sufría el empleado público y que desencadenó su autolisis, tuvo su causa en una situación de estrés laboral de forma prevalente (art. 156.2 e) TRLGSS).

El resultado de la prueba fue la acreditación de la relación entre la patología y el trabajo, sin que se probara (ni el Ayuntamiento ni la Mutua) la concurrencia de un factor personal externo determinante de la decisión de suicidio. Por tanto, se accede al cambio de contingencia, pasado la baja por enfermedad común a contingencia profesional. La prueba clínica de salud mental evidenciaba una patología reactiva a un conflicto laboral, recomendando un cambio de puesto de trabajo antes de su reincorporación laboral, habiendo puesto de manifiesto el trabajador que no tendría ningún problema de reincorporación si existe cambio, lo que no llegó, causándole crisis de ansiedad.

Destaca la sentencia que la recomendación del cambio de puesto para el retorno del trabajador el cambio de puesto también fue informada por el servicio de prevención de la empresa donde prestaba servicios (Ayuntamiento de Albacete), sin que se diera lugar a ello. Una orden de incorporación forzosa y sin cambio que, fuente de gran ansiedad y de estrés, terminó provocando la decisión fatal de la persona trabajadora:

“...siendo obvio de lo expuesto el nexo causal existente entre la patología que padecía y el trabajo , sin que el mismo pueda considerarse roto por el mero hecho de que tal y como ha indicado la parte recurrente hace 23 años conste la realización de psicoterapia breve en circuito privado, ni tampoco la circunstancia de que el 18 de mayo de 2016 manifestara al facultativo de la Mutua que la semana anterior había fallecido su madre,... pues no se han aportado informes médicos, psicológicos o de otro tipo que analizaran la repercusión de ese acontecimiento en la evolución de la enfermedad psíquica que padecía, y en todo momento lo único que ha sido una constante desde que fue dado de baja médica es el cuadro de ansiedad y angustia que presentaba y que tenía como único motivo su puesto de trabajo, habiendo llevado a cabo todas las actuaciones que estaban en su mano para conseguir que fuera cambiado a otro puesto, y únicamente cuando no le queda más alternativa que reincorporarse al mismo, es cuando adopta y lleva a cabo la fatal decisión de poner fin a su vida...”.

trabajo, las características del mismo, las condiciones de su prestación, y posibles elementos desencadenantes de tal extrema respuesta y reacción (discusiones, acoso, tensión laboral con compañeros, superiores o clientes, estrés laboral, conflictividad laboral), incluso aunque concurra, o pueda concurrir, con otro elemento causal extralaboral, y con la preexistencia de enfermedad, física o psíquica pudiendo así tener un origen multicausal uno de los cuales puede ser el trabajo”.

Como otras veces, el resultado es el reconocimiento de las pensiones de viudedad y orfandad que tienen reconocidas su mujer e hija, respectivamente, por la muerte, como propias de accidente de trabajo. Por lo tanto, la Mutua debe asumir las consecuencias legales inherentes a dicha declaración de contingencia profesional, sumándose el pago de la indemnización a tanto alzado prevista en el art. 227.1 TRLGSS. Como vemos, por la gran prevalencia del sexo masculino en estos suicidios, las “beneficiarias” de la protección reforzada son mujeres, tanto parejas como hijas (e hijos, por supuesto).

3.3.2. La creciente emersión del déficit de gestión psicosocial laboral en los suicidios para su calificación como contingencia profesional.

No es la primera vez que esta sala reconoce una situación de suicidio “laboral”. Pero ha tenido que pasar mucho tiempo (ej. la citada STSJ Castilla-La Mancha 123/2016, de 2 de febrero). En todo caso, en una y otra ocasión se aprecia la valoración por parte de la sala de suplicación de la actividad preventiva realizada en el entorno envuelto en cierta conflictividad (en estos casos no estrictamente toxicidad en sentido propio) psicosocial, destacando la inactividad o cierta pasividad de gestión, en especial la protección a otorgar para facilitar el retorno de las personas que han estado de baja previamente al trabajo. Así se evidencia en la sentencia apenas comentada, también en la 123/2016, de 2 de febrero.

En efecto, en este asunto, para la calificación de contingencia profesional del suicidio atiende a las siguientes circunstancias, además de la presunción de laboralidad por tener lugar en el centro de trabajo -sanitario- y durante la jornada laboral (presunción ex art. 156.3 TRLGSS):

- a) Que había estado algunos meses antes del accidente en situación de IT, necesitado de internamiento, y permaneciendo en situación de IT durante casi ocho meses (una baja médica de larga duración)
- b) Que no consta que se hiciera una nueva valoración de riesgos laborales, ni de adecuación personal al puesto de trabajo, tras el alta médica y su reincorporación al trabajo, en relación con la enfermedad que le había sido diagnosticada, y eventuales problemas de seguridad propia y ajena (el trabajador estuvo expuesto a sucesivas situaciones estresantes por tener que intervenir en auxilio del personal sanitario a controlar pacientes agresivos).

- c) No consta que se valorara la repercusión sobre su estabilidad (salud) mental de la prestación del trabajo en régimen de turnos de día y noche, pese a considerarse causante del “riesgo de fatiga mental”.

Un enfoque de inactividad preventiva psicosocial también presente en otro precedente judicial reciente que califica el suicidio como un tipo de contingencia profesional y, desde el plano de la protección social, a efectos de otorgar prestaciones sociales reforzadas. Es el caso de la STSJ Cantabria 118/2023, de 27 de febrero. En este caso se reconoce también las prestaciones de viudedad y orfandad propias de la calificación del suicidio del causante como contingencia profesional, esto es, como accidente de trabajo.

En este caso, el sector de actividad es el alimentario. En efecto, un trabajador, responsable de tienda de alimentación es acusado de acoso laboral por una compañera que trabaja a su cargo. Se presenta una denuncia anónima contra él por el supuesto acoso²³³. Abierta la correspondiente investigación por la empresa que corrobora los ataques a la víctima mediante medidas organizacionales y aislamiento social, entre otros, el trabajador luego suicidado recibe una sanción de suspensión de empleo y sueldo a consecuencia de sus actos, pero la sanción es leve. Preocupado por la eventual repercusión penal de esta situación, hace diversas consultas compulsivas en internet. El trabajador es informado de que será trasladado a otro centro de trabajo más alejado y al que tenía en peor consideración profesional. Consta que el trabajador tenía también inestabilidad emocional por la enfermedad grave del padre y la concurrencia de problemas conyugales.

En el presente caso entiende la Sala ***aplicable la teoría de la ocasionalidad relevante***, que se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva. A saber:

- 1) La primera es que los elementos generadores del accidente no son específicos o inherentes al trabajo (cabe recordar aquí, por su relevancia, el rechazo de la Sala contenciosa de la AN a este tipo de lecturas, excluyéndolas del concepto de accidente en acto de servicio ex art. 47 TRLCPE, incluso cuando se constata que la patología psíquica deriva de un acoso laboral probado).

²³³ Debe recordarse que esta posibilidad se reconoce en todos los protocolos de gestión del acoso, en el art. 24 LOPDGDD y, ahora, en la Ley 2/2023, de protección de personas denunciante. Ampliamente LOUSADA AROCHENA, J.F. -RON LATAS, R.P (2020). *Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing)*. Editorial Bomarzo, Albacete.

- 2) La segunda, positiva, es que las actividades normales de la vida del trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiera producido el evento.

En este supuesto, tampoco concurre la presunción de laboralidad. Pero sí se constata que existió una clara conexión o relación de causalidad entre la acción suicida y el trabajo. De todo ello destaca el que no consten antecedentes psiquiátricos que pudieran desvincular el fallecimiento con la problemática laboral. La decisión estuvo vinculada de manera próxima y más que directa con su trabajo y, en concreto, con la situación derivada de la demanda por acoso laboral y el temor a las consecuencias penales y laborales de éste. En suma, el trastorno mental del suicida tendría etiología laboral porque la situación emocional determinante de esta decisión se encuentra directamente relacionada con la angustia que el entorno laboral psicosocialmente conflictivo le genera.

Esta sentencia presenta algunos elementos de especial relevancia para el análisis jurídico. Con gran precisión así lo ha destacado el magnífico análisis científico-técnico, y jurídico, que realiza el Equipo del LARPSICO (Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales en el Trabajo de la Junta de Andalucía y que gestiona la UJA para el IAPRL) y en virtud del cual se resalta²³⁴:

- 1) ***La relevancia especial otorgada en este caso al informe de la ITSS***, un instrumento siempre importante en el devenir de la gestión de las relaciones de trabajo, en los más diferentes ámbitos (últimamente más polémico en el marco de los despidos colectivos).

La actuación de la Inspección de Trabajo fue decisiva, por contundente en este caso, puesto que el procedimiento para la determinación de la contingencia, vigente en la [Orden de 13 de febrero de 1967](#), obliga a las personas afectadas a acudir a la vía judicial incluso ante la existencia de un informe explícito de la autoridad laboral que declara el accidente de trabajo. En este caso, medió requerimiento inspector para que se hicieran evaluaciones de riesgos psicosociales, e incluso se planteó recargo de prestaciones.

1. **El recurso a nuevos medios de prueba, como la autopsia psicológica.** Por la especificidad de este estudio resulta especialmente interesante esta anotación.

²³⁴ LARPSICO. “El suicidio, en un escenario conflictivo de riesgo psicosocial en la empresa, se califica como accidente laboral, según el TSJ DE Cantabria”, entrada del 24 de marzo de 2023, recuperado de <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/servicios/actualidad/noticias/detalle/403273.html>

Resulta muy original el uso que en el asunto se hizo de la denominada [autopsia psicológica](#) como [medio de prueba](#) complementario, para incidir en la credibilidad de las razones que pudieran establecer la etiología de la decisión adoptada. Según se nos explica, de forma sintética, pero con gran precisión “de cirugía jurídica”, se trata de un protocolo que consta de una entrevista que evalúa varias dimensiones en relación al individuo sobre el que se perita, buscando evitar sesgos subjetivos. Esta metodología es de gran ayuda para reunir documentación relevante que facilite establecer causas y relaciones causales entre el hecho y la personalidad del fallecido. Está certificado ([American Association of Suicidology](#)). Nos parece interesante reseñar que este instrumento **sí se contempla como obligatorio en referido Plan de Promoción de la Salud Mental y Prevención de la conducta suicida de la Dirección General de Policía**²³⁵.

2. **Una necesaria lección aprendida (al menos a aprender)** para contribuir a que en el futuro inmediato los entornos o ambientes de trabajo conflictivos o tóxicos psicosocialmente “no maten”, o lo hagan lo menos posible, tampoco mediante las “autolisis”. Un problema hoy en crecimiento, especialmente en ciertos entornos profesionales donde son prevalentes, como en el aquí analizado -Policía Nacional y la Guardia Civil-.

En efecto, esta sentencia, no solo reconoce el vínculo causal existente entre el trabajo y el problema de salud mental de la persona trabajadora, sino la influencia de factores de riesgo psicosocial en la salud mental de la persona que, en muchos casos, impide enfrentar el problema. De ahí la importancia de su evaluación y protocolos.

Una lección que pocos meses después adquirirá especial sentido a propósito de otra decisión jurisdiccional más reciente, también prontamente identificada, visibilizada y analizada por el LARPSICO, cuya información nos resulta de gran utilidad para elaborar este análisis jurídico. En virtud de aquella²³⁶, por vez primera (tras el recargo prestacional que se deriva de la sentencia cántabra) se reconoce un supuesto de responsabilidad civil por el incumplimiento preventivo de la empresa de la conducta suicida del trabajador. Y no será nada “barato”. Al drama humano de la pérdida del trabajador y el enorme dolor

²³⁵ Presentación de JIMENEZ PRIETO-PAOLO, J., psicólogo facultativo responsable del Equipo de Intervención Psicosocial, Cuerpo Nacional de Policía. [Teléfono de la Policía Nacional y de la Guardia Civil https://www.salud.gob.es/profesionales/excelencia/jornada/ponenciasSaludMental.htm](https://www.salud.gob.es/profesionales/excelencia/jornada/ponenciasSaludMental.htm)

²³⁶ LARPSICO. *El suicidio causalmente ligado a una situación de acoso laboral genera responsabilidad también para UNICAJA de casi 100.000€*. Entrada del 4 de julio de 2023. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/iaprl/servicios/actualidad/noticias/detalle/429373.html>

de las personas que se relacionaban con él, en los diferentes entornos (daños existenciales en sentido estricto, más allá de los propiamente morales) hay que añadir una suma elevada en concepto de indemnización por daños y perjuicios: más de 100.000 €.

En efecto, una conocida entidad financiera (UNICAJA) ha sido es condenada al pago de esa importante suma a la familia de la trabajadora [es el segundo caso comentado en este análisis en el que la persona que se suicida es una mujer, lo que evidencia que una cosa es la prevalencia masculina en el suicidio, pero eso no descarta que un importante número de mujeres corran análogo riesgo, aunque con menor prevalencia, según, claro, los sectores profesionales -en el sanitario prevalecen las mujeres-] que, fruto del proceso de acoso, terminó suicidándose, por existir, entre el acoso (proceso de presión tendenciosa en su entorno laboral) y el suicidio, una la relación «clara e indubitada». En cambio, no prosperó la demanda penal, archivándose las diligencias.

3.3.3. Recapitulación: la asunción integral, lege data y/o lege ferenda, de la competencia del orden social en la protección frente al suicidio en la Guardia Civil como problema de salud mental en el trabajo no solo le daría visibilidad, sino que se tomaría más en serio su protección efectiva como un riesgo psicosocial prevalente en este sector profesional.

Sin poder ir aquí más allá en tan sugerente cuestión, sí cabe una conclusión, que se confirmará una vez devenga firme, ahora no lo es, por estar recurrida. Ahora bien, su eventual confirmación:

“abre una nueva vía de incentivo a las empresas para adoptar una política proactiva de prevención no solo frente al riesgo de acoso, también del suicidio, como conductas no tan infrecuentemente asociadas a aquellas situaciones de violencia reiterada en el trabajo. Un problema clave de salud mental laboral”.

¿Qué lección ofrece este repaso por la doctrina judicial del orden social en materia de calificación del suicidio como accidente de trabajo y como problema de salud mental en el que tiene mucho que decir la gestión eficaz de los factores de riesgo psicosocial? Ciertamente, estos casos no tienen que ver directamente con el análisis aquí realizado en el seno de la

competencia social para conocer de los asuntos de seguridad y salud en el trabajo para el empleo público en general, laboral y funcionarial y, dentro de este ámbito, no solo el civil, también la Guardia Civil, por su estatuto militar. Pero sí evidencia su enorme utilidad, si se acepta el enfoque aquí propuesto, de *lege data* y *lege ferenda*, según el cual, allí donde hay prevalencias de este grave problema de salud mental en el entorno profesional, como para la Guardia Civil -ámbito, en principio, ajeno-, el conocimiento competencial social aquí predicado puede ser una “vía de progreso”, aunque no sea la panacea, por supuesto, para tomar en serio el derecho social fundamental humano de la Guardia Civil también a un entorno seguro y saludable de trabajo, libre de entornos proclives al suicidio.

De nuevo, una cuestión competencial jurisdiccional se revela central para avanzar en el debido cambio sustantivo de un derecho social fundamental de toda persona, realmente: El derecho a un entorno seguro y saludable, libre de toda toxicidad psicosocial. Por tanto, también de la Policía Nacional y la Guardia Civil, como lo sería para el resto del personal funcionarial y en todas sus facetas protectoras, no solo preventiva, también prestacional social reforzada y responsabilidad “civil” por incumplimiento preventivo.

4. ¿Y para el personal militar estricto, titular del derecho a un entorno seguro y saludable en tiempos de “paz”, libre de toxicidad psicosocial, también con perspectiva de género?

Ciertamente, somos plenamente conscientes que una plena coherencia con el análisis aquí conducido y la propuesta realizada debería llevarnos a plantear la cobertura por el orden social de las cuestiones del personal militar vinculadas directamente a la protección eficaz de su derecho social fundamental a un entorno seguro y saludable, cuando no están, lógicamente en el ejercicio de sus funciones típicamente militares, que son de acción de riesgo, no ya solo cuando se dan situaciones bélicas. En efecto, si la letra e) del art. 2 de la LRJS no distingue entre personal funcionario, civil o militar, como hemos visto, y si, como también se recordó, el personal militar es titular del derecho a la protección eficaz de un entorno seguro y saludable, siempre con las especificidades previstas en su norma concreta y fuera, claro está, de las actividades típicamente militares, bélicas o en misiones de “paz”, pero que entrañan riesgos específicos, habría que pensar que el orden judicial

más adecuado sería el orden social. Si a ello sumamos, por ejemplo, en el ámbito propio de la gestión psicosocial, que tanto el acoso moral en el trabajo, como la violencia y el (ciber)acoso por razón de género tiene una especial proyección en el ámbito militar, cabría dar a esta propuesta un sentido más operativo²³⁷.

Somos, sin embargo, también realistas y es evidente que en este ámbito rigen una serie de principios y normas que podrían dificultar más esta proyección, justificando que persista la competencia del orden jurisdiccional militar. Éste se enfrenta a diario con más de una cuestión que se vincula estrictamente no a la violencia y el acoso moral, así como con perspectiva de género, estrictamente configurables como conductas muy graves en el código de disciplina militar, sino incluso penalmente, de ahí la competencia específica, incluso respecto del orden penal común, sino que revelan genuinos problemas de gestión psicosocial del trabajo (militar) en su día a día, atendiendo a sus condiciones de trabajo y a su entorno social relacional. Cuestiones que deberían afrontarse mejor desde el enfoque de prevención de riesgos laborales, no ya tanto disciplinarios. No obstante, entendemos que es un tema especialmente complejo y espinoso y desborda lo razonable para la tesis.

5. Otro horizonte de conquista competencial social en salud ambiental laboral: medio ambiente externo, prevención de riesgos laborales y daños a personas terceras relacionadas con las personas trabajadoras.

5.1. Nueva dimensión de la multiplicación de sujetos en los daños profesionales: Un reflejo de la interacción entre entornos externos e internos de trabajo.

En el apartado anterior hemos visto cómo el drama que supone el suicidio no tiene una dimensión individual únicamente, la pérdida de una vida humana, tampoco solo pública, un problema de salud mental ciudadana, sino que produce un gran sufrimiento o dolor familiar (pareja, descendencia, amistades), que marcan notablemente. Ese dolor no tiene equivalente económico en ningún caso, por supuesto, pero sí que la calificación que

²³⁷ Al respecto vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2019). El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas, La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

jurídicamente se dé a la situación puede aliviar las consecuencias económicas de tan dura pérdida, de ahí la mayor parte de las demandas, realizadas por parejas y descendencia. Esta dimensión multilateral está muy presente en todos los accidentes de trabajo y lo hemos analizado en diferentes ámbitos del Capítulo II, asumiendo la competencia el orden social, como también se comentó.

En este apartado final del capítulo 4 de la tesis doctoral nos parece adecuado hacer una mínima referencia analítica, y reflexión valorativa, a una contemporánea dimensión de esta multiplicación de sujetos afectados por los daños derivados de incumplimientos por las empresas de sus obligaciones preventivas de riesgos profesionales y que vendría, sin duda, a desbordar el ámbito subjetivo actualmente reconocido para la competencia del orden social de la jurisdicción, ocupando espacios hoy bajo dominio del orden civil. Por supuesto, somos conscientes plenamente de que con esta última observación superamos el núcleo básico de nuestra tesis, ligada a la configuración del orden social como aquella jurisdicción integral del trabajo público, siendo el Derecho del Trabajo el sector común a toda la relación profesional, llevando a su maximización la experiencia tenida respecto de la garantía de efectividad del cumplimiento en materia de seguridad y salud en los entornos de trabajo, que incluye también las relaciones de empleo público-administrativo. Sin embargo, nos parece oportuno esta mínima reflexión por varios motivos.

Primero, por la renovada dimensión ambiental más amplia que asumen las políticas de protección de la seguridad y salud en los entornos de trabajo. Si el contenido de ese derecho se enriquece con la interacción del entorno ¿no debería ampliarse también el ámbito subjetivo del orden jurisdiccional que lo garantiza su efectividad?

Muy interesante en este sentido, las propuestas recientemente planteadas por un sector autorizado de la doctrina científica, especialmente atenta a estas interacciones entre “lo ambiental” y “lo preventivo” de riesgos vinculados al desarrollo industrial, evidenciando que también la jurisdicción se debería ver concernida por esta integración de lo ambiental en los sistemas y políticas de seguridad y salud en los entornos de trabajo, y de lo preventivo de los riesgos profesionales en los sistemas y políticas de protección del medio ambiente. Aunque son muchas las facetas concernidas, sin duda una sugerente, de gran alcance innovador, es el jurisdiccional, también en clave competencial, de manera que el orden social sea también una jurisdicción garantista de la sostenibilidad integral de un

trabajo decente, en el que también están implicadas terceras personas asociadas o ligadas a las personas empleadas, aunque no medie contrato de trabajo²³⁸.

Segundo, en el estricto plano del Derecho Legislado, en virtud de recientes leyes que reflejan esa complejidad de los efectos dañosos y el ámbito de personas y colectivos víctimas, a raíz de políticas de empresa incumplidoras de la debida diligencia preventiva, como la Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto. En ella se regula una técnica de protección social subsidiaria a la prestacional social ofrecida por el sistema de seguridad social, contemplando de forma unitaria los sujetos beneficiarios, se trate o no de personas trabajadoras y su gestión viene atribuida a la principal entidad gestora del sistema de seguridad social, el INSS, pese a no tratarse de una prestación de seguridad social. Aunque su intervención se configura como una entidad pública-administrativa, también a efectos de recursos administrativos, lo cierto es que no queda claro cuál es la competencia jurisdiccional para conocer de los eventuales conflictos que puedan suscitarse por su actuar, al no fijarla expresamente. Una primera y superficial lectura la abocaría al orden contencioso-administrativo, pero ni es una solución clara interpretativamente ni, a mi entender, debería ser la solución adecuada, en la medida en que el orden jurisdiccional llamado a conocer de estas cuestiones debería ser también el orden social, en virtud del principio de efectividad.

5.2. Experiencia derivada de protección frente a la enfermedad profesional por amianto: Daños por asociación o conexión (familiar y/o cívica o ambiental) y dualidad de jurisdicciones.

²³⁸ Vid. MIÑARRO YANINI, M. (2023). Capítulo XVIII. “La sostenibilidad ambiental, nuevo elemento del trabajo decente: otro desafío de futuro inmediato para la jurisdicción social”. En AAVV. (Dir. Humberto Guadalupe Hernández, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Editorial CEF, Madrid, pp. 365 y ss. Para esta dimensión ambiental de lo preventivo (hoy de especial actualidad en virtud del cambio climático y su proyección en el denominado estrés térmico, que ha supuesto incluso una reforma normativa -Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo-) vid. RIVAS VALLEJO, P. (2020). Capítulo III, Título V. “El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y EEPP... Ob. cit., Tomo II*, pp. 251 y ss

5.2.1. Del vicio del peregrinar de jurisdicciones a la dualidad competencial, según medie o no con la empresa una relación de trabajo.

Esta reflexión no se conduce en el vacío de la pura especulación teórica o doctrinal, pues ya cuenta con algunas experiencias concretas, que se han judicializado y han dado una respuesta muy clara a este tema, conforme al reparto competencial jurisdiccional más ortodoxo. En efecto, bien conocido es la radicalización que el vicio jurídico de peregrinar de jurisdicciones en materia de daños profesionales adquirió en relación con los derivados de la contaminación por amianto y sus efectos cancerígenos, afectando a miles y miles de personas trabajadoras, y de centenares de las que se relacionaban con ellas, por diversos motivos (pareja, familiares, vecindad, etc.). Durante mucho tiempo, tanto el orden civil como el orden social se declararon competentes, por la vis atractiva del criterio, referido en el capítulo 2, de la responsabilidad extracontractual, que hacía que la voraz sala civil mantuviese su competencia.

El vicio del peregrinar jurisdiccional adquiriría aquí una de sus manifestaciones de victimización institucional más significativa, agravando el mucho dolor de las personas trabajadoras y de otro círculo más amplio de víctimas²³⁹. El cambio de la LRJS (letra b del art. 2 LRJS) sirvió para erradicar esa desviación competencial en relación con las personas trabajadoras, dejando únicamente al orden social para delimitar la competencia a efectos de fijar la responsabilidad civil empresarial. Ahora bien, así fue para las personas trabajadoras, pero el orden civil retuvo un espacio competencial para sí en este ámbito: la responsabilidad civil derivada del incumplimiento preventivo de las empresas, pero que dañaban a víctimas no laborales, sino difusas o indirectas, como las mujeres de las personas trabajadoras víctimas, que lavaban la ropa (antes de exigirse que tal tarea, netamente preventiva, se hiciese por las empresas), así como personas ligadas a las personas trabajadoras por relaciones de vecindad o daños ambientales²⁴⁰.

²³⁹ AMADO, R. (2015). *Peregrinos del amianto*, Colección A Contraluz.

²⁴⁰ Muy interesante y pionero el estudio de la profesora MIÑARRO YANINI, M. (2016). “Trabajo productivo (hombre), fuente de riesgo para el trabajo reproductivo (mujer): ¿qué orden conoce de la responsabilidad? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2015, rec. núm. 558/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 395, pp. 157-161. Este trabajo ha tenido repercusión notable en trabajos específicos sobre la gestión de los daños derivados del amianto en clave de género. Ej. GONZÁLEZ VEIGA, S. (2022). *Aunque cueste respirar: Estudio del amianto con perspectiva de género*, Trabajo Fin de Grado en RLL y RRHH, Santiago de Compostela, 2020-2021.

La Sala civil, así, aceptaba “el mandato legal de concentración en el orden social”, pero siempre que el fundamento de ese daño sea estrictamente laboral, no si puede estar fundado en otros preceptos legales, aunque la fuente del daño sea sustancialmente la misma: la política de empresa que prima el rendimiento económico y el desarrollo industrial por encima de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales y de intangibilidad de la salud, de todas las personas y del planeta mismo. Sin embargo, restringiendo el campo de la jurisdicción solo al daño a la persona trabajadora, daño laboral, se reservará todos los demás daños, que consideran civiles (a las mujeres de las personas empleadas, a las personas vecinas, los daños ambientales, etc. (STS, 1ª, 3 diciembre 2015, Rec. 558/2014).

Sobre las mujeres (esposas de las personas trabajadoras) afirma su competencia la sala civil sobre la idea de que:

“ninguna (de las demandas interpuestas) está vinculada a una relación laboral, sino al daño que resulta de la culpa o negligencia de un tercero con el que ninguna relación tienen, o lo que es lo mismo, el daño no se imputa a un incumplimiento laboral, porque no son trabajadoras del causante del daño, sino a la responsabilidad del art. 1902 CC”

En esta misma dirección, la STS, Civil, 141/2021, 15 de marzo, para los que llama personas víctimas ambientales sostiene que:

“como la presente reclamación es formulada por sujetos pasivos ajenos a una relación jurídica laboral, como son los familiares de los trabajadores (pasivos domésticos) y quienes vivían en las proximidades de la fábrica (pasivos ambientales), el conocimiento del litigio por parte de esta jurisdicción civil deviene incontestable”

5.2.2. ¿Seguro que es incontestable la competencia civil?: La conexión laboral del daño como “vínculo más estrecho” para la competencia social y principio de efectividad.

