

LA JUSTICIA OBLIGA A TRABAJAR EN SERVICIOS DE AYUDA A DOMICILIO, AUN SIN MASCARILLAS: ¿DERECHO DE RESISTENCIA O DEBER DE SACRIFICIO SOLIDARIO CON APLAUSO CREPUSCULAR?

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén.

Director de la Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

«En soledad vivía,
y en soledad ha puesto ya su nido,
y en soledad la guía
a solas su querido,
también en soledad de amor herido»

San Juan de la Cruz (*Cántico espiritual*)

1. En esta durísima crisis, una España en estado de alarma ([RD 463/2020](#)) se debate, política y científicamente, en torno a si ir más allá en las duras medidas de confinamiento de la población, en línea con lo que ya sucede en Italia, país que parece ver luz al final del túnel, al alcanzar el pico y [doblar ya su curva de contagios y mortalidad](#), aunque el escenario letal durará. El objetivo es, en la desesperación y en la premura de un crecimiento tan significativo de las personas afectadas, mejorar la eficacia del cortafuegos, para que no avance con tanta saña esta cruel y mortífera pandemia del COVID-19. Ahora bien, al margen del resultado de esta decisión, que no nos compete a nosotros ni tan siquiera esbozar, sí conviene reclamar la atención sobre la existencia de personas y colectivos que estarán obligados a seguir trabajando, por ser sus servicios esenciales para la comunidad.

Por lo tanto, miles de personas (personal sanitario, personal de policía, personal de mercados de productos de primera necesidad, personal de servicios de ayuda a domicilio, etc.) quedarían sometidas, por obligación, como ya sucede en estos momentos, a un **plus de riesgo de contagio de coronavirus** respecto de quienes deben cesar en su prestación, con [la red de seguridad social prevista al efecto \(RDL 8/2020\)](#), o pueden llevarla a cabo a través del [teletrabajo](#), con los eventuales perjuicios negativos que de ello deriva para su salud –también para la de sus familiares–. Un plus que todavía tendrá suplemento adicional para aquellas personas trabajadoras que deban mantener un contacto muy directo, necesariamente, con otras personas especialmente vulnerables al contagio, aunque aún no estén infectadas o no estén diagnosticadas. Es el caso, por antonomasia, del personal, tan cualificado como heroico, sanitario, pero también de otros colectivos, no tan reconocidos por el aplauso merecidísimo en la hora crepuscular, como el personal –por lo general mujeres– de servicios sociales a personas dependientes, tanto en centros residenciales, hoy en el ojo del huracán ([Orden SND/275/2020, de 23 de marzo](#)), cuanto a través de servicios –más invisibles– de ayuda a domicilio ([Recomendaciones para la actuación desde los Servicios Sociales de Atención Domiciliaria ante la crisis por COVID-19](#)).

2. En coherencia jurídica, no solo en justicia social, habría que pensar que quienes se ven obligados, por razones de interés general, a prestar su trabajo en tales condiciones de riesgo biológico no evitable ([RD 664/1997, de 12 de mayo](#)), tras la debida evaluación ([arts. 14-16 Ley de prevención de riesgos laborales](#) –LPRL–), sí contará con las debidas medidas de protección frente a él, a fin de minimizar la posibilidad de contagio. Consecuentemente, deberán disponer de los necesarios y adecuados, también ya célebres, equipos de protección individual (EPI), tal y como reconoció de forma expresa, en aplicación del sistema normativo vigente y, en este punto, no excepcionado, el Ministerio de Sanidad. Así lo expresó en las recomendaciones establecidas en el [Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo Coronavirus \(SARS-Cov-2\)](#). En ella se distinguen (tabla 1) varias situaciones de riesgo biológico laboral, a fin de establecer un *ranking* de protecciones, priorizando las prestaciones de servicios con (1º) **exposición de riesgo** en relación con otras situaciones de (2º) **exposición de bajo riesgo** (situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso probable o

confirmado no incluye contacto estrecho) y, todavía más, respecto de las situaciones de (3º) **baja probabilidad de exposición** (personas trabajadoras que no tienen atención directa al público o, si la tienen, se produce a más de 2 metros de distancia, o disponen de medidas de protección colectiva que eviten el contacto –mamparas, etc.–).

