

## RESUMEN

*El TC estima que la asignación a la trabajadora recurrente de una actividad peligrosa en estado avanzado de embarazo lesiona su derecho a la integridad física al incumplir las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales. Afirma la Sala que con el fin de evitar riesgos para la seguridad o la salud de trabajadoras embarazadas o una repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empleador debe adaptar el tiempo o las condiciones del trabajo que éstas realicen. Si esto no resultase se contempla la posibilidad de otorgarles un puesto de trabajo con función diferente que sea compatible con su estado, aunque no correspondiese con su categoría, y de no ser posible, a la suspensión del contrato durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud mientras el riesgo persista. Formula voto particular el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 54/2003 de 12 diciembre 2003.  
art.2.1 art.26  
RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995.  
art.45.1  
CE de 27 diciembre 1978.  
art.15

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

Prevención de riesgos laborales  
Consideraciones generales  
Obligaciones de los empresarios  
Protección específica a determinados trabajadores  
Protección de la maternidad

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento: *Recurso de amparo*

Comentarios

Aplicada por Protección de la maternidad

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante demanda que registró en este Tribunal el 15 de marzo de 2002, el Procurador de los Tribunales D. Juan Ignacio Valverde Cánovas interpuso recurso de amparo en nombre y representación de D<sup>a</sup> Ana María contra la Sentencia citada en el encabezamiento.

SEGUNDO.- Los hechos de que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) D<sup>a</sup> Ana María, que venía prestando servicios como funcionaria interina para el Servicio Andaluz de Salud como coordinadora veterinaria del distrito sanitario de Sevilla Este-Sur, recibió instrucciones de la Dirección del indicado distrito el día 2 de agosto de 2000 para que, a partir del siguiente día 3, asumiera las funciones de seguimiento, control e inspección veterinaria del matadero de la Zona

Básica de Coria del Río. Se desprende de las actuaciones que el día 3 de agosto de 2000 Ana María acudió al matadero de Coria del Río a realizar las nuevas funciones que se le habían asignado, y que el 4 de agosto de 2000 obtuvo la baja por incapacidad temporal, sin que en el parte médico correspondiente se hiciera constar su causa. En esa misma fecha el Servicio Andaluz de Salud nombró un sustituto para ocupar el puesto de coordinador veterinario.

b) El 7 de agosto de 2000, ya en situación de incapacidad temporal, la demandante Ana María dirigió un escrito, que calificó de “reclamación previa”, a la Dirección del distrito sanitario, en el que, tras indicar que desde el día 4 anterior se encontraba de baja médica “debida a complicaciones en mi avanzado estado de gestación”, mostraba su disconformidad con la reasignación de funciones realizada dado que, de una parte, el seguimiento, control e inspección veterinaria del matadero de la zona básica de Coria del Río no era tarea propia de su puesto de coordinadora veterinaria y, de otra, porque la realización de forma directa de las nuevas funciones suponía un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo, y ello por cuanto se encontraba en avanzado estado de gestación (seis meses) y existía “un evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades” que, en su estado, podían resultar “fatales”. Solicitó a la mencionada Dirección de distrito sanitario que se tuviera por presentado el escrito “con valor de reclamación previa, por hechas las manifestaciones que contiene, las acepte, y, en su virtud, disponga la no procedencia de la reasignación de tareas efectuada en su comunicación de 2/8/00, y, por ello, proceda a restituirme a mi situación anterior, ejerciendo las funciones propias de mi cargo como Coordinadora Veterinaria del Distrito”.

c) Sin que el Servicio Andaluz de Salud hubiese resuelto sobre lo pedido en el escrito de “reclamación previa”, el 12 de septiembre de 2000 D<sup>a</sup> Ana María interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos de la persona “contra la desestimación presunta de la reclamación previa presentada ... el día 7/8/00 contra la resolución del Servicio Andaluz de Salud (S.A.S.) ... de fecha 2/8/00 en la que me comunica la reasignación de las funciones a desempeñar como Coordinadora Veterinaria del Distrito Este-Sur de Sevilla”.

En la súplica del escrito de interposición del recurso jurisdiccional pidió la demandante que se tuviera “por interpuesto en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos de la persona, contra la Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 2/8/00”.

d) Correspondió conocer del recurso al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Sevilla, ante el que la representación de D<sup>a</sup> Ana María formalizó oportunamente la demanda, en la que alegó que la circunstancia de que estaba embarazada era conocida por el organismo demandado, pues en el momento de los hechos se encontraba en su sexto mes de embarazo y prestaba servicios en la sede del distrito, asesorando casi diariamente a su Director, resultando que, pese a dicho conocimiento, se procedió a asignarle las nuevas funciones en el matadero de Coria del Río, poniendo claramente en peligro no sólo su propia salud sino también la vida del hijo que esperaba, dado que en dichas instalaciones se encontraban animales portadores de enfermedades peligrosas para una gestante, como la tuberculosis o la brucelosis, a lo que debía añadirse el hecho de que las nuevas funciones conllevaban un esfuerzo físico en absoluto aconsejable para una mujer en su estado.

Denunció que la actuación de la Administración, y su inactividad posterior no subsanando la decisión lesiva, vulneraba tanto el derecho a la vida de su futuro hijo como su derecho a la integridad física y moral, consagrados ambos por el art. 15 CE, así como su derecho a la salud, reconocido en el art. 43 CE, por lo que era aplicable lo dispuesto en el art. 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC), “en lo referente a la nulidad de pleno derecho de la Resolución recurrida”.

e) El Servicio Andaluz de Salud contestó a la demanda alegando la falta de acción de la recurrente, puesto que ésta se encontraba en situación de incapacidad temporal cuando presentó la reclamación previa, no habiéndose incorporado a su puesto de trabajo desde entonces, y careciendo de sentido, en consecuencia, adoptar medida alguna, al no perseguirse un interés concreto por no haber una lesión actual del interés propio, en los términos expresados por la doctrina del Tribunal Constitucional. Alegó también la Administración que la decisión se adoptó por necesidades del servicio y que, en todo caso, no supo que la demandante se encontraba embarazada porque ésta no lo había comunicado y porque en origen no se opuso a la orden recibida, presentándose incluso en su puesto de trabajo el día 3 de agosto de 2000, teniéndose noticia únicamente del hecho del embarazo cuando, ya dictada la resolución impugnada, interpuso la reclamación previa, sin que se hubiera podido producir vulneración alguna del derecho fundamental invocado puesto que desempeñó sus nuevas funciones un solo día.

