

# Justicia cautelar y teletrabajo en el empleo público como medida de protección de la salud frente a la covid19: Cuestiones de competencia y de fondo al hilo de recientes fallos “contradictorios”

Cristóbal MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén  
Miembro del Consejo Económico y Social del Reino de España

“Pero volvamos a nuestras frases hechas, sin cuya consideración y estudio no hay buena Retórica. Reparad en ésta: *abrigo la esperanza* y en la mucha miga que tiene eso de que sea la *esperanza* la que se *abrigue*. La verdad es que todos abrigamos alguna, temeroso de que se nos hiele”

Juan de Mairena (Antonio Machado. Sentencias y Donaires, Sevilla, 2010, p. 109)

## Índice

1. NUEVA FACETA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES: LA SALUD PÚBLICA COMO GARANTIA DE SALUD EN EL TRABAJO
2. POLIVALENCIA DEL TELETRABAJO: ¿UNA MEDIDA DE “SALUD PÚBLICO-LABORAL” Y “CONCILIATORIA” PRIORITARIA PARA LA NUEVA NORMALIDAD?
3. NUEVOS ESCENARIOS DE CONFLICTO: ¿LAS EMPRESAS PUEDEN IMPONER EL RETORNO SI NO MEDIA EMERGENCIA SANITARIA?
4. ALGUNOS ASPECTOS CRÍTICOS PROCESALES: LA COMPETENCIA ES SOCIAL, NO CONTENCIOSA
5. CRÍTICA SUSTANTIVA: ¿EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN LLEVA UN PASO MÁS ALLÁ DEL DEBER DE PROTECCIÓN EFICAZ?

## Nueva faceta de prevención de riesgos profesionales: la salud pública como garantía de salud en el trabajo

Desde antaño, la OIT viene defendiendo la estrecha interacción que existe entre el ámbito de la “salud pública” y el de la “salud en el trabajo”<sup>1</sup>. Si los déficits respecto de la primera afectan intensamente (en términos de padecimientos humanos y elevados costes económicos) a la segunda, también es una evidencia la situación viceversa, los déficits en las condiciones de empleo y de trabajo, que representan una proporción elevada de las horas de vida de las personas, son uno de los factores más relevantes para una mala la salud pública. En consecuencia, si la salud pública incide en las condiciones de calidad de

<sup>1</sup> Vid. OIT. SOLVE. Integrando la promoción de la salud a las políticas de SST en el lugar de trabajo, Ginebra, 2012, pp. 15 y ss. (disponible online).

trabajo de las personas, la salud laboral incide también en las condiciones de calidad de vida, en una interacción recíproca muy intensa.

En coherencia con esta comprensión, su marco normativo y promocional en materia, ha venido postulando que las políticas (nacionales) de seguridad y salud en el trabajo han de ser integradas coordinadas, eso sí, advierte, matiza, “cuando proceda”, con las políticas y programas de “salud pública” (Recomendación OIT n. 197 sobre un marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo). Más aún. Entre los principios fundamentales que inspiran tanto las normas del trabajo relativas a la seguridad y salud en el trabajo como la cultura preventiva que actúa de atmósfera (también en el plano hermenéutico) en que se desenvuelven, está el de la integración de la promoción de la salud en el lugar de trabajo como parte integrante de las prácticas de seguridad y salud en el trabajo<sup>2</sup>

Pues bien, de esta antañona comprensión estamos siendo plenamente conscientes hogaño con la triple tragedia (sanitaria, económico-laboral y social) derivada de la pandemia por la covid19 sea con el no menor triple drama anunciado por los rebrotes crecientes de la misma. La mayor probabilidad de contagios de personas con condiciones de empleo y de trabajo precarias (ej. personas temporeras inmigrantes extracomunitarios que en estos meses pueblan los campos españoles), y que han sido el origen principal de un alto número de rebrotes en varios lugares del país, son unos ejemplos claros<sup>3</sup>.

Se comprende, así, por ilustrar esta posición comprensiva (y de hermenéutica jurídica, como veremos de inmediato) integrada de salud pública-salud laboral, con un concreto y muy reciente ejemplo legal, un precepto como el art. 7 del Real Decreto-Ley 21/2020, 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>4</sup>. Como es conocido, este precepto, tras remitir a la normativa de prevención de riesgos laborales específica, incluyendo la remisión a la laboral común (“Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación”), atribuye a los empleadores (titularidad de la actividad económica o, en su caso, a las personas que asumen la función directiva de los centros y entidades) obligaciones (cargas) tanto de técnica higiénica pública (letras a y b) como de reorganización del trabajo a fines de salud laboral, sí, pero también de salud pública. Entre otras, las previstas en la letra d) son paradigmáticas. La empresa deberá

“Adoptar medidas [*reordenación de puestos, de turnos, redefinición de centros*] para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de...mayor afluencia”.

Nada hay de llamativo ni extraño en este tipo de medidas integradas, que gozan de una dilatada tradición en la legislación socio-industrial, como venimos refiriendo. Por eso, precisamente, si algo llama la atención, al menos desde mi punto de vista y por estas razones que esgrimo, es que el Gobierno haya creído necesario precisar que este tipo de medidas son también funcionalmente preventivo-laborales, aunque su naturaleza jurídica formal sea de salud pública. Así habría sucedido al reconocer una habilitación específica y

---

<sup>2</sup> OIT. *Salud y vida en el trabajo: un derecho humano fundamental*. Informe de la OIT para el Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2009.