La realidad, sin embargo, desborda a la norma, más en situaciones de emergencia sanitaria. Abundan dramáticas llamadas de alerta, también de ayuda, de auténtico auxilio, por profesionales que ven cómo tienen que afrontar su trabajo diario de riesgo sin que se den las condiciones de protección adecuadas. Así, por ejemplo, en el SUMMA denuncian la falta de calidad de sus EPI. Por eso han hecho un [vídeo](#) en el que se observa la falta de calidad de los materiales, lo que conlleva una alta probabilidad (riesgo ex [art. 4 LPRL](#)) de que puedan ser contagiados por coronavirus. No mejores son las condiciones de las personas que trabajan como teleoperadores, a juzgar por las denuncias que están realizando tanto de una forma individual como a través de sus sindicatos, evidenciando el miedo que sienten al ir a un trabajo donde «[las medidas son escasas](#)» y ya se han dado casos de infección, incluso con un letal resultado, al morir una compañera por (o con) coronavirus. Que el problema va en serio se confirma al constatar cómo una de las empresas más importantes del sector [\(Konecra\) se ha visto obligada a aplicar un ERTE para 500 personas trabajadoras](#), tras el desalojo ordenado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al incumplir las medidas (el citado protocolo de gestión preventiva) ante el riesgo de contagio por coronavirus (arts. [14](#), [21](#) y [22 LPRL](#)).

Ciertamente, aquí se plantea un problema práctico que no podemos afrontar en este momento, como es el determinar si concurre la fuerza mayor ([art. 22 RDL 8/2020](#)) cuando las deficiencias derivan de la falta de medidas, o preventivas (entrega de guantes, mascarillas, geles para la desinfección) u organizativas (la implantación del teletrabajo, que es preferente ex [art. 5 RDL 8/2020](#)). Ahora bien, desde el enfoque preventivo, parece claro que la concurrencia de fuerza mayor para las empresas por falta de acceso, por ejemplo, a EPI no exceptúa el derecho de protección eficaz para las personas trabajadoras ex [artículo 14 de la LPRL](#).

3. Emerge así el grave dilema jurídico de **cómo resolver esta contradicción, no imputable a ninguna de las dos partes de la relación de**

trabajo, sino a la situación tan crítica por la que atravesamos. En una interpretación canónica de nuestro sistema jurídico, el [artículo 21.1 de la LPRL](#) parecería dar la respuesta adecuada: dado que el empleador está obligado a dar una protección eficaz (obligación cualificada) frente a un peligro concreto y cierto, pero, no puede estar en condiciones de hacerlo *in natura* al no disponer de las medidas de protección exigidas, pues no se disponen con normalidad en el mercado (confinamiento público, especulación total de mercado, falta de disponibilidad, en todo caso, extremada onerosidad de las medidas por el carácter pandémico, etc.), deberá interrumpir la actividad económica. Así lo recordaba hace unos días la [Guía del Ministerio de Trabajo y Economía Social](#) que establece una previsión especial para los casos de riesgo grave e inminente. En estos casos, es el empresario el principal obligado a adoptar una serie de medidas especiales (en el sentido de más enérgicas), que vienen recogidas en el [artículo 21.1 de la LPRL](#), incluida la interrupción de la actividad (o por decisión de la persona trabajadora ex [art. 21.2 LPRL](#), si la empresa no adopta tal decisión –derecho de resistencia o de autotutela en sentido estricto–, o incluso a través de decisión representativa ex [art. 21.3 LPRL](#)). La salud siempre es, o debería ser, lo primero.