Por su parte, el Fiscal, tras precisar que el derecho a la salud (art. 43 CE) invocado en la demanda contencioso-administrativa no era susceptible de tutela en el procedimiento especial promovido, sostuvo, con cita de jurisprudencia constitucional, que la pasividad de un juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o integridad física de los trabajadores podría vulnerar el derecho fundamental del art. 15 CE. Alegó igualmente que el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), impone a las Administraciones públicas el deber de protección de la salud del personal a su servicio y que el art. 26 contiene normas especiales de protección de las trabajadoras embarazadas para evitar su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, determinando, incluso, el desempeño de un puesto de trabajo diferente compatible con su estado.

En opinión del Fiscal, por todo lo expuesto, habría que estimar la pretensión anulatoria esgrimida si en la fase de prueba la actora lograba acreditar efectivamente que el nuevo puesto de trabajo comportaba un peligro cierto de transmisión de enfermedades de las que son portadores los animales sacrificados en el matadero y que éstas podían incidir muy negativamente en su embarazo, como parecen sugerir -concluía- sendos informes redactados por dos facultativos que se han presentado con la demanda.

f) El 7 de febrero de 2001 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Sevilla dictó Sentencia por la que estimó el recurso interpuesto. Tras rechazar la cuestión previa sobre la falta de acción, razona el juzgador que la LPRL consagra en su art. 14 el deber de protección de la salud del personal a su servicio que incumbe a las Administraciones públicas, y contiene en su art. 26 normas especiales de protección de las trabajadoras en situación de embarazo para evitar su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, determinando incluso el desempeño de un puesto de trabajo diferente, compatible con su estado.

Por tanto, dice la Sentencia, “la asignación de un trabajo que por las circunstancias de la persona pueda serle perjudicial para su salud, entraña una infracción del ordenamiento jurídico por incumplimiento de ese deber de protección de aquélla, de manera que, remontándonos a la fecha en que se produjo la desestimación presunta y teniendo en consideración por las razones ya expuestas, que la decisión de la Administración no debía quedar condicionada a la situación de baja, así como que de los informes médicos aportados junto con el escrito de demanda ... resulta que el trabajo en un matadero no le era aconsejable a Ana María por el sobreesfuerzo que conlleva y el riesgo de transmisión vertical de antropozoonosis, hay que concluir que la desestimación de la reclamación previa formulada por la recurrente vulneró el derecho a la vida e integridad, ya que, si bien no consta que se produjera como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, (no se acredita en virtud de documento alguno la existencia del correspondiente nexo causal y el trabajo, únicamente se desempeñó durante un día), sí es vulnerado el citado derecho desde la perspectiva de la capacidad potencial del acto impugnado para infringirlo”. En el fallo se declaró la nulidad del acto administrativo impugnado.

g) El Servicio Andaluz de Salud interpuso recurso de apelación contra la Sentencia. Alegó que cuando el día 2 de agosto de 2000 ordenó a la demandante que asumiera nuevas funciones en su puesto de trabajo ignoraba su estado de gravidez, por lo que no infringió la LPRL, y que si no dictó resolución expresa sobre la reclamación previa fue porque aquélla se encontraba entonces de baja por incapacidad temporal, esperando por ello al retorno de la interesada a su actividad laboral, ya que hasta que esa reincorporación no se produjese no tenía sentido la adopción de medida de prevención alguna.

La hoy demandante de amparo impugnó el recurso de apelación insistiendo en la imposibilidad de que el organismo apelante ignorase el estado de gestación en que se encontraba, siendo que en el momento de dictarse por la Dirección del distrito sanitario la resolución recurrida Ana María se encontraba embarazada de seis meses y en dicho momento el estado de gestación es evidente, además de que el mismo fue comunicado por la interesada a sus compañeros y que ésta trabajaba con el Director del distrito.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) dictó Sentencia en fecha de 3 de diciembre de 2001, estimatoria del recurso de apelación y desestimatoria del recurso contencioso-administrativo que había promovido la demandante de amparo. Declara la Sentencia que la cuestión relevante es si, como consecuencia de la asignación de los nuevos cometidos, se vulneró el derecho a la vida y a la integridad física de Ana María. Razona, en primer lugar, que no se ha probado que la recurrente hubiera comunicado verbalmente o de otra forma su estado a las personas del entorno laboral, no pudiéndose tampoco presumir que un embarazo de seis meses sea un hecho que se conozca siempre a simple vista. Por ello, concluye,

“Ante la negativa de la Administración, la actora debió aportar alguna prueba que ratificase sus afirmaciones, lo que no ha hecho”, razón por la que “ha de compartirse la tesis de la apelante y afirmar que no se infringió, con el acto impugnado, el ordenamiento jurídico”.

TERCERO.- La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) de la recurrente y del hijo que esperaba, así como del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), solicitando que se otorgue el amparo y se declare la nulidad de las resoluciones recurridas.

De la demanda, que no separa la exposición de los hechos de los fundamentos jurídicos de la pretensión de amparo, se deduce que la queja por la vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE radica en que la Resolución de 2 de agosto de 2000 asignó a la demandante funciones de inspección del matadero de Coria del Río que suponían un grave peligro para su vida e integridad física así como para el feto. Y sostiene que, aunque no pudo acreditar en la vía judicial que su estado de gestación era conocido desde antes de que se le asignaran sus nuevas funciones, el día 2 de agosto de 2000, tanto por sus compañeros de trabajo como por la Directora en funciones del distrito en el que prestaba servicios, es evidente que tal estado sí fue conocido por el Servicio Andaluz de Salud el día 7 de agosto de 2000, al formularse la reclamación previa, y que, pese a ello, nada se hizo para evitar la vulneración denunciada, dejando que por efecto del silencio administrativo negativo su actuación continuase vulnerando, aún de forma potencial, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de la demandante y de su hijo.

