

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 TOLEDO

AUTO: 00041/2020

-

Modelo: N35300
MARQUES DE MENDIGORRIA, 2
Teléfono: 925396104 -05-06-07 **Fax:** 925396109
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MDT

N.I.G: 45168 45 3 2020 0000304
Procedimiento: PMU PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARISIMAS 0000114 /2020 DE DERECHOS FUNDAMENTALES
0000114 /2020 -D-
Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS
De D/D^a: STAS-CLM
Abogado: [REDACTED]
Contra D./D^a: CONSEJERIA HACIENDA Y ADMON PUBLICAS
Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD

AUTO N° 41

En Toledo, a 20 de mayo de 2020

HECHOS

PRIMERO.- Se ha planteado recurso contencioso administrativo por parte del SINDICATO DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS DE CASTILLA LA MANCHA (STAS-CLM) contra la Resolución de fecha 13 de mayo de 2020 dictada por la Dirección General de la Función Pública de la Conserjería de Hacienda y Administraciones Públicas.

SEGUNDO.- Se plantea la medida cautelar de especial urgencia conforme al art. 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la que se solicita que los trabajadores de la Administración Regional Castellano Manchega que venían prestando servicios por teletrabajo a raíz de la declaración de estado de alarma, puedan continuar prestando servicios por dicho sistema, sin obligación de acudir presencialmente a su puesto de trabajo en tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que regulan las fases de desescaladas derivadas de la epidemia del Covid-19.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Señala el art. 135.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que "Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) *Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.*

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) *No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo".*

Para la adopción de medida cautelar por efecto de lo dispuesto en los artículos 135 y 136 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

Primero, que existan circunstancias de especial urgencia, que obliguen a adoptar la medida sin oír a la parte contraria;

Segundo, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129.1 y 130.1 de dicha Ley, se den las circunstancias necesarias para decretarla. El artículo 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, únicamente prevé señalar comparecencia cuando se adopta la medida "provisionalísima" y no cuando ésta se deniega, por tanto si no concurre alguna de las condiciones anteriormente expuestas, la consecuencia será la tramitación ordinaria de la pieza de medida cautelar de conformidad con el artículo 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sin acceder "inaudita parte" a la medida cautelar.

En cuanto a las circunstancias de especial urgencia cabe citar el reciente Auto del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 2016 que analiza este supuesto y señala tras analizar la tutela cautelar en cualquier estado del proceso (ex Art. 129.1 LJCA) *"...frente a ese régimen general de las medidas cautelares, es cierto, como en el escrito promoviendo la de autos, se aduce que el mencionado artículo 135 autoriza a la adopción inmediata de las medidas cautelares contempladas con carácter ordinario "inaudita parte" y en el plazo de dos días. Pero para que proceda esta tramitación y adopción de medidas por tan estrictos trámites, el mismo precepto impone la condición de que concurren "circunstancias de especial urgencia" ; exigencia que como se declara en el auto de esta Sala de 21 de mayo de 2014 (recurso 377/2014) comporta poner de manifiesto "una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de medidas cautelares que, según los trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente, conforme al principio general de audiencia de la otra parte" , con sacrificio del principio de contradicción. En esa misma línea, se declara en el auto de 14 de enero del presente año (recurso 800/2015), " Las circunstancias de especial urgencia que requiere el art. 135.1, letra a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , son aquellas que por su entidad no consienten que la toma de decisión sobre una medida cautelar espere, ni tan siquiera, a que transcurra el brevísimo plazo de diez días que ha de concederse a la parte contraria para que pueda alegar sobre la procedencia de aquella". Con mayor precisión se declara en el Auto de 23 de diciembre de 2013 (recurso 512/2013) que "El referido precepto procesal permite la adopción de medidas cautelares, sin oír a la parte contraria, cuando concurren circunstancias de especial urgencia, es decir, circunstancias que pongan de manifiesto que, caso de seguir la tramitación ordinaria del incidente, prevista en el art. 131, la adopción de la medida cautelar resultaría ineficaz, ante una ejecución inmediata y difícilmente reversible del acto impugnado.*

Son, fundamentalmente, estas dos circunstancias, inmediatez de la ejecución del acto y dificultad o imposibilidad de reversión de la misma, las que justifican, en su caso, que el interesado acuda diligentemente a la adopción de la medida cautelar con carácter de urgencia, en cuanto la tutela cautelar de las pretensiones del recurrente podría verse perjudicada o dificultada notablemente si, atendida la naturaleza y alcance del acto impugnado, hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar..."

SEGUNDO.-El escrito inicial del recurso contencioso-administrativo se interpone por [REDACTED], actuando en defensa y representación del Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras de Administración y Servicios de Castilla La Mancha (STAS-CLM). Se dirige el recurso, por el cauce del procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, con invocación de la vulneración de los artículos 28 de la Constitución y artículo 15 de la Constitución en relación con el artículo 43.1 y 43.2 del mismo texto constitucional contra la Resolución de la Dirección General de la Función Pública sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal de fecha 13 de mayo de 2020 en cuyo anexo se especifica el modo de reincorporación a los centros de trabajo.

En concreto dispone el anexo entre otros puntos que no son objeto de la presente medida cautelar: "1. El personal que cuente con despacho individual se reincorporará al día siguiente de la entrada en vigor de la Fase 1 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad en la provincia donde presta servicios.