<sup>3</sup> ¿Por qué los temporeros y los empleados de los mataderos protagonizan los rebrotes de Covid en España? <https://www.20minutos.es/noticia/4297953/0/temporeros-mataderos-rebrotes-covid/>

<sup>4</sup> Otros preceptos de esta ley evidencian esta interacción entre salud pública y salud laboral. Así, el art. 4 establece un **deber de precaución a toda la ciudadanía**, trabaje o no, como un deber general de diligencia en el uso de las medidas de prevención del riesgo de covid19. No es solo un deber de autoprotección individual sino también un deber de colaboración en la protección de terceras personas

expresa a las personas funcionarias integrantes de la ITSS (tanto el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social como su Cuerpo de Subinspectores Laborales, escala de Seguridad y Salud Laboral), así como las personas integrantes de los servicios de las CCAA competentes en materia preventiva (técnicos habilitados) ex art. 9.2 LPRL, para vigilar y requerir, y en su caso, extender actas de infracción, en relación con el cumplimiento por la empresa de las *medidas de salud pública* del art. 7.1 RDL 20/2020<sup>5</sup>

Concretamente, la Disposición Final 12<sup>a</sup> del RDL 26/2020, 7 de julio (medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda) ha modificado el art. 31 del RDL 21/2020, de 9 de junio (le ha añadido tres nuevos apartados, afectando a su régimen infractor, autónomo y genérico). La actuación inspectora implica vigilar y realizar requerimientos y, en su caso, abrir el correspondiente expediente sancionador, siguiendo sus normas. La habilitación no comprende la facultad de paralización, disociándose del art. 21 LPRL

No puedo entrar aquí en mayores profundidades sobre esta compleja y discutible cuestión que supone, en el fondo, remarcar la distancia entre medidas que se tienen típicas de salud pública, no de prevención de riesgos laborales<sup>6</sup>. La consecuencia inmediata será obvia: terminada la pandemia (si llega), cederá esta habilitación y volverá a tratarse como medidas de salud pública, no de prevención de riesgos. No estoy convencido de que esa opción legislativa sea la correcta, atendiendo no ya solo al viejo art. 26 LGSS de 1974 (formalmente nunca derogada, aunque tácitamente parece que sí, con la LPRL), sino al propio art. 1 LPRL (asume un concepto funcional, no formal, de norma de prevención de riesgos laborales: es medida preventiva toda aquella que cumpla esta función, fuera de su consideración como norma técnica, de salud pública, ambiental o de otro tipo). Pero, decía, no es este el lugar para analizar con detalle esta cuestión. La traigo a colación porque sí sirve para evidenciar las contradicciones y los conflictos que pueden abrirse, para la configuración y el desenvolvimiento ordinario de instituciones típicas laborales, cuando se instrumentalizan al servicio de la salud pública y de la salud laboral.

Justamente, así habría sucedido respecto de unas de las medidas de organización del trabajo que, como el teletrabajo, se habrían desfigurado por completo para servir a un objetivo de conciliación ajeno, en principio, a su originaria regulación, sea comunitaria sea nacional, cual es la de *mantener la actividad económica en la mayor tasa posible con el menor riesgo, igualmente posible, en términos de la obligada razonabilidad, de contagio por covid19*. Una institución regida por la condición de voluntariedad para ambas partes se envuelve en obligatoriedad y preferencia para afrontar una emergencia sanitaria. Y va más allá de la misma (art. 5 RDL 8/2020 y art. 15 RDL 15/220)

Ahora bien, no menos cierto es que el teletrabajo sigue considerándose como una opción *no solo útil, sino incluso preferible*, para un tiempo futuro que llaman -todavía yo no sé qué tiene de normalidad- “nueva normalidad”. El referido art. 7.1. (en realidad no es otra cosa que la elevación a norma con rango de ley de las sucesivas órdenes dictadas por el Ministerio de Sanidad<sup>7</sup>) del comentado RDL 21/2020, en su letra e), ordena “Adoptar medidas para la

<sup>5</sup> Concretamente las de los referidos párrafos a) (higiénicas respecto del centro: limpieza, ventilación, desinfección), b) (productos higiénicos para las personas) y c) (garantía de distancia física de seguridad).

<sup>6</sup> Muy interesante el debate interno que desvela la inspectora D<sup>a</sup> Mercedes MARTÍNEZ ASO, en la entrada del Blog del profesor Eduardo Rojo: “*El nuevo (¿y último del verano?) RDL 26/2020 y la habilitación a la ITSS en control de medidas Covid-19 en las empresas. Habla la Inspectora Mercedes Martínez Aso*”, Disponible: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/el-nuevo-y-ultimo-del-verano-rdl-262020.html>

<sup>7</sup> Se trata de las previsiones sobre «Fomento de los medios no presenciales de trabajo previsto» en la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo (art. 3); la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo (art. 3); y la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo (art. 3).

reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible”.