En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se alega que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía incurre en incongruencia, pues enjuicia exclusivamente el acto de 2 de agosto de 2000, que declara conforme al Ordenamiento jurídico “simplemente porque esta parte no acreditó de forma fehaciente en el procedimiento previo que la Dirección del Distrito conocía en dicha fecha el embarazo de su trabajadora”, pero “no hace pronunciamiento alguno sobre el acto que consideramos, tanto nosotros al interponer nuestro recurso contencioso-administrativo, como el Juzgado de lo Contencioso en su Sentencia, nulo por vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física ... esto es, a la desestimación presunta de la reclamación previa presentada”.

Concluye la demandante solicitando que se declare que el Servicio Andaluz de Salud, una vez conocido su embarazo a través de su reclamación previa de 7 de agosto de 2000, con su inacción “vulneró, o lo que es igual, consintió que continuase la vulneración denunciada”. Al no resolver la reclamación planteada, el citado Organismo, conociendo ya la situación de embarazo, vino a confirmar su acto de 2 de agosto de 2000, lesionando por esa causa el derecho fundamental invocado.

CUARTO.- Por providencia de 17 de noviembre de 2003 la Sección Segunda de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo y, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requirió al Servicio Andaluz de Salud, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Sevilla y a la Sección Primera de la Sala de ese orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) para que, en el plazo de diez días, remitiesen certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes, así como para que aquel órgano judicial procediese al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente de amparo, para su comparecencia en este proceso constitucional.

QUINTO.- Con fecha 19 de diciembre de 2003 tuvo entrada en este Tribunal escrito de la Letrada del Servicio Andaluz de Salud D<sup>a</sup> Matilde Vera Rodríguez en el que se solicitaba se tuviera por personada en este procedimiento de amparo a dicha Administración. La posterior diligencia de ordenación de 30 de marzo de 2004 tuvo por recibidos los testimonios de las actuaciones administrativas y judiciales solicitados, y por personada y parte en el procedimiento a la Letrada del Servicio Andaluz de Salud en la representación que ostenta, concediendo asimismo el plazo de veinte días a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que presentaran las alegaciones que estimaran pertinentes (art. 52.1 LOTC).

SEXTO.- El Fiscal presentó sus alegaciones el día 5 de mayo de 2004. Considera que la actora más que denunciar una incongruencia lo que en realidad censura es que la Sentencia de apelación incurrió en un error patente en la identificación de la resolución administrativa impugnada, que sería no el inicial acto administrativo de 2 de agosto de 2000 sino el posterior acto presunto que conllevó la desestimación por silencio administrativo de la reclamación previa formulada. Si estuviéramos ante una queja por incongruencia debería inadmitirse la demanda de amparo por no haberse agotado la vía judicial previa, al no haberse promovido el incidente de nulidad de actuaciones recogido en el art. 241 LOPJ, pero lo cierto es que no nos encontramos -dice el Fiscal- ante un genuino vicio de incongruencia, pues la Sentencia dio respuesta a lo sostenido por la Administración apelante respecto de lo que constituía el eje central de la pretensión actora,

que era la eventual vulneración de su derecho a la vida y a la integridad física como consecuencia del acto de la Administración que le había encomendado un servicio que suponía un grave riesgo de contagio de enfermedades, tanto para ella como para el hijo que esperaba.

En relación con la confusión de resoluciones recurridas, mantiene el Fiscal que concurren los cuatro requisitos señalados por la doctrina de este Tribunal para apreciar la existencia de un error patente. En primer lugar, el error es determinante de la decisión, toda vez que la Sentencia utilizó como línea argumental para acoger el recurso del Servicio Andaluz de Salud la ignorancia de la Administración sobre el estado de embarazo de la actora y la circunstancia de que ésta no hubiera puesto en conocimiento de aquélla tal estado antes de que se dictara el acto de 2 de agosto de 2000, argumento que podría servir para justificar racionalmente dicho acto inicial, pero que no permite dar crédito al ulterior silencio administrativo, y ello porque la actora utilizó precisamente el argumento de su estado de gestación para sostener su pretensión ante la Administración al formular la reclamación previa.

Esto así, la confusión de la Sala la ha llevado a no identificar correctamente la resolución administrativa recurrida, que no era la del acto expreso de 2 de agosto de 2000, sino la operada por el silencio administrativo negativo que abocó a la desestimación presunta de la reclamación previa formulada por la demandante. Se trata, dice en segundo lugar, de un error imputable en exclusiva al órgano judicial. En efecto, la Sala de apelación es la que ha identificado como razonamiento justificativo del no actuar de la Administración el apuntado por esta última para defender la legalidad del acto expreso inicial. El error, en tercer lugar, sería incontrovertible al deducirse con claridad de las actuaciones, pues la lectura de los trámites del proceso permite constatar cómo el Tribunal de apelación utiliza el argumento de la ignorancia por la Administración del estado de embarazo para no apreciar la vulneración del derecho fundamental invocado y para revocar la Sentencia de instancia, cuando es lo cierto que este argumento ni siquiera lo ha alegado la apelante al ser evidente que, formulada ya la reclamación previa, la Administración era concedora del embarazo. Finalmente, el error ha generado una real y efectiva indefensión a la demandante al perpetuar en el tiempo la eficacia de la orden de reasignación de funciones pese a su estado de embarazo.

En el parecer del Fiscal, en suma, debe ser otorgado el amparo por este motivo, lo que hace que resulte prematura la queja por la alegada violación del derecho a la vida y a la integridad física, dado que la Sentencia impugnada no ha llegado a pronunciarse sobre el acto realmente recurrido por la demandante, que no era la Resolución de 2 de agosto de 2000, sino la posterior desestimación presunta de la reclamación formulada contra la misma. Por ello, el alcance del amparo debería limitarse a la anulación de la Sentencia de 3 de diciembre de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), retro trayendo las actuaciones al momento procesal anterior a fin de que dicho órgano judicial dicte otra que se pronuncie sobre el recurso de apelación teniendo en cuenta los argumentos sostenidos por las partes en relación con el acto presunto impugnado.

SÉPTIMO.- La representación del Servicio Andaluz de Salud presentó sus alegaciones el 6 de mayo de 2004, solicitando que se denegara el amparo pedido por D<sup>a</sup> Ana María. En cuanto a la aducida vulneración del derecho a la vida e integridad física de la recurrente y del hijo que esperaba, indica que el acto administrativo que se impugnó prima facie fue la Resolución de 2 de agosto de 2000 de la Dirección del Distrito de Atención Primaria, indudable objeto de la litis, en cuya virtud se reorganizaban las funciones que tenía que desempeñar la recurrente por necesidades del servicio.

