

# Retorno a la presencialidad en el empleo público: potestad de autoorganización versus tutela de la seguridad y salud

Comentario al **Auto 119/2020**, de 3 de junio, del Juzgado de lo  
Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia

**Susana Rodríguez Escanciano**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

**Henar Álvarez Cuesta**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## 1. Marco jurídico

La implantación progresiva de la Administración electrónica ha posibilitado que la presencia física de muchas personas empleadas públicas en las sedes gubernativas no resulte tan imprescindible como antaño a la hora de dispensar servicios de interés general. Las nuevas tecnologías digitales permiten tanto una realización eficaz de la tarea profesional desde la distancia, como un control suficientemente preciso de su correcto desarrollo en la satisfacción de las demandas de la ciudadanía. Esta ruptura del modelo territorial de oficina pública de la mano de los adelantos informáticos encuentra manifestación señera en el teletrabajo, que ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos meses y lo va a seguir haciendo, pues la situación de emergencia sanitaria derivada de la propagación de la COVID-19 no solo ha exigido el confinamiento domiciliario como canal óptimo para evitar contagios, sino que aconseja mantener medidas de distanciamiento social *ad futurum* ante posibles rebrotes de transmisión comunitaria.

El **auto analizado** se enmarca precisamente en la situación provocada por el coronavirus en el ámbito económico y social y cómo el recurso al teletrabajo ha sido una solución

**Cómo citar:** Rodríguez Escanciano, Susana y Álvarez Cuesta, Henar. (2020). Retorno a la presencialidad en el empleo público: potestad de autoorganización versus tutela de la seguridad y salud. Comentario al Auto 119/2020, de 3 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Murcia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 452, 203-211.

de emergencia tanto para el empleo privado como para el público, permitiendo mantener en parte la actividad y proteger la salud y seguridad de las personas empleadas con el fin último de conseguir frenar la progresión de la pandemia y evitar el colapso del sistema hospitalario.

El [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), en su preámbulo ya advertía cómo:

[...] con el fin de ejecutar las medidas de contención previstas por la normativa aplicable, garantizando al mismo tiempo la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales, se priorizarán los sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Para ello, se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable.

Bajo tal premisa, su [artículo 5](#) señala el carácter preferente del trabajo remoto en aquellos cometidos no esenciales con los objetivos prioritarios de garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria, «si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado»; conceptos que impiden una negativa caprichosa o cómoda de la persona empleadora.

Adquieren, pues, rango preferente las razones epidemiológicas, olvidando quien legisla de urgencia el principio de voluntariedad bilateral exigido por el [artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores](#) (que requiere pacto escrito) y también por el [Acuerdo marco europeo de 2002](#), signado por las partes sociales a nivel comunitario (CES, UNICE, UEAPME y CEEP). Es más, el teletrabajo a domicilio va a ser prioritario incluso frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, esto es, frente al recurso a los ERTE, derivados de una doble circunstancia, bien de fuerza mayor ([art. 22 RDL 8/2020](#)), bien de causas objetivas, esto es, «económicas, técnicas, organizativas y de producción» ([art. 23 RDL 8/2020](#)). En fin, en el afán de facilitar el tránsito hacia el teletrabajo en entornos antes inexplorados, quien legisla de urgencia entiende cumplida la obligación empresarial de efectuar la evaluación de riesgos del [artículo 16 de la Ley de prevención de riesgos laborales](#), con carácter provisional, a través de una autoevaluación realizada de forma voluntaria por la persona trabajadora; circunstancia que tornará en papel mojado la tarea de identificar los agentes nucleares de los posibles detrimentos físicos, psíquicos y ergonómicos y sus nocivos efectos para el bienestar de las personas afectadas.