Aunque la redacción legislativa parece concebir pacíficamente ambas medidas, y por eso utiliza la conjunción copulativa (“y”), lo cierto es que la formulación empleada no solo no la asegura, sino que incluso queda abierta a eventuales conflictos. ¿«Potenciar» el uso del teletrabajo cuando sea técnica y organizativamente posible (razonablemente) es lo mismo que «preferencia» ex arts. 5 y 6 (Plan MECUIDA) RDL 8/2020? Parece que no. Primero por los diferentes términos legales (potenciar el teletrabajo como regla de organización de la actividad presupone una función promocional, norma de incentivo; preferir es una regla valorativa que otorga prioridad a una medida sobre otra). Segundo, por el contexto (normativo y realidad) de una norma y otra (la primera se da en estado de alarma y en un momento de intensidad máxima de la pandemia; la segunda para el fin del estado de alarma y en un tiempo de reducción de la crisis sanitaria). Ambos son criterios significativos, no únicos, como bien se sabe, para la interpretación jurídica ex art. 3.1 CC.

Entonces, y para dar concreción mayor a nuestro interrogante ¿podrá la empresa exigir obligatoriamente la reincorporación, total o progresiva, como dice el art. 7.1 e) RDL 21/2020, al centro de trabajo, pese a que puedan oponerse razones propias de las personas trabajadoras, sean de salud público-laboral sean incluso de conciliación de la vida laboral y familiar? Como vamos a ver de inmediato, al menos con respecto al primer argumento, la tensión entre el teletrabajo como una medida funcionalmente útil de salud público-laboral y el retorno al trabajo como una facultad típica de la empresa ex art. 20 ET con relación al art. 38 CE, los tribunales no han dado una respuesta unívoca. Al menos por lo que concierne al empleo público y en el marco de la tutela cautelar. Veámoslo.



## **Polivalencia del teletrabajo: ¿una medida de “salud público-laboral” y “conciliatoria” prioritaria para la nueva normalidad?**

La regulación (y los modos de uso) del teletrabajo está hoy en el ojo del huracán. Una vez se produjo la migración masiva desde los centros de trabajo tradicionales (las oficinas clásicas, físicas y presenciales) hacia los hogares, a fin de “conciliar” la continuidad de la actividad económica, declarado el estado de alarma y el confinamiento derivado de él, con la preservación de la salud, de las personas trabajadoras (salud laboral) y de las demás (salud pública) que se relacionan con ellas a raíz de la prestación de servicios, se vio que carecía de sentido el carácter residual que, hasta ese momento, había tenido esta forma alternativo-complementaria de trabajo ex art. 13 ET. Mientras que estudios solventes en el ámbito de la economía del trabajo y la organización de empresas ponían de relieve que, en España, más del 25 por cien de las actividades económico-laborales podrían hacerse mediante teletrabajo, preponderante o normalizado, no ya solo ocasional, esos mismos estudios, incluidas las estadísticas del INE, reflejaban una presencia muy limitada antes de la pandemia en nuestro mundo del trabajo. Apenas un 5 por cien de las personas trabajadoras en España teletrabajan habitualmente, que puede llegar hasta el 10 por cien, cuando es ocasional y, además, una buena parte serían personas trabajadoras autónomas (o “falsas autónomas”, que todo es posible, aunque de eso no digan nada las estadísticas).

El resultado ha sido claramente pendular, como suele suceder cuando las cosas nos llevan (peor, nos arrastran). De apenas un 5 por cien de teletrabajo habitual, normalizado, se habría pasado a un 34 por cien de teletrabajo impuesto por las normas en un contexto de excepcionalidad y emergencia pandémica. Si antes de la pandemia teletrabajábamos claramente muy por debajo de nuestras posibilidades, tecnológicas y organizativas, con la

pandemia se ha teletrabajado muy por encima de nuestras posibilidades, pese a que el art. 5 RDL 8/2020 condiciona expresamente la impuesta preferencia del teletrabajo a estrictas condiciones de posibilidad tecnológica y razonabilidad organizativa. Interesante -y discutible- resulta, a estos efectos, la STSJ PV, Sala social, 921/2020, 14 de julio. En ella, confirmando las razones denegatorias de la petición de justicia cautelar inaudita parte y aplicando de forma altamente literal el doble condicionamiento del art. 3 RDL 8/2020, no acepta la pretensión sindical de imposición de la modalidad de teletrabajo en el servicio de administración de justicia vasco, porque esta posibilidad alternativa no está disponible ni tecnológica ni organizativamente:

“Interesada la incorporación de esa modalidad de trabajo por la demandada a través del Servicio de Informática Judicial, resulta que la aplicación de gestión procesal no está preparada para el funcionamiento en teletrabajo, siendo necesario para ello una herramienta de comunicación en remoto que en la actualidad no existe para el trabajo de los colectivos afectados. Sobre su diseño se está trabajando, por lo que el proyecto de teletrabajo está en elaboración” (FJ 3, letra A).

En cualquier caso, no todo son ventajas en el teletrabajo, ni siquiera a efectos de salud en sentido amplio, sin que el domicilio pueda descartarse como lugar de contagio cuando se llevan a cabo reuniones numerosas. Al respecto, los varios y numerosos costes de todo tipo (transferencia indebida de costes de producción desde la empresa hacia las personas trabajadoras, pérdida de salud psicosocial y ergonómica, incremento de la vulnerabilidad frente a ciberataques, incremento de la violencia doméstica, ahora en un escenario mixto de domicilio y trabajo impuesto, pérdidas de productividad ante una migración no planificada, etc.), están pendiente de evaluar y sin duda deben tenerse en cuenta junto a su Haber (reduce el riesgo de contagios manteniendo la actividad). Una cosa ha sido el régimen de teletrabajo en estado de alarma, por emergencia sanitaria y con confinamiento social obligatorio en el domicilio, y otra bien diferente el teletrabajo como opción normal de organización alternativo-complementaria de trabajo respecto del presencial.