El citado acto administrativo, según la representación del Servicio Andaluz de Salud, no incurrió en infracción alguna del ordenamiento jurídico, ni, especialmente, de la Ley de 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, pues cuando se dictó, asignando el seguimiento, control e inspección veterinaria del matadero de Coria del Río a Ana María, se desconocía por la Administración el embarazo de la interesada, la cual se presentó con normalidad a su puesto de trabajo el día siguiente 3 de agosto de 2000, dándosele de baja por incapacidad temporal el día 4 de agosto de 2000. Señala el escrito de alegaciones, en ese sentido, que en el parte médico de baja por incapacidad no se hizo constar la causa de la misma, y que la baja por incapacidad temporal la obtuvo la recurrente, según ella misma expresó en su reclamación previa de 7 de agosto de 2000, por complicaciones en su estado de gestación y no por conocer el médico de cabecera su situación.

Por otro lado, añade, tampoco la recurrente presentó con su reclamación previa informe médico alguno que justificara que no podía realizar todas o algunas de las funciones encomendadas. En dicha reclamación previa únicamente se pretendía la nulidad de la Resolución de 2 de agosto de 2000, dejando sin efecto la reasignación de funciones, con retorno a la situación anterior de manera automática.

La Administración no pudo adoptar medida alguna de prevención ni evaluación de riesgos, pues conoció el estado de la interesada cuando presentó el 7 de agosto de 2000 la reclamación previa contra la decisión administrativa, momento en el que ya se encontraba

de baja por incapacidad temporal. En relación con ello, afirma el escrito, en el expediente administrativo consta un informe del propio Director del distrito sanitario en virtud del cual se declara expresamente el desconocimiento por parte de la Administración del estado de embarazo de Ana María. Y en la propia Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se declara probado que la Administración no conocía ese hecho.

Esto así, como quiera que desde el día 4 de agosto de 2000 la interesada no volvió a incorporarse a su puesto de trabajo, ni entabló contacto con la Dirección del distrito, la Administración no procedió a adoptar medida alguna, esperando el retorno de la interesada a su actividad laboral, pues hasta tanto ésta no se incorporase no tenía sentido tomar medidas de prevención, si es que alguna se debía adoptar, y ello porque la propia LPRL determina que se deben evaluar los riesgos y adoptar las medidas oportunas con la colaboración del interesado, que en este caso la demandante no prestó. Antes al contrario, la interesada no presentó a la Administración certificados médicos ni colaboró, como preceptúa la propia Ley (arts. 2 y 25), en la evaluación de riesgos, al punto que sin mostrar disconformidad alguna se incorporó inicialmente a realizar las nuevas funciones, sin ponerse en contacto con la Administración para comunicar su estado e intentar la asignación de otras diferentes.

En cuanto a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la Letrada del Servicio Andaluz de Salud indica que en modo alguno existió la incongruencia que denuncia la recurrente. Ésta impugnó prima facie la Resolución de 2 de agosto de 2000, instando su nulidad; para proceder a su impugnación elevó la preceptiva reclamación previa, considerándose como tal el escrito de fecha 7 de agosto de 2000, siendo la misma un requisito de procedimiento. No obstante, tanto del escrito de demanda, como del de impugnación del recurso de apelación, se desprende que lo que se instaba era la nulidad de la repetida Resolución de 2 de agosto de 2000, que era la que presuntamente conculcó la LPRL. Y la Sala, acertadamente, determina que cuando dictó el acto objeto del recurso, el 2 de agosto de 2000, la Administración no conocía el embarazo de la interesada. En consecuencia, el objeto de la litis -la impugnación del acto administrativo de 2 de agosto de 2000- no se mutó y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía fue congruente, resolviendo el asunto planteado.

OCTAVO.- La representación de la demandante de amparo dejó transcurrir el plazo concedido sin hacer uso de su derecho a presentar alegaciones.

NOVENO.- Por providencia de 2 de noviembre de 2006, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día de 6 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de la fecha.

DÉCIMO.- Por Acuerdo de 12 de febrero de 2007, la Presidenta del Tribunal Constitucional, haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 80 LOTC, en relación con el art. 206 LOPJ, designó como nuevo Ponente de este recurso de amparo al Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Denuncia la demandante de amparo que el Servicio Andaluz de Salud ha vulnerado su derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE ), así como el mismo derecho del hijo que esperaba, al asignarle funciones contraindicadas para su estado de embarazo, permaneciendo pasiva cuando conoció del mismo. Al no haber sido reparada tal vulneración por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) de 3 de diciembre de 2001 que, previa revocación de la dictada en primera instancia por el Juzgado del mismo orden jurisdiccional núm. 6 de Sevilla, desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la demandante, también a aquella resolución judicial debe imputarse la lesión.

Se denuncia, asimismo, que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia infringió el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE ) por incongruencia omisiva, pues declaró conforme al ordenamiento jurídico un acto administrativo (la Resolución de 2 de agosto de 2000, que encomendó a la demandante las funciones que considera lesivas de los derechos fundamentales sustantivos invocados), omitiendo pronunciarse, en cambio, sobre la inactividad del Servicio Andaluz de Salud “una vez conocido su embarazo a través de su reclamación previa de 7/8/00”.

Nos encontramos, pues, ante un recurso de amparo en el que no se impugna únicamente una actuación administrativa (art. 43.1 LOTC ), sino también una resolución judicial (art. 44.1 LOTC ), la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 3 de diciembre de 2001.

SEGUNDO.- En la medida en que el objeto central del proceso judicial ha sido determinar si existía vulneración del derecho fundamental a la vida e integridad física consagrados en el art. 15 CE , agotada la vía previa este Tribunal podría por sí mismo reparar la lesión denunciada en el caso de que se hubiera producido. Por esa razón, la declaración de la eventual existencia de las lesiones del art. 24 CE denunciadas e imputadas a la Sentencia de apelación recurrida, sólo tendría un efecto retardatorio para la efectiva tutela del derecho a la vida e integridad física. En consecuencia, dado que las lesiones procesales en este caso, aunque existieran, no impedirían el juicio de este Tribunal respecto de la lesión principal que sería inicialmente imputable a la autoridad administrativa, procederá en todo caso entrar de lleno en dicho juicio (por todas, STC 220/2005, de 12 de septiembre).