Pese a la rotundidad con que se pronuncia esta jurisprudencia y lo elemental que parece esa dualidad de jurisdicciones, social para las personas trabajadoras, civil para toda

las demás, aun si son las mujeres de aquéllas y se han contaminado por lavarles las ropas a sus maridos, por no hacerlo la empresa, como debía, a mi juicio, conforme a la mejor doctrina científica en materia, ya citada, el asunto es menos claro de lo que parece, por lo que la elementalidad es apariencia, en realidad. En efecto, de un lado, el daño generado en las “amas de casa” (sus mujeres) tienen su origen en la relación laboral de sus maridos, sin cuya ocasión no hubiese sido posible.

En suma, se trata de una suerte de “daño por asociación” (como la discriminación por asociación). En este sentido, se constatan casos de exposición familiar y ambiental en los que el único vínculo común es sufrir sus causantes un tipo de cáncer que sólo se produce por la influencia e inhalación del asbesto. Si no hubieran lavado las ropas de sus familiares contaminadas por tal material no habrían contraído esa enfermedad, por lo que concurre, cuando menos, la teoría de la ocasionalidad relevante.

De otro lado, la afirmación de que el daño a las mujeres de las personas empleadas no se debe a un incumplimiento laboral es muy discutible, más bien un artificio orientado a justificar un título de imputación para la competencia civil. La “contaminación” durante las labores de limpieza que realizaban y que tenían que hacerlas por falta de diligencia del empresario, quien no se encargaba de una obligación que le es propia, implicaba una actividad cuya utilidad económica última es del empresario y, por tanto, aún sin mediar una relación contractual, sí que entraba dentro de la órbita de control de las empresas. Por lo que la vinculación más estrecha se sitúa en las políticas de empresa en relación con la organización del trabajo de sus esposos o maridos.

Bien visto, en realidad, la sala civil, sin duda no conscientemente, incurre en una interpretación que arrastra los estereotipos de género, en los que el reparto de roles estaba muy claro, los hombres asumen el “trabajo productivo” y las mujeres “el reproductivo”, incluyendo trabajo doméstico, orillando que ese lavado de ropa incidía claramente en el trabajo productivo. Siendo el de ellas “trabajo doméstico” el vínculo no puede ser sino el civil, dado que no media relación contractual mercantilizada alguna. Con la profesora Miñarro hay que sostener que, en realidad, el vínculo entre la causa profesional (índole contractual) y “la causa social” (extracontractual, porque el trabajo reproductivo no tiene contrato) es suficientemente estrecho y significativo para concentrar en el orden social, por el origen del daño y por el entorno familiar que le sirve para propagarse.

5.3. ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones de las decisiones del INSS en materia de Fondo de Compensación para las víctimas de amianto?

5.3.1. El Fondo de Compensación para la reparación integral de los daños de amianto integra en un mismo ámbito lo laboral, lo familiar y lo ambiental.

Ciertamente, no ha prosperado tan sensata y razonada tesis de concentración en el orden social de la competencia en estos casos. A mi juicio, hubiera sido más coherente con la contemporánea visión del derecho a la protección eficaz como sistema y política dirigidos a garantizar un entorno seguro y saludable, atendiendo a la interacción estrecha entre el entorno externo (desde luego familiar, también de vecindad) y el entorno interno. Ahora bien, que legal y jurisdiccionalmente se mantenga esa dualidad competencial, de modo que se vuelve a fragmentar lo que, en realidad, está unido, creando artificios nuevos y perjudiciales, no significa que los problemas se resolvieran en la realidad. Más bien en la vida diaria sucedía lo contrario, se multiplicaban los problemas afectando a la eficacia de la protección social debida por estos daños profesionales, familiares y ambientales a raíz de la inobservancia de las debidas políticas de empresa para prevenir eficazmente frente al amianto, favoreciendo el desarrollo económico industrial frente al progreso social y la sostenibilidad ambiental²⁴¹.

De ellos es plenamente consciente el poder legislativo. Así, siguiendo una opción que ya había sido experimentada en otros países antes que, en España, la citada Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto. Una ley, que no es pionera en Europa, surgida de la constatación de notables deficiencias frente a la protección eficaz de las personas, no solo trabajadoras, frente a los incumplimientos preventivos de las empresas (y entidades públicas) en la gestión de un

²⁴¹ Una reflexión al respecto, si bien desde la perspectiva de los problemas de salud mental, pero que evidencia la conexión íntima entre salud, ambiente y modelo de economía, en VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2012). “Los costes de la salud mental en el trabajo: prevenirlos es un lastre, para la reforma del crecimiento económico sostenible”. En AAVV. *La salud mental de las y los trabajadores*. Observatorio vasco sobre acoso, Osalan, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, pp. 73 y ss. https://www.euskadi.eus/contenidos/libro/medicina_201320/eu_saludmen/adjuntos/salud_mental_trabajadores.pdf

material tan nocivo como el amianto, el llamado “homicida -o incluso asesino- silencioso en serie”. La norma reconoce que en 2023 seguirán creciendo las víctimas, lo que exige:

“la necesidad de poner en marcha en nuestro país un fondo de compensación como los existentes en Francia, Holanda o Bélgica. A partir del 2023 se estabilizarán las cifras y se iniciará una rápida tendencia descendente. Estas son las previsiones”.

Confiemos en que así sea. De momento, la siguiente afirmación ya es discutible, en la medida en que afirma con rotundidad.

“El amianto actualmente ya no existe como problema preventivo. El problema radica fundamentalmente en las enfermedades derivadas de antiguas exposiciones que afloran y seguirán aflorando aún con más intensidad”.

La afirmación inicial no se puede compartir y es de una generosidad en el juicio que deja atónitos, porque hace dudar de la consciencia de realidad que tiene el Gobierno de España y el poder legislativo sobre la verdadera situación de este problema, aún. Siguen siendo decenas los casos que salen a diario sobre falta de prevención adecuada del uso del amianto, un mineral muy extendido por miles y miles de edificios e instalaciones, y que se sigue produciendo. Ciertamente, ya está prohibido en la Unión Europea²⁴², contando con normas muy precisas en orden a su desmantelamiento, como el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgos de exposición al amianto, así como otras normas complementarias y resoluciones. Ahora bien, conviene tener en cuenta la pervivencia de tres grandes problemas²⁴³:

- 1) El efecto desmantelamiento, con seguridad, y de forma efectiva, del amianto que sigue instalado, mucho más del que se cree.
- 2) La vigilancia sanitaria de las personas trabajadoras que han estado expuestas y el reconocimiento de las patologías que se deriven, así como el resarcimiento de todas las víctimas, también de toda la población afectada.

²⁴² La prohibición en toda la Unión se debe a la Directiva 1999/77/CE, de 26 de julio, por la que se adopta al progreso técnico por sexta vez el anexo I de la Directiva 1976/769/CEE (...) (DOCE n° L 207, de 6.8.1999), transpuesta al ordenamiento español por la Orden del Ministerio de la Presidencia de 7 de diciembre de 2001.

²⁴³ RUFINO SAN JOSÉ, M. (2021). “Afrontemos un futuro sin amianto”, Sistema Digital. Recuperado de: <https://fundacionsistema.com/afrontemos-un-futuro-sin-amianto/>

- 3) Controlar la externalización del riesgo a otros países (América Latina -un caso muy polémico fue el de la exportación de trenes a Argentina-, sudeste asiático).

No podemos aquí afrontar esta cuestión, que se inserta, en efecto, en la cuestión de la reparación del conjunto de víctimas del amianto, no solo de las personas trabajadoras, cuya competencia en el orden social hoy no es dudosa, como tampoco se cuestiona (nosotros sí), la competencia civil para el resto de las personas víctimas, aun por un mismo incumplimiento preventivo de las empresas. El punto de partida de la ley es evitar que los daños sufridos sigan derivando en una gran cantidad de litigios, recurriendo a la técnica de los “fondos de compensación social sin culpa”.

Vemos, pues, que se combina, como subraya la doctrina que se ha ocupado del tema, la técnica civil de la responsabilidad patrimonial o económica objetiva, por el resultado que se ha producido dañoso, con la técnica social, de la creación de un fondo público de responsabilidad social, conforme al principio de solidaridad (típico de seguridad social). De ahí la gestión atribuida a la principal entidad gestora del sistema de seguridad social, el INSS, pero no se trata de una prestación del sistema de seguridad social, sino una técnica de protección social diversa, con recursos públicos (incluidas las transferencias presupuestarias, así como recursos provenientes de sanciones por la autoridad laboral por incumplimientos preventivos -art. 4-). Conforme a su artículo 1 (modificado en 2023²⁴⁴):

“El Fondo se constituye como mecanismo de compensación para las víctimas del amianto mediante los recursos económicos a que se refiere el artículo 4 de la presente ley. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en los términos regulados en la presente ley, gestionará con su crédito presupuestario las compensaciones que correspondan”.

Estamos, pues, ante una suerte de “técnica de socialización de la responsabilidad civil por daño de empresa”. Se trata de una responsabilidad por resultado u objetiva, cuya acción protectora social se basar en criterios médicos, no en la identificación del sujeto

²⁴⁴ Se modifica por la disposición final 10 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero. En la versión anterior del art. 1 (**Creación y naturaleza**) se establecía:

“1. Se crea el Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto, **un Fondo carente de personalidad jurídica de los regulados en el artículo 137 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre**, de Régimen Jurídico del Sector Público, **adscrito a la Administración General del Estado**, que actuará como instrumento para la gestión financiera de los recursos económicos a que se refiere el artículo 4 de la presente ley.

2. El Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto será gestionado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

culpable del daño reclamado, y acreditado, por la persona solicitante (sea por la relación de trabajo, la relación familiar con la persona trabajadora o la relación de vecindad²⁴⁵.

En consecuencia, prima la finalidad de protección (garantía social) sobre la finalidad de fijación de responsabilidades por incumplimiento (garantía civil). Por eso expresa de forma concreta la ley que el Fondo Español de Compensación a las personas víctimas de Amianto (FECVA) pretende garantizar o asegurar una compensación para las víctimas del amianto que permite:

“la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona en su ámbito laboral, doméstico o ambiental en España, así como a sus causahabientes en los términos establecidos en la presente ley” (art. 2 Ley)²⁴⁶.

Vemos, pues, el ámbito subjetivo unitario de la ley. La imputación de responsabilidad compensatoria al Fondo lo es por la socialización del daño sufrido por cualquier persona que quedara expuesta a las fibras del mineral empleado por la industria.

En la Exposición de Motivos se explica la razón. Se recuerda que la gran litigiosidad se refiere o afecta a las personas trabajadoras que hayan podido estar en relación con el amianto, pero no solo. Además, hay que tener en cuenta una suerte de “relación social de contacto extracontractual”, bien por la relación de parentesco familiar (cónyuge) bien por la relación de interacción ambiental (vecindad), que considera “no regula ahora el sistema”, hay que entender específicamente, pues ya vimos que respuesta jurídica sí que hay en el orden civil común. El preámbulo relata de forma sintética los obstáculos que existen para una protección compensatoria o indemnizatoria adecuada. A saber:

- 1) A diferencia de los accidentes de trabajo, en las enfermedades profesionales los daños no serían instantáneos, sino que están latentes muchos años, apareciendo varios años después, de modo que se corre el riesgo de que la empresa causante de la contaminación o toxicidad humana ya estén desaparecidas.

²⁴⁵ AZAGRA MALO, A. (2007). “Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica”. En Indret Privado, n. 3. <https://indret.com/los-fondos-de-compensacion-del-amianto-en-francia-y-en-belgica/>

²⁴⁶ Antes de la reforma, el texto incluía un pequeño matiz diferencial, atribuyendo la función reparadora no propiamente a la “función compensadora”, sino al “instrumento técnico”, el Fondo. Así, afirmaba: “Corresponde al Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona en su ámbito laboral, doméstico o ambiental en España, así como a sus causahabientes en los términos establecidos en la presente ley”

Este riesgo, actualizado frecuentemente en la práctica, en virtud de los continuos procesos de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones, transmisiones de empresa, etc.) exigiría:

“una labor detectivesca, un enorme y dificultoso esfuerzo para identificar a la empresa responsable, que impide muchas veces reclamar, quedando el afectado sin compensación a pesar del daño sufrido en su salud. La demostración de la exposición es dificultosa por todo ello, y resulta difícil establecer la causa-efecto para el afectado/a y sus familiares”.

- 2) Asimismo, las personas trabajadoras han podido prestar servicios en diferentes empresas a lo largo de su vida laboral, lo que dificulta la identificación de la exposición concreta que generó la enfermedad. Ello supone una dificultad añadida en la identificación de las empresas responsables del pago de las indemnizaciones que pudiera corresponder.
- 3) El carácter “masivo” de este contagio o afección, sobre todo en el ámbito laboral, sería suficiente argumento para justificar la creación de un fondo económico para la compensación de daños, sin tener que recurrir continuamente a los tribunales, con el coste emocional que eso tiene también. De este modo, enfatiza la EM, con el fondo se las personas trabajadoras y/o sus familias o trabajadores afectadas, “que tienen vedada la vía judicial, por no tener empresa a la que reclamar la indemnización, vean compensado el daño”.
- 4) La excesiva judicialización de los procesos, lo que significaría una suerte de calvario añadido, con el efecto de victimización secundaria.

La EM de la ley llama la atención expresamente de la lucha judicial de las personas víctimas. Éstas se verían obligadas a batallar arduamente en los juzgados (sociales, civiles) para reclamar sus derechos, señalando como principales escollos u obstáculos, precisamente, a las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social: organismos de la Seguridad Social y con las mutuas.

Una lucha que tendría tanto un coste económico importante (para las familias, o personas causahabientes), muy a menudo perceptoras de pensiones mínimas (o reducidas, como las de viudedad), además de personales. En esta compleja y difícil situación social,

biomédica y jurídica (la enfermedad sufrida o el proceso judicial, entre otros) conlleva también un coste emocional para las familias y las personas afectadas. De ahí el fondo, a fin de constituir una medida de protección social más efectiva para las personas beneficiarias²⁴⁷, configuradas en atención a la exposición a un mismo daño industrial, aunque con canales de exposición parcialmente diferentes, en el marco de una suerte del “*Derecho Social de Víctimas*” del *Desarrollo Industrial* (Molina Navarrete, C., 2023).

5.3.2. La competencia jurisdiccional para conocer de la impugnación de las decisiones del Fondo de Compensación: ¿laguna o silencio elocuente?

Ciertamente, el análisis exhaustivo de esta importantísima institución jurídico-social suscita una gran variedad de cuestiones de diversa índole. A comenzar por la ausencia de vigencia del instrumento, al faltar el desarrollo reglamentario (al cierre de esta tesis -en los inicios del mes de septiembre de 2023-), por lo que se mantiene inefectivo²⁴⁸. Además de otras polémicas, como la falta de exención tributaria (fiscal) de estas prestaciones indemnizatorias sociales, como sí sucede con otras de diferentes colectivos de víctimas sociales, lo que ha sido duramente criticado sindicalmente, por entender que incurre en un factor de ineficacia de la medida y de discriminación social e institucional²⁴⁹.

²⁴⁷ Conforme a su art. 6, serán personas beneficiarias de esta técnica de reparación íntegra por la exposición al amianto (es prácticamente una copia del art. 53 I de la Loi nº 2000-1257 -Fondo francés-):

- a) Las personas que hayan obtenido el reconocimiento de una enfermedad profesional ocasionada por el amianto (personas trabajadoras)
- b) Las personas con una enfermedad que no pueda ser reconocida como profesional, pero de la cual se haya determinado o pueda determinarse que su causa principal o coadyuvante haya sido su exposición al amianto.
- c) Las personas causahabientes de los beneficiarios mencionados en las letras anteriores, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Según el apartado 2, el diagnóstico y la valoración de la enfermedad, su calificación y revisión, así como la determinación de su causa o del fallecimiento se realizarán por los equipos de valoración que se determinen reglamentariamente.

²⁴⁸ El Gobierno no concretó la fecha para crear el fondo de compensación para las víctimas de amianto que dicta la ley, en la respuesta que dio a una pregunta parlamentaria del Foro de Asturias. En cambio, se centró en evidenciar que está intentando retirar el amianto de todas las instalaciones y edificios, en virtud de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. No concreta cuándo desarrollará el Fondo. Vid. “El Gobierno no concreta fecha para la creación del fondo de compensación a las víctimas de amianto”. <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-gobierno-no-concreta-fecha-creacion-fondo-compensacion-victimas-amianto-20230521114447.html>

²⁴⁹ De interés la crítica: “El Gobierno dinamita el Fondo del amianto”. https://www.ccoo.es/noticia:647842-El_Gobierno_dinamita_el_Fondo_del_amianto&opc_id=8c53f4de8f8f09d2e54f19daf8d8ed95

De ahí la participación crítica por parte de la Federación Estatal de Asociaciones de Víctimas del Amianto y los dos sindicatos más representativos estatales en el desarrollo reglamentario. A tal fin han presentado un documento conjunto²⁵⁰ de alegaciones al proyecto de RD que regula el fondo de compensación para las víctimas del amianto en desarrollo de la Ley 21/2022 que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ha sometido a consulta pública.

Las entidades sociales y sindicales consideran, con razón, que, en sí mismas y atendiendo a otras indemnizaciones existentes en la legislación (ej. víctimas del terrorismo o del VIH, o más recientemente de la talidomida), así como las establecidas por sentencia judicial (o en acuerdos judiciales existentes en algunas empresas en las que se expuso al amianto a sus personas trabajadoras, las propuestas reglamentarias serían a todas luces insuficientes (oscilarían entre los 27.359,76 y los 68.399,40 euros), máxime por el descuento de la correspondiente tributación al IRPF. En todo caso, la convocatoria electoral anticipada le dio un nuevo golpe de gracia, pues quedó fuera de plazo para ejecución (otros sí que salieron, por lo que no parece muy prioritario para el Gobierno).

La Disposición adicional única de la Ley (Inicio de actividades del Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto) era clara a la hora de establecer un plazo acotado para el desarrollo reglamentario:

*“La puesta en marcha e inicio de actividades del Fondo de Compensación para las Víctimas del Amianto tendrá lugar el mismo día en que entre en vigor el reglamento de desarrollo de la presente ley, **el cual deberá dictarse en el plazo de tres meses desde la publicación de esta en el «Boletín Oficial del Estado».***

Con carácter previo al inicio de las actividades del Fondo, el Gobierno lo dotará de los medios humanos y materiales necesarios”.

De nuevo, la fractura entre la norma y la realidad es abisal²⁵¹. Por supuesto, no podemos afrontar aquí toda esta problemática, pues nos centramos en la cuestión competencial jurisdiccional, debiendo procurar no dispersar más de lo debido el estudio.

²⁵⁰ “Las indemnizaciones del Fondo de compensación para las víctimas del amianto propuestas por el Gobierno son absolutamente insuficientes”.
<https://ugt-sp.es/las-indemnizaciones-del-fondo-de-compensacion-para-las-victimas-del-amianto-propuestas-por-el-gobierno-son-absolutamente-insuficientes/>

²⁵¹ Aunque el señalamiento en la ley de un plazo para la ejecución reglamentaria tiene carácter imperativo, sin embargo, “atendida su naturaleza formal, **el incumplimiento del plazo no lleva aparejada la invalidez**

Y al respecto, hay que poner de relieve que esta ley no contiene norma o previsión alguna sobre la asignación competencial para conocer de los conflictos que se puedan producir en su ámbito, en especial a la hora de asumir las decisiones tomadas al respecto por el INSS, a través del procedimiento fijado al efecto. Ciertamente, la ley se preocupa de organizar el funcionamiento del INSS a estos efectos, reconduciéndolo en todo momento hacia el Derecho Administrativo que podemos llamar “común”, el sujeto a la ley de procedimiento administrativo común (Ley 39/2015, 1 de octubre), aunque la organización y gestión del mismo se atribuya a una entidad gestora de la seguridad social, el INSS, así como a su servicio común económico, la TGSS, que es la que ordenará los pagos a cuenta de los Fondos que se abrirán en sus cuentas²⁵². Lo cual no significa que no contenga algunas particularidades, previstas en el art. 8 de esta Ley, iniciándose a instancia de parte.

Precisamente, entre esas personas perjudicadas (o de sus causahabientes) que están legitimadas para iniciar el procedimiento de compensación por afectación de un daño derivado de exposición al polvo de amianto están las personas trabajadoras, en cuyo caso solicitud se acompañará además del informe sanitario del PIVISTEA (Plan Integral de Vigilancia de la salud de los trabajadores que estén o estuvieron expuestos al amianto), así como de los documentos que se establezcan reglamentariamente para probar la exposición al amianto. No obstante, “cuando se hubiera determinado el origen profesional de la enfermedad, el solicitante adjuntará a la petición exclusivamente la resolución de reconocimiento de la enfermedad”. Asimismo, en su caso:

“también se acompañará de la información relativa a las acciones judiciales y extrajudiciales que estén en curso en el momento de la solicitud, así como de las prestaciones o compensaciones reconocidas como consecuencia de su exposición al amianto”.

del reglamento extemporáneo, salvo que así se establezca expresamente en la ley”. Vid. STS, Sala 3ª, 300/2023, de 8 de marzo. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-senalamiento-en-la-ley-de-un-plazo-para-la-ejecucion-reglamentaria-tiene-caracter-imperativo/>

²⁵² El artículo 7 de la Ley es inequívoco de esta reconducción al Derecho Administrativo común de su funcionamiento, dejando de lado cualquier remisión a la LGSS. Su tenor es el siguiente:

“En el marco de lo previsto por esta ley, y siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social la ordenación administrativa, el diseño, la implantación y el seguimiento de los procedimientos para reconocer, suspender y extinguir el derecho a las compensaciones a favor de las personas beneficiarias a que se refiere esta ley, *así como hacer las correspondientes propuestas de pago con cargo a la cuenta abierta a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social donde se sitúen los fondos*”.

Al INSS corresponderá resolver la solicitud de compensación económica en el plazo máximo de seis meses desde la fecha de entrada en su registro de la solicitud, indicando, en su caso, de conformidad con la documentación aportada, la enfermedad padecida, lesiones, causa de las lesiones o del fallecimiento, y posible discapacidad que se le haya reconocido, así como la compensación que corresponda. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud. En todo caso se deberá dictar resolución expresa. Una vez más, se remite al reglamento -aún inexistente- determinar “el procedimiento de valoración de la enfermedad, su calificación y revisión de la determinación de su causa o del fallecimiento”. En los supuestos de reconocimiento de la compensación económica, el INSS, en los términos fijados en el reglamento: “se podrá subrogar en todas las acciones y derechos que correspondan a los beneficiarios” (personas beneficiarias ex art. 6 de la Ley).

Una decisión que será recurrible administrativamente, por supuesto. Para ello, la ley insiste en remitir a los “recursos administrativos” conforme al Derecho Administrativo común, según prevé el art. 9 de la Ley. Conforme al mismo:

“Las resoluciones del INSS relativas a las compensaciones a las personas perjudicadas por el amianto previstas en esta ley podrán ser objeto de recurso administrativo según lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” (LPACAP).

Pero ¿qué sucede a los efectos de recurso jurisdiccional frente a estas resoluciones del INSS cuando ya sean firmes administrativamente? Nada dice la ley. En consecuencia, hay que estar al reparto general previsto a tales efectos en las dos leyes jurisdiccionales que tienen afectación en el asunto, la LRJS y la LRCA. De inicio, cabe entender que la ley no diga nada al respecto por varios motivos. Primero porque es una ley que pretende reaccionar al exceso de judicialización de estos asuntos, creando un procedimiento ágil y simplificado respecto a la tutela jurisdiccional (responsabilidad por culpa), capaz de dar una salida extrajudicial al problema, a través de una técnica de compensación económica objetivada. El presupuesto de esta técnica del fondo compensatorio es proceder al margen de la intervención judicial, asumiendo que prima la celeridad de la protección sobre las eventuales divergencias entre el fondo y las personas solicitantes, sin parangón con las intensas entre la empresa causante del daño y las personas víctimas.

En suma, se trata de indemnizar a más víctimas de las situaciones de toxicidad o contaminación por amianto, más ágilmente y con menos costes de gestión que con la acción civil, ya se ejerza en este orden (personas que han sufrido daño de exposición, pero sin mediar relación contractual laboral) ya en el social (si media relación de trabajo en la exposición al amianto).

Se entiende, así, que la única previsión expresa de recurso (lo que evidencia que la ley sí presume discrepancias, aunque menores que en la responsabilidad civil, lógico²⁵³) lo sea a efectos internos, de carácter administrativo. En consecuencia, se esperaría que en este ámbito la litigiosidad judicial juegue un papel puramente residual o marginal, porque su finalidad es justamente ofrecer un procedimiento alternativo a la jurisdicción para la compensación económica de los daños, aunque se trate de daños profesionales. Como es natural, a salvo queda siempre la acción de responsabilidad civil en cada caso por culpa de sujeto que ha creado el daño sufrido por amianto (en nuestro caso las empresas y sus modelos economicistas de obtención de la ganancia mediante el desarrollo industrial sin atender a sus compromisos sociales y laborales, también ambientales).

Segundo porque, lógicamente, al mediar decisiones público-administrativas de una naturaleza indemnizatoria, pero prestacional (lo que descarta la competencia del orden civil²⁵⁴), podría entenderse que hay una elección implícita jurisdiccional clara, la del orden contencioso-administrativo, al ser decisiones dictadas por una entidad pública en el ejercicio de potestades públicas, según un procedimiento público-administrativo común, con algunas particularidades. Al no ser prestación de Seguridad Social, aunque la decisión se tome por su entidad gestora y se pague por la TGSS, parecería descartar el orden social (excluida de la letra o) art. 2 LRJS actuaría el art. 3 f LRJS).

²⁵³ Vid. AZAGRA MALO, A. (2007). “*Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica*”. Ob. cit., p. 1. <https://indret.com/los-fondos-de-compensacion-del-amianto-en-francia-y-en-belgica/>

²⁵⁴ En realidad, como ha subrayado la doctrina civilista y laboralista que se ha ocupado del tema, en el origen de esta técnica de los fondos de compensación de personas víctimas de amianto está la convicción del fracaso del Derecho Civil de Daños (un análisis: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/10/DdD-1-a-13-2022.pdf>), basado en la litigiosidad judicial y la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual (tanto en su dimensión privada como en su dimensión laboral), exigiendo técnicas de objetivación y socialización de la responsabilidad. Justamente, una concepción análoga a la que daría lugar a los viejos fondos de compensación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales y que derivarían hacia el aseguramiento social público. De ahí que, en última instancia, se trate de una cierta “evolución parabólica”, en la medida en que nace la responsabilidad por accidentes de trabajo para cubrir las deficiencias de la responsabilidad civil empresarial al respecto, ahora, en el siglo XXI, ante determinadas situaciones de toxicidad o contaminación “masiva”, se hacen precisos otros fondos, de nueva generación, para cubrir las deficiencias tanto de la responsabilidad por accidentes de trabajo como la responsabilidad civil (de quienes sufren el daño por amianto sin contrato laboral).