La duración de esta apuesta por teletrabajo domiciliario, justificada en razones de salud pública, desborda la duración inicial del estado de alarma llegando hasta el 21 de septiembre, pues el [artículo 15 del Real Decreto-Ley 15/2020](#) ha prorrogado su extensión temporal, con una deficiente técnica legislativa, a «los 2 meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020, modificada por la disposición final 1.17 del Real Decreto-Ley 11/2020», que ya establecía

1 mes más a la finalización del estado de alarma, de manera que ahora se suman 3 meses adicionales al elenco de las prórrogas decretadas por el Ejecutivo<sup>1</sup>. Es más, el Real Decreto-Ley 15/2020 deja la puerta abierta a sucesivos aplazamientos por parte del Gobierno de la continuidad del trabajo a distancia a domicilio en atención a las circunstancias; concepto este último vago e impreciso, que da sobradas muestras de un excesivo intervencionismo sobre las relaciones laborales.

De este modo, el [artículo 3 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, así como [igual precepto de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, siguen considerando preferente mantener los medios no presenciales de actividad productiva («siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia»). Por su parte, la [Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, aun cuando mantiene la preferencia, añade que:

[...] las empresas podrán elaborar protocolos de reincorporación presencial a la actividad laboral, siempre de acuerdo con la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales, que deberán incluir recomendaciones sobre el uso de los equipos de protección adecuados al nivel de riesgo, la descripción de las medidas de seguridad a aplicar, la regulación de la vuelta al trabajo con horario escalonado para el personal, siempre que esto sea posible, así como la conciliación de la vida laboral y familiar (art. 3.3).

En fin, el [artículo 7.1 e\) del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio](#), prevé *sine die* «la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible». Y la nueva regulación del trabajo a distancia llevada a cabo por el [Real Decreto-Ley 28/2020](#) y en el ámbito analizado por el artículo 47 bis introducido por el [Real Decreto-Ley 29/2020](#) en el Estatuto Básico del Empleado Público no hace sino consolidar dicha tendencia.

<sup>1</sup> Cabe dejar constancia de seis: en primer lugar, [hasta el día 12 de abril \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de marzo de 2020\)](#); en segundo término, [hasta el 26 de abril \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 9 de abril de 2020\)](#); en tercer lugar, [hasta el 10 de mayo \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 22 de abril de 2020\)](#); en cuarto lugar, [hasta el 24 de mayo \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 6 de mayo de 2020\)](#); en quinto lugar, [hasta el 7 de junio \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de mayo de 2020\)](#); en sexto término, [hasta el 21 de junio \(por Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 2020\)](#).

De nuevo, los mencionados artículos condicionan la continuidad en la deslocalización en la prestación de servicios a la posibilidad efectiva de la misma y a su indeterminado «fomento» o «potenciación», tal y como sucede en el supuesto analizado en el [auto comentado](#), el cual ha de valorar la necesidad de volver a la actividad presencial al servicio de la ciudadanía en una Administración pública para proporcionar un servicio más eficaz a las personas usuarias o mantener el teletrabajo en favor de la protección de las personas empleadas públicas.

## 2. Supuesto de hecho

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia conoce de una medida cautelar solicitada por un sindicato de forma urgente e inaudita parte y referida a la impugnación de una [Orden de 2 de mayo de 2020 de la Consejería de la Presidencia y Hacienda de la Región de Murcia](#) por la que se establecía el procedimiento y las medidas organizativas para la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en la prestación de servicios públicos en el ámbito de la Administración pública de la Región de Murcia (BORM núm. 102 de 5 de mayo).

El sindicato pretende, mediante la medida cautelar solicitada:

[que quienes] habían venido prestando hasta la fecha sus servicios profesionales en la modalidad de teletrabajo a raíz de la declaración del estado de alarma puedan continuar haciéndolo, sin obligación de acudir presencialmente a sus centros de trabajo, hasta tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que dicte regulando las fases de desescalada a causa de la epidemia de COVID-19.

La medida cautelar solicitada se fundamenta, para la organización demandante, en el riesgo de contagio existente y la posibilidad de expansión de la epidemia. La urgencia deviene de la entrada en vigor de la reincorporación, que se produce al día siguiente de la fase 1 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad, y los perjuicios de imposible o difícil reparación alegados derivan de la posibilidad de contagio y propagación de la enfermedad respecto al personal de la Administración. En cambio, no menciona si la orden impugnada ha sido objeto de negociación con las organizaciones sindicales representativas de las personas empleadas públicas o se ha dictado sin tal circunstancia.