Ahora bien, alegada por la demandante la incongruencia de la Sentencia impugnada, sí que será preciso examinar la cuestión a los solos efectos de determinar, en relación con el art. 44.1 a) LOTC , si hubiera resultado procedente plantear el incidente de nulidad de actuaciones -art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), hoy art. 241 #art.240 .3,art.241 - para agotar debidamente la vía judicial.

Y en este sentido hemos de recordar la reiterada jurisprudencia que viene poniendo de relieve “que la exigencia de agotar la vía judicial procedente no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquéllos normales que, de manera clara, se manifiestan como practicables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo ... (SSTC 146/2005, de 8 de julio ; 167/2004, de 4 de octubre, ;137/2004, 13 de septiembre; 5/2003, de 20 de enero ; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2 y 5/2001, de 15 de enero, entre otras)” (STC 137/2006, de 8 de mayo).

Y en el caso que ahora se examina, el Ministerio Fiscal ya pone de relieve que “no nos hallamos ante un genuino vicio de incongruencia porque la Sala sí da respuesta a lo sostenido por la contraparte en su recurso de apelación respecto a lo que constituía el eje central de la pretensión de la actora que era el de la eventual vulneración de su derecho fundamental a la vida y a la integridad física como consecuencia de los actos de la Administración sanitaria que habían destinado a aquélla a prestar un servicio de grave riesgo de contagio de enfermedades, tanto para ella como para el hijo que esperaba”. Sobre esta base, concluye entendiendo que lo ocurrido encaja en la calificación del error patente, en el que ha incurrido la Sala que dictó la Sentencia impugnada “al no haber delimitado con precisión el ámbito del recurso contencioso-administrativo y haber entendido que el objeto del mismo era la impugnación del inicial acto expreso de 2 de agosto de 2000, cuando lo que, en realidad, se recurría era la posterior desestimación presunta de la reclamación formulada contra el mismo”.

Así las cosas, en este momento previo de la admisibilidad no nos corresponde valorar en profundidad el acierto del razonamiento del Fiscal que únicamente recogemos aquí para significar que, pese a la terminología utilizada en la demanda de amparo, no puede entenderse que la procedencia del planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones resulte tan terminantemente clara que justifique el pronunciamiento de inadmisión, pronunciamiento este que excluye el propio Fiscal, único que suscita la cuestión del anterior art. 240.3 LOPJ .

TERCERO.- Procedente resulta así entrar en el fondo del asunto y, por tanto, analizar la alegada lesión del art. 15 CE EDL1978/3879 atribuida a la Administración y no reparada por la Sentencia impugnada en amparo.

Para responder a tal alegación, debe examinarse en primer lugar si una actuación de la Administración como la que denuncia la demandante puede ser incluida en el ámbito de protección del art. 15 CE que, entre otros, ampara de forma autónoma el derecho fundamental a “la integridad física y moral”, que tiene sustantividad propia y protagonismo central en la queja que formula el presente recurso.

En relación con tal derecho, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 , y 119/2001, de 24 de mayo). Estos derechos, destinados a proteger la “incolumidad corporal” (STC 207/1996, de 16 de diciembre), han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, razón por la que se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada (STC 119/2001, de 24 de mayo).

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

De todo lo dicho se deduce que el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones sino también por omisiones de los poderes públicos -como podría ser el caso de la inactividad del Servicio Andaluz de Salud una vez conocida la situación de embarazo de Ana María, constando el riesgo potencial para dicho estado de las funciones encomendadas en la Resolución de 2 de agosto de 2000.

Ello no implica situar en el ámbito del art. 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, y en concreto para el desarrollo sin trastornos peligrosos de la gestación, pero sí supone admitir que una determinada actuación u omisión de la empleadora en aplicación de sus facultades de especificación de la actividad laboral podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud cuya desatención conllevara la vulneración del derecho fundamental que aquí se invoca.

En particular, desde la perspectiva constitucional que nos compete, tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquélla o para la del hijo en gestación. Precisamente por esa razón, para apreciar la vulneración del art. 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (en este sentido, STC 221/2002, de 25 noviembre, y 220/2005, de 12 de septiembre , entre otras), factor que, como razonaremos en breve, resulta decisivo en el presente caso.

CUARTO.- Pues bien, como se dijo, el elemento clave que se esgrime tanto por el Servicio Andaluz de Salud como por la Sentencia dictada en apelación y recurrida en este procedimiento constitucional, es el desconocimiento del hecho del embarazo cuando se adoptó la medida de cambio de funciones, que tuvo lugar por Resolución de 2 de agosto de 2000. Es cierto que no se declara probado el conocimiento del embarazo por la Administración en el momento en que dictó ese acto inicial, y que tampoco podemos presumir que este dato fuera de público conocimiento, pues no constan otros datos fácticos de los que derivar esa conclusión ni, por tanto, que tal noticia hubiera llegado a los rectores que tomaron el acuerdo litigioso, aunque la recurrente estuviera en el sexto mes de gestación.

Ciertamente, como dijera nuestra STC 17/2003, de 30 de enero , el silencio de los hechos sobre esa circunstancia no es por sí solo suficiente para rechazar de plano la existencia de una vulneración constitucional, sobre todo cuando el desconocimiento del embarazo tampoco ha sido declarado (a diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en el caso de nuestra STC 41/2002, de 25 de febrero ). Pero más allá de ese debate, es determinante que la llamada reclamación previa de 7 de agosto de 2000, con independencia de las consecuencias procedimentales que pudiera conllevar, tuvo un efecto aparejado incuestionable y constitucionalmente decisivo: el conocimiento por parte de la Administración de que estaba comprometido un factor protegido (el embarazo de la trabajadora) y que, por consiguiente, de mantenerse las funciones asignadas a la actora en el matadero de Coria del Río, podían ponerse en peligro derechos consagrados en el art. 15 CE . Desde esta aproximación, la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados, como seguidamente indicamos.



QUINTO.- En efecto, en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución , pues no cabe desconectar el nivel jurídico constitucional y el infraconstitucional en estas materias, toda vez que la Constitución reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE ), lo mismo que el derecho a la salud (art. 43 CE), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE ). En relación con todo ello, la lectura de diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) permite conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos de los consagrados en el art. 15 CE.