Podría entenderse hecha una remisión implícita a la letra f) del art. 3 LRJS. En su virtud, como ya tuvimos oportunidad de recordar, a otros efectos, en el capítulo 2 de esta tesis doctoral, se excluye del orden social:

“los actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2” LRJS.

A mi juicio, sin embargo, un estudio detenido de la regulación deja en evidencia que no es tan sencilla o pacífica esa visión presunta legislativa favorable al orden contencioso, porque no solo se trata de situaciones de protección social que pueden afectar a personas en su condición de trabajadoras y por la afectación de una enfermedad profesional (lo que abriría el título de la letra b) del art. 2 LRJS), sino que se trata de decisiones del INSS y de la TGSS claramente de sentido prestacional, por lo que podrían entrar dentro de la letra s) del art. 2 LRJS:

“s) En impugnación de actos de las AAPP, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del artículo 3”.

A ello hay que añadir, cuando menos, dos argumentos jurídicos más a favor del orden social en estos casos. Uno se vincula al “plan de la ley”, al menos según lo que confiesa el poder legislativo en el preámbulo de la ley (parte de la norma que no es vinculante, lo sabemos bien, pero que puede tener un valor interpretativo muy significativo, según nos muestra día a día la experiencia forense y los repertorios de jurisprudencia). Y el otro a su expresión normativa expresa, en coherencia con ese predicado teleológico, aunque el resultado global no sea claro, nítido, como se expresa.

En efecto, en el primer plano, se recordará (lo vimos en el capítulo 1 de la tesis -y lo volveremos a recordar, a otros efectos, en el próximo, en el capítulo 5), que la EM de la LRJS dejó constancia de hacer del orden social la jurisdicción natural “*de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social*”. ¿Acaso no estamos aquí, en la protección de las víctimas de amianto frente al riesgo de desarrollo industrial que se actualizó en un daño masivo, ante una política esencial? En la medida en que este tipo de fondos de compensación sin culpa forman parte de la protección social pública deberían de incluirse en el concepto más amplio y superador del más estricto de seguridad social.

En el segundo plano, hay que traer a colación el último inciso de la letra q) del art. 2 LRJS, en atención al cual, corresponde al orden social:

“...los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones..., que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario”.

Muy interesante en este sentido, aunque se pronuncie *obiter dicta*, la STS, 4ª, de 5 de junio de 2013 (RCO 76/2012). En esta sentencia, reconociendo que se trata de “una nueva competencia cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción social” en virtud de la LRJS, considera que este inciso:

“...se refiere a casos en los que las AAPP actúan no como empleadoras de...personal a su servicio, sino cuando en su condición de poderes públicos establezcan, a favor de cualquier "beneficiario", es decir, en virtud de título jurídico distinto al de personal laboral, estatutario o funcionario, complementos de prestaciones o indemnizaciones, especialmente, en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales” (FJ Tercero, punto 1, letra E)].

En esta dirección más interesantes aún son las SSTS, 4ª, 27 de enero de 2005, RCU 318/2004 y 10 de julio de 2006, RCU 2235/2006. Estos asuntos judiciales tienen una particularidad muy relevante para nuestro análisis jurídico. La mejora de seguridad social reclamada no está reconocida en un pacto o acuerdo colectivo firmado con la persona empleadora de las personas trabajadoras (mayoría hombres), sino por una Administración Pública que ha dispuesto esta prestación complementaria a su cargo y en beneficio de un determinado colectivo de personas trabajadoras con los que no les vincula ningún tipo de relación de empleo, ni laboral ni funcional.

En esas sentencias, atendiendo a esta especificidad o particularismo del caso, se hace una anotación adicional. Al respecto se indican que:

“Es verdad que los accidentes del mar protegidos pueden merecer, y merecerán normalmente, la calificación de accidentes de trabajo. Pero quien, para llevar a efecto una protección complementaria a la de la Seguridad Social básica, ha suscrito la póliza de seguro por accidentes del mar en favor de los tripulantes gallegos, no ha sido la empresa que contrata sus servicios, sino la Xunta de Galicia. (...)”.

Parece clara, pues, la analogía con lo que suponen los fondos de compensación por amianto. El fondo no deriva de las empresas, sino de una institución de protección social

Justamente:

“...esta protección social complementaria a cargo de la Xunta no deriva desde luego de un contrato de trabajo o convenio colectivo; y no constituye tampoco una mejora voluntaria de la Seguridad Social, precisamente porque dicha entidad no interviene como tomadora del seguro a título de empresario sino en su condición de poder público de la comunidad autónoma”.

Sobre esta base, rechazará la competencia del orden social. Ahora bien, como luego explicaremos con más detalle en el capítulo próximo, en el capítulo 5, tal doctrina ya ha decaído, precisamente por el cambio legislativo con la LRJS y la nueva redacción dada a la letra q) del art. 2 de la LRJS. Con esta nueva competencia, conforme a la interpretación que realiza el TS actualmente (ej. STS, 4ª, 892/2018, 4 de octubre), entiendo que cabe perfectamente defender la competencia del orden social en estos casos, como ha sostenido la doctrina científica más atenta en este ámbito (Molina Navarrete, 2023, Margarita Miñarro, 2023), cuya posición asumimos y aquí hemos pretendido reforzar, con un análisis más detenido de la jurisprudencia social en materia.

Sorprende, en todo caso, y pese a las razones esgrimidas en torno al presupuesto de solución extrajudicial a la que responde la técnica de los fondos de compensación, que no haya previsión alguna en orden a la competencia jurisdiccional, por más que se piense en su papel residual en este ámbito. Por ejemplo, en el modelo comparado más cercano al español, inspirador sin duda de buena parte de su regulación (incluso en el plazo de 6 meses de procedimiento para resolver la solicitud), el FIVA (Fondo de Indemnización de Víctimas de Amianto francés), se prevé expresamente el carácter recurribles de este tipo de decisiones del FIVA, si bien se prevé que lo será ante la sala civil del “Tribunal de Apelación del domicilio del solicitante” o ante el “Tribunal de Apelación de París” si la víctima reside fuera de Francia. El resultado es que en torno al 5 por cien de este tipo de decisiones son recurridas jurisdiccionalmente²⁵⁵, lo que evidencia un porcentaje reducido, en realidad muy pequeño, confirmando esa dimensión extrajudicial perseguida.

²⁵⁵ El plazo de recurso es de dos meses desde la notificación de la oferta de indemnización, o desde el plazo máximo previsto para la resolución. El recurso puede fundarse en tres motivos: el FIVA “desestima la solicitud de indemnización”; “no presenta ninguna oferta de indemnización en el plazo previsto en el primer párrafo del art. 53 IV”; “el solicitante no acepta la oferta de indemnización”. De las más de 500 decisiones impugnadas las Cortes de Apelaciones francesas consideraron que 284 eran incorrectas, por lo tanto, un porcentaje elevado de las impugnadas. Vid. AZAGRA MALO, A, “Los Fondos de Compensación...”, Ob, cit. InDret 3/2007, p. 8.

Por su parte, el AFA belga (Asbestosis-Fondo de Amianto), incardinado dentro de los denominados Fondos de Enfermedades Profesionales y que incluye, junto a transferencias del Estado, cotizaciones de las empresas del sector del amianto, también expresa la naturaleza recurrible de las decisiones de este Fondo. Sin embargo, en coherencia con esa inclusión, las decisiones del AFA, considerado “una solución más racional y eficiente para la compensación de las víctimas del amianto que el FIVA” -sin desconocer ciertas deficiencias, como la acumulación de prestaciones, con el riesgo de sobreprotección en ciertos casos-²⁵⁶, son recurribles ante el Tribunal de Trabajo.

5.4. Recapitulación o reflexión conclusiva final: ¿Debería ser competente el orden social como jurisdicción integral de los daños cívico-ambientales por los incumplimientos preventivos de riesgos laborales?

Al margen de la respuesta que se dé a la cuestión del orden social competente en el estado actual normativo, sin duda más confuso o ambiguo de lo que debería, entendemos que, en línea con el modelo belga, más perfeccionado que el francés (precisamente el más influyente en el español -ambos descartan la integración de cotizaciones sociales de las empresas del sector del amianto-), el orden social competente debería ser el social. Primero porque una buena parte de su ámbito subjetivo de protección serán personas trabajadoras y el presupuesto de la solicitud será su enfermedad profesional, aunque no se atiende a la causa, sino al daño. Segundo, porque la unificación competencial tendría importantes beneficios, debiéndose incluir también las solicitudes de las personas vinculadas a las personas trabajadoras y contaminadas con asbestos por asociación con la persona trabajadora.

²⁵⁶ “De este modo, además de cargar parte del daño a quien lo causó, reduce el lastre que debe soportar el erario público. Y, por otra parte, la solución es menos negativa para los empresarios de lo que puede parecer a primera vista, pues evita que aquellos se vean inmersos en una litigación impredecible y muy costosa”. Además “las cuantías para víctimas de mesotelioma y asbestosis son vinculantes, y no meramente orientativas como sucede con la baremación utilizada por el FIVA. De este modo, los costes en que incurrirá el AFA para determinar las indemnizaciones serán menores que los del FIVA y, asimismo, la víctima tendrá certeza jurídica acerca de la indemnización de la que puede ser beneficiaria”. Asimismo, el “AFA se integra en el *Fonds des maladies professionnelles*, de este modo se podrá beneficiar de sus medios personales y materiales, previsiblemente, tendrá menos costes de gestión que un sistema basado en un fondo con personalidad jurídica propia como el FIVA”. Vid. Vid. AZAGRA, A, “Los Fondos de Compensación...”, Ob, cit, Ob. cit. pp. 10-11.

Estaríamos, pues, ante una manifestación de la propuesta aquí efectuada, en línea con la mejor doctrina, científica y jurisdiccional²⁵⁷, en la materia, conforme a la cual la vis atractiva del orden social en el ámbito del Derecho a la Protección Social, como red de subsistemas jurídicos integrantes del Derecho Social (“rama social del Derecho”), debería integrar la competencia en todas las materias relativas a la asistencia y la protección social públicas. Y ello por su estrecha conexión con el principio constitucional de protección adecuada y suficiente de las situaciones de necesidad creadas en las contemporáneas sociedades del riesgo (U. BECK²⁵⁸).

De este modo, se abren dos caminos de progreso jurisdiccional, con efectos positivos en la mejora de la tutela efectiva del derecho sustantivo. De un lado, la propuesta aquí realizada (desarrollando la posición que entendemos más solvente de la doctrina científica laboralista en la materia, que hemos pretendido reforzar y profundizar con argumentos propios), de reinterpretación en sentido amplio de preceptos renovados en la LRJS a fin de realizar su vocación expansiva del orden social (ej. interpretación en tal sentido de las letras b), o) y q) de la LRJS, incluso en su relación conexa con la letra e) LRJS). Creemos que la doctrina del TS avala esta posición, sin forzar argumento alguno, más bien por una razón de coherencia con la nueva competencia contemplada en la letra q) LRJS.

De otro, si no prospera, exigiría derogar el inciso final de la referida letra f) art. 3 LRJS:

“actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2”).

Más aún. La actual integración de la dimensión ambiental externa al derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable aconseja la unidad competencial igualmente y, en virtud del presupuesto esencial dañoso, el desarrollo industrial que genera determinados

²⁵⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2023). Capítulo 1. “Retos de la jurisdicción...”. Ob. cit. pp. 31 y ss. SALINAS MOLINA, F. (2021). “Reflexión general sobre los esenciales extremos de la LRJS susceptibles de reforma: especial referencia a los contenidos en el “Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de justicia” (ALMEP)”. En AAVV. Propuestas de Reforma de la LRJS, CGPJ, 2021. También, del mismo autor, padre de la LRJS, D. Fernando SALINAS. Epílogo. Una reflexión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica”. En AAVV. (Dir.). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*, Ob. cit. pp. 397 y ss.

²⁵⁸ BECK, U. (). La sociedad del riesgo. Ob. cit.

daños por faltas de políticas adecuadas de garantía ambiental (salud humana en general, sostenibilidad ambiental), aconseja la unificación competencial en el orden social.

En última instancia, estamos ante una dimensión social del Derecho de Daños, el Derecho social de las Víctimas del desarrollo industrial²⁵⁹, un sector que debe formar parte de lo que se entienda en el futuro inmediato por “rama social del Derecho” ex art. 1 LRJS (Molina Navarrete, C., 2023; Margarita Miñarro Yanini, 2023). Una atribución al orden social que, a mi juicio, sería también coherente con la predicada extensión a aquél de todas las acciones en materia de prevención de entorno o ambiental en las que media una conexión relevante, aunque no sea contractual y, por tanto, no tengan la condición técnica ni de persona trabajadora (aún en relaciones externalizadas) ni de empleadoras, como ya se demandó en el capítulo anterior respecto del at. 3 b) LRJS (Fernando Salinas Molina, 2021, 2023).

En suma, en esta nueva comprensión expansiva de la competencia de la jurisdicción social (eso sí, su presupuesto es siempre que esté dotada de los medios humanos y económicos necesarios para que pueda afrontarlos, de otro modo lastraría más su hoy mermada funcionalidad) convergería la doble configuración del orden social como garante tanto de la salud ambiental de las personas trabajadoras como de la protección social de las mismas y sus entornos, siempre ligadas a la acción de empresa.

²⁵⁹ Un estudio crítico de interés en Vid. RÍOS VELADA, A. (2022). “Más allá de un fondo de compensación para las víctimas del amianto”. <https://www.elsaltodiario.com/tribuna/fondo-compensacion-victimas-amianto>

CAPÍTULO 5. PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y EMPLEO PÚBLICO FUNCIONARIAL: REALIZACIONES Y RESISTENCIAS PARA LA VIS ATRACTIVA DEL ORDEN SOCIAL.

1. Planteamiento general: un nuevo “giro de guion” competencial con la LRJS y sus persistentes dificultades para su normalización práctica.

En los capítulos precedentes de esta tesis doctoral hemos visto como la vis atractiva del orden social, en cuanto jurisdicción concedora, y garantista, de los derechos, y los deberes, configurados en esa enigmática, pero evocadora y sugerente, fórmula de la “rama social del Derecho”, ha ido conociendo tanto realizaciones como resistencias, avances y persistentes incoherencias, en una doble dirección. De un lado, en la propia del proceso de especialización del orden social como jurisdicción íntegra y plena del empleo público, respecto al cual la superación de los tradicionales recelos en el orden social encontró su máxima expresión en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (letra e) art. 2 LRJS). De ahí que haya constituido el núcleo fundamental de esta tesis, para evidenciar que un giro de guion tan relevante respecto de la situación precedente, tanto con el orden civil²⁶⁰ como con el orden contencioso, siempre encuentra más virtudes que deficiencias, pese a que la práctica muestre a menudo resistencias, también culturales.

Por supuesto, como también se analizó en tal momento, la universalización de los derechos fundamentales en juego, así como de la creciente convergencia, cuando no uniformidad, de los marcos normativos, en particular por acción del Derecho de la UE y de la activa jurisprudencia comunitaria, daría sustento sustantivo al cambio jurisdiccional.

²⁶⁰ Al respecto, tuvimos la oportunidad de traer a colación en capítulos precedentes cómo la competencia del orden social se extiende también a nuevos colectivos profesionales que no se regulan por el ET, sino por un estatuto de persona trabajadora autónoma propio, si bien con la condición especial de autonomía jurídica económicamente dependiente (TRAuDE). Como recuerda la STS, 4ª, 731/2022, 14 de septiembre (de mediar la contradicción -lo que no ocurrió- entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste que exige el artículo 219.1 LRJS, la cuestión planteada era si la jurisdicción social resultaba competente para conocer de la reclamación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por quien era un trabajador autónomo), de conformidad “con el artículo 2 d) LRJS, la jurisdicción social es competente para conocer de las cuestiones litigiosas que promuevan los trabajadores autónomos económicamente dependientes, incluidos los litigios mencionados en el artículo 2 b) LRJS, precepto cuya infracción denuncia el presente recurso, sin que aquella previsión se extienda por la LRJS a los trabajadores autónomos que no son económicamente dependientes”.

En consecuencia, la LRJS no haría nada exorbitante, tan solo ajustar la representación de la norma más ambiciosa (rama social del Derecho) a la formulación concreta, bastante más restringida.

De otro, ese mismo proceso de especialización y vis atractiva, en parte convergente con el primero (para el personal de empleo público), en parte mucho más amplio en su ámbito subjetivo, cuya universalización en su fundamentación como derecho social humano está también consolidada, la hallamos -y/o la predicamos- en la protección social. Al respecto, resulta ahora especialmente pertinente recordar (ya lo hicimos en el capítulo 1 de esta tesis, y en el capítulo 5), la clara voluntad legislativa, expresada en la EM de la LRJS, de hacer del orden social la jurisdicción:

“natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social”

Por supuesto, como también se analizó (Capítulo 2) respecto de aquella configuración del orden social como jurisdicción natural de todo el empleo público (incluso determinados ámbitos del empleo funcional militar, como en los estrictos términos, interpretativos, de lege *data* unos, de índole propositiva o de reforma de *lege ferenda* otros, en el Capítulo 3), una cosa es la representación normativa, la voluntad esencial de la ley y otra diferente la concreción en el plano normativo, y en el estado del arte interpretativo del orden normativo. En el capítulo 1 de esta tesis -al que remitimos, para no repetirnos, al menos en exceso- ya tuvimos oportunidad de analizar, aun brevemente, por no ser núcleo duro de este estudio, varias realizaciones normativas y, por lo tanto, institucionales en este ámbito. Entre ellas destacamos:

- a) la plena actualización, tras varios intentos y pasado mucho tiempo, de la voluntad legislativa de hacer del orden social el competente en esa importante nueva rama de la protección social, típica de una acción social contemporánea innovadora y garantista de servicios sociales (típicas de la asistencia social moderna), no solo de prestaciones económicas (típicas de la seguridad social), que es el sistema de atención a la dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).
- b) Una manifestación de especialización y plenitud acompañada con otras, como, además de la competencia en materia de Ingreso Mínimo Vital (IMV), como prestación de seguridad social que es (pese a sus peculiaridades y fronteras con la asistencia social autonómica), que se acompaña de la inclusión en su jurisdicción

de las rentas mínimas autonómicas (letra o) art. 2 LRJS). Por tanto, las políticas prestaciones dirigidas a prevenir la pobreza, tomada en serio (DWORKIN), como derechos subjetivos, es competencia del orden social.

Pero también tuvimos la oportunidad de evidenciar los vicios jurídicos existentes (ej. lagunas, contradicciones) para que esa vocación sea general y coherente. Entre ellas:

- a) el persistente privilegio contencioso de la “gestión recaudatoria” (art. 3 f) LRJS).
- b) la conservación de la competencia residual en materia de protección social pública (inciso final del art. 3 f) LRJS -ya cuestionado y criticado en el capítulo precedente-).
- c) continuidad de atavismos, manteniendo algunas salvedades y cautelas respecto del orden social, como el inciso final también de la letra n) art. 2 LRJS.

Todo ello da idea -como venimos anotando en este estudio- de un proceso evolutivo hacia un orden social como jurisdicción natural y plena de la rama social del Derecho, especialmente en el doble ámbito aquí reseñado, empleo público y protección social, no solo inacabado (¿quizás inacabable?) sino algo errático, por sus flujos y reflujos, por sus caídas y remontadas, por sus continuos avances, normativos e interpretativos, también por sus deficiencias y resistencias a un sistema coherente y eficaz de transferencias de competencias desde el orden contencioso al social. Justamente, la LRJS no fue insensible a otros ámbitos de corrección de viejas cortapisas, generadoras de riesgos de discordancia entre órdenes innecesarios y de constante riesgo de peregrinar jurisdiccional injustificado.

2. Mejoras de la acción protectora del sistema de seguridad social y personal estatuario: otro campo de conflictos competenciales que no cesa.

2.1. La voluntad legal de cambio competencial también en materia de protección social complementaria: una exigencia de coherencia sistémica.

Una vez más, para ilustrar la reflexión teórica y el debate dogmático con el máximo número de experiencias empíricas, del Derecho Legislado y del Derecho vivo (Borrajo, Efrén), analizaremos ejemplos de cambio de criterio legal, en aras del orden social, como refleja la -ya comentada- letra q) del art. 2 LRJS. El precepto reconoce la competencia del orden social:

*“q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de **una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones...**, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario”.*

Dos datos de carácter jurídico, en el marco de los criterios hermenéuticos del art. 3.1 CC, nos facilitará comprender la novedad que atesora esta previsión legal. Uno de Derecho Legislado y otro de Derecho vivo, como decimos. Por lo que hace al primero, Atendiendo a la forma normativa precedente, por tanto, desde el Derecho legislado reformado, creemos oportuno traer a colación la regulación que ofrecía al respecto el derogado art. 2. c) de la vieja Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Este precepto rezaba del siguiente tenor:

*“c) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de **un contrato de trabajo o convenio colectivo.**”*

Lo restrictivo de este precepto se comprueba inmediatamente apenas se repare en que la formulación legislativa se mantenía anclada en la más estricta tradición legislativa, y cultural, que mantenía radicalmente separados los instrumentos de mejoras voluntarias en el ámbito de las relaciones sociales de trabajo asalariado y las propias del empleo público estatutario o funcional.

Es por ello que en el texto solo aparecen las fuentes reguladoras de la relación laboral privada, el contrato de trabajo y el convenio colectivo en sentido estricto. Sin duda, esta previsión legislativa procesal contrastaba notablemente con lo que había sucedido ya en el Derecho sustantivo, cuya evolución notable en este punto tuvo su reconocimiento estatutario, en el Estatuto Básico de Empleo Público (EBEP). Por lo que creaba una fractura notable entre el Derecho sustantivo y el Derecho procesal, entre la rama social

del Derecho y el orden jurisdiccional competente para conocer de cuántas cuestiones litigiosas se plantearan en él.

En efecto, como se recordará, también el empleo público administrativo tiene como derecho la posibilidad de negociar mejoras en su protección social. El art. 37.1 EBEP es inequívoco al respecto. Así, en su virtud, cabe negociar colectivamente:

- 1) "los planes de Previsión Social Complementaria" [letra e)].
- 2) Los "criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas" [letra g)].
- 3) así como los "criterios generales de acción social" [letra i)].

En consecuencia, el resultado de este amplio catálogo regulador de materias propias de negociación de mejoras voluntarias (art. 43 TRLGSS), por tanto, de protección social complementaria, no es diferente al que deriva del art. 32 EBEP para el empleo público laboral, que remite al art. 85 ET en relación con el citado art. 43 TRLGSS). Bien conocido es lo consolidado en la negociación colectiva de una función reguladora de la previsión social desde la perspectiva de la mejora de la suficiencia del sistema prestación propio de la seguridad social, no solo de las pensiones, también de prestaciones tan importantes, a menudo ligadas a daños profesionales, como la Incapacidad Temporal. Los convenios colectivos, por su carácter bilateral, dinámico y evolutivo o adaptativo a cada uno de los ámbitos profesionales y económicos que ordena, se han venido mostrando como un tipo de instrumentos jurídicos esenciales para el desarrollo de lo que hoy se llamaría un "segundo pilar del sistema de protección social", de corte profesional y ámbito típico empresarial.

Por supuesto, los objetivos marcados pueden ir en la línea de las políticas y recomendaciones públicas (Pacto de Toledo) o divergir, enriqueciéndolas, o, incluso, según se verá respecto de las mejoras voluntarias en los premios de jubilación, contrarias a ellos. Volveremos sobre ello en el apartado 3 de este Capítulo 5. Ahora, hay que poner de relieve, para ser debidamente honestos científicamente, y realistas en el análisis jurídico formulado, por tanto, que este tipo de negociaciones han venido siendo más prototípicas de las unidades de negociación de las empresas de mayores dimensiones o grupos de empresas. Concentrándose, además, en un número limitado de prestaciones de seguridad social y contingencias, como la IT y la IP, como se decía, así como la

jubilación, sobre todo “forzosa” (obligacionalmente) y anticipada (por decisión voluntaria o a raíz de las diversas causas de empresa, según los arts. 207 y 208 TRLGSS)²⁶¹.

No cabe duda de que, dentro de la acción social, estas materias y criterios exigidos de negociación colectiva en el empleo público (funcionarial y estatutario) son especialmente apropiados, por lo que también se encuentran en los pactos y acuerdos colectivos²⁶². No podemos entrar ahora en ello con detalle, para no desbordar el ámbito razonable y propio de esta tesis doctoral. Pero sí conviene recordar, porque resulta coherente plenamente con la razón de ser principal de nuestro estudio, que, justamente, estas materias, por tratarse de cuestiones sociales de personal de interés común para toda persona empleada pública en una Administración empleadora solían establecerse a través de típicos instrumentos de autorregulación normativa igualmente comunes. Así lo prevé el art. 36.3 EBEP:

"todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública".

Para su instrumentación en la práctica se contempla, a estos efectos, la constitución de una Mesa General de Negociación en cada uno de los ámbitos correspondientes. Todo ello da idea de lo coherente que resultaría contemplar, pasando desde el plano sustantivo al procesal, una competencia unificada y plena, en línea con lo que se prevé para típicas materias transversales y universalizadas, como la prevención de riesgos laborales, según se ha analizado con detalle en los capítulos 3 y 4. Y claro está, hacerlo, en el orden social, que es el más especializado y referencial, como se indicó.

Pero, confirmando las lagunas y/o contradicciones de esta representación normativa de nuestro actual Derecho, al que tantas veces venimos apelando, para criticarlo, y alentar a su corrección en una próxima, y urgente, reforma de la LRJS, lo real es que la atribución competencial lo era, en aquel entonces, al orden contencioso-administrativo. El art. 3. e)

²⁶¹ Ampliamente, para un estudio detallado de la negociación colectiva en diferentes sectores o unidades de negociación colectiva, con actualización temática y normativa, de gran interés AAVV. (Dir. Jaime CABEZA PEREIRO). *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023. Para los planes de pensiones del sistema empleo vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*. La Ley, Madrid, Capítulo XII.

²⁶² Para una visión muy completa, desde la experiencia convencional, es un clásico acercarse al profundísimo estudio en la obra colectiva, dirigida por el profesor Juan GARCÍA BLASCO. AAVV (2019). *La Negociación colectiva en el sector público*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid. Y desde luego, para comprender sus fundamentos conceptuales, dogmáticos y normativos, la ahora ya clásica y completa obra de la profesora ROQUETA BUJ, R (1996). *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch.

de la vigente LRJS conserva aún la impronta de una huida tradicional del orden social para situarse, de nuevo, en el, más “fiable” para el empleador público (auténtico privilegio de jurisdicción frente a la que debería ser natural, primando la especialización de la materia, en detrimento del fuero subjetivo o privilegio de persona jurídico-pública), el orden contencioso. Así prevé para el orden contencioso la competencia jurisdiccional en relación con:

“e) De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en el EBEP, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”.