Una vez más, las cosas a menudo no son como pintan inicialmente. Primero, porque tal opción gestora presupone que concurra un riesgo grave e inminente. Sin embargo, no todas las situaciones de riesgo posible asociadas a la pandemia del COVID-19 coinciden con su definición ([art. 4.4º LPRL](#): el que resulta probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer daño grave para la salud de las personas trabajadoras). Para dar respuesta a este interrogante tampoco sirve el [Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo](#), pues clasifica a la familia de los coronavirus en un riesgo bajo (grupo 2), pero el COVID-19 es un virus nuevo y con un nivel de peligrosidad (el máximo es grupo 4) mayor (porque es muy contagioso, porque tiene alta letalidad en ciertos colectivos y porque no existe vacuna). Por tanto, habrá que acudir al citado [Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales \(protocolo sanitario para la gestión preventiva del riesgo de contagio de COVID-19\)](#), distinguiendo e acudir al citado cada una de las situaciones de exposición al riesgo (si existe o no y, de existir, si es baja o no). Segundo, queda claro que la aplicación del [artículo 21 de la LPRL](#), como tal, implicaría una interrupción imputable a la empresa, por lo que debe asumir sus consecuencias económicas, sin que quepa trasladar el riesgo a las personas trabajadoras ([art. 21.4 LPRL](#) en relación con el [art. 30 Estatuto de los](#)

[Trabajadores](#)). En consecuencia, se reabre la cuestión arriba referida en torno a si es la empresa la que debe asumir los costes en un caso en el que, como el que sufrimos, los problemas de desprotección eficaz de la salud se deriva de fuerza mayor, al concurrir situaciones y decisiones (públicas) excepcionales, con lo que podría pensarse en la vía del ERTE por fuerza mayor ex [artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020](#).

En tercer lugar, y finalmente, **¿qué ocurre si la prestación de servicios, aun con riesgo de exposición, resulta esencial para la comunidad**, debiendo exigirse la continuidad del servicio, por orden de la autoridad, sanitaria o de servicios sociales, competente para la toma de decisiones en el estado de alarma, conforme a la normativa reguladora del mismo? Justamente, este es el dilema en que se hallarían personas que prestan servicios de ayuda a domicilio en una importantísima empresa del sector –también conflictiva, ya en tiempos de normalidad–. Es el caso de CLECE, S.A. y acaba de recibir respuesta judicial.

4. No, no es la esperada por la representación sindical de clase obrera que ha planteado el conflicto colectivo, solicitando «justicia cautelarísima» ante la emergencia de la situación. El [Auto del Juzgado de lo Social n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife, dictado el 23 de marzo de 2020](#), ha rechazado, al menos en fase de decisión cautelar, sin perjuicio de lo que pueda resultar –no parece que con mayor éxito de la pretensión– en la sentencia definitiva, las dos medidas de protección reclamadas (también como justicia cautelarísima pedida el 18 de marzo de 2020 ex [art. 79.1 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) en relación con el [art. 721 y ss.](#), en particular arts. [726](#) y [728](#) Ley de Enjuiciamiento Civil) por el sindicato para este colectivo. A saber:

1. Que se asegurara a este colectivo el aprovisionamiento de los EPI necesarios (esto es, mascarillas, guantes, desinfectantes) para garantizar que la prestación a personas dependientes en sus domicilios, colectivo de alto riesgo, se lleve a cabo con la debida prevención de riesgos biológicos en el trabajo.
2. Que, de no poder atenderse tal deber de protección eficaz, sea suspendida toda tarea de prestación de servicios de este colectivo, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios

(recuérdese que se presentó el 18 de marzo, mismo día en que se publicó en el BOE el [RDL 8/2020](#)).

Inmediatamente [difundida por los medios de comunicación](#), desde luego también por las redes sociales (en este caso no es ni una *fake news* ni un bulo, «virus informáticos» de nuestro tiempo que tanto abundan, incluso en situaciones tan dramáticas como las actuales), la decisión adoptada por la juez titular del referido órgano jurisdiccional isleño considera que resulta imposible, material y jurídicamente, en el actual doble estado de emergencia sanitaria y alerta, atender a ninguna de esas pretensiones. Así lo razona tras una detenida exposición de «la legislación aplicable» (leyes, reglamentos, normas técnicas, criterios interpretativos, etc.).