Dicha Ley, como se sabe, es una norma 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 propia Ley o en sus normas de desarrollo. Así, su art. 14 dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, señalándose expresamente que este deber de protección constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

En cumplimiento del deber de protección, decía la misma Ley en la versión aplicable al presente caso (luego parcialmente modificada por el art. 2.1 de la Ley 54/2003, de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales ), el empresario (la Administración empleadora, en esta ocasión) deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, imponiéndole, en relación con ello y en el marco de sus responsabilidades, la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

En particular, en lo relativo a la protección de la maternidad, se establecen en el art. 26 obligaciones en la evaluación de los riesgos, que deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico, con obligación de adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a éste si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras.

Se contempla, a tal fin, una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada o, alternativamente, cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y así lo certifiquen los servicios médicos correspondientes, el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, incluso no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. También se contempla que, de no ser técnica u objetivamente posible dicho cambio, o inexigible por motivos justificados, se declare el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1 d) del Estatuto de los trabajadores , durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Acogiendo ese régimen legal en su dimensión constitucional, esto es, en tanto que desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE ), la lesión se producirá si, desatendiendo esas precisas previsiones legales relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador le asigna un actividad peligrosa que genere un riesgo grave para su salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen.

SEXTO.- Pues bien, ni la Sentencia recurrida ni la Administración demandada en el proceso judicial ponen en duda la inadecuación objetiva de los servicios encomendados a Ana María en su situación avanzada de embarazo, habiendo afirmado su inconveniencia e incompatibilidad el juzgador a quo, único que se ocupó de la cuestión sustantiva del riesgo. Queda de ese modo asegurado que quien

demanda la tutela frente al peligro probó adecuadamente su existencia, evidenciando la relación directa entre las medidas impugnadas y las consecuencias nocivas que pretende evitar.

Esa conclusión no ha sido contrarrestada por el Servicio Andaluz de Salud y tampoco ha sido neutralizada argumentalmente por la Sentencia recurrida en amparo. De hecho, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, lo mismo que la Administración demandada, se refirieron únicamente al desconocimiento de la gestación en el momento en que se dictó la Resolución de 2 de agosto de 2000. No existe controversia, por otra parte, en cuanto a que la gestación se conocía por la Administración empleadora al menos desde el día 7 de agosto de 2000, quedando también al margen de toda duda la correlación temporal entre el conocimiento de ese hecho y la inactividad o plena pasividad del Servicio Andaluz de Salud. Y es de subrayar que la Administración no podía justificar su pasividad en que la trabajadora estaba de baja pues, concluida ésta, tenía que reincorporarse a su puesto con los peligros que esto implicaba, sin que jurídicamente pudiera dejar de hacerlo. Por ello la Administración debía adoptar ya las medidas pertinentes desde el citado día 7 de agosto de 2000 y, al no hacerlo, la demandante hubo de acudir a los Tribunales en defensa de su derecho a la salud.

Esto así, se concluye que no se tuvo en consideración el derecho fundamental de la recurrente a su integridad física, de especial intensidad durante el embarazo, habiéndose incumplido las obligaciones que concreta la regulación tuitiva aplicable (Ley de prevención de riesgos laborales), de las que se hizo mención, como expresión que son en el ámbito de la prestación de trabajo de la protección constitucional que impone la consagración de los derechos fundamentales recogidos en el art. 15 CE. En efecto, a la vista de esos derechos y obligaciones y de las conclusiones alcanzadas sobre el riesgo por el juzgador con las garantías derivadas de la inmediación (destacando el peligro de sobreesfuerzo y el riesgo de transmisión vertical de antropozoonosis), el mantenimiento del acto de fecha 2 de agosto de 2000 pese a existir un peligro cierto para la integridad física de la trabajadora embarazada representa una vulneración directa del art. 15 CE.

Por lo demás, aunque no conste que se actualizara como consecuencia del acto administrativo ningún tipo de lesión física o de cualquier otra índole, debe declararse vulnerado el derecho de la recurrente, sin que pueda oponerse a la protección que dispensa el art. 15 CE una inconcebible exigencia de previa exposición efectiva al riesgo, como se derivaría de la argumentación de la Administración (que afirma no haber tomado medidas a la espera de la reincorporación de la trabajadora tras su baja laboral). Ese planteamiento equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que la Constitución garantiza en el art. 15 CE.

SÉPTIMO.- Las consideraciones que anteceden determinan la procedencia del pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC y sólo queda por determinar el alcance de las previsiones del art. 55 LOTC. En este sentido, bastará para restablecer a la demandante en la integridad de su derecho con anular la Sentencia de apelación impugnada, declarando la firmeza de la Sentencia de instancia, dado que de ella -hecho probado primero y texto de su fallo- deriva ya la nulidad de la desestimación presunta de la denominada reclamación previa del Servicio Andaluz de Salud, distrito sanitario de atención primaria Sevilla Este-Sur, de fecha 2 de agosto de 2000, en la que se comunicó a la recurrente la reasignación de funciones a desempeñar como coordinadora veterinaria.

## **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido: Otorgar el amparo solicitado por D<sup>a</sup> Ana María y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a la integridad física (art. 15 CE).

2º Anular la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), de 3 de diciembre de 2001.

3º Declarar la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de los de Sevilla de 7 de febrero de 2001.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil siete. María Emilia Casas Baamonde, Presidenta.- Javier Delgado Barrio.- Roberto García-Calvo y Montiel.- Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.- Manuel Aragón Reyes.

## VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia dictada el 27 de marzo de 2007, en el recurso de amparo 1623-2002.

1. La Sentencia de la mayoría parte de dos afirmaciones -una de hecho y otra de Derecho- de las que discrepo.

Se afirma -como fundamento de hecho- que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla guarda silencio acerca de si la Administración conocía o desconocía el estado de embarazo de la solicitante de amparo, cuando dictó la resolución de 2 de agosto de 2000. En el primer párrafo del fundamento jurídico 4 de la Sentencia de la mayoría se dice, en efecto, que “no se declara probado el conocimiento del embarazo por la Administración en el momento en que dictó ese acto inicial” (sic) y en el segundo párrafo que “el desconocimiento del embarazo tampoco ha sido declarado” (sic).