Una forma de organización del trabajo, considerada por la norma legal (art. 13 ET) como alternativa (si bien la realidad evidencia que funciona mejor como complementaria) y una forma de empleo requerida de consentimiento expreso, para su constitución y para su novación<sup>8</sup>, salió, así, de su largo letargo, para convertirse en “tabla de salvación” de miles de empresas y de millones de empleos. Además, facilitó el cumplimiento de las exigencias de salud pública dictadas por la autoridad competente. Precisamente, el art. 5 RDL 8/2020 establece expresamente la prioridad del trabajo a distancia (realmente hay una confusión con el teletrabajo, pues no piensa en otra modalidad de trabajo a distancia que no sea la del teletrabajo a domicilio, dado el confinamiento obligatorio) respecto de la “cesación temporal o reducción de la actividad”<sup>9</sup>.

Además, ante el cierre obligatorio de los colegios, con los consiguientes problemas añadidos a los usuales para la conciliación de la vida laboral y familiar, debiendo realizar al mismo tiempo el trabajo productivo y el trabajo de cuidar, el art. 6 RDL 8/2020 (luego devenido Plan MECUIDA), preveía esa preferencia. En este caso sí se configura como una suerte de derecho subjetivo (al teletrabajo a domicilio) como instrumento efectivo de conciliación de la vida laboral y familiar, mostrándose como una organización alternativa de trabajo útil a este

---

<sup>8</sup> Conviene recordar que es una condición de empleo, no una condición de trabajo, y por lo tanto no se puede novar unilateralmente ex art. 41 ET, ni mediando negociación colectiva, ya que se necesita consentimiento. Vid. Acuerdo Marco de Teletrabajo, 2002) y STS 11 de abril de 2005, Rec. 143/2004.

<sup>9</sup> “ (...) Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”.

objetivo personal. Con ello se reforzaba lo previsto para situaciones de normalidad en el art. 34.8 ET. Veremos que el CES critica ahora esta visión legislativa.

Así presentado, las ventajas del teletrabajo frente a los -célebres, salvadores, también costosos socialmente- ERTE por fuerza mayor (total o parcial) son evidentes. Para la empresa, porque sigue teniendo ingresos, al continuar la actividad económica, aunque ha de pagar salario y cotizaciones, claro). Para la persona trabajadora porque sigue cobrando su salario, sin la reducción del 30 por cien que supone la situación de desempleo derivada del ERTE. De ahí que, el Gobierno, no dude en “sacrificar” la condición de voluntariedad que alienta todo este régimen -en situación de normalidad-, empujando a las empresas a su establecimiento y a las personas trabajadoras a su aceptación, aunque tenga que relajar, sino excluir, temporalmente las obligaciones del régimen común, como por ejemplo las relativas a la evaluación de riesgos laborales (excepciona el art. 16 LPRL, bastando con un deber de autoprotección mediante autoevaluación de la persona trabajadora).

Pero ¿por cuánto tiempo era (es) sostenible esta situación tan anómala, organizativa y jurídicamente?<sup>10</sup> ¿Si hubiese que volver a nuevos confinamientos, totales o parciales, para ciertos territorios, seguiría siendo válida y eficaz esta opción por el teletrabajo, de modo que sus virtudes para la protección de la salud pública compense sus requerimientos de otro tipo, tanto laborales, como incluso de salud laboral, en una visión más amplia que la estricta biológica, la reducción del riesgo de contagio de covid19? Tampoco parece. Y el Gobierno es consciente de ello, de ahí que haya impulsado, con cierta celeridad- si bien ahora parece estancada, con los nuevos conflictos entre patronal y sindicatos generados por la propuesta inicial, ahora en revisión- una regulación legislativa específica, capaz de atender de forma equilibrada los intereses en juego, en línea con lo que promueve la que es principal referencia en la materia, el Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo (2002).

Me temo que también debo excluir de mi análisis el detalle de esta regulación hoy, como se decía, en la Mesa de Diálogo Social, antes de pasar al Parlamento. Sólo poner de relieve los conflictos que genera, también las tensiones que parecen estar abriéndose al respecto incluso con algunas visiones adquiridas -quizás algo precipitada y reductivamente- sobre el teletrabajo, con plasmación legislativa y convencional colectiva. Sería el caso de la evidenciada funcionalidad del teletrabajo, hasta convertirlo en una suerte de derecho subjetivo (propuesta asumible por la empresa salvo graves razones organizativas que lo hagan desproporcionado<sup>11</sup>), al servicio de la conciliación ex art. 34.8 ET (bajo el modelo de la corresponsabilidad, eso sí, para no perpetuar el rol de cuidadora de la mujer, que volvería al “hogar” para seguir cuidando, sumando el trabajo mercantil)

La polémica que rodea esta regulación es interna al Gobierno<sup>12</sup>. Acabamos de conocer que la visión del Ministerio de Economía es una y la del Ministerio de Trabajo otra. Aquél quiere el menor intervencionismo posible, para no cargar con más “rigideces” en tiempos muy

---

<sup>10</sup> Vid. LLOMPART BENASSAR, Magdalena. *“Conflictividad jurídica del coronavirus en el ámbito laboral”*. AAVV. Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del Covid19. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 681 y ss.