Consecuentemente, con la revisada formulación de la comentada letra q) del art. 2 LRJS se creaba una nueva excepción a esa vis atractiva contenciosa en este ámbito y que formaliza la exclusión prevista en la letra e) del art. 3 LRJS. En efecto, aquel título atributivo al orden social de la previsión social complementaria ahora incluye de manera expresa los “acuerdos y pactos colectivos”, típicas fuentes reguladoras colectivas para y del personal estatutario. De este modo, la LRJS, para la protección social complementaria (las clásicas mejoras voluntarias y los modernos planes de pensiones del sistema de empleo) seguía una línea análoga a la producida, y el TS asumió, respecto de las cuestiones litigiosas en las que, estando en juego derechos fundamentales (individuales o colectivos) del personal estatutario (y/o funcional) conocía el orden social, por tratarse de una materia preventiva de riesgos laborales (letra e) del art. 2 LRJS).

Ya tuvimos oportunidad de analizarla, luego no repetiremos lo dicho a propósito en el capítulo 2. Aunque sí nos sirve para ratificar la corrección, a nuestro juicio, de la razón de ser principal de esta tesis. Un planteamiento que no es otra, como se viene afirmando, que considera la, aquí analizada con detalle, opción de política legislativa de distribución competencial jurisdiccional favorable al carácter pleno de la jurisdicción social en materia preventiva no una excepción propiamente, menos algo de tipo episódico o singular, sino como reflejo de un modelo de política del derecho mucho más general, que ve en el orden social la jurisdicción social especializada en el ámbito del empleo público cuando se trata de derechos profesionales, no estrictamente laborales, como son la seguridad y salud en el trabajo, la protección social, etc. La jurisprudencia social será consciente de ello, por lo que incluso corregirá su Derecho de precedentes anclado en el pasado excluyente.

Por lo tanto, emerge, así, el segundo dato jurídico, de Derecho vivo, que traemos para captar más adecuadamente el alcance del cambio legislativo propuesto. También, en cierto modo, la capacidad del Derecho de precedentes para anticipar cambios legislativos con el rumbo por aquél marcado (otras veces lo es, sí, pero para corregir aquel rumbo, rectificando a una jurisprudencia “molesta” para el nuevo poder legislativo).

2.2. Un cambio de rumbo jurisprudencial anticipatorio del legal: la rectificación de una arraigada “reliquia del pasado” en la jurisprudencia social.

2.2.1. El primado de la forma de la fuente reguladora (convenio colectivo) sobre la especialización de la materia litigiosa (seguridad social).

En efecto, mientras estuvo vigente el marco legal de la LPL (1990, 1995) tuvo lugar la forja de un Derecho jurisprudencial, también en el orden social, que asumió, con gran resignación, a efectos de la hermenéutica del citado art. 2 c) (en relación con los artículos 39 y 191 a 194 LGSS -1994-), la exclusión legal de la que debería ser una “jurisdicción natural” para ella²⁶³. No obstante, si bien leídos, es posible apreciar, siquiera tímidamente, una cierta incomodidad jurisdiccional social con este reparto competencial, abriendo camino, sin duda, al cambio legislativo.

Con todo, hay que atribuir aquí a la jurisdicción social más un “función conservadora” que una típica “función de progreso”, alejándose de toda tentación de realizar función correctora alguna, menos creativa, por lo que optó por una política jurisdiccional del derecho claramente adherente al dictado legal²⁶⁴. No puede ocultarse que este dictado legal resumaba claramente el viejo privilegio de fuero subjetivo para las AAPP, esto es, su preferencia por una jurisdicción subjetiva. Es sabido que las AAPP suelen preferir tener como ámbito jurisdiccional para sus conflictos en orden contencioso, que lo

²⁶³ Vid. SALINAS MOLINA, F. (2023). Epílogo. Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica crítica. En AAVV. *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios...* Ob. cit. pp. 401 y ss.

²⁶⁴ Dominaba, sin duda, el “normativismo” sobre el “observacionismo realista”. Vid. PUIG BRUTAU, J. (2004). Estudio preliminar a la obra de R. POUND. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, Ob. cit. p XIX.

consideran más adaptado a la condición pública de la persona y a la comprensión del funcionamiento de sus potestades como *potetior* persona, también en su dimensión de empleadora, reivindicando su poder unilateral en defensa del interés general, pese a asumir la condición de parte negociadora de condiciones de trabajo a través de sus representaciones y en virtud de mandatos legales (arts. 36-38 EBEP).

La Sala IV del TS tuvo la oportunidad de pronunciarse en repetidos supuestos respecto de las cuestiones litigiosas relativas a la competencia en materia de mejoras de seguridad social a cargo de las Administraciones Públicas²⁶⁵. Y ello tanto cuando su personal afectado era personal estatutario o funcionarial como, igualmente, en beneficio de personas con las que no tenía relación de empleo, pero que resultaban ser beneficiarias con derecho a mejoras prestacionales a cargo de la Administración. Respecto de esta última cuestión, una vez más, comprobamos la multiplicación de sujetos que intervienen en las relaciones de trabajo y de protección social, dificultando formalmente la competencia social, pero que, en un plano de realismo jurídico, no debe distorsionar el imperativo de unificación en el orden social, como estamos comprobando en diferentes cuestiones objeto de la tesis.

Si quiera sea brevemente, y para situar adecuadamente el estado del arte interpretativo o hermenéutico precedente, a partir del cual podremos comprender, en términos jurídicos significativos, el cambio legislativo, traeremos a colación aquí tres precedentes básicos. A saber:

- 1) En el Derecho de precedentes jurisprudenciales originarios o pioneros se rechaza la competencia del orden social en relación a las pretensiones de trabajadores que, en su condición de tripulantes de barcos de pesca, habían sufrido un accidente de trabajo en el mar, en virtud de las cuales reclamaban el pago de la indemnización prevista en la póliza de seguros por accidentes en el mar concertado a su favor por la Xunta de Galicia. Así se establece en las también comentadas en el capítulo 4, a otros efectos (competencia jurisdiccional sobre los fondos de compensación por daños de amianto), en las SSTS, 4ª, 27 de enero de 2005, RCU 318/2004 y 10 de julio de 2006, RCU 2235/2006).

²⁶⁵ Algún, somero, comentario inicial de esta cuestión tuve la oportunidad de realizarlo en MORENO PÉREZ, J.M. (2023). “Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023, de 7 de febrero”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (474), 200–209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18717>

Como se recordará que el TS rechazó su competencia aplicando de la forma más estricta la literalidad de la norma entonces aplicable (citado art. 2 c) TRLPL), porque la causa de la mejora no es ni un contrato de trabajo ni un convenio colectivo, sino una decisión unilateral de una Administración Pública en ejercicio de su competencia propia de protección asistencial social. Con una amplia argumentación, a mi juicio algo circular, se termina concluyendo que la ley mantiene una estrecha:

“vinculación al campo de las relaciones laborales...resaltada además por el legislador en el inciso final del art. 2.c. de la LPL”.

Aunque el argumentario del TS en su versión originaria es bastante confuso, por su carácter, precisamente, redundante y más basado en pretendidas evidencias, en realidad apariencias, que en análisis jurídicos profundos, más recientemente realizará lo que se puede entender como una “(re)interpretación auténtica”. En efecto, en la citada STS, 4ª, 892/2018, se afirma con rotundidad:

“Nuestra doctrina no descansaba -como erróneamente ha entendido la sentencia referencial [una sentencia de suplicación social malagueña que concedía la competencia al orden social]-, en la circunstancia de que la mejora de seguridad social venga establecida en un contrato de trabajo o en un convenio colectivo, sino en considerar, que el hecho de que la LPL aluda a este tipo de instrumentos jurídicos evidencia que está limitando la competencia del orden social a los supuestos en los que la mejora se haya previsto dentro del ámbito de una relación laboral, que no al margen y fuera de la misma” (FJ Tercero, punto 2, párrafo penúltimo).

- 2) La Sala IV confirmó la incompetencia para conocer de las reclamaciones sobre mejoras voluntaria de la Seguridad Social del personal funcionarial local, fijando doctrina unificada en este sentido excluyente, pese a que diversas doctrinas que se dictaron en suplicación social mantenían lo contrario (STS, 4ª, 1 de julio de 2009 -RCUD 3171/2008-, con cita de precedentes).

En efecto, el TS verificó la existencia del presupuesto de contradicción ex art. 219 LRJS -obstáculo a menudo tenido como “misión imposible” en la profesión, por el bajo índice de admisiones, ni que decir tiene ya las estimaciones²⁶⁶-. En los motivos del recurso

²⁶⁶ La necesidad de reformas en el RCUd se señala por un sector muy autorizado de la doctrina judicial. Vid. SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. (2023). Capítulo 14. “El Recurso de casación para la

y apelando a la doctrina de suplicación socia favorable a la posición de garantía social, que luego negará el TS, se distinguía claramente entre:

- a) las controversias sobre la Seguridad Social de la función pública en régimen especialísimo, esto es, de Clases Pasivas y mutualismo administrativo, que quedan incluidas en el ámbito de la jurisdicción del orden contencioso administrativo, tanto si se trata de la cobertura del sistema de derechos pasivos, como si los litigios se producen en relación con los instrumentos complementarios de protección.
- b) las controversias para los colectivos de personal funcionarial integrados en el RGSS (RD 480/1993, de 2 de abril, de Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social del funcionariado de la Administración Local en el RGSS), así como del funcionariado en el RGSS en su totalidad.

En consecuencia, siendo las mejoras voluntarias seguridad social complementaria debe ser el orden social el competente, primando la especialidad de la materia sustantiva respecto de la fuente de la que procede la regulación, evitando así la dispersión, así como el riesgo de decisiones contradictorias, en la solución de cuestiones de protección social materialmente idénticas o análogas²⁶⁷.

A lo que añadía que la fuente es unitaria (Acuerdos Reguladores de Condiciones de Trabajo entre Ayuntamientos y funcionariado). Pese a lo bien armado -a mi juicio- que estaba este razonamiento, la Sala IV no lo aceptará y preferirá, como se ha apuntado,

unificación de doctrina en el orden social: balance crítico y propuestas de reforma”. En AAVV. Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios... Ob. cit. pp. 275 y ss. Sin duda, más fácil es el acceso al recurso de casación ordinaria, pese a la limitación de su ámbito, por lo que no deja de plantear problemas, como ha puesto de relieve recientemente la mejor doctrina científica, también con importante experiencia práctica, como Letrada del TS. Vid. MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). Capítulo 14. El recurso de casación ordinaria: en especial, los motivos para su interposición”. En AAVV. Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios... Ob. cit. pp. 259 y ss.

²⁶⁷ Precisamente, esta comprensión más garantista, conforme a una interpretación sistemática y realista, está en la doctrina de contraste, que sí aceptó la competencia de orden social. En aquel caso el Ayuntamiento Vasco también aplicaba un Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Local y Foral de Euskadi, que establecía (y así sigue en el actual) la obligación de suscribir un seguro de invalidez, que, entre otros supuestos asegurados, recoge el de incapacidad permanente total. El Ayuntamiento suscribió -a diferencia del andaluz de la sentencia recurrida- la póliza correspondiente, pero con una franquicia del 40%. La entidad abonó al funcionario el 60% del importe de dicha indemnización, y el Ayuntamiento el 40% restante, si bien descontando de ese importe la cantidad que el Ayuntamiento le había abonado en concepto de prestaciones de incapacidad temporal, en el período previo al reconocimiento de la incapacidad permanente total. La Sala del País Vasco declaró la competencia del orden social, razonando que era una pretensión en materia de seguridad social (art. 9-5 LOPJ y art. 2-b LRJS), incluidas las que dimanen de mejoras de la acción protectora que dispensa su sistema básico, incluso si la causa de pedir invocada es un contrato de seguro...”

conservar la interpretación más literal, también tradicional, del precepto, sin recurrir al cambio de guion competencial que habría una interpretación sistemática y teleológica del reparto de competencias, enfrentando la especialización de la naturaleza jurídica de la materia (seguridad social estricto sensu) a la de la fuente reguladora (acuerdo mixto).

La Sala recuerda que mantenía una “jurisprudencia constante” (refiere solo al precedente de la citada STS 27 de enero de 2005, RCU 318/2004), según la cual son:

“...dos áreas...próximas, pero distintas de la protección social: Una hace referencia a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social... La otra es la relativa de los planes y fondos de pensiones... En una y otra esfera de la protección social se exige, como requisito para la atribución de la competencia...al orden social, que la causa de la mejora ... o del plan de seguros derive de un contrato de trabajo o de un convenio...”.

Pues bien, para el TS, en lo que concierne a las mejoras voluntarias: *“la mención del requisito de creación...por medio de convenio colectivo o en el marco del contrato de trabajo tiene una virtualidad meramente declarativa o aclaratoria. La regulación vigente de las mejoras voluntarias en la LGSS parte de manera inequívoca de esta base. Así...pertenecen al ámbito de las relaciones laborales... (...)”*

En cambio, en el supuesto litigioso:

“...es pacífico que la mejora voluntaria litigiosa no ha sido pactada en contrato de trabajo, ni en convenio... sino de pacto o convenio suscrito entre el Ayuntamiento ... y funcionarios...”²⁶⁸ (por tanto) la jurisdicción social no es la competente, por serlo la Jurisdicción contencioso-administrativa” (FJ Segundo, punto 2).

Sorprendente, a mi entender, el formalismo de la Sala IV y su apego al pie literal de la norma excluyente, orillando toda lectura expansiva de la incluyente de seguridad social. La naturaleza jurídica del instrumento regulador se impone (acuerdo regulador de función pública), pues, a la naturaleza jurídica de la materia litigiosa (seguridad social complementaria). La incoherencia de esta solución normativa y jurisprudencial respecto

²⁶⁸ El convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento, impugnados en la jurisdicción contencioso-administrativa, preveía, conforme a un contenido absolutamente típico de las cláusulas de mejoras voluntarias de la negociación colectiva en el personal de empleo privado y en el personal de empleo público laboral, un seguro de vida y accidentes para cuya cobertura el Ayuntamiento había de suscribir una póliza (que cubría, entre otros, el riesgo de invalidez -que se entendía como de incapacidad permanente absoluta, que se cuantificaba en una indemnización de 18.030 euros), póliza que el Ayuntamiento no suscribió. El Juzgado de lo Social reconoció el derecho del actor a la mejora voluntaria pretendida

de un orden social como jurisdicción natural de la seguridad social, no ya también de la protección social, solo por el respeto antañón al privilegio competencial estatutario no puede ser mayor, y menos comprensible jurídica y materialmente²⁶⁹.

- 3) Una declaración de incompetencia de jurisdicción social que también realizaría, años después, pero ahora en el marco de un procedimiento de conflicto colectivo, la -ya citada en el capítulo 4- STS, 4ª, de 5 de junio de 2013 (RCO 76/2012).

En este recurso de casación se reconoce que el conflicto colectivo afecta a todo el personal estatutario y funcionario de la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid (otra vez el sistema sanitario de la CAM en litigio -son muchos los casos aquí comentados protagonizados, no ejemplarmente, por esta entidad pública de tan alta trascendencia). En consecuencia, la Sala IV resalta lo que considera de evidencia:

“...que la mejora voluntaria controvertida no ha sido pactada en contrato de trabajo, ni en convenio colectivo, ni en pacto o acuerdo colectivo negociado y pactado entre representantes de trabajadores y empresarios, sino que nació del Acuerdo suscrito el 18 de febrero de 2005 entre los representantes de dicho personal estatutario y funcionario y la Administración demandada, y por tanto, es conforme a derecho la decisión de la resolución recurrida al declarar la falta de jurisdicción del orden social para conocer del conflicto, y la atribución...al orden al jurisdiccional contencioso-administrativo”.

Ante tan lacónica, pero contundente, afirmación poco más pareciera deber añadirse. La fuente de la mejora voluntaria de seguridad social (naturaleza nunca discutida) no es ni un contrato de trabajo ni un convenio colectivo, porque media un nombramiento y un pacto colectivo públicos-administrativos y, en consecuencia, aplíquese la letra de la ley y “perezca el mundo” (cabría parafrasear). Su jurisprudencia es consolidada al respecto (a los viejos precedentes ahora trae a colación otro, ya dictado con posterioridad a la LRJS, la STS, 4ª, de 27 de enero de 2015 (RCUD 318/2004) y no encuentra razón alguna para un cambio jurisprudencial, en aras de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley. Al contrario, valora positivamente otro argumento excluyente, como sería la ya

²⁶⁹ Para este excesivo apego a las formas jurídicas vid. WEBER, M. (2001). Sociología del Derecho, Editorial Comares, Granada, pp. 53 y ss. Una magnífica crítica a este formalismo, en aras de una comprensión jurídicamente significativa de las normas más realista, más atentas a valores materiales y a criterios teleológicos (jurisprudencia de valores y de principios), en el Estudio preliminar realizado magistralmente por el profesor MONEREO PÉREZ, J.L. a esta obra clásica. Vid. “Estudio Preliminar La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología”, En WEBER, M. Sociología... Obi. Cit., pp, IX y ss.

citada letra e) del art. 3 LRJS. Y se recrea en la intencionalidad conservadora de la más pura tradición en la materia:

“A tenor de dicho redactado, es palmaria la intención del Legislador de excluir, con carácter general, las controversias que pudieran suscitarse entre las Administraciones Públicas y el personal estatutario o funcionario que preste sus servicios en las mismas, sobre las condiciones de trabajo derivadas de los pactos... Cuando el Legislador ha querido incluir dentro del conocimiento de los órganos de la Jurisdicción Social alguna materia que afecte a personal estatutario o funcionario, así lo ha hecho expresamente, como acontece con la materia de prevención de riesgos laborales...”.

Una vez más, pues, las “excepciones a la excepción” en materia competencia deberá introducirse de forma expresa en la ley, no pueden deducirse por la vía de una tipo de interpretación correctora de los planes de la ley o sistemática, que evidencie que una clara exclusión legal puede devenir una antinomia con otra clara inclusión (las materias propias de seguridad social son del orden social, teniendo en cuenta que el funcionariado también se rige por las normas de seguridad social a tales efectos). Y, de nuevo, la materia propia de prevención de riesgos laborales emerge como paradigma o referencia competencial para el TS. En definitiva, seguía siéndose muy fiel a la letra de la ley, sin adentrarse en las razones jurídicas que habilitaban para un entendimiento alternativo, cuando menos razonable.

Tan razonable, en efecto, que a la Sala IV no le queda más remedio, en esta sentencia, que recordar que cuando aplica esta doctrina ya hay una regulación diferente. Pero, para total perplejidad, la Sala fija sus “ojos hermenéuticos en la función conservadora” en vez de en la “función de progreso” (Molina Navarrete, C., 2022, pp. 222 y ss.). ¿Cómo?

Primero, porque, respecto de la novedad en relación con el primer inciso del texto de la letra q) del art. 2 LRJS, lo infravalora, prácticamente lo orilla, valorándolo tan solo como la expresión de una regla de clarificación técnica, al precisar más el tipo de vías, de productos o de instrumentos reguladores colectivos para las mejoras voluntarias, que sigue anclando en el empleo público laboral, excluyendo al estatutario. Así lo afirma de forma expresa en el FJ Tercero, punto 1, letra B.

Segundo, porque en vez de poner su mirada en esa ampliación de fuentes reguladoras, desde los convenios a los pactos o acuerdos colectivos, prefiere centrarse en el inciso que le sirve para seguir en la exclusión (función conservadora). De ahí que considere que la

nueva competencia otorgada por la LRJS al orden social, para conocer de la acción de protección social complementaria a cualquier “persona beneficiaria”, confirmaría la exclusión de tal conocimiento jurisdiccional cuando no se trate de cualquier persona beneficiaria, sino de una persona vinculada estatutariamente con la Administración Pública concedente y en virtud de una fuente propia de la regulación colectiva estatutaria, no laboral en el sentido más estricto del término. Así:

“Pues bien, con este redactado, es claro, a juicio de la Sala, que el litigio que aquí examinamos no tiene encaje en dichos supuestos, sin necesidad de mayor razonamiento que el de advertir que se refiere a casos en los que las Administraciones Públicas actúan, no como empleadoras de cualesquiera personal a su servicio, sino cuando en su condición de poderes públicos establezcan, a favor de cualquier "beneficiario", es decir, en virtud de título jurídico distinto al de personal laboral, estatutario o funcionario...” (FJ Tercero, punto 1, letra E)].

2.2.2. Y llegó la -debida- rectificación jurisprudencial: Media década después el TS advierte el cambio legal, aun con sombras.

Tuvo que pasar nada menos que 5 años más para que el TS se diera cuenta de que la letra q) de la LRJS decía bastante más, ya en su primer inciso, no solo en el segundo, que una simple clarificación técnica de la regulación precedente. No suponía una continuidad respecto de la regulación legal, y por tanto de la jurisprudencia que la interpretaba, sino una ruptura en toda regla, ampliando la competencia jurisdiccional social también a todo tipo de protección social complementaria en forma de mejoras voluntarias (o planes).

A la STS, 4ª, 892/2018, de 4 de octubre (RCUD 3882/2016) se debe tal mérito, si bien, como luego veremos, a modo de valoración conclusiva, no deja de evidenciar alguna contradicción que evidencia una necesidad bien de reinterpretación más incisiva bien, en otro caso, de una reforma legislativa clarificadora, a fin de garantizar la competencia del orden social en virtud del principio de especialización de la materia, por encima de ese persistente privilegio por la condición estatutaria pública de la fuente de autorregulación. Merece la pena detenerse, con algún detalle en el asunto y la doctrina fijada en ella.

El asunto conflictivo es muy conocido. Reaparece la práctica tan frecuente, pero mal resuelta competencialmente: la reclamación de una mejora voluntaria de la Seguridad Social formulada por un agente de la policía local prevista en el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de un Ayuntamiento. Esto es, la experiencia más usual en la realidad (principio de primacía de la realidad sobre la forma jurídica)²⁷⁰, siempre cuestionada por el orden contencioso, pero persistente (tanto que originó su legitimación en el EBEP), aunque a fin de su resolución la ley prefiera a este orden como jurisdicción natural frente a la especializada, según aquí venimos exponiendo y criticando. En el asunto, la instancia social volvía a mostrarse más comprensiva, desde un enfoque garantista social²⁷¹ y de coherencia con la especialización de la letra q), declarando -pese a conocer, como es lógico, por el principio *iuris novit curia*, y por obligación profesional, la jurisprudencia constante del TS en contrario- su competencia, por aplicación del citado art. 2 q) LRJS. Consecuentemente, el funcionario local no se veía obligado a peregrinar jurisdiccionalmente, debiendo acudir para obtener la tutela al orden contencioso, desde luego menos comprensivo con el derecho social, como se verá²⁷².

Pero la decisión no era firme. Interpuesto el correspondiente recurso por el empleador público, incómodo con esa decisión, al obligársele a salir de su jurisdicción natural (o de confort), en suplicación la sala le recuerda a la instancia esa “jurisprudencia constante”, y la revoca, apreciando incompetencia de la jurisdicción social en favor de la contenciosa. El argumento el de siempre, el puramente formalista: el acuerdo regulador de las mejoras

²⁷⁰ Para esta actitud pragmática y antiformalista en el campo de la observación y de la construcción jurídicas, en general, y para las “sentencias como discurso directivo” vid. ROSS, A. (2000). *Lógica de las normas*. Comares, Granada, pp. 45 y ss. Asimismo, para la complejidad de la norma jurídica no solo como expresión lingüística, como hecho social y como dirección de valor vid. pp. 101 y ss. De nuevo, para una visión más amplia de esta concepción “normativista realista” del derecho, con sus pros y sus contras, de gran interés el Estudio Preliminar a esta obra realizada por el profesor MONEREO PÉREZ, J.L. Estudio preliminar sobre Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho, pp. XI y ss.

²⁷¹ Como afirma su máximo constructor jurídico, “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilidad la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. Vid. FERRAJOLI, L. (2004). *Derecho y garantías*. Ob. cit. p. 25. Justamente, en muchas de estas sentencias se invocaba una relectura expansiva de la competencia jurisdiccional de la letra q) del art. 2 LRJS en atención al art. 41 CE (garantía de suficiencia de las prestaciones sociales).

²⁷² Una vez apreciado ese presupuesto, el órgano de instancia estima la demanda y condena al Ayuntamiento de Algeciras a abonar al actor la cantidad de 1.154,70 € mensuales con efectos de 27/01/12 y hasta la edad de jubilación forzosa, sin perjuicio de las variaciones que puedan producirse en función de las modificaciones en la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de la que es beneficiario.

voluntarias de la seguridad social no era fruto de la negociación colectiva ni se había publicado o registrado como convenio colectivo.

El turno para la impugnación es ahora para la funcionaria, que acude en casación para la unificación de doctrina. A tal fin se invoca otra doctrina de suplicación andaluza, pero ahora de la Sala social malagueña²⁷³ (un mismo territorio autonómico, diversas salas de lo social, distintas posiciones a la hora de interpretar su competencia, pese a existir una doctrina de casación pretendidamente unificada y constante, según el TS -no parece la mejor imagen para la confianza ciudadana en la igualdad de la justicia social en aplicación por los Tribunales-). En ella se establece que el orden social es competente para conocer de la reclamación planteada por una funcionaria de carrera de la Diputación Provincial de Málaga que había sido declarada afecta de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común y que postulaba el abono del capital asegurado mediante una póliza de seguro colectivo de vida y accidentes suscrita por su empleadora en cumplimiento del art. 11.8 del Acuerdo Marco de los funcionarios de dicha entidad.

¿En qué argumento legal se fundamentaría esta pretendida “rebeldía jurisdiccional” de suplicación respecto a la casación? Una vez más, la decisión de suplicación se arma o se edifica en el art. 2 q) LRJS, enfatizando, de nuevo, el plan de renovación legislativa con la LRJS, que habría procedido a una clara ampliación del ámbito de conocimiento de la jurisdicción social en materia de mejoras voluntarias al incluir las recogidas en pactos o acuerdos colectivos, que no necesariamente han de tener la naturaleza de convenio colectivo. Solo como argumento adicional, no central, señalará que ese mismo precepto atribuye al orden social la competencia para conocer de las indemnizaciones que pudieran establecerse por las AAPP a favor de cualquier funcionario, especialmente en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero sin indica de forma expresa que la indemnización litigiosa, derivada de una IP deba tener su causa en una contingencia profesional.

La Sala IV aprecia la contradicción, aunque reconoce que hay diferencias fácticas y jurídicas entre ambos supuestos, pero no suficientes para impedir esa contradicción. En tal sentido, precisa que:

- a) Por un lado, en la sentencia recurrida la mejora deriva de un acuerdo conjunto para el personal laboral y funcionario, en tanto que en el de contraste se trata de

²⁷³ STSJ Andalucía/Málaga, 29 de enero de 2015 (Rec. 1600/2014).

un acuerdo que afecta exclusivamente al personal funcionario. Con buen criterio, el TS considera que esta diferencia lejos de difuminar la contradicción la agrava, pues la segunda contaría “con un nivel de respaldo menor, por lo que resulta más flagrante la contradicción”.

- b) Por otro, que en un caso la resolución alegada fuese una resolución la Diputación de concertar una póliza con una compañía de seguros para garantizar el pago de la indemnización, como se estipuló en el propio acuerdo, lo que no concurre en el caso recurrido, no es obstáculo tampoco a la contradicción, “pues la forma en que se instrumenta la mejora voluntaria carece de relevancia desde la perspectiva competencial, que es la única que aquí interesa” (FJ Segundo, punto 2).