Para rechazar la primera pretensión, dos serían los argumentos jurídicos que se opondrían al cumplimiento de la obligación. De un lado, sería imposible disponer, «en número suficiente para cada servicio y trabajador», de los medios de protección necesarios, salvo en relación a los guantes, por la «situación de escasez», que es un «hecho notorio y público que no necesita ser probado». En suma: «no puede obligarse [...] a cumplir una orden que resulta materialmente imposible según las leyes de la lógica y la realidad» (FJ Cuarto). De otro, porque, tal y como se reflejó en la declaración inspectora laboral, no todo el personal empleado en estos servicios exige el mismo nivel de protección, dependiendo de la actividad que realicen, pues en modo alguno es análogo el que exige quien tiene un contacto directo con la persona-cliente que el de las personas que atienden solo a la limpieza de la vivienda. Al respecto, destaca que el criterio técnico del Ministerio de Sanidad califica a este personal, como norma general, con riesgo bajo y, en consecuencia, no precisa de todas las medidas, salvo que sí tenga contacto directo con una persona sintomática. Pero tales casos no se pueden –normativamente– producir, porque el protocolo de gestión exige que, en tales casos, la persona usuaria-cliente será atendida por personal sanitario, que sí debe tener esa máxima protección (normativamente, claro, otra cosa será la realidad). Una conclusión que, según la juez, también se expresa suficientemente en el [documento técnico de recomendaciones de actuación desde los servicios sociales de atención domiciliaria ante la crisis por COVID-19](#).

Denegada la primera pretensión, también se rechaza la pretensión subsidiaria. No sería posible, a juicio (duro jurídicamente, pero seguramente necesario socialmente) de la jueza, aceptar la suspensión de actividades de

este tipo, porque miles de personas necesitan esta ayuda como servicio esencial para subsistir. De nuevo, dos razones jurídicas, aunque de valor muy desigual, avalarían su decisión. La primera, netamente constitucional, vendría de la mano de ponderar adecuadamente, en un contexto de crisis sanitaria, dos derechos fundamentales (de un lado, el de las personas empleadas a su integridad ex arts. [15](#) y [40](#) Constitución española frente a riesgos concretos; de otro, el de las personas usuarias del servicio a domicilio a su vida e integridad psicofísica). Así pues: «desde un punto de vista estrictamente constitucional y tras realizar un juicio de [...] proporcionalidad entre ambos derechos, resulta claro que la exoneración de estos trabajadores de la prestación del servicio no puede acordarse» (FJ Quinto). La segunda de rango menor, pero también de dimensión constitucional en un estado de alarma por la crisis o emergencia sanitaria, se asocia al principio de autoridad sanitaria: el ministerio competente ha sido «claro y contundente a la hora de afirmar que en ningún caso deben interrumpirse las prestaciones domiciliarias que garanticen la cobertura de necesidades básicas esenciales [...] La interrupción de estos servicios [...] conllevaría la exposición de muchos usuarios del servicio de atención a domicilio al riesgo de fallecer por inanición, falta de limpieza o ausencia de administración de medicamentos» (FJ Quinto, penúltimo párr.).

5. ¿En definitiva, *dura lex, sed lex*? No le cabe a la juzgadora ninguna duda de que ha tomado una dura, muy dura decisión. El auto rebosa consciencia sobre la dimensión no solo jurídica sino moral del conflicto: la garantía de efectividad del derecho a la integridad física de unas personas, valientes, abnegadas, servidoras de la comunidad, tiene que ser, en parte, sacrificado, para que sea más efectiva la garantía del derecho a la integridad de personas mucho más vulnerables, las personas dependientes. Por eso, su decisión se adentra más allá de la estricta «ley», para deslizar dos tipos de razonamientos adicionales, no tanto para acallar su conciencia moral, sino también, y sobre todo, para dar dos lecciones, una ético-jurídica, otra solo ético-cívica.