<sup>11</sup> En este sentido, por ejemplo, Sentencia del Juzgado Social Mataró n. 1, 251/2019, 12 de septiembre, firme. Ciertamente, se trata del reconocimiento como derecho subjetivo de una forma de teletrabajo parcial (media hora de teletrabajo al día a lo largo de la semana laboral). Una línea también seguida al enfocarse el juicio con perspectiva de género ahora reforzado con el interés superior del menor cuidado. Un análisis general en la STSJ Canarias/Las Palmas 17 de diciembre 2019, rec. 860/2019, si bien el marco de las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural. Precisamente, el art. 5 del actual Anteproyecto de Ley de trabajo a distancia recogía este supuesto, de prestación por lactancia natural, como un caso de preferencia para la concesión del teletrabajo. Ni los sindicatos, ni la patronal ni el CES ha aceptado esta visión, obligando al Ministerio de Trabajo a rectificarlo

<sup>12</sup> “Calviño rebaja la propuesta de Díaz e impone que el teletrabajo se negocie dentro de cada empresa”. Vid. <https://www.elmundo.es/economia/2020/07/28/5f1f20d121efa027488b45d6.html>

difíciles e inciertos. Éste quiere un reforzamiento de la posición de poder-derecho de la persona trabajadora, convirtiendo el teletrabajo en un derecho subjetivo.

Los problemas son también externos. Como se decía, el Gobierno ha visto una fuerte oposición en los interlocutores sociales, tanto en el “frente del dialogo social autónomo”, como en el “escenario del diálogo social institucionalizado” (Consejo Económico y Social - CES-). Y ello tanto por razones de fondo como por razones de procedimiento, en ambos casos. La queja procedimental se vincula al modo de legislar, en la medida en que el anteproyecto se habría abierto a la consulta pública ciudadana (transparencia máxima), pero sin atender de forma específica los imperativos del diálogo social. El CES ha expresado su disgusto por tener que informar un texto normativo antesala de otro definitivo, por lo que quedaría desvirtuada su función.

Y las quejas son también en los fondos. Dejando de lado aspectos más técnicos y conceptuales, criticando los usos confusos en el texto proyectado, lo más relevante es, como se decía y a nuestros efectos, la estrecha relación establecida en aquel texto entre teletrabajo y conciliación, reconociendo auténticas preferencias de concesión (y/o reversión), que no ha gustado ni a sindicatos, ni a patronal ni al CES. Se entiende que el Gobierno promovería -inconscientemente- una visión regresiva, en la medida en que promovería un retorno de la mujer al hogar, para seguir cuidando, solo que ahora también el trabajo mercantil saldría de las fábricas-oficinas para regresar -como en los viejos modelos de la industria textil de inicios de la Revolución Industrial 1.0- a los hogares.

En todo caso, más allá de estos contratiempos, parece ser que sigue siendo intención del Gobierno disponer, lo antes posible, de un nuevo marco legislativo. Querría contar con un régimen de teletrabajo más equilibrado, más adaptado, sea para la normalidad a secas (aun mejorada) sea para la “nueva normalidad” (hoy), sea incluso para el caso de retorno a la anormalidad del confinamiento. Una hipótesis esta última -demoledora- cada vez más plausible (por los rebotes cada vez más extendidos, por la amenaza de una “segunda ola” de contaminación masiva, por los retrasos de la vacuna tan prometida y ansiada como hoy inexistente, etc.). Consecuentemente, son cada vez más plausibles los escenarios de conflictos, colectivos e individuales, entre las direcciones de empresa y las personas trabajadoras cuando, en situaciones de incertidumbre (sanitaria, pero también educativa, consiguiente a aquella) y sin mediación de una decisión gubernativa expresa de confinamiento domiciliario (desescaladas, de idas y vueltas; nuevas normalidades, de ida y vuelta), no se tenga una misma valoración del estado de riesgo de contagio frente a la covid19 y de las medidas prevalentes para evitarlo, garantizando la salud (también las preferencias de conciliación)



### **Nuevos escenarios de conflicto: ¿las empresas pueden imponer el retorno si no media emergencia sanitaria?**

No razonamos en el vacío de una pretendida especulación doctrinal pura. La realidad, siempre más creativa que el propio pensamiento, ya ofrecido ya diversos ejemplos de este nuevo tipo de conflictos sociolaborales derivados del tránsito del teletrabajo marginal, o residual, en nuestro país, a una opción de organización del trabajo-forma de empleo más presente. Estos conflictos se han producido tanto en el ámbito privado como en el público.