Una vez verificada esa contradicción, el TS pone de relieve que, a modo de “Donde dije digo, digo Diego”:

“la doctrina que sentamos a tales efectos no es de aplicación en el momento actual tras la entrada en vigor de la LRJS, por más que haya podido generar las dudas que han dado lugar a las contradictorias decisiones de las sentencias en comparación” (FJ Terceto, punto 2)

Como también se apuntó, la Sala IV se encarga primero de precisar la interpretación auténtica de su doctrina, a entender que ha habido lecturas confusas en la doctrina social de suplicación. Aunque servirá de poco, porque terminará arrumbándola, como se dice, sí se preocupa de precisarla. Desde esta perspectiva clarificadora del tiempo jurídico del pasado insiste, primando la voluntad legal sobre el texto escrito, en que, en el Derecho de precedentes:

“será indiferente que la mejora esté incluida en un contrato de trabajo, en un pacto o acuerdo, o en un convenio..., lo relevante es...la voluntad del legislador...de restringir la competencia del orden social a los supuestos en los que la mejora tiene causa en... una relación...laboral...no en instrumentos...del derecho administrativo, en los que la Administración otorga esa mejora en su condición de poder público en favor...”.

En todo caso, como se decía, el TS, Sala IV, es consciente de que debe dejarse ya de razonamientos alambicados y dejar caer su doctrina precedente, dando aliento a la nueva voluntad legislativa expresada en la LRJS. Así, en la STS, 4ª, 892/2018, de 10 de octubre, terminará reconociendo que

“Esta expresa atribución deja sin efecto la anterior doctrina de la Sala que negaba la competencia en los términos que hemos visto, a la vez que hace aún más evidente que esa norma no se refiere a mejoras de seguridad social en sentido estricto, entendidas como aquellas que son a cargo del empleador y cuya causa deriva de "una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo", a las que se refiere el primer inciso del art. 2. letra q) LRSS, sino a derechos de contenido social reconocidos por la administración en favor de quien pudiere resultar beneficiario de los mismos en situaciones jurídicas como las contempladas en las antedichas sentencias del Tribunal Supremo” (FJ Tercero, punto 3).

El TS asume expresamente la finalidad legal correctora de su doctrina precedente. En consecuencia, la ley perseguiría una mayor coherencia en el sistema del atribuido por parte de la Sala IV, a fin de hacer **realidad el principio de especialización por razón de la materia** social (seguridad social complementaria y protección social pública). Ahora bien, la Sala IV introduce un matiz en esa interpretación, atribuyendo a este fin legislativo de unificación competencial una directa conexión con la unificación competencia propia de los riesgos profesionales. Por lo que, introduciendo nuevas sombras y perplejidades, vincula el cambio legal, cuya letra apunta a una mayor amplitud, al campo material sobre el que forjó su jurisprudencia. De modo que:

“Como decimos sobre este particular en la STS 5/6/2013...se refiere a casos en los que las Administraciones Públicas actúan, no como empleadoras de cualquier personal a su servicio, sino cuando en su condición de poderes públicos establezcan, a favor de cualquier "beneficiario"...complementos de prestaciones o indemnizaciones, especialmente, en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales”.

De este modo, pareciera que la razón de ser de la doctrina y, por tanto, del cambio, estaría únicamente en el segundo inciso de la nueva norma (la atribución de competencia al orden social para decisiones de protección social complementaria pública para cualquier persona beneficiaria, sin ser personal de la empresa, si hay una conexión por daño profesional). Fuera quedaría el primer inciso, la ampliación a acuerdo y pactos.

Ahora bien, evidenciando persistentes dudas y vaivenes argumentales, asume que la doctrina correcta es la de atribuir competencia al orden social, por tanto, la doctrina que se plantea de contraste, aunque con los matices argumentales referidos, porque:

“ninguna duda cabe que aquel acuerdo entre el Ayuntamiento y su personal laboral y funcionario que establece la mejora en litigio...es un pacto fruto de la negociación colectiva que se enmarca en el ámbito de la relación laboral, lo que determina la competencia del orden social de la jurisdicción” (FJ Cuatro, punto 1).

Ahora bien, parece claro que no se trata de una relación laboral, sino funcionarial, pues quien reclama es un funcionario local y la fuente reguladora, aun siendo fruto de la negociación colectiva, lo es de la negociación colectiva mixta o marco, no laboral en un sentido estricto. Buena prueba de todo ello es que vuelve a introducir una nueva matización (aumentando la imagen de razonamiento funambulista), a fin de armonizar su nueva doctrina, con la precedente y con la nueva regulación. A tal fin precisa:

- a) Función conservadora del estatus quo competencial jurisdiccional: la exclusión que hizo el citado precedente de la competencia social en las sentencias de conflicto colectivo debe mantenerse, en virtud de la regla -citada en varias ocasiones aquí- del art. 3, letra e) LRJS (FJ Cuarto, punto 2).
- b) Función innovadora del estatus quo competencial jurisdiccional: en cambio, si se trata de una reclamación individual de mejoras voluntarias de la seguridad social o de acción social complementaria pública, aunque tengan la condición de persona empleada funcionarial y proceda de acuerdos mixtos o pactos colectivos para el empleo público estatutario, la competencia es del orden social.

Precisamente, en el caso de autos no se está ante un proceso colectivo, en el que se la eficacia o el alcance del acuerdo, sino ante una reclamación individual efectuada por un funcionario que está integrado en el RGS y solicita el derecho a una determinada mejora. Por lo que su:

“conocimiento corresponde a la misma jurisdicción social a la que está anudada la prestación de ese régimen de seguridad social que con ella se complementa”

Acabáramos. La Sala IV termina ahora aceptando lo que no se atrevía a establecer de forma clara hasta el momento, pasando al inciso primero de la norma, dejando el segundo, por cuanto en este caso se trata de mejoras voluntarias y de personal empleado, no ajeno.

La doctrina quedaría afirmada, entonces en este sentido estricto:

“Lo que nos lleva a establecer como doctrina, que **el orden social de la jurisdicción es el competente para conocer de la reclamación de una mejora de las prestaciones del RGSS prevista en un acuerdo firmado por una Administración Pública que afecta al personal laboral y funcionario, y que ha sido formulada a título individual por un funcionario integrado en el RGSS**” (FJ Cuarto, punto 2, in fine).

2.3. Los persistentes conflictos sobre las “mejoras voluntarias” del personal de empleo público y nuevas oportunidades para clarificar la doctrina.

El carácter difuso y alambicado, funambulista jurídicamente, como hemos dicho en varias ocasiones, de esta doctrina explica que no calara como debería en los niveles inferiores de la jurisdicción social. Buena prueba de ello es que varios meses después, ya el año 2019, la STSJ Murcia, de 15 de abril de 2019 (recurso 750/2018) mantuviese la doctrina precedente del TS, conforme a la jurisprudencia acuñada antes de la LRJS. Tanto la instancia social como la suplicación, que confirmó aquella, apelan expresamente al precedente que supone la STS de 5 de junio de 2013 (conflicto colectivo). El fundamento central se situó, de nuevo, en la naturaleza jurídica de la fuente creadora de la mejora voluntaria, que no procedía de un convenio colectivo sino de una norma de heteronomía:

“su fuente normativa se encuentra en la disposición adicional segunda del Decreto Legislativo 1/2001, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, según redacción dada por el art. 16 de la Ley 5/2012, de 29 de junio, y, en consecuencia, procede declarar la incompetencia de la jurisdicción social para conocer del presente litigio y la atribución de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Brevemente, el relato de hechos es el siguiente. Una persona facultativa (personal sanitario especialista de Medicina de Familia de Atención Primaria, en un consultorio del Área de Salud VII-Murcia Este) permaneció en situación de incapacidad temporal (IT) por enfermedad común varios meses. En tal situación, presentó una solicitud para que le fuese reconocido el derecho a percibir un complemento salarial para, sumado a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, alcanzar el 100% de la retribución.

La DG de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud resolvió en sentido negativo, desestimándola. Recurrida en alzada, también se rechazó. La administración autonómica le denegó el derecho alegando que no cumplía el requisito exigido por la norma de ingreso hospitalario. Interpuesta demanda ante el juzgado social que por turno correspondió, la sentencia la desestimó, por considerar que concurría la excepción de incompetencia de jurisdicción, en favor de la contenciosa, por la razón ya esgrimida, siendo confirmada en el nivel de suplicación. Recurrida en casación para la unificación de doctrina se alegó como referencial la STS, 4ª, 892/2018, de 4 de octubre.

2.4. Las mejoras voluntarias para el personal son competencia del orden social si se reclaman individualmente: ¿algo nuevo en claro?

Una vez realizado y superado el criterio de contradicción, la STS, 4ª, 107/2023, 7 de febrero²⁷⁴ se limita a repetir lo establecido en el precedente rectificador de 2018. Ahora bien, de ella se pueden desprender algunas cosas para clarificar la situación, aunque no resulte una doctrina del todo clara y, sobre todo, plena, al limitarse al ámbito individual, manteniendo la exclusión colectiva. Al respecto, que el actual texto de la letra q) del art. 2 LRJS especifique que la mejora puede traer su causa de “una decisión unilateral del empresario”, no solo del contrato o del convenio, reafirmaría que el criterio atributivo de competencia social no sería la naturaleza jurídica del instrumento que lo regula, ni tampoco la naturaleza jurídica del vínculo, sino:

- a) El tipo de complemento económico de que se trata (letra q, art. 2 LRJS): una mejora voluntaria de las prestaciones del RGSS en el que el personal público-administrativo está encuadrado, dado que ha de ser competente el orden que debe conocer de la prestación básica.
- b) El tipo de procedimiento jurisdiccional en la reclamación de tales mejoras tiene lugar (art. 3, letra e) LRJS): su carácter individual (competencia del orden social) o colectivo (competencia del orden contencioso la impugnación

²⁷⁴ Sobre ella he podido realizar un comentario apuntando algunos de sus avances. Vid. MORENO PÉREZ, J.M. (2023). “Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023, de 7 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (474), 200–209. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.18717>

del contenido de un acuerdo colectivo que regula una mejora voluntaria de seguridad social para el personal estatutario de la sanidad pública).

Ciertamente, se consolida un importante avance competencial jurisdiccional del orden social en esa línea de especialización material, no solo en materia preventiva, sino también en materia de protección social, ahora complementaria, en cierto modo, como se dijo, manteniendo alguna conexión entre ambas (riesgos profesionales -tanto en la faceta preventiva, letra e), como ahora reparadora -letra q, letra b, etc.-). De este modo, si con el desplazamiento de las competencias en materia de seguridad y salud en los entornos de trabajo, mediante la letra e) del art. 2 LRJS, supuso el acantonamiento, incluso la desaparición, del procedimiento de la responsabilidad patrimonial de las AAPP para pedir la reparación de daños laborales (arts. 91 y 92 Ley 39/2015, 1 de octubre, del PACAP, arts. 91 y 92, arts. 32 a 35 de Ley 40/2015, 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y RD 429/1993, 26 de marzo²⁷⁵), la nueva letra q) supone el desplazamiento de la competencia del orden contencioso en materia de reclamaciones de la acción social complementaria a favor del orden social. Con ello se reforzaría la configuración del orden social como la jurisdicción natural en por su especialización material (en protección frente a los riesgos profesionales y en la protección social complementaria).

Ahora bien, una vez más, los avances o progresos, en sede legislativa y en sede interpretativa, conviven con resistencias y deficiencias, que requieren de planteamientos más ambiciosos, normativa y hermenéuticamente. Al respecto, bien conocido es que fuera del ámbito propiamente prestacional, los conflictos y desajustes a la hora de ejercer la jurisdicción respecto a cuestiones materialmente laborales, aunque se ordenen en normas de la legislación y autorregulación colectiva de empleo público administrativo, así como de seguridad social (cotización y recaudación²⁷⁶, protección social complementaria por

²⁷⁵ Precisamente, si bien la pretensión vendrá formulada por una persona jubilada, la STSJ Madrid 1118/2022, de 14 de diciembre ha vuelto a recordar, frente al criterio de la instancia social, que revoca, que cuando se pide una indemnización por vulneración de derechos fundamentales (aquí la prohibición de discriminación por razón de sexo contra el varón al negársele el complemento previsto para la contribución demográfica ex art. 60 TRLGSS, anterior a la reforma del año 2021) acumulada a la reclamación de la prestación de seguridad social ex art. 140 LRJS, que había denegado la entidad gestora (INSS), debe conocer el orden jurisdiccional social, no el contencioso, pues no estamos en el campo de la responsabilidad patrimonial. El artículo 140.1 LRJS permita ejercitar las acciones de prestaciones de Seguridad Social y de tutela de derechos fundamentales por separado o acumuladamente

²⁷⁶ El TS alentó una nueva rectificación de su doctrina anterior, como la importante STS, 4ª, 22 de julio de 2015 -rec. 4/2012-. En ella, el TS corrige su tradicional rechazo a conocer de la imposición de una sanción por falta de ingreso de cotizaciones por tratarse de una manifestación de gestión recaudatoria, aceptando

pactos o acuerdos colectivos funcionariales), están a la orden del día. En consecuencia, se evidencian la necesidad de ir más allá de la LRJS y de la interpretación actual del TS.

En efecto, la rectificación de su Derecho de precedentes solo alcanza a la acción individual por la acción social complementaria, bien de las empresas bien de las AAPP, a favor del personal, también estatutario. Pero la competencia no es plena, como sí lo es en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, porque las cuestiones colectivas que se fijen para esas materias de protección social a través de acuerdos o pactos colectivos funcionariales seguirán siendo competencia del orden contencioso. Dejando de lado la crítica en el plano de la operatividad, entre otras cosas porque multiplicará las demandas de carácter individual, con lo que agravará los problemas de retraso en la respuesta que ahora acumula, cuando conocer de conflictos colectivos podría ayudar a reducir esa carga, en el estricto plano de la coherencia del sistema, parece poco comprensible que acuerdos mixtos sobre materias de protección social complementaria sigan en el orden contencioso, desplazando, de nuevo, el principio de especialidad por razón de la materia a favor del viejo privilegio del fuero subjetivo, la naturaleza pública del acuerdo de negociación colectiva. Que esta cuestión no se haya modificado legalmente no puede significar que se justifique su persistencia pese a sus continuos conflictos y contradicciones²⁷⁷.

Unos desajustes entre la representación normativa (especialización por razón de la materia) y las realizaciones prácticas (disposiciones legales y/o interpretaciones por la jurisprudencia) que se sumarían a otras ya referidas en este estudio (capítulo 1 de esta tesis doctoral), como vimos en el ámbito de la seguridad social y persistentes exclusiones del conocimiento del orden social (ej. cotizaciones y función recaudatoria; incluso la errática regulación de la impugnación de las actas de liquidación levantadas por prácticas de falsa contratación autónoma, eliminando el procedimiento de oficio a tales fines, que era del orden social y ahora solo queda en el contencioso, como se comentó en el citado capítulo 1²⁷⁸-). Como se puede ver, hay que realizar auténticos “alardes” jurídicos para

ahora la competencia siempre que el acta de infracción no esté directamente vinculada con la de liquidación de cuotas (art. 3 f) en relación con el art. 2, letra s) LRJS).

²⁷⁷ A mi juicio, en el ámbito laboral, que una cuestión de jornada (35 horas semanales) para el personal laboral deba conocerse en sede contenciosa, solo porque el acuerdo marco afecta a todo el personal público (laboral, estatutario y funcionarial), como resolvió la citada STS, 4ª, de 5 de mayo de 2021 (rco. 39/20), carece de auténtica coherencia ordinal.

²⁷⁸ Recordamos aquí la analizada derogación del art. 148 d) de la LRJS (derogatoria de la Ley de Empleo). Se valoró positivamente esta atribución a las Actas de la ITSS fuerza ejecutiva directa, con lo que se evitan dilaciones indebidas, con graves perjuicios, para las personas que se ven afectadas y para el interés general, pero ahora parece, como ya se comentó, menos coherente que la impugnación siga siendo competencia

discernir con precisión la competencia en un orden u otro, con lo que compartimos la propuesta de considerar reformas y reinterpretaciones más ambiciosas.

2.5. Recapitulación: nueva manifestación del principio de especialización por razón de la materia hacia una jurisdicción social integral del empleo público y la necesidad de seguir avanzando en reformas para su actualización plena

Tratando de cerrar con la mayor claridad posible el análisis jurídico conducido en este apartado, una vez constatadas tanto las persistentes ambigüedades como limitaciones de la nueva doctrina jurisprudencial social, en aras de hacer efectivo el principio propio de especialización por razón de la materia que refleja la letra q) del art. 2 LRJS, creemos que se pueden establecer las siguientes observaciones. A saber:

- 1) Desde la hermenéutica actual de la letra q) del art. 2 LRJS, conviene confirmar, pese a las referidas sombras de la doctrina del TS, la existencia de dos supuestos novedosos competenciales del orden social en esta nueva norma de la LRJS:
 - a) De un lado, en el primer inciso, se establecería la competencia del orden social para conocer de todas las reclamaciones individuales presentadas, también por el personal de empleo público estatutario, en materia de mejoras voluntarias de la seguridad social, incluidos los planes de pensiones del sistema de empleo, se fijen en decisiones unilaterales de la empresa, convenios colectivos, pactos o acuerdos colectivos o normas legales (protección-previsión social complementaria).
 - b) De otro, el segundo inciso, determina la competencia del orden social también para conocer de las reclamaciones, se entiende que individuales y colectivas, que traigan causa de la regulación de derechos de protección social complementaria que las Administraciones Públicas reconozcan en favor de quien pudiere resultar persona beneficiaria, aún sin ser personal empleado de aquéllas, en determinadas situaciones, en especial vinculadas a riesgos profesionales (recuérdese que aquí también entrarían los fondos de compensación por amianto, como tratamos de probar en el capítulo precedente, el capítulo 4).

contenciosa. Una excepción a la transferencia operada con la LRJS en materia de actos administrativos laborales y de seguridad social ex art. 150 y ss.

- 2) También en el plano interpretativo, el TS, Sala IV, sigue asumiendo que de la letra q) del art. 2 LRJS no se puede deducir ninguna excepción a la exclusión prevista en la letra e) del art. 3 LRJS, por lo que la interpretación colectiva de las fuentes de estas materias funcionariales seguirá residenciada en el orden contencioso.
- 3) En el plano del Derecho Legislado futuro, de lege ferenda, se ha puesto de relieve la necesidad de una reforma legislativa que reconduzca también al orden social la dimensión colectiva de estas materias, estableciendo una excepción a la excepción en la misma línea que en materia preventiva.
- 4) Esta doble evolución, interpretativa y legislativa, constituyen una expresión clara e inexorable de la necesidad, no ya la conveniencia, de promover una genuina jurisdicción social del empleo público, al margen de la naturaleza del vínculo de empleo (laboral o funcional, incluido el estatutario) y de la fuente reguladora de condiciones y derechos del personal, incluso de la dimensión individual o colectiva del conflicto, en la línea abierta por la prevención de riesgos laborales.

Una propuesta de conocimiento y protección integral que debería ser tan plena como en este ámbito para las cuestiones de seguridad social, según una línea de política legislativa del derecho recogida de una forma nítida ya en la propia LRJS, pero no culminada o cerrada con la coherencia y con la precisión exigidas.

3. Otra contradicción del principio de especialización por razón de la materia: la radical dualidad de los premios de jubilación según el orden competencial.

3.1. Una mejora voluntaria de seguridad social típica de la negociación colectiva conjunta o mixta en las AAPP hoy a contracorriente, no ilegal ¿o sí?

Una vez más nos encontramos en esta situación errática y contradictoria, en las que, como venimos argumentando con detalle en toda la tesis doctoral, cada avance que nos

encontramos, desde el Derecho Legislado y/o desde el Derecho de precedentes, enfrenta dificultades y contradicciones, cuando no desmentidos. Con ello se evidencia la necesidad de reformas legislativas que garanticen una mayor coherencia jurídica, no solo en su faceta competencial, sino también en lo que tiene de mejora de la protección sustantiva, respecto de la cual aquella no es irrelevante o baladí, por cuanto influye de una manera determinante, o muy relevante, en la efectividad de la tutela judicial social. Y para ello, siguiendo también una pauta metodológica constante en este estudio, volvamos por la senda de los ejemplos, no episódicos sino que conforman categoría, por su significación más general.

Para ello, seguimos situados en el ámbito de las mejoras voluntarias de la seguridad social, al menos tal y como los concibe el orden social, que ya veremos es radicalmente distinto a cómo los comprende jurídicamente el orden contencioso. Me refiero ahora a los **“premios colectivos de jubilación”**, esto es, las indemnizaciones o prestaciones fijadas en productos de negociación colectiva, sea laboral, sea funcionarial sea mixta, según se vio en el apartado anterior, para la contingencia de jubilación, sea “forzosa” (ex DA 10ª ET -ahora modificada tras la reforma laboral, con el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre- sea “anticipada” (arts. 207 y 208 TRLGSS -profundamente modificada con la reforma de las pensiones en su primera fase, con la Ley 21/2021, 28 de diciembre-). Al igual que vimos para las mejoras voluntarias o acción social complementaria en virtud de la negociación colectiva respecto de las prestaciones previstas para las contingencias vinculadas a los accidentes y a las enfermedades, incluso si no son profesionales, también para las contingencias comunes, también la previsión de indemnizaciones para los casos de jubilación forzosa y de jubilación anticipada, a fin de alentar estas modalidades, han venido formando parte esencial de la negociación de mejoras voluntarias, en el empleo privado y en el empleo público, laboral y estatutario²⁷⁹.

En este sentido, y como ya se expresó en el apartado anterior, la regulación que se hace en la negociación colectiva de medidas de este tipo no siempre coincide con los objetivos comprometidos en las Recomendaciones del Pacto de Toledo, incluso, en más de una ocasión, hasta resultan divergentes. En este sentido, sin en ellas, así como en las últimas reformas legislativas (ej. Ley 21/2021, 28 de diciembre; reforma laboral, respecto

²⁷⁹ Vid. AAVV. (Dirección Jaime CABEZA PEREIRO). Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Informes y Estudios de Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid. Ob. cit.

de la DA 10ª ET), el objetivo de política del derecho de seguridad social en la materia era y es la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. Y ello hasta el punto de restringir a la mínima expresión posible (o razonable) la legitimación a los convenios colectivos para las cláusulas de jubilación forzosa e incentivar la jubilación demorada voluntaria, en las típicas cláusulas de mejoras voluntarias de seguridad social se seguía una orientación de política del derecho pensional diferente, la de incentivar que se produjeran cuantas más jubilaciones mejor, compensando económicamente los eventuales daños económicos que pudieran producirse en la esfera patrimonial individual.

En el trasfondo, como bien se conoce, estaba la configuración de estas políticas de favorecimiento de la jubilación antes de la edad ordinaria de jubilación, o forzándola, en vez de mantener su configuración como derecho subjetivo, cuando llegaba aquélla, sin permitir una decisión de prolongación por la vía colectiva, como políticas de empleo, a fin del rejuvenecimiento de las plantillas. Una previsión análoga para el empleo privado y para el empleo público, laboral y administrativo (teniendo en cuenta que este se rige, en su inmensa mayoría, por el RGSS, no por el mutualismo administrativo de clases pasivas, que quedan al margen, dado que para estos casos la jubilación forzosa y la anticipada tienen regímenes especiales, propios²⁸⁰). Aunque, vistas las dificultades actuales para el llamado “relevo generacional” tales políticas parecen brillar por su ausencia en eficacia, lo cierto es que se generalizaron, multiplicando las cláusulas relativas, entre otras vías de incentivo, relativas a los llamados “premios de jubilación” (forzosa y/o anticipada).

Cierto, primando el pretendido objetivo de política de empleo se descuidó el impacto que tendría en el propio sistema público de pensiones. De ahí que, como se decía, en los tiempos actuales, se haya buscado corregir ciertos desequilibrios vía legal. De un lado, y respecto a las jubilaciones forzosas, la norma trata de reequilibrar el interés por facilitar o favorecer carreras profesionales más prolongadas y, en consecuencia, contribuir de este modo también a la sostenibilidad del sistema público de pensiones (ej. solo puede darse la jubilación forzosa convencional para quienes tengan más de 68 años, salvo que se trate de sectores con infrarrepresentación femenina, en cuyo caso pueden serlo mayores de 67 años (o la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa en cada momento, que

²⁸⁰ Ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L.- RODRIGUEZ INIESTA, G (2022). La pensión de jubilación. Laborum, Murcia; MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, La Ley, Walters Kluwer, Madrid, Capítulos 3 y 4. Ob. cit.

como se sabe va variando hasta alcanzar en 2027 los 67 años -art. 205 TRLGSS-)²⁸¹. No obstante, conforme al régimen transitorio previsto, se podrá aplicar el régimen anterior a las cláusulas previstas en los convenios suscritos antes del 1 de enero de 2022, hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del respectivo convenio.

De otro lado, en lo que concierne a la jubilación anticipada total, la actual regulación busca penalizar a la persona trabajadora que opta por esa modalidad. La penalización es mayor según la modalidad de jubilación anticipada (si es voluntaria o no imputable) y el tiempo de jubilación (más penalización a más se anticipa). Por tanto, se desincentiva.

Ahora bien, como se ve, ni desincentivar el abandono prematuro del mercado de trabajo, tampoco de la relación de empleo público, significa prohibirlo, ni de momento hay una prohibición absoluta de jubilación forzosa convencional, pues no solo rige un régimen transitorio que mantiene las cláusulas anteriores, sino que incluso son posibles posteriormente, aunque se reduce notablemente. Entonces ¿qué suerte deben correr los premios de jubilación que incentivan la jubilación forzosa y la jubilación anticipada?

Además, en este contexto reformador legalmente y de cambios culturales también, el sistema parece decidido a favorecer que, tanto en el empleo privado como en el empleo público, se promuevan, como medidas estrella de acción social complementaria, los planes de pensiones del sistema de empleo (Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre)²⁸². Incluidos en la Recomendación 16 del Pacto de Toledo, con las nuevas medidas institucionales y de incentivo se busca un aumento significativo del número de entidades, privadas y públicas, promotoras, así como, sobre todo, del número de partícipes que puedan beneficiarse de los planes de pensiones, hasta llegar al 80 por cien de la población activa ocupada. Ambicioso objetivo, mucho, quizás demasiado que, en todo caso, por lo que aquí interesa, exige la implicación máxima, decisiva, de la negociación colectiva, tanto de sector como de empresa, también, por supuesto, en las AAPP, a las que llama expresamente la legislación.

²⁸¹ De este modo, la ley ya no usa las cláusulas de jubilación forzosa tanto como una política de empleo, sino más bien de acción positiva para fomentar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

²⁸² MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, La Ley, Walters Kluwer, Madrid, Capítulo 13, pp. 435 y ss; MONEREO PÉREZ, J.L. et alii (2021). *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Laborum, Murcia, pp. 17 y ss.

De ahí que se den facilidades para promover planes de pensiones de empleo simplificados, agrupados en cuatro modalidades, incluyendo también a las personas autónomas y entre las que están, como se decía, las AAPP y sus organismos autónomos. Ya conocemos alguna experiencia sectorial en esta dirección (sector de la construcción), si bien sigue predominando la negociación colectiva de empresa o grupo empresarial.