El juzgado decide dar trámite de audiencia a la parte demandada, que manifiesta su oposición a la suspensión cautelar solicitada alegando incompetencia de jurisdicción; la falta de legitimación activa; la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos; apariencia de buen derecho de la actuación administrativa; la perturbación de los intereses generales; y, en fin, que la adopción de la medida agotaría la pretensión del recurso así como la sentencia que pudiera dictarse, pues a través de aquella se pretende resolver el fondo del asunto dejando vacío de contenido tanto el litigio como el fallo definitivo.

### 3. Claves de la posición judicial

Las medidas cautelares demandadas encuentran su razón de ser en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recaiga un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso, tal y como recoge el [Auto del Tribunal Supremo \(ATS\), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de abril de 2017 \(rec. 202/2017\)](#). Con ellas se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como dice expresamente el [artículo 129 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa \(LJCA\)](#), y garantizar la efectividad de la sentencia, esto es, busca evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 218/1994, de 18 de julio).

En particular, como reconoce el [auto comentado](#), en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a las personas particulares ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el [artículo 106.1 de la Constitución española \(CE\)](#).

En todo caso, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando conjuntamente las circunstancias del caso, como señala el [ATS de 12 de marzo de 2014 \(rec. 379/2013\)](#), según la justificación ofrecida en el momento de su solicitud, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración de conformidad con la [LJCA](#) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Así, con mayor detalle, los condicionantes exigidos pueden ser resumidos atendiendo a los siguientes parámetros:

- a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, en tanto «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que estos sean de difícil o imposible reparación» a tenor de lo manifestado en el [ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 1997 \(rec. 1297/1991\)](#). El interesado en obtener la suspensión, en el caso analizado, el sindicato, tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

A la hora de analizar la justificación ofrecida, el Juzgado de Murcia entiende que la parte recurrente alega pero no acredita, aun por indicios, los daños y perjuicios irreparables o de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución recurrida podría acarrear para el sindicato recurrente o las personas afiliadas; careciendo las alegaciones vertidas de la consistencia suficiente, por su carácter genérico e inconcreto, como para convencer de la irreparabilidad de los perjuicios que se alegan.

- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad, tal y como reconoce el auto analizado, que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso, pero la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo, habida cuenta de que «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal» (STC 148/1993, de 29 de abril). En este punto, el auto estima que, dada la vigencia temporal de la resolución recurrida, la suspensión hasta la firmeza de la sentencia, que en su momento se dicte, equivaldría a la estimación del recurso, obteniéndose por vía de medida cautelar lo pretendido con aquel.
- c) El *periculum in mora* descrito por el artículo 130.1 de la LJCA como riesgo para la efectividad del proceso, respecto al cual el juzgado no hace un análisis exhaustivo.
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia; como ejemplo, el ATS de 3 de junio de 1997 (rec. 293/2020) considera cómo:

[...] al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego.

Por consiguiente, deben sopesarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada.

Cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

En este punto, el juzgado considera que, en la ponderación de los intereses en conflicto, debe prevalecer el interés público sobre el particular de la parte recurrente.

- e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJCA no hace expresa referencia a este criterio, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la Ley de enjuiciamiento civil que sí alude a este postulado en el artículo 728. Según el TS en sus Autos de 22 de noviembre de 1993 (rec. 420/1990) o 29 de septiembre de 2016 (rec. 4871/2016):

[...] esta doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio art. 24 CE [...], porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

A la hora de valorar este requisito, el Juzgado de Murcia no aprecia la concurrencia de los presupuestos para su aplicación, al entender que hacerlo supondría entrar a conocer del fondo del asunto.

En virtud del análisis efectuado de las condiciones habilitantes para la concesión de la medida cautelar, el auto acaba por denegarla, lo cual supuso la reincorporación del personal de la Administración a sus puestos de trabajo de conformidad con lo previsto en la orden impugnada.