En el primero, en las primeras fases de desescalada, varias empresas decidieron revertir el teletrabajo para parte de su personal, en unos casos con pacto colectivo de retorno, en otros, de forma unilateral (ej. empresa *Accepta*, el 'call center' perteneciente al grupo

Santalucía Seguros). Inicialmente de forma voluntaria, pero a partir de un cierto tiempo, de forma obligatoria, estas empresas ordenaron la reincorporación mediante un 'Plan de Retorno a la actividad presencial'<sup>13</sup>. Según el grado de participación colectiva en el plan, la conflictividad fue mayor o menor. Así, por ejemplo, la fábrica de Mercedes-Benz en Vitoria, tras la presión de los sindicatos, se vio obligada a paralizar la producción, una vez había decidido su reinicio mediante la incorporación presencial. En Valladolid, los trabajadores de Iveco se plantaron para forzar a la empresa a parar por motivos de seguridad<sup>14</sup>. Los conflictos de este tipo (el dilema entre la protección de la salud u obligaciones laborales, aun adoptando la empresa medidas individuales de protección -EPI- para la presencia física; incluso entre facilitación de la conciliación de la vida laboral y familiar versus deber de reincorporación presencial) se produjeron también en el empleo público. Precisamente, están siendo los empleadores públicos los que más están avanzando en la ordenación del teletrabajo, mediante acuerdo. Varias AAPP han pactado recientemente con los sindicatos implantar el teletrabajo como una forma normalizada de desempleo de los servicios que prestan y ello antes de conocer el contenido de la nueva regulación. Parece claro que, junto al deseo de adaptar la organización pública a la digitalización de nuestro tiempo, pesa también la voluntad de evitar factores de "conflictividad" recientes.

La legitimidad del interés empresarial al retorno de las personas teletrabajadoras a la prestación presencial, tras la migración masiva por pandemia, se ha reconocido, en el plano normativo, durante todo el proceso de desescalada, conviviendo, ciertamente con la preferencia del teletrabajo, que aún se mantiene, lo que, como se dijo, no de ja de plantear contradicciones. Inequívocas fueron las normas ministeriales de «Fomento de los medios no presenciales de trabajo previsto». El art. 3 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo venía a reconocer que tal preferencia no era, en modo alguno, incompatible con la facultad empresarial de decidir el retorno al trabajo presencial. Así:

*«No obstante lo anterior, 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.»*

La norma ministerial parecía darle una dimensión meramente potestativa (podrán) y, en todo caso, condicionada a un doble presupuesto:

La garantía legal de la obligación de protección eficaz ex art. 14 LPRL de la seguridad y salud en el trabajo (regulación por remisión genérica)

Inclusión de medidas (no puras recomendaciones, como parecía sugerir la norma) facilitadoras de la conciliación de la vida laboral y familiar.

Como se ha dicho, varias AAPP decidieron seguir esas recomendaciones en fase de desescalada, elaborando planes de reincorporación gradual al trabajo presencial. Buena parte de ellas fueron impugnadas por los sindicatos, que se oponían a las mismas porque no garantizarían ni una total seguridad para las personas empleadas públicas ni tampoco sus

---

<sup>13</sup> Empresas que revierten el teletrabajo pese a la recomendación de Sanidad: "Llevo en la oficina desde primeros de mayo". [https://www.eldiario.es/economia/empresas-teletrabajo-recomendacion-sanidad-llevo\\_1\\_5962836.html](https://www.eldiario.es/economia/empresas-teletrabajo-recomendacion-sanidad-llevo_1_5962836.html)

<sup>14</sup> La visión de diferentes especialistas en "¿Puedo negarme a ir a trabajar por miedo a contagiarme del coronavirus? Vid. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/16/legal/1584389103\\_658008.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/16/legal/1584389103_658008.html)



derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. A fin de paralizar las medidas, de modo que no se frustrara la eficacia de una eventual decisión favorable, suscitaron la suspensión de la decisión del empleador público a través de la petición de tutela de justicia cautelar. Tutela que, además, y para mayor celeridad, también para mayor probabilidad de éxito se articuló inicialmente como medida inaudita parte, esto es, conforme a la tutela judicial de especial urgencia ex art. 135 LRJCA. La respuesta judicial ha sido divergente.

Así, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Toledo 41/2020, de 20 de mayo, dejó sin efecto, de forma cautelar, la Resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Junta de Castilla y la Mancha, sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos para la reincorporación presencial del personal. En ella se ordenaba que toda persona empleada pública con despacho individual retornara a su trabajo presencial, al día siguiente de la entrada en vigor de la fase 1 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad, atendiendo a la situación de cada provincia de prestación de servicios. Impugnada la medida por una representación sindical, la autoridad judicial accede a ello provisionalmente, mediante tutela cautelar inaudita parte:

*«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.»*

Distinto será el criterio, sin embargo, del Auto del Juzgado de lo Contencioso número 2 de Murcia 119/2020, 3 de junio. Esta decisión deniega la medida cautelar solicitada por CSIF de suspensión de la Orden de 2 de junio de la Consejería de Presidencia y Hacienda por la que se establece el procedimiento 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. La petición sostenía una pretendida inversión administrativa de la preferencia legal, dando prioridad:

*“al trabajo presencial frente al telemático [que entendía debe mantenerse hasta que termine la fecha establecida legalmente, tres meses después del fin del estado de alarma, sin que a día de hoy se haya ordenado lo contrario por la autoridad sanitaria], lo que contraviene las normas establecidas por las autoridades sanitarias, y *conllevar poner en riesgo de contagio a 5.000 empleados públicos*, con posibilidad de expansión de la epidemia, *hecho que afecta tanto a trabajadores como a la ciudadanía*”.*