Sin embargo el fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía no puede ser más expresivo cuando dice, con referencia al alegato de la Administración de que cuando se dictó el acto impugnado el 2 de agosto de 2000 desconocía el estado de embarazo de la interesada y de que tal estado no fue conocido hasta el día 7 de agosto siguiente, que “las anteriores circunstancias de hecho están acreditadas en el expediente” (sic). Tales circunstancias de hecho son la verdadera ratio decidendi de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (FJ 3) que se ha anulado en amparo y no pueden ser desconocidas por la Sentencia de la mayoría.

Debe, pues, descartarse que la vulneración constitucional que aprecia la Sentencia de la que me aparto pueda ser imputada al acto administrativo por el que se encomendaron a la demandante las funciones incompatibles con su estado de embarazo, estado que la Administración no conocía (según declara la Sentencia impugnada) y que, en mi opinión, sólo podía ser eficaz si lo alegaba la interesada.

Ha de recordarse que si bien hemos señalado en diversas ocasiones que no pueden reputarse contrarias a la Constitución las disposiciones que tienden a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, “hemos advertido también que la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente puede tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres” (SSTC 229/1992, de 14 de diciembre; y 214/2006, de 3 de julio ). Sería, pues, dudosa la validez constitucional de decisiones de la Administración que tomaran en consideración la situación de embarazo de una funcionaria a su servicio sin que ésta la hubiera hecho valer. Desde este punto de vista es, pues, indudable que el acto administrativo de 2 de agosto de 2000 no pudo vulnerar el derecho de la recurrente a la integridad física. Y si no lo vulneró no se ve razón para exigir a la Administración que lo anulara.

2. Es más determinante, sin embargo, la afirmación de Derecho en que se sustenta la Sentencia de la mayoría. En su ya citado fundamento jurídico 4 razona que con la llamada reclamación previa de 7 de agosto de 2000, se produjo el conocimiento por parte de la Administración del embarazo de la trabajadora y que fue “la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable” lo que produjo la lesión del derecho fundamental invocado.

Este modo de razonar deja sin respuesta un interrogante elemental: ¿Cuál es la razón por la que la Administración tenía que anular lo que se llama “acto previo”, esto es la orden de servicio por la que se encomendaban nuevas funciones a la demandante, si la misma era irreprochable desde el punto de vista del derecho a la integridad física de su destinataria porque en el momento de dictarlo la Administración desconocía su estado de embarazo?.

Es cierto que en su “reclamación previa” de 7 de agosto de 2000 la recurrente dio a conocer a la Administración la incompatibilidad entre las nuevas funciones que le habían sido encomendadas en el acto de 2 de agosto de 2000 y su estado de gestación; pero en esa reclamación no pidió que, en tanto éste durase, no se le exigiera el cumplimiento de aquéllas; por el contrario, en la mencionada reclamación la recurrente atacó directamente la legitimidad de la orden de asignación de nuevas funciones y no ya por las circunstancias personales por las que atravesaba la demandante, sino también por considerar ésta que las funciones asignadas no se encontraban recogidas como tareas propias del puesto de coordinadora veterinaria en el Decreto 195/1985, de 28 de agosto, sobre ordenación de los servicios de atención primaria en Andalucía y, coherentemente pidió que se declarara “la no procedencia de la reasignación de tareas” y la restitución a la “situación anterior”. Y es que lo que la recurrente impugnó tanto en su reclamación previa como en la vía contencioso-administrativa fue la Resolución de 2 de agosto de 2000.

En el escrito de interposición del recurso jurisdiccional, escrito en el que, con arreglo al art. 45.1 LJCA , la parte recurrente ha de citar el acto que impugna y solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, la demandante solicitó que se tuviera por interpuesto el recurso contencioso-administrativo precisamente “contra la Resolución del Servicio Andaluz de Salud de 2/8/2000”. En la demanda contencioso-administrativa insistió la recurrente en que el acto vulnerador de sus derechos fundamentales era la citada Resolución, dictada pese a que, según la demandante, la Administración conocía su situación personal. La vulneración de derechos fundamentales se imputó entonces inequívocamente a ese acto administrativo expreso, y se pidió que la Sentencia declarara “la nulidad de la Resolución recurrida”. Es claro que la Sentencia contencioso-administrativa tenía que enjuiciar exclusivamente la validez del acto de 2 de agosto de 2000 y tenía que hacerlo exclusivamente en atención a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento en el que se dictó. Parece obvio que del mismo modo que no se dudaría de la validez originaria del acto administrativo si el embarazo de la demandante (y la consiguiente incompatibilidad sobrevenida de las funciones que aquél le encomendaba con su derecho a la salud) hubiese tenido lugar después de ese momento, no cabe reputar ilegítimo tal acto por una circunstancia también sobrevenida para la Administración como era el conocimiento del estado de la recurrente.

3. En la demanda de amparo, quizás para orillar la prohibición de que en el recurso de amparo se revisen los hechos probados (art. 44.1 b) LOTC ), entre los que se cuenta, como he dicho, el desconocimiento por la Administración del embarazo de la recurrente, se pretende un inaceptable desplazamiento del debate desde el cuestionamiento de la validez originaria de la orden de 2 de agosto de 2000, que fue el punto en el que libremente lo situó la recurrente en la vía administrativa y en la vía judicial, a la discusión en esta sede de amparo, no sobre tal validez, sino sobre el proceder de la Administración una vez que la demandante le había dado a conocer su situación, lo que sucedió después de que se dictara el acto administrativo impugnado. Sobre tal proceder ni podían pronunciarse los órganos judiciales sin alterar lo expresamente pedido por la actora en su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y en la posterior demanda, ni puede, en consecuencia pronunciarse el Tribunal Constitucional, al que no está permitido orillar la inexcusable exigencia del art. 43.1 LOTC de agotar la vía judicial procedente.

Puesto que el objeto del recurso contencioso-administrativo -la conformidad de la resolución administrativa con el derecho fundamental de la demandante a la vida e integridad física- no coincidía con el del recurso de amparo -la conformidad con el citado derecho fundamental de la actuación administrativa posterior al acto impugnado- no se respetó tal exigencia y el amparo debió ser inadmitido. En cualquier caso se echa en falta en la Sentencia de la que discrepo todo razonamiento sobre esta auténtica *mutatio libelli*, de la que la propia recurrente ha sido consciente denunciando una inexistente incongruencia de la Sentencia impugnada, a la que el Fiscal imputó incurrir en un error patente sobre el acto impugnado, error que queda desmentido por la rotunda claridad de las pretensiones ejercitadas por la recurrente en su reclamación previa y en su recurso contencioso-administrativo.