En el primer ámbito, el que podríamos llamar del plus de responsabilidad ético-jurídica de la empresa prestadora de servicios –y de la entidad pública cliente principal–, reclamará la juzgadora el cumplimiento de dos compromisos. El primero conlleva que Ayuntamiento y empresa quedan obligadas tanto a hacer un reparto de los materiales de protección realmente disponibles «teniendo en cuenta las particularidades del servicio prestado y el

riesgo de exposición concreto [...] en cada caso» cuanto a «tratar de obtener [...] el máximo número de [...] equipos de protección para poder entregar a sus trabajadores [...]», eso sí, siempre teniendo en cuenta «la situación de total desabastecimiento que estamos viviendo» (FJ Cuarto, último párr.). También, y esto no lo dice la juez, pero lo añado yo, por la insolidaridad más profunda e insospechada de algunos de nuestros más ricos socios europeos, como [Alemania y Francia, que han acaparado buena parte del mercado de estos productos](#), en un escenario en el que EE.UU. no comparece, Reino Unido está ausente y solo China emerge solidaria. El segundo, reclama la obligación de minimización del riesgo de propagación del virus intrínseco en la actividad profesional analizada, adaptando, o excluyendo, las actividades no necesarias para preservar la salud, vida y bienestar de las personas usuarias del servicio

En el segundo ámbito, la juez, conforme a un juicio de estricta ética social, de civilización estricta, reclama, de todas las personas de bien, de toda la ciudadanía española, «un aplauso solidario», en línea con lo que se hace, con toda justicia y merecimiento, con los profesionales sanitarios al caer la noche cuando millones de hogares al unísono reconocen y agradecen de esa forma la lucha titánica de aquellos contra esta lacra vírica. Y por ello, la decisión judicial ha querido reservar su último razonamiento a expresar, por ella, y por todos los demás ciudadanos, su más sincero reconocimiento para quienes realizan también una «admirable labor». La jueza siente que hay una obligación ético-social, aun no siendo de «ley estricta» sí de «justicia», de hacer un reconocimiento público de agradecimiento por tan admirable ejemplo de solidaridad social a quienes, además de los profesionales sanitarios (a los que los medios de comunicación sí les ha reconocido la valía e importancia de su labor) se exponen a diario al plus del riesgo de contagio solo por servir a la ciudadanía:

«Tal y como está ocurriendo también con otros trabajadores que continúan prestando sus servicios, por ser estos de carácter esencial [...] los solicitantes están desempeñando su trabajo sin contar con la máxima protección que sus empleadores y el Estado podría [y a mi juicio debería —esto lo añado yo—] proporcionarles [y que tantas bajas laborales está causando, debilitando la lucha contra la epidemia –añado yo también– según las [últimas noticias](#)]. Ante la escasez [...], los trabajadores que realizan actividades de carácter público y esencial

para la ciudadanía están corriendo un riesgo mucho mayor que el resto de trabajadores que han sido exonerados de su obligación de ir a trabajar. Y este hecho justifica aún más el reconocimiento del esfuerzo y el valor de la labor que están haciendo día a día en esta situación» (FJ Sexto).

Más allá de reclamar de los poderes públicos, hoy principales responsables en este escenario de estado de alarma, auténtica expresión de un conflicto de economía de guerra (biológica), que faciliten que las empresas puedan cumplir con sus obligaciones –compensando las ayudas económicas millonarias que también recibirán, igualmente con justicia, en la mayor parte de los casos y en otras mediando la sempiterna picaresca española–, no podemos hacer otra cosa que sumarnos al doble juicio de su señoría. Por tanto, vaya esta entrada también al servicio de cumplir lo que con tanto tino y razón nos pide: nuestro aplauso eterno a quienes ponen en riesgo su salud, a veces su vida, porque los demás puedan seguir disfrutando de las suyas (salud, vida e integridad). Así se escriba, así se haga y, por favor, tomen nota las autoridades de cuáles son las prioridades.