Pues bien, sobre análoga doctrina constitucional ex art. 24 CE (STC 218/1994) y jurisprudencial relativa a la justicia cautelar (STS, 3ª, 6 de abril de 2017, R. 202/17<sup>15</sup>) en el orden contencioso, en general, y respecto de la tutela inaudita parte (tutela cautelarísima o de especial urgencia) ex art. 135 LRJCA en particular, valorará que debe denegar la petición, al contrario que la decisión judicial homóloga toledana. Junto a la inexistencia de prueba de los 2 presupuestos generales (perjuicios de difícil reparación y de la apariencia de buen derecho), dos argumentos específicos llevarán a esta denegación. De un lado:

---

<sup>15</sup> Se asume la fuerza expansiva del art. 24.1 de la CE, también sobre “el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19-6-1990” y que se resume en que “la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”

*“En la ponderación de los intereses en conflicto, el público, de que se ejecute la resolución recurrida habida cuenta el contexto en que se dicta, debe prevalecer sobre el particular de la parte recurrente, de que se suspenda...”*

De otro:

*“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 aquél. Y si bien es cierto que ejecución de la resolución podría hacer perder al recurso su finalidad, dada la vigencia temporal...en la ponderación de los intereses, el público debe prevalecer sobre el particular en atención a las circunstancias referidas”*

Al margen de la valoración de fondo que pueda merecer, parece claro que se llega al resultado mediante una argumentación algo circular, evidenciando que prima aquí el interés público-administrativo a la organización del trabajo conforme a la decisión de quien ostenta la potestad para ello respecto del principio de precaución, por cuanto no se habría probado un riesgo real de contagio derivado de la medida de presencialidad con relación a la telemática. En suma, de este modo, en la debida ponderación de las razones e intereses en conflicto, para la decisión toledana pesará más el derecho fundamental a la integridad física con relación al derecho a la protección eficaz de la salud de las personas empleadas públicas frente al riesgo de contagio. En cambio, para la decisión murciana, la prioridad se otorga, al contrario, al interés público administrativo de autoorganización.

### **Algunos aspectos críticos procesales: la competencia es social, no contenciosa**

A mi juicio, y sin entrar en honduras técnico-jurídicas para no dilatar en exceso este análisis, no obstante la importancia que, entiendo, tiene este tema, en línea con otros igualmente relacionados con esta interacción entre salud pública y salud laboral (incluidas cuestiones de responsabilidad, también en orden al eventual recargo de prestaciones de seguridad social por infracción de normas de prevención de riesgos laborales), entiendo que son tres, al menos, las cuestiones jurídicas relevantes que suscita este debate. Una primera, que me resulta especialmente relevante en este ámbito, es de naturaleza procesal. En todos los casos (y en otros resueltos por la jurisdicción social -ej. un Juzgado social de Zaragoza-), una cuestión planteada en juicio es la competencia del juzgado contencioso frente a la del orden social, en virtud del artículo 2 e) de la LRJS.

A mi juicio, cuando una decisión organizativa público-administrativa se adopte -o, al contrario, se mita- en un marco de protección de la seguridad y salud en el trabajo, como el teletrabajo, ha de reconocerse la competencia al orden social de la jurisdicción. Decíamos que no se trata de un problema aislado, pues ya ha sucedido, con más intensidad y frecuencia, respecto de la justicia (primero cautelar, luego de fondo) en orden a las medidas de prevención basadas en los EPI para quienes no pudieron dejar de prestar servicios presencialmente. Justamente, a estos efectos, nuevamente interesante es traer a colación la STSJ PV 921/2020, 14 de julio, porque en ella se resuelve, a favor del orden social (sin perjuicio de tomar como referentes jurisprudenciales decisiones que han sido tomadas por la sala tercera del TS, que tampoco se planteó la cuestión de orden competencial, como debió, por ser de orden público, al conocer del proceso de tutela de derechos fundamentales respecto de la demanda del Colegio de Médicos contra la falta de medios de protección a los profesionales sanitarios)

Ya se apuntó más arriba que esta decisión jurisdiccional denegó, por dos veces, a través del auto que resuelve el incidente de medidas cautelares inaudita parte en el orden social y mediante sentencia, para el fondo, la tutela pretendida por la demanda sindical en el ámbito del servicio público vasco de Administración de Justicia. Entre las medidas que se entendían incumplidas por la Administración de Justicia vasca, poniendo en riesgo los derechos a la integridad ex art. 15 CE y a la salud del colectivo de empleados públicos del servicio referido, estaba la pretensión de establecer sistemas telemáticos, para reducir el trabajo presencial, con la consiguiente evitación del riesgo de contagio. Pues bien, en el caso, las partes demandadas esgrimieron la excepción de falta de jurisdicción, porque se consideraba competente el orden contencioso-administrativo.

Con buenos argumentos jurídicos, la sala social vasca reitera los argumentos que ha venido dando (ej. STSJPV 3 de junio de 2020 (recursos 14/20 y 20/20, en línea con otros tribunales de suplicación -ej. Cataluña-, como por la Audiencia Nacional, incluso, si bien de forma tácita por la propia Sala IV del TS)- para las demás cuestiones competenciales que se han suscitado en relación con la desprotección derivada de la pandemia para numerosos profesionales. La decisión judicial sobre si existe o no una medida preventiva de riesgos para el personal de empleo público (aún funcionarios), se invoque el art. 15 CE o no (solo legislación ordinaria), centrándose en el incumplimiento vulnerador en la conducta seguida por una administración pública cae bajo el ámbito del art. 2 e) de la LRJS (ATS, Sala de Conflictos, 6 de abril 2020, procedimiento 2/2020).