De nuevo, en este escenario ¿qué futuro tienen los premios colectivos de jubilación, que han venido incentivando la jubilación forzosa y/o la jubilación anticipada? Ni que decir tiene que no es objeto de esta tesis un análisis sustantivo de este tipo, sino que el análisis introductorio hasta aquí brevemente conducido tiene la finalidad de situarnos ante el problema competencial creado a su alrededor, así como, por lo que aquí interesa más aún, las diferencias de comprensión sustantiva que de esta misma figura tienen el orden social y el orden contencioso-administrativo. Una doble cuestión jurídica con diversas y muy importantes implicaciones de tipo procesal, pero también de operatividad, que está conociendo una intensa actividad jurisdiccional y que ha abierto intensas polémicas en el ámbito del sector público, laboral y administrativo, no así en el laboral privado, donde no suscitan problema alguno.

3.2. ¿Es razonable jurídico-socialmente que una misma institución convencional tenga diversa naturaleza en el orden social y en el contencioso?

3.2.1. La configuración contenciosa de los premios de jubilación como una materia retributiva, sin habilitación legal.

Como ha puesto de relieve la doctrina científica más atenta a esta cuestión²⁸³, y tuvimos oportunidad de mencionar en los capítulos 1 y 2 de esta tesis, si bien estos premios colectivos de jubilación se han encuadrado típicamente en el ámbito de las comentadas mejoras voluntarias de la seguridad social, configurándose así en los acuerdos comunes o conjuntos para el personal laboral y para el funcional, el orden contencioso-administrativo los ha estigmatizado a través de su calificación como materia retributiva. Lo que, como evidencia este certero análisis doctrinal, no solo les permite el

²⁸³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación...* Ob. cit. pp. 273 y ss.

mantener la competencia jurisdiccional, en detrimento de la social, sino que, mucho más grave y preocupante aún, le permite al orden contencioso construir y promover una genuina “política jurisdiccional del derecho” contraria a estos premios, erradicándolos de la negociación colectiva en el empleo público-administrativo. Eso sí, sin poder, de ahí la gran contradicción sistémica, cuestionarlos en el ámbito del empleo público laboral, pues en ese ámbito la competencia está reservada al dominio jurisdiccional social.

De este modo, si bien se trata de una jurisprudencia, de nuevo muy errática, que ha conocido periodos diferentes y opuestos, así como extremadamente casuística, lo cierto es que, hoy, queda muy clara esa voluntad jurisdiccional de erradicar la institución convencional, no solo enjuiciarla. Nuestro juicio es muy crítico también con este estado del arte interpretativo en el orden contencioso, no solo por la debilidad argumental de los pronunciamientos contenciosos, ajenos por completo al sector normativo en el que esta institución convencional se inserta, la seguridad social complementaria, sino igualmente por las disfunciones operativas que genera y por los agravios entre colectivos que crea, sin justificación suficiente. Una vez más, para darle máxima dimensión empírica, pero también concreción, al análisis, buscamos el ejemplo de experiencia forense reciente, que nos permita poner de relieve las profundas contradicciones que se abren en el sistema con este entendimiento dual y opuesto de una misma institución jurídico-convencional, lo que causa perplejidad jurídica, no solo a la ciudadanía a la que la justicia debe servir, sino incluso también para las personas que nos dedicamos profesionalmente a este mundo jurídico.

En este sentido, especial mención ha de merecer la citada STS, 3ª, 250/2023, de 28 de febrero. Si bien, como se ha constatado doctrinalmente, en su doctrina de fondo esta decisión no tiene nada de novedosa, porque se limita a reflejar una doctrina consolidada, no ausente de derivas erráticas y elevado casuismo²⁸⁴, se insiste, sí que, proyectada en el ámbito universitario, contiene algunas afirmaciones *obiter dicta* -también referidas en los capítulos iniciales de esta tesis-, que mueven a una reflexión más profunda. En apretada síntesis, la sentencia reafirma, recoge a pie juntillas y sin mucha argumentación adicional respecto de sus precedentes²⁸⁵, que los premios de jubilación para el personal de empleo público-administrativo en general, y en particular universitario, se fijen en acuerdos conjuntos o pactos separados para todo el personal, según sea laboral o funcional el

²⁸⁴ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. (2022). La nueva pensión de jubilación... Ob. cit. p. 279

²⁸⁵ Entre otras citas la STS, 3ª, 459/2018, de 20 de marzo y 344/2022, de 16 de marzo

vínculo de empleo, constituirían una típica materia retributiva, un complemento de la estructura retributiva, que, sin embargo, no tiene fundamento legal, por no estar previsto. Rechazada su naturaleza de mejoras voluntarias de la seguridad social, y afirmada la retributiva, su percepción por parte del personal funcional iría en contra del EBEP (arts. 21 a 23).

El relato de hechos, que nos permitirá conocer mejor el problema de fondo existente, y las disfunciones de gestión de personal que derivarán de la doctrina de la Sala III del TS, es el siguiente. La referencia normativa convencional fundamental es el artículo 53.2 del VI convenio colectivo de trabajo del personal de administración y servicio laboral (en adelante, PAS laboral) de las universidades catalanas. A su tenor:

"[a]l producirse la jubilación, el trabajador que tuviera acreditada en la universidad una antigüedad mínima de diez años tendría derecho a percibir el importe íntegro de tres mensualidades y una mensualidad más por cada cinco años o fracción que excedan los diez de referencia".

El 17 de marzo de 1989, la Gerencia de la Universidad Politécnica de Cataluña y la Junta del personal de administración y servicios que tiene la condición funcional (PAS funcionario), suscribieron un preacuerdo ratificado por el Consejo de Gobierno el 21 de abril de 1989, por el que se le equiparaba con el PAS laboral en cuanto a la percepción del premio de jubilación. Este acuerdo fue revocado por el propio Consejo de Gobierno por resolución 152/2010, de 17 de diciembre, lo que confirmó en firme la sentencia 21/2012, de 31 de enero, del Juzgado Contencioso-Administrativo 15 de Barcelona. Según dice tal sentencia, esa revocación se basaba en las objeciones de la Sindicatura de Cuentas a la extensión del convenio al PAS funcionario. El premio previsto en el artículo 53.2 del VI convenio también se dejó de abonar al PAS laboral desde el 6 de marzo de 2011 pero, planteado un conflicto colectivo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó la sentencia 865/2016, de 18 de octubre (recurso de casación 277/2015), que declaró que no estaba afectado por la disposición adicional sexta de la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos (Ley catalana 5/2012).

Dos funcionarias de carrera de la Escala administrativa de la Universidad Politécnica de Barcelona, jubiladas por razón de edad, mediante sendos escritos solicitaron que se les aplicase lo previsto en el citado artículo 53.2 del VI convenio colectivo para el PAS

laboral. Desestimada en la instancia administrativa, el recurso contencioso administrativo fue estimado, confirmándose en apelación, con lo que se reconoció el derecho al premio de jubilación, aplicando la doctrina establecida por la Sala Social del TS. Pero en la sentencia de apelación se va más allá, y se hace una amplia argumentación que merece la pena reseñar aquí, por ser muy pertinente para el enfoque global de esta tesis.

Los principales argumentos jurídicos para el reconocimiento del derecho al premio son. A saber;

- 1) Conforme a la doctrina constitucional, y sobre todo comunitaria, denegar en este caso el derecho a la mejora voluntaria para el personal funcionarial, mientras que se mantiene para el personal laboral, pese a tener el mismo fundamento regulador en la negociación colectiva, supondría un trato desigual jurídico no justificado.

Y ello en la medida en que no se apreciaría razón objetiva que justifique la diferencia de trato: no existe diferencia en el desempeño de funciones en el momento del pago del importe de la jubilación, incluida la mejora que tiene reconocida el personal laboral. Por lo tanto, se concluye afirmando la existencia de discriminación al ser aplicable el Acuerdo Marco (incluido en la Directiva 1999/70/CE) en la función pública para que prevalezca el principio de igualdad. Conviene desde ya advertir la enorme debilidad, en realidad el craso error de este argumento, porque es doctrina consolidada del TJUE que la Directiva no se aplica entre personal laboral y personal de función pública, sino entre el personal de empleo temporal y el de empleo indefinido, tengan la condición de laboral o la tengan de estatutario, eso sí. Pero la comparación no es entre figuras indefinidas de diferente o diversa naturaleza jurídica por su vínculo, sino entre temporales e indefinidos, lo que aquí no se da.

- 2) La sala de apelación cuenta con diversos precedentes en la que ya aplicó, en virtud de la cosa juzgada, la doctrina establecida para ese convenio por la Sala IV del TS.

Ciertamente, también este argumento es débil, porque la cosa juzgada se daría cuando se trate de idénticas pretensiones, sujetos y fundamentos, pero bien sabido es que aquí estaríamos ante un tema eminentemente jurídico. Los convenios colectivos no vinculan al empleador público para el personal funcionarial, pues está fuera de su ámbito de aplicación y la jurisprudencia social tampoco vincularía a la contenciosa propiamente, pues no son hechos, sino calificaciones de índole jurídica bajo regímenes diferentes.

- 3) Entiende que es un tema realmente controvertido determinar la naturaleza jurídica de las cantidades concedidas a trabajadores o funcionarios por razón a su jubilación, anticipada o no. Incluso la Sala III habría sido oscilante en este tema, hasta llegar a calificarlos como mejoras voluntarias en más de una ocasión.

En consecuencia, atendiendo a esa jurisprudencia contenciosa (aún en un estado errático), la indemnización litigiosa no tendría naturaleza salarial sino de mejora voluntaria a la prestación de jubilación, pues el salario remunera la prestación de trabajo o de servicios, lo que no es el caso de esta mejora. Antes de la Ley catalana 5/2012 se abonaba al PAS laboral y funcionario en virtud del convenio colectivo vigente que, no denunciado ni sustituido por otro, han aplicado los distintos equipos rectorales, ha sido auditado y ha superado los controles de la Sindicatura de Cuentas. Se dejó de abonar por razón de la Ley catalana 5/2012 por considerarse que la indemnización era un premio vinculado a la antigüedad. Así pues, no se trata de una retribución salarial sino de una previsión legal complementaria en el Régimen General de la Seguridad Social, luego cabe aplicar la mejora prevista en el artículo 43 de la LGSS como modalidad contributiva de la acción protectora de la Seguridad Social que se otorga a los comprendidos en el artículo 7.1.e) de la LGSS, tanto de 1994 como de 2015.

Esta afirmación es completamente cierta. El problema es que con posterioridad a dictarse esa sentencia en apelación (2019), el TS encadenó una larga serie de pronunciamientos en los que consolidó, sin demasiada argumentación, cierta, más bien prejuicios sobre este tipo de gratificaciones, que consideraba sin causa y, por tanto, sin habilitación legal, la tesis que rechaza los premios de jubilación.

- 4) Por tanto, en este escenario de incertidumbre jurídica y existiendo una decisión muy clara y firme de la Sala IV sobre la fuente creadora de los premios, considera que es aplicable la cosa juzgada ex art. 160.5 LRJS. Expresamente se señala que: ***“vincula también a la jurisdicción administrativa por razones de efectividad de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica”***

Un pronunciamiento interesante. No por la afirmación técnica de la cosa juzgada, que ya hemos visto no sería propiamente aplicable aquí, sin por el principio que ha invocado y que se vincula al principio de efectividad de la tutela judicial, acuñado por el TJUE en aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 47 CDUE.

Uno a uno, todos los argumentos de la sala de apelación -débiles unos, muy bien fundados otros, como el más importante, el de la naturaleza jurídica real de este premio de jubilación-, serán rechazados por la Sala de casación contenciosa. Las razones ya se han expuesto.

3.2.2. La configuración de ese mismo premio de jubilación como mejora voluntaria por el orden social.

Como podemos comprobar, el contraste no puede ser mayor con el orden social y mantienen una visión radicalmente opuesta sobre esta misma cuestión. La citada STS, 4ª, 865/2016, de 18 de octubre, afirma su naturaleza de mejoras voluntarias ex art. 43 TRLGSS²⁸⁶. Una comprensión que es, sin embargo, la correcta, la que corresponde a la auténtica configuración de este tipo de medidas y que, en realidad, por tratarse de una materia de seguridad social, debería corresponder en su competencia al orden social, también porque el régimen aplicable es el de seguridad social a la jubilación, según el art. 67 EBEP. Sin embargo, una vez más, dado el origen de este premio, que sería varias decisiones de extensión del convenio colectivo que lo crea al personal funcionarial, la competencia es contenciosa, en línea con la exclusión de la letra e) del art. 3, ya varias veces comentada aquí.

En consecuencia, el personal laboral universitario podrá seguir disfrutándolo. La Sala 3ª del TS es sabedora de esta disfunción y se muestra consciente del agravio que genera esta interpretación, pero la valora como una suerte de “mal sistémico” derivado de la laboralización de parte del empleo público, sin que el principio de igualdad de trato pueda enmendar los desajustes derivados. Para la Sala III del TS:

- 1) No es dado resucitar la extensión del convenio colectivo para el PAS laboral al PAS funcionario y hacerlo apelando al principio de igualdad. En efecto, no cabe invocar ni el art. 14 CE ni el Acuerdo Marco incorporado por la Directiva

²⁸⁶ La califica como mejora voluntaria de la Seguridad Social complementaria, reconocida y regulada por los artículos 39, 41 y 141 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS 1994), y que reproducen los actuales artículos 43 y 238 y 239 de la LGSS aprobada como texto refundido por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS 2015).

1999/70/CE, pues su finalidad es ajena al caso, aparte de que la Sala tiene declarado que no es aplicable a funcionarios de carrera (cfr. SSTs, III, 428 y 460/2022, de 6 y 20 de abril).

- 2) Aunque asume que la desestimación de la demanda podría chocar con una “razón de justicia”, que está en la base de las pretensiones funcionariales y que hacen suya las sentencias de primera instancia y de apelación (a la realización de funciones análogas debe seguir mismo tratamiento a la hora de distinguirlas con un premio de vinal de carrera profesional), considera que no es suficiente razón jurídica para estimar la pretensión.

En efecto:

“Ese planteamiento no es desdeñable, pero respetar la eficacia de la cosa juzgada, atender al sentido de las normas -de ahí inaplicabilidad del Acuerdo Marco-, estar a la naturaleza de la relación funcional y sus diferencias con la laboral, no responde a un legalismo ajeno a la idea de justicia. Cosa distinta es que la laboralización del empleo público cree situaciones de difícil encaje con la relación estatutaria o funcional, que es la propia de la relación de empleo en el ámbito de las Administraciones, la funcional, situaciones cuya enmienda o conciliación -al menos en este caso- escapa a la acción de los tribunales” (FJ Cinco, p. 5).

3.3. Recapitulación: otro desmentido práctico del principio sistémico de la especialización del orden social por razón de la materia jurídico-socialmente disfuncional, otra necesidad de reforma legal de coherencia normativa.

Difícil -como ya se comentó en los capítulos iniciales- decir más en menos texto. La Sala III, cuyo pronunciamiento, en términos técnico-jurídicos, es muy discutible, pues ignora totalmente la regulación sustantiva que rige esta materia, como es la seguridad social y sus mejoras voluntarias, admitiéndose que el origen pueda ser unilateral, de la empleadora (como vimos en la letra q) del art. 2 LRJS), termina con una afirmación muy rotunda. El problema de agravio, que reconoce -otra cosa sería asumir una “justicia ciega a la realidad”-, no sería su responsabilidad, sino de la ley que creó, para una misma tarea o función, la de empleo público, dos regímenes jurídicos tan distintos y, en consecuencia,

si se producen disfunciones, no se debe mirar al Tribunal, que sería solo el “mensajero”, la “boca de la ley”, sino a la ley misma.

Ni que decir tiene que ese planteamiento es discutible y ya hemos visto que la Sala IV tiene otra opinión al respecto. Pero, dada la situación, es tiempo de la reforma legal. Es el orden social el que debe conocer de todas estas materias, por unidad, por especialidad y por exigencias de efectividad de la tutela judicial de derechos sociales, que no pueden ser o no ser al mismo tiempo, solo por la vestidura jurídico-ocupacional.

CONCLUSIONES

En las páginas que anteceden se ha realizado un recorrido, a lo largo de los cinco capítulos que integran este estudio de tesis doctoral, con clara vocación de revisión del mapa competencial establecido en el Derecho Jurisdiccional Social, valorando legislación (en su letra y espíritu), las reformas posteriores y las abundantes construcciones del Derecho de precedentes (Derecho vivo o jurisprudencial) en torno a dicha cuestión y por las respectivas jurisdicciones confluyentes, orientados a un fin: evidenciar las aperturas, que merecen valoración positiva, y los cierres, injustificados a nuestro juicio, del modelo **a la configuración del orden social como la jurisdicción integral del empleo público**. A resultas del extenso y complejo, pero entendemos coherente, hilo argumental sostenido es posible alcanzar las siguientes conclusiones, que exponemos de forma ordenada, pero también abreviada, a fin de intentar ser precisos y claros, sin repeticiones innecesarias de lo ya abundantemente razonado en las páginas precedentes.

A saber:

1. En el plano sustantivo, es conocido que el Derecho Social ha experimentado un notable desbordamiento de sus fronteras materiales, de modo que no solo abarca ramas diferentes a las típicas del Derecho (Social) del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social, sino que también éstas tienden a incluir ámbitos aplicativos que van más allá sea de las relaciones de trabajo asalariado sea de las relaciones de seguridad social.

En suma, como se ha evidenciado en este trabajo, la idea de Derecho Social, conforme a las construcciones de dogmática jurídica más sólidas, aunque siempre discutibles, desborda, pues, lo que se ha venido entendiendo clásicamente por Derecho del Trabajo y por Derecho de la Seguridad Social.

2. La LRJS mantiene una profunda disociación entre la técnica abstracta o general para delimitar las competencias materiales del orden social, perseverando en el concepto arraigado en la legislación procesal social de “rama social del Derecho”, y la técnica de atribución concreta, basada en la asignación de competencias muy

concretas (art. 2) y la exclusión de otras, a favor de otros órdenes jurisdiccionales, en especial del contencioso-administrativo, por lo que a esta tesis atañe.

Esto significa, en términos más precisos, que hay materias típicas, en el plano sustantivo, que pertenecerían a la “rama social del Derecho” y que, sin embargo, quedan fuera del orden social.

3. Si no hay ninguna duda de que las cuestiones de Derecho de la Seguridad Social se integran sin problema dentro de lo que podría denominarse el Derecho común -en materia de protección social- de la Actividad Profesional, las propias del Derecho Social del Trabajo tienden a integrar también una dimensión común de ese Derecho de la Actividad Profesional. Una orientación y tendencia que están claramente presentes en el Derecho del Trabajo público.

No solo los consabidos derechos colectivos y, por supuesto, los de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, sino que un conjunto creciente de materias (ej. conciliación de la vida laboral y familiar, protección de datos, control tecnológico, etc.) propias del Derecho Social del Trabajo privado se extienden, con análogo alcance, al público (hablamos del personal estatutario también, por supuesto, no solo del laboral, que va de suyo). Que se trate de vínculos de empleo con naturaleza jurídica formal diferente y que se rijan por leyes estatutarias diferenciadas no quiere decir que, desde un plano sustantivo, no evolucionen hacia una profunda convergencia.

4. Consciente, a nuestro juicio, de la necesidad de mantener una evolución paralela, al menos más convergente, entre la dimensión sustantiva de la rama social del Derecho y la dimensión adjetiva (jurisdiccional y procesal), la LRJS pretendió, sin lograrlo de forma completa ni coherente, llevar a cabo una honda unificación competencial a favor del orden social, por considerarla la “jurisdicción natural”.

No se trataba tan solo de una cuestión de coherencia sistemática, sino que se orientaba hacia el establecimiento de una reforzada garantía procesal a derechos sustantivos en esa rama social del Derecho, tanto desde un punto de vista profesional como social. Esto es, la apuesta era por una mejora de la tutela judicial efectiva, coherente y con igualdad de trato, de todas las cuestiones de la “rama social del Derecho”, evitando el peregrinaje de jurisdicciones para instar justicia social y también la dispersión y

fragmentación, por lo tanto, desigualdad, de las soluciones jurídicas de fondo (o procesales). El carácter cada vez más universal de los derechos de protección social y la dimensión transversal de buena parte de las condiciones de trabajo, también para el empleo público, determinaría esa atribución competencial a favor del orden social.

5. Pero, salvo en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo –y con matices-, no se logró realizar ese objetivo de forma coherente y sistemática, manteniendo más de una laguna y contradicción a tal fin.

En efecto, pese a la clara voluntad del legislador de 2011, al pretender hacer de la jurisdicción social el orden de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales y por loables que se presenten los fines que alberga dicha intención, lo cierto es que hemos constatado “los vicios jurídicos” que hoy persisten, por tanto, las dificultades y desmentidos, a fin de alcanzar el objetivo de política del derecho jurisdiccional social buscado. En suma, el proceso ni fue cerrado por el legislador en origen, ni el legislador reformista ha caminado en aras del anhelado objetivo, pese a que ha conocido algunas reformas parciales dirigidas a tal fin.

6. Desde esta perspectiva de crítica legislativa, por incluida o inacabada y deficiente o incoherente, creemos que la exposición argumental a lo largo de los capítulos que integran esta tesis ha acreditado suficientemente la necesidad de caminar en la dirección de ese orden social como jurisdicción integral de lo social, en general, y de todas las cuestiones, individuales y colectivas, del empleo público en particular.

Por lo tanto, se exige una doble intervención jurídica racionalizadora del reparto jurisdiccional competencial y de una suerte de “segunda modernización competencial”, a través de la reforma legislativa y también de nuevas reinterpretaciones jurisprudenciales, a la luz de esa vocación de reconexión entre lo sustantivo (la creciente universalización y expansión de los derechos laborales, como profesionales, y de seguridad social, como de protección social). al que conformaría estos sectores normativos conforme a lo que dispone el art. 1.1 CE.

7. Con el objetivo de darle a este análisis una dimensión más empírica, no ya solo de alcance propositivo, evitando incurrir en el vicio de razonar en el vacío, basado sólo en un discurso teórico, voluntarioso y abstracto, para ilustrarlo con razones de índole práctica, hemos seleccionado una cuestión social de carácter macro que nos permite analizar las virtudes, y también las resistencias de este proceso hacia una jurisdicción social plena de la rama social del Derecho: la seguridad y salud en el trabajo. Así se ha planteado en la letra e) art. 2 LRJS. Para nosotros, no sería una materia aislada, episódica, sino la expresión de un modelo más general

Este estudio ha tomado como muestra relevante de su propuesta, para acreditarla sobre la práctica, el reconocimiento del orden social como la jurisdicción plenamente garante de la efectividad de la tutela judicial en materia de seguridad y salud en todo entorno laboral, también público-administrativo y respecto del personal estatutario, frente al contencioso, en su dimensión preventiva y reparadora. Como pilares de esta construcción no cabe duda que coadyuva la categorización de la seguridad y salud en los entornos de trabajo, por tanto, de empleo público laboral y estatutario, como derecho de universalización subjetiva sin distinción de público o privado.

8. No obstante, y evidenciando una vez más que el cambio legislativo nunca es ni fácil ni suficiente, sino va acompañado de cambios culturales e institucionales, desde luego también de más recursos, económicos y personales, en esta tesis se ha dejado constancia de las dificultades para realizar de forma efectiva esa vis atractiva del orden social en materia preventiva.

Hemos identificado y comentado con profusión un buen número de asuntos que se judicializaron –quizás innecesariamente- hasta sus niveles últimos en los que, pese al claro tenor de la ley y la inequívoca voluntad legislativa, las dos Salas, la Social –IV- y la Contenciosa –III-, levantaron diques de contención de esa vis expansiva, en vez de hacer tabla rasa de todos los diques persistentes que obstaculizaban el mandato legal y, por ende, la mejora sustancial de protección de este derecho social fundamental humano para todo el conjunto de la población de empleo público, al margen del vínculo jurídico.

9. En el lugar oportuno, se ha constatado que estas resistencias no se vinculaban tan solo a visiones corporativas o al apego conservacionista de los tribunales, siempre

resistentes a cambios legislativos que afecten a arraigadas pautas jurídicas, incluso culturales, sino que tuvo incidencia en el nivel de protección del derecho en juego. En este sentido, no sorprende que buena parte de los conflictos de resistencia al cambio legislativo se produjera en relación a la protección eficaz de un tema hoy de especial actualidad, como es el acoso en el trabajo y, más en general, la tutela frente a los riesgos psicosociales.

En efecto, la prueba estadística ha acreditado que, mientras hubo dudas en la competencia entre el orden social y el orden contencioso respecto a la protección del acoso moral, no solo como riesgo psicosocial, sino como conducta contraria a derechos fundamentales, las desestimaciones en el empleo público administrativo fueron más elevadas que en el orden social. El cambio de competencia a lo social ha mejorado su éxito.

10. Pero las dificultades, y contradicciones, de aplicación no han sido solo cosa del pasado más reciente, sino también del presente, aunque afortunadamente ahora sea más bien un mal recuerdo, una pesadilla pasada: la pandemia de covid19. De todos es conocido que el déficit de protección que tuvieron los profesionales más directamente obligados a luchar contra la pandemia, al carecer de los medios de protección necesarios, ha dado lugar a centenares de asuntos judiciales. Sin entrar ahora en el resultado (que sigue teniendo efectos, ahora en el ámbito reparador y de responsabilidad civil-profesional, no ya preventiva, como se ha ilustrado en el capítulo oportuno), sí se ha recordado que conocieron de ellos tanto el orden social como el contencioso-administrativo.

Una misma pretensión de garantía de medidas de protección frente al riesgo de contagio biológico, y para sectores idénticos, por ejemplo, el sanitario, se condujo, según decisión de los sindicatos recurrentes, o asociaciones profesionales, tanto a la Sala III como a la Sala IV. Sin que ninguna de las dos salas pusiera en discusión su competencia. Eso sí, la Sala IV sí fue consciente de la necesidad de revisar su doctrina en materia, a fin de no quedarse relegada de un tema de gran calado. Aunque nunca ha rectificado en sentido propio su doctrina precedente, errada a todas luces y corregida, esta situación sí le sirvió para tomar mayor consciencia de que por una cuestión formal o procesal –si se pedía tutela de derechos fundamentales o de prevención de riesgos- arriesgaba a quedarse privado de conocer asuntos determinantes en materia de salud y seguridad en el trabajo.

11. Sin duda, como hemos tenido también oportunidad de confirmar, un poco antes del referido punto de inflexión que supuso la pandemia de covid19 y la dualidad de jurisdicciones competentes en los hechos, se produjo otro hito determinante para el cambio. En efecto, un punto de inflexión previo en este fuerte contraste entre la representación normativa del sistema de reparto competencial en materia de seguridad y salud en el trabajo y el ser real, la percepción jurisdiccional, fue la decidida de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del art. 42 LOPJ (icónico el ATS n. 12/2019, de 6 de mayo -conflicto n. 22/2018-. La importancia de esta resolución no solo reside en su razonamiento, muy vinculado al cambio legal y a la dimensión social de la prevención, sino también por el asunto, pues era relativo a la dimensión reparadora.