4. La Sentencia de la mayoría no sólo ha orillado la exigencia de agotar la vía judicial, sino que ha ido más allá de lo pedido en la demanda de amparo. En efecto, en ésta se dice que lo pretendido “no es la nulidad del acto de fecha 2/8/00”, sino que se declare que el Servicio Andaluz de Salud, “una vez conocido su embarazo a través de su reclamación previa de 7/8/00, y con su inacción vulneró, o lo que es igual, consintió que continuase la vulneración denunciada sobre su derecho a la vida y a la integridad física”. La Sentencia anula la Sentencia de apelación e, invadiendo el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria, alcanza a declarar la firmeza ( y fallo) de la Sentencia de instancia, “dado que de ella ... deriva ya la nulidad de la desestimación presunta de la reclamación previa”; en definitiva si se anula la desestimación de un recurso administrativo se anula también el acto originario, esto es la resolución de 2 de agosto de 2000 a la que la demandante de amparo no dirige reproche constitucional alguno, según dice expresamente.

5. En el Voto particular que formulé a la STC 111/2003, de 16 de junio, manifesté que, en mi opinión, la subsidiariedad del recurso de amparo comporta que deban ser los órganos de la jurisdicción ordinaria los llamados primariamente a resolver las violaciones de los derechos fundamentales y que únicamente se pueda abrir la vía de amparo ante nosotros cuando, utilizados en tiempo, forma y por su orden, los medios procesales adecuados no se obtenga el remedio a dichas violaciones. Pues bien, en el supuesto de que fuera posible prescindir de los condicionantes procesales expuestos -que a mi entender no lo es- tampoco podría entenderse vulnerado el derecho de la demandante a la integridad física por el silencio o inactividad de la Administración, enterada ya de la situación de la recurrente.

Para ello habría sido preciso que tal inactividad o silencio hubiese supuesto la exigencia de la realización efectiva de las nuevas funciones encomendadas a la funcionaria. Pero ello no ha sucedido: cuando la demandante comunicó a la Administración su estado de gestación y la circunstancia de que la realización de sus nuevas funciones suponía un peligro para su salud, aquélla ya se encontraba en situación de incapacidad temporal, situación esta precisamente prevista para el supuesto de enfermedad que impide absolutamente el trabajo (art. 128.1 a) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio ), situación que la Administración no cuestionó en ningún momento ni directa ni indirectamente; es significativo en este sentido que ni la demandante interesara en ningún momento de la Administración (art. 111.2 LPC ) ni del órgano judicial (art. 129.1 LJCA ) la suspensión de la ejecución del acto impugnado ni ninguna otra medida cautelar y que, last but not least, la Administración procediera al inmediato nombramiento de un sustituto para que desempeñara el puesto de trabajo de la recurrente hasta la reincorporación de ésta, reincorporación que fue posterior al parto y al disfrute del correspondiente permiso de maternidad.

La determinación de si la circunstancia de encontrarse la recurrente en situación de incapacidad temporal justificaba el silencio de la Administración ante la “reclamación previa” o la cuestión de si cuando aquélla promovió el recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales había transcurrido el plazo para resolver sobre la misma (lo que es más que dudoso, a la vista del art. 42.3 LPC, si, como se deduce de la tesis que patrocina la demanda de amparo, dicha reclamación no debiera reputarse como un recurso administrativo), al igual que la relativa al sentido estimatorio o desestimatorio que cabía atribuir al silencio, son cuestiones de simple legalidad ordinaria, ajenas a la jurisdicción de amparo (STC 243/2006, de 24 de julio).

En la citada Sentencia se dijo que el incumplimiento por la Administración de su deber de dictar resolución expresa no lesiona por sí mismo ningún derecho fundamental; tal lesión se producirá, en cambio, si un derecho fundamental exige una actuación positiva de la Administración (STC 291/1993, de 18 de octubre), que ésta omite indebidamente. Es evidente que, con independencia de la fecha en que la Administración hubiera tenido que resolver sobre lo pedido por la recurrente y del sentido que tuviera que atribuirse al silencio de aquélla, éste no ha afectado al ámbito del derecho a la integridad física protegido por el art. 15 CE, pues, en la situación de incapacidad temporal en que se encontraba la demandante, ésta no precisaba de actuación positiva alguna de la Administración para considerarse eximida de cumplir las funciones que reputaba incompatibles con la preservación de ese derecho.

La Sentencia de la mayoría se pronuncia, pues, sobre un lesión meramente hipotética. No se trata, naturalmente, de erigir la efectiva exposición al riesgo para la integridad física (ni, menos aún, la consumación del mismo), en requisito para obtener la tutela jurisdiccional o constitucional del derecho fundamental, lo que, como bien precisa la mayoría, sería inconcebible. Se trata, sencillamente, de comprobar que en este caso concreto ni de los antecedentes de la Sentencia ni de las actuaciones se desprende que después de que la interesada comunicara su embarazo el Servicio Andaluz de Salud éste formulara exigencia alguna de cumplimiento efectivo de las funciones peligrosas para la salud de la recurrente. El hecho de que hubiera tenido que cumplirlas cuando acabara la situación de baja es también una hipótesis que no se ha verificado en absoluto. El pronunciamiento sobre lesiones de derechos meramente hipotéticas es ajeno a la función del recurso de amparo, que está al servicio (art. 41.3 LOTC ), sólo y exclusivamente, de la resolución sobre pretensiones “dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos” (STC 110/2000, de 5 de mayo) y no para oponerse a lesiones meramente posible o hipotéticas (ATC 235/2004, de 8 de junio).

6. En fin, discrepo de la confusa afirmación, contenida en el último párrafo del fundamento jurídico 5, de que la Ley de prevención de riesgos laborales es “desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora embarazada (art. 15 CE)”. Concluyo haciendo mía una acertada observación del ATC 57/2007, de 26 de febrero, a cuyo tenor, “no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física”

Para exteriorizar mi disentimiento, renuncié a asumir una Ponencia estimatoria y formulo este Voto particular en Madrid, a treinta de marzo de dos mil siete.