2. El personal que comparta despachos o salas, excepto los de atención directa al público, se reincorporará la semana siguiente a la fecha indicada en el punto anterior.

3. El personal de atención directa al público se reincorporará cuando la autoridad sanitaria competente autorice el acceso de la población a los edificios, instalaciones y dependencias del sector público".

Solicita que se conceda al amparo del art. 135 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la continuación de la prestación de servicios por teletrabajo a raíz de la declaración de estado de alarma, sin obligación de acudir presencialmente a los puestos de trabajo en tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las normas que regulan las fases de la desescalada derivada de la epidemia del COVID-19.

Como fundamento de su pretensión en el escrito de interposición de recurso se aduce que las medidas han sido impuestas sin haber sido objeto de negociación previa con los representantes de los trabajadores así como se otorga preferencia al trabajo presencial frente al telemático, lo que contraviene las normas establecidas por las autoridades sanitarias, y conlleva 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.

En cuanto a la fundamentación de la medida cautelar, se alega que resulta evidente que de no acordarse la medida el cumplimiento de la decisión administrativa haría perder la finalidad del recurso.

TERCERO.- En el presente caso, se entienden que concurren los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional para la adopción inaudita parte de la medida provisionalísima solicitada.

Debe atenderse a la urgencia que concurre en la solicitud de tutela cautelar teniendo en cuenta la evidencia de una pandemia internacional declarada, así como por la circunstancia de que la entrada en vigor de la reincorporación que se fija en la Resolución de 13 de mayo de 2020 se produce al día siguiente de la Fase 1 del Plan para la transición hacia la nueva normalidad en la provincia donde se presta servicios, circunstancia que ya ha tenido lugar por ser hecho notorio en todas las provincias de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, produciéndose en la semana siguiente la reincorporación del personal que comparta despachos o salas, excepto los de atención directa al público. Es decir, conforme a la resolución indicada ya se habría producido la reincorporación del personal que comparte despachos o salas en las provincias de Cuenca y Guadalajara. Tales circunstancias suponen que la tutela cautelar de las pretensiones del recurrente podrían verse perjudicadas o dificultadas notablemente si hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar.

Determinada la especial urgencia, procede analizar si se ha de acordar o denegar la medida cautelar en base a lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dispone: "1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

Según consolidada jurisprudencia - reiterada, entre otras, en ATS de 12 de marzo de 2014 - la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que puede resumirse en los siguientes puntos:

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. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "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 éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "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" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El periculum in mora. Conforme al artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio EDL 1998/44323, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA): "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

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: "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, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "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, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina 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 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que *"la 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 artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 , entro otros)“.

La resolución objeto de recurso se dicta en un proceso de desescalada como consecuencia de la pandemia del COVID 19, que ha supuesto la adopción de medidas extraordinarias para evitar la difusión y propagación de un virus conocido por su capacidad de contagio y mortalidad. En dicho contexto, se solicita que los trabajadores de la Administración Regional Castellano Manchega que venían prestando servicios por teletrabajo a raíz de la declaración de estado de alarma, puedan continuar prestando servicios por dicho sistema, sin obligación de acudir presencialmente a su puesto de trabajo en tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que regulan las fases de desescaladas derivadas de la epidemia del Covid-19.

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.

Por otro lado, 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 puede verse afectado por el riesgo de contagio ha de primar en el caso presente frente a la reincorporación presencial de aquellos

trabajadores que han venido desempeñando durante el confinamiento sus servicios de forma telemática y, en consecuencia, 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.

Y todo ello, sin perjuicio de que, como dispone el artículo 135.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con posterioridad y tras la audiencia a la Administración demandada y Ministerio Fiscal, se resuelva con más elementos de juicio sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación, en su caso, de la medida que de manera cautelarísima se va a adoptar.

Por otro lado, del análisis preliminar efectuado en esta fase procesal sin prejuzgar el fondo del asunto y por si pudiera apreciarse, dada la naturaleza compleja de la cuestión planteada una posible competencia de la jurisdicción laboral al amparo del artículo 2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social óigase a las partes sobre dicha competencia.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA, sin previa audiencia de la parte contraria, la medida **cautelar** consistente en que los trabajadores de la Administración Regional Castellano Manchega que venían prestando servicios por teletrabajo a raíz de la declaración de estado de alarma, puedan continuar prestando servicios por dicho sistema, sin obligación de acudir presencialmente a su puesto de trabajo en tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que regulan las fases de desescaladas derivadas de la epidemia del Covid-19.

Óigase a los Servicios Jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, y Ministerio Fiscal por plazo de TRES DÍAS sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida acordada en este Auto.

Óigase a las partes por plazo de TRES DÍAS sobre la posible competencia de la jurisdicción laboral para conocer del



asunto, al amparo del artículo 2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Oficiése por cualquiera de los medios telemáticos disponibles a la Administración demandada para el inmediato cumplimiento de la medida acordada y comienzo del cómputo del plazo conferido para alegaciones.

Así lo acuerdo, mando y firmo, _____,
Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Toledo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: El presente Auto es firme y contra el mismo no cabe interponer recurso ordinario alguno.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.