En consecuencia, se evidenciaba la vocación expansiva del cambio legal no solo en la vertiente preventiva solamente del derecho a la salud en los entornos de trabajo (nuevo derecho humano según la versión enmendada de 2022 de la Declaración de la OIT de 1998, derechos y principios fundamentales), sino también reparadora. No es esta cualquier constatación, porque, en el fondo, subyacía toda una carga de profundidad contra dos instituciones o ámbitos jurídicos reservados desde antiguo, incluso preservados, al orden contencioso: la responsabilidad patrimonial de las AAPP por los daños derivados de su –normal o anormal– funcionamiento, de un lado, la segmentación entre la ordenación de la protección por accidentes de trabajo en el empleo privado y de los accidentes en acto de servicio de los funcionarios públicos integrados en el Mutualismo Administrativo.

12. Precisamente, al hilo del detenido análisis de estas situaciones en su práctica judicial más reciente, aunque también más reiterada, hemos podido acreditar que hay ámbitos típicos de lo que sería una cuestión de la rama social del derecho en su dimensión de protección de la seguridad y salud en el trabajo que, sin embargo, queda, de momento, completamente fuera del orden social, manteniéndose como un reducto inexpugnable del orden contencioso: la calificación de los daños que sufre una persona funcionaria en el régimen mutualista (por lo general policía nacional o guardia civil) sometida a acoso moral en su trabajo como causados en acto de servicio o no

Con extraordinaria perplejidad jurídica, ya mostrada por una minoritaria, pero muy autorizada, a mi juicio, doctrina científica, hemos podido comprobar cómo año a año la Audiencia Nacional se niega a proteger al funcionariado del régimen mutualista frente a situaciones de acoso moral en el trabajo, por entender que esta conducta jamás puede darse en el servicio, dada su dimensión personal o externa al mismo.

13. En la tesis se ha criticado duramente esta posición recalcitrante de la AN, Sala de lo Contencioso. Entre otros criterios porque vive al margen del propio cambio de criterio de la Sala III del TS. Esta se ha abierto a una reinterpretación del concepto de accidente en acto de servicio a los efectos de mejorar una pensión extraordinaria, en los términos del art. 47.2 TRLCPE por equiparación al art. 156.2 a) TRLGSS. Con ella se ha permitido reconocer el carácter profesional de las patologías de índole psíquico a causa o con ocasión del trabajo público.

Pero la AN no asume este criterio en relación a la calificación de los daños derivados del acoso moral en el trabajo para estos colectivos, por lo general marginados de un adecuado análisis jurídico-laboral, en especial la Guardia Civil, por entender que su régimen militar los deja fuera de este enfoque de garantía. A mi juicio, sin embargo, esta doctrina rectificadora y aperturista del TS consideramos que sería plenamente aplicable para las patologías psíquicas en general, y derivadas de estados o procesos de acoso en el trabajo público de la Guardia Civil, en particular. Y ello porque también entraría, a partir de esta relectura, en el concepto jurídico de «acto de servicio» el accidente o enfermedad consecuencia de los factores de índole psicosocial que estén presentes en su desarrollo y no hayan sido objeto de una acción preventiva adecuada, genere o no incumplimiento preventivo. En este sentido, la lectura del art. 47.2 TRLCPE no debería diferir de la del art. 156.2 e) TRLGSS, y ello sin perjuicio de reconocer la necesidad de una reforma de ambos a efectos de mitigar el efecto excluyente, o restrictivo, del criterio de “exclusividad” del origen profesional, pues sabido es que los riesgos psicosociales tienen su origen en factores múltiples.

Ahora bien, si así fuese ¿no debería ser el orden social el competente en la materia, no el orden contencioso? Por las razones expuestas en su momento, para nosotros, sí. Por supuesto, somos plenamente conscientes de lo “anatema” que puede considerarse esta propuesta. Hoy por hoy se entiende “imposible” trasladar al orden social la competencia para recabar la pensión extraordinaria ligada al art. 47.2 TRLCPE, en cuanto prestación

social del régimen mutualista administrativo, pese a que la tendencia, desde 2011, sea a incluir al funcionariado en el RGSS, por tanto, dentro de la competencia del orden social. Pero se viene manteniendo que a salvo del riesgo de exceso de garantismo social debieron quedar los tres regímenes especialísimos mutualistas.

14. En consecuencia, una de las consecuencias prácticas de nuestra propuesta, hacer del orden social la jurisdicción integral del empleo público, no solo el civil, y muy en especial cuando se trate de unos asuntos directamente vinculados a condiciones de trabajo, y desde luego a todas las que tengan que ver con la seguridad y salud en el trabajo, también la protección social (fuera quedaría el régimen disciplinario -el art. 3 b LRJCA lo atribuye al orden contencioso-), llevaría a una histórica ampliación. Aunque es posible argumentar que cabe ya esa competencia con una relectura del Derecho Legislado, entendemos que, por la entidad del cambio, sería mejor que se hiciese aquí una reforma legislativa.

15. En la tesis hemos argumentado que este cambio no sería irrelevante para el derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de estos colectivos profesionales tan olvidados o ignorados para el análisis jurídico-social y laboral. Y se ha puesto un ejemplo importantísimo, humana y socialmente, hoy tristemente de mucha actualidad: la protección frente al suicidio como riesgo de índole profesional y naturaleza psicosocial.

En efecto, la tasa de suicidios en la Policía Nacional y en la Guardia Civil, aun triplicando la media nacional sigue invisible socialmente y ello pese a ser pioneros en la implantación de Planes de Prevención de riesgo de suicidio, cuya eficacia está más que cuestionada. La tímida evolución de la doctrina judicial en el orden social considerando el suicidio como accidente de trabajo y por tanto como riesgo laboral en los entornos de trabajo, tiene una repercusión directa, *lege data* y/o *lege ferenda*, en la asunción integral de la competencia del orden social en la protección frente al suicidio en la Guardia Civil como problema de salud mental en el trabajo, que no solo ayudaría a visibilizarlo, sino que repercutiría de forma directa en tomar más en serio su protección efectiva como un riesgo psicosocial prevalente en este sector profesional. De nuevo, una cuestión competencial jurisdiccional se revela central para avanzar en el debido cambio sustantivo

de un derecho social fundamental de toda persona, realmente: el derecho a un entorno seguro y saludable, libre de toda toxicidad psicosocial. Por tanto, también de la Policía Nacional y la Guardia Civil, como lo sería para el resto del personal funcional.

16. Pero las deficiencias del sistema de atribución competencial, en coherencia con esta visión del orden social como jurisdicción de cuestiones sociales ligadas a la salud en los entornos de trabajo no se quedan aquí. La LRJS –quizás por su tiempo- no ha sido consciente de las cuestiones de la rama social del Derecho ligadas a la interacción entre el ambiente externo y el interno, entre el Derecho social ambiental y el Derecho social de los entornos de trabajo. Sin embargo, en este tiempo, donde el cambio climático evidencia un impacto cada vez mayor en la salud de las personas trabajadoras, y de la población en general, se hace muy necesario una revisión de esta cuestión.

En efecto, por las razones esgrimidas en el lugar oportuno de la tesis, entendemos el orden social como jurisdicción integral de los daños cívico-ambientales por los incumplimientos preventivos de riesgos laborales, atendiendo a la estrecha conexión con el principio constitucional de protección adecuada y suficiente de las situaciones de necesidad creadas en las contemporáneas sociedades del riesgo. A tal fin, se abren dos caminos de progreso jurisdiccional, con efectos positivos en la mejora de la tutela efectiva del derecho sustantivo. De un lado, la propuesta aquí realizada de reinterpretación en sentido amplio de preceptos renovados en la LRJS a fin de realizar su vocación expansiva del orden social, siendo el caso de la interpretación en tal sentido de las letras b), o) y q) de la LRJS, incluso en su relación conexa con la letra e) LRJS. Creemos que la doctrina del TS avala esta posición, sin forzar argumento alguno, más bien por una razón de coherencia con la nueva competencia contemplada en la letra q) LRJS.

De otro, si no prospera, exigiría derogar el inciso final de la referida letra f) art. 3 LRJS, referido a los “actos administrativos sobre asistencia y protección social públicas en materias que no se encuentren comprendidas en las letras o) y s) del artículo 2”). Una atribución al orden social que, a mi juicio, sería también coherente con la predicada extensión a aquél de todas las acciones en materia de prevención de entorno o ambiental en las que media una conexión relevante, aunque no sea contractual y, por tanto, no tengan la condición técnica ni de persona trabajadora (aún en relaciones externalizadas) ni de empleadoras.

17. Las contradicciones normativas y las deficiencias de protección por la ausencia de una distribución competencial legislativa coherente con esa visión del orden social como concedora de los asuntos de la rama social del derecho, de la que no se puede prescindir de la rama social del derecho del empleo público, tienen otras dimensiones, como en el ámbito de la protección social. Los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social y personal estatutario, se nos presenta como una nueva manifestación del principio de especialización por razón de la materia que nos lleva hacia una jurisdicción social integral del empleo público, precisando de avanzar en reformas para su actualización plena.

Constatadas tanto las persistentes ambigüedades como limitaciones de la nueva doctrina jurisprudencial social, en aras de hacer efectivo el principio propio de especialización por razón de la materia que refleja la letra q) del art. 2 LRJS, en la tesis se ha argumentado a favor de una profunda relectura del sistema actual. Varios motivos.

En primer lugar y desde la hermenéutica actual de la letra q) del art. 2 LRJS, conviene confirmar, pese a las referidas sombras de la doctrina del TS, la existencia de dos supuestos novedosos competenciales del orden social en esta nueva norma de la LRJS. En el primer inciso, se establecería la competencia del orden social para conocer de todas las reclamaciones individuales presentadas, también por el personal de empleo público estatutario, en materia de mejoras voluntarias de la seguridad social, incluidos los planes de pensiones del sistema de empleo, se fijen en decisiones unilaterales de la empresa, convenios colectivos, pactos o acuerdos colectivos o normas legales (protección-previsión social complementaria). El segundo inciso, determina la competencia del orden social también para conocer de las reclamaciones, se entiende que individuales y colectivas, que traigan causa de la regulación de derechos de protección social complementaria que las AAPP reconozcan en favor de quien pudiere resultar persona beneficiaria, aún sin ser personal empleado de aquéllas, en determinadas situaciones, en especial vinculadas a riesgos profesionales, estando encuadrados por ejemplo los fondos de compensación por amianto.

También en el plano interpretativo, el TS, Sala IV, sigue asumiendo que de la letra q) del art. 2 LRJS no se puede deducir ninguna excepción a la exclusión prevista en la letra e) del art. 3 LRJS, por lo que la interpretación colectiva de las fuentes de estas materias funcionariales seguirá residenciada en el orden contencioso.

En el plano del Derecho Legislado futuro, ponemos también de relieve la necesidad de una reforma legislativa que reconduzca también al orden social la dimensión colectiva de estas materias, estableciendo una excepción a la excepción en la misma línea que en materia preventiva. Esta doble evolución, interpretativa y legislativa, constituyen una expresión clara e inexorable de la necesidad, no ya la conveniencia, de promover una genuina jurisdicción social del empleo público, al margen de la naturaleza del vínculo de empleo (laboral o funcional, incluido el estatutario) y de la fuente reguladora de condiciones y derechos del personal, incluso de la dimensión individual o colectiva del conflicto, en la línea abierta por la prevención de riesgos laborales.

Una propuesta de conocimiento y protección integral que debería ser tan plena como en este ámbito para las cuestiones de seguridad social, según una línea de política legislativa del derecho recogida de una forma nítida ya en la propia LRJS, pero no culminada o cerrada con la coherencia y con la precisión exigidas.

18. Pero el ámbito de la protección social complementaria y su vínculo con el empleo públicos se nos ha revelado como un campo de conflictos competenciales que no cesa. Y, una vez más, en la tesis se ha seguido un enfoque empírico, ilustrando nuestras reflexiones y críticas con casos jurisdiccionales de una gran relevancia en el plano social, también económico. Entre ellos, nos han ocupado de manera especial los premios de jubilación como mejoras de acción protectora del sistema de seguridad social.

Esta cuestión –que sigue generando grandes conflictos, también de gestión, y en el ámbito de las relaciones colectivas, por el malestar que crea que una misma prestación sea atribuida a una persona empleada pública laboral y negada a una persona empleada pública funcional- nos ha servido para ilustrar, de forma emblemática, el sinsentido que tiene hoy la distinción normativa, en el plano sustantivo y en el adjetivo, de los regímenes jurídicos profesionales atendiendo solo a la naturaleza formal de su vínculo. Apegada en extremo a la concepción constitucional más canónica de la dualidad de regímenes, según sea funcional o laboral, pese a luego tener análogas condiciones de trabajo y protección social, la Sala III acepta, sin rubor, la injusticia social que supone no reconocer los premios al funcionariado y sí al personal laboral, que trabaja codo con codo. Todo un sinsentido, insistimos, que evidencia la necesidad de avanzar más rápido, más profundo y más coherentemente en la dirección aquí propuesta: el orden social debe ser

la jurisdicción integral del empleo público (también de la protección social), como ahora sostiene lo más nutrido de la doctrina científica: por imperativos de unidad, especialidad y por exigencias de efectividad de la tutela judicial de derechos sociales, que no pueden ser o no ser al mismo tiempo, solo por la vestidura jurídico-ocupacional.

Por supuesto, para que esta propuesta no incurra en aquello de peor el remedio que la enfermedad, se necesitarán los recursos económicos y de personal necesarios para que lo representado en la norma tenga vida diaria en la Administración de Justicia Social. Pero, como es natural, esta ya es otra historia. La que aquí nos hemos propuesto ha llegado a su fin, con la venia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AAVV. (dir. A. Supiot- M.E. Casas) (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tiran Lo Blanch, Valencia.

AAVV. (2011). (José Ángel Folguera Crespo, Fernando Salinas Molina, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Jordi Agustí Juliá). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. Lex Nova, Valladolid.

AAVV (2020). Memento práctico Francis Lefebvre: Procedimiento laboral 2021-2022.

AAVV. (2021). (dir. Manuel Correa Carrasco - María Gema Quintero). *Violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio n. 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*. Dykinson, Madrid.

AAVV. (2021). (dir. Isabel Villar Cañada - Vila Tierno, F.). *Renta mínima y democracia sustantiva: de los "derechos de pobreza" a los de "ciudadanía social"*. IURA, UJA, Jaén.

AAVV (2021). *Manual de Derecho de la Protección Social*. Tecnos. Madrid

AAVV. (2022). (dir. José María Miranda Boto y Brameshuber, Elisabeth). *Negociación colectiva y economía de plataformas: una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio*. Ediciones Cinca, Madrid.

AAVV. (2023). (Dir. Jaime Cabeza Pereiro). *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva*. Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

AAVV (2023). (dir. Carolina Martínez). *El Derecho del Trabajo que viene*. Colex.

AGUSTÍ JULIÁ, J. (2021). “La impugnación de los actos administrativos en el proceso social: problemática y propuestas de reforma”. AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de Reforma de la LRJS*. Cursos de Formación Judicial del CGPJ, Madrid.

AGUSTÍ JULIÁ, J. (2023) “Capítulo 9. La impugnación de los actos administrativos en el proceso social: problemática y propuestas de reforma”. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández - María Luisa Segoviano Astaburuaga - Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

ALASTRUEY ANZA, J.C. - GÓMEZ ETXEBARRÍA, M. (2012). “Herramientas frente a los riesgos organizativos y la violencia laboral”. AAVV (Dir. Manuel Velázquez). *La salud mental de las y los trabajadores, Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación*. OSALAN, La Ley Wolters Kluwer.

ÁLVAREZ CORTES, J.C. (2017). “Incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, n. 10.

AMADO, R. (2015). *Peregrinos del amianto*. Colección A Contraluz.

ANIORTE LÓPEZ, M.C. (2013). “La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción? Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n. 103.

AZAGRA MALO, A. (2007). “Los fondos de compensación del amianto en Francia y en Bélgica”. En *Indret Privado*, n. 3. <https://indret.com/los-fondos-de-compensacion-del-amianto-en-francia-y-en-belgica/>

BAUMAN, Z. (2003). *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica, México.

BAUMAN, Z. (2017). *Tiempos líquidos: Vivir en una época de incertidumbre*. TusQuets, Barcelona.

BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica, S.A.

BELTRÁN DE HEREDIA, I. (2022). “El derecho del trabajo no es el derecho común del empleado público (STSJ And\Sevilla 10/11/22)” <https://ignasibeltran.com/2023/01/17/el-derecho-del-trabajo-no-es-el-derecho-comun-del-empleado-publico-stsj-andsevilla-10-11-22/>

BUCYS, M. (2020). “Acceso al empleo público y competencia del orden social a propósito de la STS CV 20 de diciembre de 2018, *El Derecho. com.* (entrada 2 de enero de 2020).

CASAS BAAMONDE, M.E. & RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M. (2018). AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2018, Tomo I. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia.

CASAS BAAMONDE, M.E. (2022). *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la Covid-19. ¿Y después? Discurso de incorporación a La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.*

CORREA CARRASCO, M. (2019). *Acoso laboral: regulación jurídica y práctica aplicativa*. Tirant lo Blanch, Valencia.

CORREA CARRASCO, M. (2019). El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 437-438.

CORTÉS MORENO, A. (2020). Capítulo V, Título IV. “Procedimientos administrativos y judiciales en contingencias profesionales”. En AA.VV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, Tomo II, Ediciones Laborum, Murcia.

CRUZ VILLALÓN, J. (2000). “Viejos y nuevos conflictos en las fronteras entre la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa”. En AA.VV. (Coord. M. R. Alarcón Caracuel-M.M. Mirón Hernández). *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*. Marcial Pons, Madrid.

DE NIEVES NIETO, N. (2022). “Nuevas reglas y criterios en la delimitación competencial entre los órdenes social y contencioso-administrativo de la jurisdicción”, *Revista De Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n. 470.

DE PALACIOS VILLAVERDE, J.I. (2020). Responsabilidad patrimonial de la Administración y contagio de COVID-19. <https://elderecho.com/responsabilidad-patrimonial-la-administracion-contagio-covid-19>

DEL VALLE DE JOZ, J.I. (2017). *Seguridad Social y proceso*. Aranzadi Thompson Reuters, Pamplona.

Digesto de la Carta Social Europea (2018). Traducción del Magistrado Domenech Preciado, C.H., pp. 56 y ss. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf>

ESTEVE SEGARRA, M.A. (2016). “La competencia de los órdenes jurisdiccionales en materia de impugnación de las cuestiones relativas a la protección por desempleo”, *Revista de Información Laboral*, n. 8.

FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. (2004) *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta.

FOLGUERA CRESPO, J.A. (2021) “El personal de las Administraciones Públicas: descoordinación en su protección jurisdiccional. Propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de Reforma de la LRJS, Cursos Digitales de Formación, CGPJ, Madrid*.

GARCÍA ALARCÓN, M.V. (2021). “La jurisdicción social como jurisdicción especializada en materia de riesgos laborales: ámbito objetivo y subjetivo; reglas para combatir la disgregación competencial; e instrumentos procesales idóneos para conocer de estos litigios. Propuestas de reforma”. En AAVV. (Dir. Fernando Salinas Molina). *Propuestas de reforma de la LRJS, CGPJ, 2021*.

GARCÍA BLASCO. (2019). AAVV. *La Negociación colectiva en el sector público*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid.

GARCIA MURCIA, J. (2020). Capítulo I, Título I. El continuo desbordamiento y expansión del concepto de accidente de trabajo. AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I.

GARCÍA MURCIA, J. (2021). “Reflexiones preliminares y acotación del objeto de estudio.”. En AAVV. (Dir. Joaquín García Murcia- María Antonia Castro Argüelles) *Contingencias y prestaciones de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Reus, Madrid.

GARCÍA ORTEGA, J. (2019). “Impugnación de sanción administrativa impuesta por el Consejo de Ministros por falta de ingreso de las cuotas de seguridad social: tipo sancionador y causas exculporias de la responsabilidad”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum* n. 21.

GARCÍA SALAS, A.I. (2023). “La reforma del artículo 311 del Código Penal: el nuevo delito por incumplimiento de la normativa laboral entra en vigor”. <https://www.elforodelabos.es/2023/01/la-reforma-del-articulo-311-del-codigo-penal-el-nuevo-delito-por-incumplimiento-de-la-normativa-laboral-entra-en-vigor/>

GINÉS I FABRELLAS, A. (2009). «Accidente de trabajo y responsabilidad patrimonial de la Administración», Dret 3/2009.

GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2019). “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros CEF, número extraordinario de mayo. <https://doi.org/10.51302/rtss.2019.1434>

GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2021). “Nuevo reto de la gestión de riesgos psicosociales: el deber de evaluar los tiempos de disponibilidad (offline, online), aun no siendo de trabajo”, Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n. 461-462.

GONZÁLEZ COBALEDA, E. (2022). *La evaluación de los riesgos psicosociales en el mundo laboral actual, digital, ecológico e inclusiva: Desafíos jurídicos y operatividad práctica*. Editorial Comares, Granada.

GONZÁLEZ MARTÍNES, J.A. (2020). Capítulo VIII, Título III. “El principio de la conjunta consideración de contingencias: un intento fallido ante la no distinción de la causa de la incapacidad”. AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I.

GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (2011). *La garantía jurisdiccional de las prestaciones de dependencia en el marco de la reforma del proceso social*. Editorial Bomarzo, Albacete.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1979). “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”. *Revista de Política Social*, n. 121.

GONZÁLEZ VEIGA, S. (2022). Aunque cueste respirar: Estudio del amianto con perspectiva de género, Trabajo Fin de Grado en RRL y RRHH, Santiago de Compostela, 2020-2021.

GRAU PINEDA, C. – RODRIGUEZ MONROY, A.C- (2020). “El suicidio como accidente de trabajo: un repaso a la evolución jurisprudencial hasta la actualidad”. AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia.

GURVITCH, (2005). *La idea del Derecho Social*. Comares, Granada.

LASAOSA IRIGOYEN, E. (2013). “La extensión de la jurisdicción social en materia de Seguridad Social en el presente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 159.

LÓPEZ ANIORTE, M.C. (2013). “La ampliación del marco competencial del orden social ¿hacia la unidad de jurisdicción?”. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n. 103.

LÓPEZ CUMBRE, L. (2018), “El orden social no es competente cuando la huelga puede afectar a funcionarios” <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-orden-social-no-es-competente-cuando-la-huelga-puede-afectar-a-funcionarios/>

LÓPEZ CUMBRE, L. (2019). “Salud laboral en la judicatura. ¿Competencia del orden social o del orden contencioso?”, Revista de Jurisprudencia Laboral, n. 5.

LÓPEZ CUMBRE, L. (2023). “Ley concursal y ley procesal social: interferencias y propuestas de (contra) reforma”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0.

LOUSADA AROCHENA, J.F. - RON LATAS, R.P (2020). *Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing)*. Editorial Bomarzo, Albacete.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2018). “La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo”. Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, n. 138.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). El concepto de trabajador. En AAVV. Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia. Fundación para la investigación del Derecho y la Empresa y BOE. Boletín Oficial del Estado, Madrid.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación distributiva: causas y vías para combatirlas*. Editorial Bomarzo, Albacete.

MARTÍNEZ MORENO, C.- GARCÍA RODRÍGUEZ, B. (2006). “La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral: una aproximación al estado de la cuestión”. En AAVV. (Coord. Manuel Correa). *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*. Aranzadi, Pamplona.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros”. En Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), n. 6, 2023.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2023). Capítulo 14. “El recurso de casación ordinaria: en especial, los motivos para su interposición”. AAVV. Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández - María Luisa Segoviano Astaburuaga - Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

MERCADER UGUINA, J. (1996). *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia.

MERCADER UGUINA, J. (1999). “La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA. Cuadernos de derecho judicial, n. 6.

MERCADER UGUINA, J. (2017). *Los procedimientos Administrativos en materia de Seguridad Social*. Aranzadi, Pamplona.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. - MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M (2016). “El acoso laboral como fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Criterios de actuación y valoración”. *Revista Jurídica de Castilla-León*, n. 38.

MENESES, J.P. (2015). *Una vuelta al tercer mundo: La ruta salvaje de la globalización*. Editorial Penguin Random House Grupo Editorial España.

MIÑARRO YANINI, M. (2016). “Trabajo productivo (hombre), fuente de riesgo para el trabajo reproductivo (mujer): ¿qué orden conoce de la responsabilidad? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 2015, rec. núm. 558/2014”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 395.

MIÑARRO YANINI, M. & MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *Reinvención sistémica de la Seguridad Social. Reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo, Albacete.

MIÑARRO YANINI, M. (2023). Capítulo XVIII. “La sostenibilidad ambiental, nuevo elemento del trabajo decente: otro desafío de futuro inmediato para la jurisdicción social”. AAVV. (Dir. Humberto Guadalupe Hernández, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro*. Editorial CEF, Madrid.

MIR PUIGPELAT, O. (2003). «La Jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa». *La Justicia Administrativa: Libro Homenaje al Prof. Rafael Entrena Cuesta*. Atelier, Barcelona.

MOLINA HERMOSILLA, O. (2008). *El papel de las sociedades de prevención en el mercado de los servicios de prevención*. Laborum, Murcia.

MOLINA NAVARRETE, C. (2007). Capítulo II. Tutela frente al acoso en la “justicia” contencioso-administrativa: renovación legal, persistente rigidez interpretativa. *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?* Editorial Bomarzo, Albacete.

MOLINA NAVARRETE, C. (2012). *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*. La Ley, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2018). “Incomprensible y erráticamente, la Sala Social del TS rechaza tutelar al funcionariado frente al riesgo laboral de acoso si también invocan derechos fundamentales: ¿para que se hizo la reforma, entonces?” Centro de Estudios Financieros, CEF-Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/comentario-sts-544-2018-acoso-laboral-personal-estatutario-tutela-derechos-fundamentales-competencia-orden-contencioso-administrativo.html>

MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “La "des-psicologización" del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico”. *Revista de Derecho Social (RDS)*, n. 86.

MOLINA NAVARRETE, C. (2019). *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2021). AAVV. “La protección judicial en materia de acoso en el trabajo en el horizonte del convenio 190 OIT”. *Observatorio vasco sobre acoso moral y no discriminación*, Bilbao.

MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *Aspectos sociolaborales de la nueva reforma concursal: ¿remercantilización vs. socialización?* Editorial Bomarzo, Albacete.

MOLINA NAVARRETE, C. (2022). *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*. La Ley, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “Capítulo 1. Retos de la Jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0: claves para una necesaria nueva modernización”. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández-María Luisa Segoviano Astaburuaga-Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “¿Nueva modernidad para una jurisdicción social estancada?”. Editorial de la Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 474, mayo-junio, monográfico sobre Los desafíos de la jurisdicción social en la nueva sociedad del trabajo 5.0.

MOLINA NAVARRETE, C. (2023). ¿El incumplimiento laboral se pone serio?: Entre disuasión y criminalización. Editorial en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 473, marzo-abril.

MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “Salud mental y condiciones de los entornos de trabajo: balance y propuestas de progreso en el Derecho de la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social (RMTES)*, n. 156.