En cambio, en idéntico supuesto, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo de 20 de mayo de 2020 (rec. 114/2020) otorga la medida cautelar solicitada al considerar cómo:

[...] en primer lugar, en cuanto al *periculum in mora*, como se ha indicado por la jurisprudencia debe atenderse a dos parámetros, la irreparabilidad del perjuicio que ocasionaría la ejecución de la resolución y la imposibilidad de ejecutar la sentencia que, hipotéticamente, pudiera anular el acto impugnado. La falta de adopción de la medida cautelar en tanto se tramita el procedimiento supondría causar perjuicios de imposible o difícil reparación derivados de la posibilidad de contagio y propagación de la enfermedad respecto al personal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos que

pueden prestar servicios de forma telemática. Por otro lado, la anulación, en su caso de la resolución, podría conllevar la imposibilidad de ejecutar la sentencia y ello porque nos encontramos ante medidas que son objeto de actualización permanente en función del modo en el que se desarrolle la pandemia. En fin, respecto de la ponderación de los intereses en conflicto, se entiende que la evitación de propagación del virus y el derecho a la protección a la salud que pueden verse afectados por el riesgo de contagio han de primar en el caso presente frente a la reincorporación presencial de aquellos sin afectación *a priori* del trabajo desempeñado. En consecuencia, sin prejuzgar la cuestión de fondo, se acordará inaudita parte la medida cautelar solicitada, por concurrir las circunstancias excepcionales legalmente previstas, por ser urgente e inaplazable su adopción y prevalente la protección de la salud, consagrada en el artículo 43.1 de la Constitución teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

No obstante, la medida concedida en este caso fue alzada por falta de jurisdicción, al entender competente, en virtud de lo dispuesto en el [artículo 2 e\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), al orden jurisdiccional social por el [Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo de 20 de mayo de 2020 \(rec. 114/2020\)](#); no en vano se trata de una decisión administrativa, pero adoptada en materia de seguridad y salud.

#### 4. Trascendencia de la doctrina asentada y posibilidad de que se consolide en el futuro

El [auto aquí comentado](#) entra a resolver un conflicto entre dos intereses en presencia fundamentales para un Estado social y democrático: garantizar la protección de la salud de las personas empleadas públicas recurriendo al teletrabajo ante el temor al contagio de la COVID-19, frente a proporcionar un servicio público a la ciudadanía más eficaz, cercano y presencial, superando la brecha digital abierta en determinados territorios y para determinados colectivos. La dificultad de la decisión viene dada, en este caso, por la importancia de ambos extremos, las difíciles circunstancias que han marcado la actualidad en los últimos meses donde el escenario se muestra hartamente convulso ante una pandemia de dimensiones desproporcionadas con preocupantes rebrotes; así como la imposible valoración de unos mecanismos de contagio inciertos y cambiantes en el momento de dictarse las resoluciones judiciales.

Aun cuando a la luz del [auto comentado](#) prevalece el interés público-administrativo en la organización del trabajo, no cabe olvidar que el reingreso siempre ha de realizarse con todas las garantías de seguridad y salud exigiendo adaptaciones técnicas y logísticas de calidad: ofrecimiento de reconocimientos médicos y test de seroprevalencia que permitan la trazabilidad de los resultados, dotación de geles desinfectantes, redistribución de espacios para evitar acercamientos entre personas empleadas, colocación de mamparas y separaciones



para eliminar contactos, acondicionamiento de los vestuarios y aseos, rotaciones y horarios diferenciados para controlar excesos de aforos, citas previas, dotación de equipos de protección individual para un nuevo riesgo, implementación de mecanismos de desinfección, atención especial a colectivos vulnerables (personas de más de 50 años, embarazadas o quienes padecen algún tipo de enfermedad crónica o inmunodeficiencia), etc. Por tanto, únicamente cabría considerar el *ius resistentiae* por parte de la persona asalariada en aquellos casos en los que exista una verdadera causa justificativa suficiente, esto es, que no se garantice una adecuada política preventiva capaz de evitar la infección de las personas empleadas públicas y de las usuarias de los servicios.