No parece que ni los órganos judiciales contencioso-administrativos, ni siquiera los propios sindicatos terminen de asumir la reforma tan profunda que en esta materia supuso la LRJS, convirtiendo a la jurisdicción social en la única que tiene competencia para velar por la garantía eficaz del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de toda persona empleada, sea privada o pública. Otros (pocos) juzgados de lo contencioso sí parecen comprender este cambio, inhibiéndose en favor del orden social.

### **Crítica sustantiva: ¿el principio de precaución lleva un paso más allá del deber de protección eficaz?**

En segundo lugar, y entrando en el fondo del asunto de la legitimidad de este tipo de decisiones de retorno del trabajo telemático al trabajo presencial, levantando, o, en otros casos, devaluando la preferencia del primero respecto del segundo si media riesgo de contagio y es posible razonablemente, hay una cuestión procedimental importante a tener en cuenta. En coherencia con esta configuración funcional como medida preventiva del teletrabajo, es obligado verificar, por la decisión judicial, si el plan de reincorporación presencial se ha elaborado, o no, conforme al principio de participación colectiva establecida en la LPRL (art. 34). Por lo tanto, ni las personas delegadas de prevención de riesgos laborales ex artículo 36.1 c) de la LPRL, que tienen un derecho de consulta, ni el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo ex artículo 39.1 a) de la LPRL, que tienen un derecho a participar en la elaboración y puesta en práctica de medidas de este tipo, pueden ser preteridos en la toma de decisiones de esta guisa. En caso contrario, la medida debe declararse nula. Esta cuestión ha sido orillada por ambas decisiones contenciosas, lo que se justificaría en el fallo estimatorio, no en el segundo, el desestimatorio.

Finalmente, y por lo que refiere al fondo del asunto, parece igualmente claro que, al margen de las deficiencias de procedimiento, el diferente criterio sostenido en un caso y en el otro reside en la diferente valoración que hacen del principio de precaución (con carácter general

vid. STS, 3ª, 928/2020, 6 de julio), que hoy adquiere una especial significación, a consecuencia de los efectos de la pandemia en materia de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de miles de personas, no solo profesionales en primera línea de lucha contra la pandemia (vid. SJS Teruel 60/2020, de junio). En el Auto contencioso de Toledo subyace. Pues no lo explicita, una comprensión estricta del principio precaución. En cambio, la decisión del juzgado contencioso murciano ha primado el principio de autoorganización administrativa, ante la ausencia de prueba cierta sobre un riesgo de contagio concreto verificable.

La obligación del empleador es garantizar una protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, para lo que deberá no solo atender el marco normativo «normal» (LPRL), sino también el específico para cada momento de la situación excepcional de «emergencia». Ahora bien, esa garantía no puede convertirse en una predeterminación gubernativa rígida de cuál ha de ser la medida más eficaz, la máxima que pueda darse (es obvio que el riesgo de contagio es menor si no se va al trabajo que si se va, si bien tampoco excluye otras vías comunitarias, puesto que sí pueden realizarse otras actividades con análogo o mayor riesgo), al margen tanto de cada etapa evolutiva de la emergencia sanitaria cuanto de la existencia de otros derechos constitucionales, como la potestad autoorganizativa de los empleadores públicos (libertad de empresa para los privados), así como el derecho a un servicio público eficaz de la ciudadanía, no siempre compatible con el teletrabajo.

Además, en este tipo de ponderaciones se prescinde por completo de los propios riesgos a la salud de las personas trabajadoras que genera un teletrabajo poco y/o mal planificado. Parece haber una fe ciega en las bondades del teletrabajo, cuando queda claro, por los análisis más recientes realizados, que, sin una adecuada planificación, el modelo de teletrabajo tiene más inconvenientes que virtudes, para la organización y para la salud de las personas trabajadoras (sobreesfuerzos, conexiones continuadas, fatiga visual, lesiones musculoesqueléticas –aluvión de «espaldas crujidas» en las consultas de fisioterapeutas, dolores cervicales–, etc.). Convendría evitar la «ley del péndulo», y pasar de creer en la revolución liberadora del teletrabajo como objeto de deseo (el 65 % de las personas trabajadoras en España lo anhelaban en la época precovid19) a su mitificación (las trampas del teletrabajo, en especial para las mujeres)<sup>16</sup>.

¿Cómo evitarlo? Optimizar su desempeño, equilibrando las razones e intereses de las partes de la relación de trabajo, así como de la sociedad. No es lo mismo una decisión de retorno que no asegure de forma efectiva la protección eficaz de la salud, así como las razones de conciliación que pudiesen concurrir, que aquellas que sí lo contemplan, como sucedía en ambos programas de las decisiones enjuiciadas por los órganos contenciosos analizadas. Es el fin (la protección eficaz de la salud, efectividad de la conciliación), no el medio lo que debe garantizar la garantía judicial de efectividad de la tutela.

---

<sup>16</sup> C. MOLINA NAVARRETE. ¿Es tan saludable el teletrabajo como para imponerlo judicialmente frente al riesgo de contagio? <https://www.laboral-social.com/COVID-19-cristobal-molina-navarrete-es-tan-saludable-el-teletrabajo-como-para-imponerlo-judicialmente-frente-al-riesgo-de-contagio.html>