MOLINA NAVARRETE, C. (2023). “El (ciber)acoso en el empleo público: balance y perspectivas a la luz de la entrada en vigor del Convenio 190 OIT”. En AAVV. *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público, libro homenaje al profesor Pedro Gómez Caballero*. Monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla.

MONEREO PÉREZ, J.L. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. CES, Madrid.

MONEREO PÉREZ, J.L. (1999). *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*. Trotta, Madrid.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2000). Estudio preliminar: El pensamiento científico jurídico de Gény: El problema del método”. En GÉNY, F. *Método e interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Editorial Comares, Granada.

MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R., y TRIGUEROS MARTÍNEZ, L.A. (2013). *La Ley de la jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Editorial Comares, Granada.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2018). *El trabajo decente*. Comares, Granada.

MONEREO PÉREZ, J.L. et alii (2021). *Manual de Derecho de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, Madrid.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2021). “Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19”. *Revista de jurisprudencia laboral*, n. 3/2021 https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246

MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M.N., VILA TIerno, F. (2022). *Manual de Derecho del Trabajo*, 20ª Edición. Editorial Comares, Granada.

MONEREO PÉREZ, J.L- RODRIGUEZ INIESTA, G (2022). *La pensión de jubilación*. Laborum, Murcia.

MONTOYA MELGAR, A. et alii (2010). *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, 8ª Edición, Madrid.

MORARU, G-F - SMINTINICA, C. Capítulo XIII, Título I. “El accidente de trabajo tras 120 años de la ley de accidentes de trabajo: una relectura doctrina y jurisprudencial”. *AAVV. Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia.

MORENO PÉREZ, J.M. (2014). “La convulsa ubicación de competencia en materia de prestaciones por dependencia en el periodo de entre leyes: Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, LRJS, y la ley por nacer”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 124.

MORENO PÉREZ, J. M. (2018). “La prevención de riesgos laborales de los jueces, una cuestión de orden (jurisdiccional) y de órgano (judicial): ¿«En casa del herrero cuchillo de palo»? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2018, de 12 de febrero (proc. 251/2017)”. *Revista De Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 427.

MORENO PÉREZ, J. M. (2019). “Competencia judicial y salud laboral de las personas titulares de la jurisdicción: ¿por qué se rebela la Sala Social de la Audiencia Nacional? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 483/2019, de 24 de junio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n. 439.

MORENO PÉREZ, J.M. (2019). “Prevención de riesgos laborales y funcionarios públicos: nueva afirmación de competencia en el orden social e interdicción del peregrinaje de jurisdicciones. Auto n. 12/2019, del TS, Sala Especial de Conflictos de Competencia, de 6 de mayo”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.149.

MORENO PÉREZ, J.M. (2021). “Evaluar la carga de trabajo, prevenir el agotamiento profesional: ¿calidad de servicios públicos (justicia, salud, residencias) sin cuidar la salud mental de quienes los prestamos?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 461-462.

MORENO PÉREZ, J.M. (2023). “Mejoras voluntarias, personal estatutario y competencia de jurisdicción social: ¿el fin de viejas resistencias a su vis atractiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2023, de 7 de febrero”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n. 474.

NORES TORRES, L.E. (2014). “La competencia para resolver los conflictos del personal laboral al servicio de las AAPP, en particular, las relaciones con las bolsas de trabajo, *El Derecho.com*, entrada 1 de junio de 2014.

OLARTE ENCABO, S. (2014). “El peregrinaje de los dependientes o la diferida ampliación competencial del orden social en materias de prestaciones de la dependencia”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 372.

ORELLANA CANO, N.A. (2023). “Las competencias laborales del juez del concurso a la luz de las cuestiones competenciales y jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Trabajo y Empresa*. *Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, n. 1.

PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, F. (2020). Capítulo XII, Título I. “El accidente de trabajo in itinere”. AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia, Tomo I.

PALOMEQUE LÓPEZ, MC. (1992). “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”. *Actualidad Laboral*, n.1.

PALOMO BALDA, E. (2022). “La sucesión de empresa tras la última reforma concursal (aspectos competenciales)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF. n. 471.

POQUET CATALÁ, R. (2020). “El suicidio como accidente de trabajo: Análisis de una zona gris”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum n. 22.

POUND, R. (2004). *Las grandes tendencias del Pensamiento Jurídico*. Editorial Comares, Granada.

PUIG BRUTAU, J. (2004). Traducción y Estudio Preliminar. Pound Roscoe, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Edit. Comares, Granada.

QUINTANA LÓPEZ, T. - RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2012). “Límites jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social”. En *Revista Jurídica de Castilla-León*.

RESTREPO, D.A. - JARAMILLO, J. (2012). “Concepciones de salud mental en el campo de la salud pública”, *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*, 30 (2).

RÍOS VELADA, A. (2022). “Más allá de un fondo de compensación para las víctimas del amianto”. <https://www.elsaltodiario.com/tribuna/fondo-compensacion-victimas-amianto>

RIVAS VALLEJO, P. (2020). Capítulo III, Título V. “El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo”. AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S (2022). “Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre indemnizaciones por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales en las Administraciones públicas”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 1.

RODRÍGUEZ SANTO, E. (2010). “La protección social del suicidio del trabajador en el sistema de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, Vol. 3, n. 13.

ROJAS RIVERO, G.P. (2017). *El daño por mobbing: delimitación y responsabilidades*. Editorial Bomarzo, Albacete.

ROJO TORRECILLA, E. (2023). “La prohibición de discriminación basada en la orientación sexual también se aplica al trabajo por cuenta propia. Notas a la sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C- 356/21)”, entrada de blog del 13 de enero del 2023.

ROMERO RÓDENAS & M.J. MORARU, GF (2021). *Lenguaje para avanzar en la igualdad*. Editorial Bomarzo, Albacete.

ROQUETA BUJ, R. (1996). *La negociación colectiva en la función pública*. Tirant Lo Blanch.

ROSS, A. (2000). *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho" (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho) 2000.

ROSS, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires.

RUANO ALBERTOS, S. (2020). Capítulo XXXII, Título II. “El accidente in itinere: una regulación pendiente de precisar”. En AAVV. *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Ediciones Laborum, Murcia.

RUFINO SAN JOSÉ, M. (2021). “*Afrontemos un futuro sin amianto*”, Sistema Digital. Recuperado de: <https://fundacionsistema.com/afrontemos-un-futuro-sin-amianto/>

SALINAS MOLINA, F. (2021). “Reflexión general sobre los esenciales extremos de la LRJS susceptibles de reforma: especial referencia a los contenidos en el “Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de justicia” (ALMEP)”. En AAVV. *Propuestas de Reforma de la LRJS, Cuadernos digitales de formación, CGPJ*.

SALINAS MOLINA, F. (2023). “Epílogo. Una visión general de los desafíos de la jurisdicción social: propuestas de reforma legislativa a partir de una experiencia práctica

crítica”. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández-María Luisa Segoviano Astaburuaga-Cristóbal Molina Navarrete) *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2014). “Una relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 376.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2022). “Garantías de cumplimiento de la prevención de riesgos psicosociales: miradas judiciales”. FICHA CIENTÍFICO-TÉCNICA PREVENTIVA Colección #05/2022, LARPSICO (Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales en el trabajo), IAPRL.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2023). “Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales.” <https://www.laboral-social.com/stsj-cantabria-27-febrero-2023-consideracion-suicidio-como-accidente-trabajo-prestaciones-viudedad-orfandad.html>

SÁNCHEZ REYES, MM (2023). Capítulo 4. Avanzando en cuestiones de competencia: tutela judicial frente a los riesgos psicosociales en el empleo público. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández-María Luisa Segoviano Astaburuaga-Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. - MAURANDI GUILLÉN, N.A. (2011). “Ámbito del orden jurisdiccional social”. En AAVV. (Dir. Folguera Crespo, J.A. -Salinas Molina, F. -Segoviano Astaburuaga, M.L). *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. (2023). Capítulo 14. “El Recurso de casación para la unificación de doctrina en el orden social: balance crítico y propuestas de reforma”. AAVV (Dir. Humberto Guadalupe Hernández - María Luisa Segoviano Astaburuaga - Cristóbal Molina Navarrete). *Retos de la jurisdicción social en los nuevos escenarios del trabajo: balance y perspectivas de futuro. Liber Amicorum en homenaje al magistrado don Fernando Salinas Molina*. Ediciones CEF, Madrid.

SUPIOT, A. (1999). *Trabajo y empleo Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo: informe para la Comisión Europea*. AAVV. (Dir. Alain Supiot - María Emilia Casas Baamonde). Tirant Lo Blanch, Valencia.

TEBAR GÓMEZ, A.M. (2016). *La unificación del Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil*, Universidad de Castilla-La Mancha. Tesis Doctoral dirigida por Moreno Molina, J.A. y De Vicente Martínez, R.

TREVIÑO PASCUAL, M. (2016). *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*. Editorial Bomarzo, Albacete.

TODOLÍ, A. (2023). “Revolución en la determinación de falsos autónomos por parte de la Inspección de trabajo (Se deroga el art. 148 d) LRJS)”. Entrada en su Blog jurídico de 7 de marzo de 2023, recuperado de <https://adriantodoli.com/2023/03/07/revolucion-en-la->

[determinacion-de-falsos-autonomos-por-parte-de-la-inspeccion-de-trabajo-se-deroga-el-art-148-d-lrjs/](#)

TORRES GARCÍA, B. (2021). “El Derecho a la salud y seguridad en el trabajo: su naturaleza de derecho fundamental en el ordenamiento español”. AAVV. *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*. Thompson Reuters - Aranzadi, Pamplona. (Disponible también en: https://forelab.com/wp-content/uploads/derecho-salud-y-seguridad-en-trabajo-derecho-fundamental_barbara-torres.pdf).

URRITIKOEXEA BARRUTIA, M. (2008). “Suicidio y accidente de trabajo”. *Revista de Derecho Social*, n. 41.

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*. Editorial Bomarzo, Albacete.

VALLECILLO GÁMEZ, M.R. (2012). “Los costes de la salud mental en el trabajo: prevenirlos es un presupuesto, no un lastre, para la reforma del crecimiento económico sostenible”. AAVV. *La salud mental de las y los trabajadores. Observatorio vasco sobre acoso*. Osalan, La Ley Wolters Kluwer, Madrid.

WEBER, M. (2001). *Sociología del Derecho*. Edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

ZACCARIA, G. (1990). *L'arte dell'intepretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Padova.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL CITADAS

STEDH de 18 de enero de 2022 (case of Lyubov vVsilyeva v. Russia, demanda 62080/09).

STJUE de 5 de marzo de 1998, asunto Molenaak.

STJCE de 3 de octubre de 2000, C-303/98.

STJUE de 8 de marzo de 2001, asunto Janch.

STJCE de 5 de octubre de 2004, C-397/01 a C-403/01. Rec. p. I 8835.

STJCE de 12 de enero de 2006, C-132/04.

STJUE de 21 de febrero de 2006, C-286/03.

STJUE de 1 de abril de 2008, C-212/06.

STJUE de 10 de julio de 2014, C-198/13.

STJUE de 9 de marzo de 2021, C-344/19.

ATJCE de 14 de julio de 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C 52/04.

STC 3/1983, de 25 de enero.

STC 55/1983, de 22 de junio.

STC 203/1998, de 15 de octubre.

STC 239/2002, de 11 de diciembre.

STC 62/2007, de 7 de marzo.

STC 160/2007, de 2 de julio.

STC 56/2019, de 6 de mayo.

STC 111/2021, de 13 de mayo.

STC 145/2022, de 15 de noviembre.

STS, 1ª, de 3 diciembre 2015, Rec. 558/2014.

STS, 1ª, Civil, 141/2021, 15 de marzo.

STS, 1ª, 991/2022, 21 de diciembre.

STS, 2ª, 426/2021, de 19 de mayo.

STS, 3ª, 459/2018, de 20 de marzo.

STS, 3ª, 344/2022, de 16 de marzo.

STS, 3ª, de 27 de mayo de 1996 (rec. 4770/1993).

STS, 3ª, de 21 de julio de 2001, (rec. 3715/1997).

STS, 3ª, de 10 de febrero de 2005, (rec. 175/2003).

STS, 3ª, de 9 de marzo de 2009, (rec. 8598/2004).

STS, 3ª, de 10 de marzo de 2010, (rec. 2001/2009).

STS, 3ª, de 16 de marzo de 2010 (rc. 2021/2009).

STS, 3ª, de 16 de febrero de 2011, (rec. 593/2008).

STS, 3ª, de 24 de enero de 2014, Rec. 3769/2011.

STS, 3ª, de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015)

STS, 3ª, 1271/2020, 8 de octubre (rec. 91/2020).

STS, 3ª, de 12 de mayo de 2021(rec. 7461/2019).

STS, 3ª, de 15 de septiembre de 2021 (rec. 4068/2019).

STS, 3ª, de 17 de diciembre de 2021 (rec. 2208/2020).

STS, 3ª, de 29 de marzo de 2022 (rec. 7946/2020).

STS, 3ª, de 31 de marzo de 2022 (rec. 369/2021).

STS, 3ª, de 18 de mayo de 2022 (rec. 737/2021).

STS, 3ª, 802/2022, 21 de junio.

STS, 3ª, 929/2022, de 6 de julio.

STS, 3ª, de 7 de julio de 2022 (rec. 2867/2019).

STS, 3ª, de 19 de septiembre de 2022 (rec. 6103/2020).

STS, 3ª, 1315/2022, de 17 de octubre. (rec.1715/2021).

STS, 3ª, 912/2021 de 24 de junio.

STS, 3ª, 21 de junio de 2021 (casación 7791/2019).

STS, 3ª, 24 de junio de 2021 (casación 8335/2019).

STS, 3ª, 912/2021, de 24 de junio.

STS, 3ª, 216/2023, de 22 de febrero.

STS, 3ª, 250/2023, de 28 de febrero

STS, 3ª, 428 y 460/2022, de 6 y 20 de abril.

STS, 4ª, de 18 de mayo de 1933 (RJ 3907).

STS, 4ª, de 23 de enero de 1998 (rcud. 1498/1996).

STS, 4ª, de 30 de noviembre de 1998 (rco. 150/1998).

STS, 4ª, de 27 de enero de 2005 (RCUD 318/2004)

STS, 4ª, de 10 de julio de 2006, (rcud 2235/2006).

STS, 4ª, 21 de noviembre de 2011 (rcud. 910/11).

STS, 4ª, de 11 de julio de 2012 (rcud. 3128/2011).

STS, 4ª, de 3 de febrero de 2010 (roc. 128/2008).

STS, 4ª, de 6 de octubre de 2011, (rec. 21/2011).

STS, 4ª, de 5 de junio de 2013 (rco. 76/2012)

STS, 4ª, de 17 de septiembre de 2013 (rec. 1272/2013).

STS, 4ª, de 17 de septiembre de 2013, (rcud. 2212/2012).

STS, 4ª, de 14 de octubre de 2014 (rco. 265/2013).

STS, 4ª, de 27 de enero de 2015 (rcud 318/2004).

STS, 4ª, de 9 de marzo de 2015 (rco. 119/2014).

STS, 4ª, de 30 de noviembre de 2015 (rco. 33/2015).

STS, 4ª, de 22 de julio de 2015 (rec. 4/2012).

STS, 4ª, 249/2016, de 29 de marzo de 2016 (rec. 176/2015).

STS, 4ª, 865/2016, de 18 de octubre (rco. 277/2015).

STS, 4ª, de 22 de noviembre de 2017 (rco. 230/2016).

STS, 4ª, 1/2018, de 10 de enero (rco. 46/2017).

STS, 4ª, de 22 de enero de 2019 (rco. 235/2017).

STS, 4ª, 10 de abril de 2019.

STS, 4ª (Pleno), 438/2019, de 11 junio de 2109.

STS, 4ª, de 8 de octubre de 2019 (rec. 2/2017).

STS, 4ª, de 19 de enero de 2021 (rec. 3/2020).

STS, 4ª, 502/2021, 6 de mayo.

STS, 4ª, 603/2021, 8 de junio.

STS, 4ª, de 19 de julio de 2021 (rec. 2282/20)

STS, 4ª, 82/2022, de 27 de enero.

STS, 4ª, 16 de marzo de 2022 (casación 3158/2020).

STS, 4ª, 731/2022, de 14 de septiembre.

STS, 4ª, 1107/2021, 10 de noviembre.

STS, 4ª, 431/2022, 11 de mayo.

STS, 4ª, 8 de julio de 2020, (rec. 13/2019).

STS, 4ª, 29 de septiembre de 2021, (rco. 3/2020)

STS, 4ª, de 4 de noviembre de 2021, (rec. 129/2021).

STS, 4ª, 250/2023, 28 de febrero.

STS, 4ª, 183/2023, de 9 de marzo de 2023.

STS, 4ª, de 14 de junio de 2017 (rco. 130/2016).

STS, 4ª, 922/2017, de 22 de noviembre.

STS, 4ª, 22 de noviembre de 2017 (rco. 230/2016).

STS, 4ª, 8 de julio de 2014 (rco. 282/2013).

STS, 4ª, 31 de marzo de 2009 (rco. 81/2008).

STS, 4ª, 544/2018, de 17 de mayo.

STS, 4ª, 28 de septiembre de 2017 (rcud 3017/2015)

STS, 4ª, 8 de marzo de 2017 (rcud 2498/2015)

STS, 4ª, 234/2018, de 1 de marzo.

STS, 4ª, de 17 de mayo de 2018.

STS, 4ª, 903/2018, de 11 de octubre.

STS, 4ª, 892/2018, de 4 de octubre (rcud 3882/2016)

STS, 4ª, de 11 de octubre de 2018 (rcud 2605/2016)

STS, 4ª de 10 abril 2013 (rec. 67/2012)

STS, 4ª, de 14 de octubre de 2014 (rco 265/2013).

STS, 4ª, de 28 de septiembre de 2017 (R. 3017/2015) y

STS, 4ª, 234/2018 de 1 de marzo.

STS, 4ª, de 29 de septiembre de 2016 (rcud. 419/2015).

STS, 4ª, 23 de junio de 2016 (rcud. 428/2015).

STS, 4ª, de 29 de marzo de 2016 (rcud. 176/2015).

STS, 4ª, 487/2021, de 5 de mayo.

STS, 4ª, 903/2018, 11 de octubre.

STS, 4ª, de 17 de febrero de 2021 (rco. 129/2020)

STS, 4ª, 2018/2021, de 18 de febrero (rco. 105/2020)

STS, 4ª, 796/2021, 19 de julio.

STS, 4ª, de 11 de mayo de 2022 (rco. 112/2020)

STS, 4ª, 217/2021, de 17 de febrero

STS, 4ª, 218/2021, de 18 de febrero (RCO 105/20)

STS, 4ª, 425/2021, de 22 de abril (rco. 94/20).

STS, 4ª, de 5 de mayo de 2021 (rco. 39/20)

STS, 4ª, 903/2018, 11 de noviembre.

STS, 4ª, 20 de mayo de 2021 (rco. 130/2020).

STS, Pleno 483/2019, de 24 de junio.

STS, 4ª, 17 de febrero de 2021(rco. 129/2020).

STS, 4ª, 50/2022 de 19 de enero de 2022 (RCO 64/2021).

STS, 4ª, de 20 de mayo de 2021 (RCO 130/2020).

STS, 4ª, 201/2023, 16 de marzo.

STS, 4ª, 83/2021, de 25 de enero.

STS, 4ª, 483/2019, de 24 de junio.

STS, 4ª, 15 de enero de 2008 (RCUD 1395/2007).

STS, 4ª, 950/2021, de 29 de septiembre.

STS, 4ª, de 10 de octubre de 2018, (RCO. 145/2017)

STS, 4ª, 16 de marzo de 2019, (RCO 65/18).

STS, 4ª, de 17 de febrero de 2021 (RCO 129/2020).

STS, 4ª, de 18 de febrero de 2021 (RCO105/2020).

STS, 4ª, de 14 de mayo de 2021 (RCO 83/19).

STS, 4ª, 23 de febrero de 2021 (RCO 149/2019).

STS, 4ª, 29 de junio de 2020 (RCO 30/2019).

STS, 4ª, 483/2019, de 24 de junio.

STS, 4ª, de 24 de junio de 2019.

STS, 4ª, de 21 de septiembre de 2011 (rec. 3821/2010).

STS, 4ª, de 30 de octubre de 2012 (rec. 2692/2011).

STS, 4ª, de 30 de enero de 2008 (rcud. 2543/2008).

STS, 4ª, de 23 de febrero de 2022 (rcud. 3259/2020).

STS, 4ª, de 30 de octubre de 2012, (rec. 2692/2011).

STS, 4ª, 450/2022, 19 de enero.

STS, 4ª, de 25 de septiembre de 2007, (rcud. 5452/2005).

STS, 4ª, 731/2022, 14 de septiembre

STS, 4ª, 107/2023, 7 de febrero

STS, 4ª, 479/2023, 5 de julio

ATS, Sala Especial de Conflictos, 3/2020, 12 de febrero (procedimiento 13/2019).

ATS, 12 de febrero de 2020, (cuestión de competencia 13/2019).

ATS, Sala Especial de Conflictos, 8 de julio de 2019, rec. 2/2019

ATS, 17 de febrero de 2021, (cuestión de competencia 30/2020).

ATS, Sala Especial de Conflictos 23 de septiembre de 2020, rec. 3/2019.

ATS, Sala Especial de Conflictos 15 de junio de 2020, rec. 21/2019

ATS de 20 de octubre de 2016, Sala de lo Contencioso-administrativo.

ATS Sala Especial de Conflictos de 17 de febrero de 2021, rec. 16/2020.

ATS, Sala Especial de Conflictos, 7/2018, de 29 de mayo (conflicto de competencia 4/2018).

ATS de 28 febrero 2007.

ATS, Sala de Conflictos de Competencia, 5/2019, 19 de febrero.

ATS, Sala Especial de Conflictos, 12/2019, de 6 de mayo (conflicto n. 22/2018).

ATS, 3/2020, 12 de febrero.

ATS, 4ª, 6 de abril del 2020. (procedimiento 2/2020)

ATS, 3ª, 25 de marzo de 2020

ATS, 3ª, 31 de marzo de 2020 (rec. 91/2020).

ATS, 4ª, 18 de mayo de 2021, (rcud. 1015/2020).

ATS, 4ª, 21 de junio de 2023, RCUUD 4006/2022.

ATS, 4ª, 21 de junio de 2023, RCUUD 186/2023.

ATS, 4ª, de 17 de enero de 2023, RCUUD 2497/2022

SAN, Contencioso-administrativo, de 1 de marzo de 2023 (rec. apelación 124/2022).

SAN, Contencioso-administrativo, de 30 de noviembre de 2022 (rec. 49/2022).
SAN, Contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2022 (rec. apelación 26/2022).
SAN, Contencioso-administrativo, de 11 de mayo de 2022 (rec. apelación 8/2022).
SAN, Contencioso-administrativo, de 6 de julio de 2011 (rec. 82/2011).
SAN, Contencioso-administrativo, de 7 de febrero de 2018 (rec. apelación 109/2017).
SAN, Contencioso-administrativo, de 15 de septiembre de 2021, (rec. apelación 53/2021).
SAN, Contencioso-administrativo, de julio de 2022, (rec. apelación 25/2022).
SAN, Contencioso-administrativo, de 7 de febrero de 2018 (rec. apelación 109/2017).
SAN, Contencioso-administrativo, de 13 de septiembre de 2019, (ordinario núm. 690/2018).
SAN, Contencioso-administrativa, de 4 de noviembre de 2022, (rec. 6/2022).

SAN, Social, 11 de septiembre del 2019, rec. 251/2017

SAN, Social, de 19 de octubre de 2018, (rec. 198/2018).

SAN 25/2018, de 12 de febrero.

SAN 15/2022, de 7 de febrero.

STSJ Andalucía/Málaga, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2015 (rec. 1600/2014).

STSJ Andalucía/Granada, 1539/2019, 13 de junio de 2019.

STSJ Andalucía/Sevilla, 3038/2022, de 10 de noviembre.

STSJ Andalucía/Granada, Sala de lo Social, 827/2023, 6 de abril.

STSJ Andalucía/Granada, Sala de lo Social, 1077/22, 9 de junio de 2022 (rec. 3218/2021).

STSJ Aragón, Sala de lo Social, 221/2023, de 20 de marzo (RS 113/2023).

STSJ Cantabria, Sala Social, 264/2023, 17 de abril.

STSJ Cantabria, Sala de lo Social, 118/2023, de 27 de febrero.

STSJ Castilla-La Mancha, Sala social, 123/2016, 2 de febrero.

STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, 161/2023, 6 de febrero.

STSJ Castilla-León, Sala de lo Social, de 19 de junio de 2019.

STSJ Cataluña, Sala de lo Social, 2740/2023, 3 de mayo.

STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, 3210/22, de 25 de octubre de 2022 (rec. 807/2022).

STSJ Comunidad Valenciana de 7 de marzo (812/2023).

STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 17 de diciembre de 2015 (rec. 2930/15).

STSJ Extremadura, Sala de lo Social, 301/2023, 15 de mayo.

STSJ Extremadura, Sala de lo Social, 92/2023, de 15 de febrero.

STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2014 (rec. 6274/2012).

STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2017.

STSJ Islas Canarias/Las Palmas, 485/2020, de 26 de mayo.

STSJ Islas Canarias/Las Palmas, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2022 (rec. 1016/2021).

STSJ Islas Canarias/Las Palmas, de 22 de enero de 2022, (rec 1016/2021).

STSJ La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, 108/2020 de 14 de mayo.

STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, 119/2020, 26 de febrero.

STSJ Madrid, Sala de lo Social, 30 de marzo de 2022.

STSJ Madrid, Sala de lo Social, 222/2021, de 23 de marzo.

STSJ Madrid, Sala de lo Social, 410/2020, 16 de junio.

STSJ Madrid, Sala de lo Social, 672/2019, 13 de septiembre.

STSJ Madrid, Sala de lo Social, 147/2023, 17 de febrero.

STSJ Madrid, Sala de lo Social 384/2023, 28 de abril.

STSJ Murcia, Sala de lo Social, de 15 de abril de 2019 (recurso 750/2018).

STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 704/2019, de 2 de abril.

STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2019 (rec. núm. 350/2019).

STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 7 de julio de 2020.

STJS País Vasco, Sala de lo Social, 17 de diciembre de 2019 (RS 2123/2019), firme por falta de contradicción (ATS de 18 de mayo de 2021, RCUd 1015/2020).

STSJ País Vasco, Sala de los social, 60/2022, de 28 de julio.

STSJ País Vasco, Sala de los social, 120/2019, 15 de enero.

STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 1172/2022, 7 de junio.

ATSJ de Madrid de 28 de marzo de 2020.

SJS n. 5 de Alicante, 1/2022, de 7 de enero (autos 319/2020).

SJS n. 2 de Jaén, 442/2021, de 27 de septiembre (192/2020).

SJS n. 8 de Barcelona, 18 de mayo de 2023, autos 502/2021.

SJCA n. 3 de Pontevedra 102/2016, de 23 de mayo.

SJCA n.15 de Barcelona, 21/2012, de 31 de enero.

AJCA n. 2 de Las Palmas, de 23 de abril de 2018 (procedimiento ordinario 379/2017).