



## SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de octubre de 2020)

- Tribunal Supremo
- Juzgado de lo Contencioso-Administrativo

### TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

#### Los repartidores de Glovo son trabajadores por cuenta ajena

**Caracteres del contrato de trabajo. Contrato de trabajo y trabajo por cuenta propia. Glovo App 23, SL. Contrato de prestación de servicios para la realización de recados, pedidos o microtarefas como trabajador autónomo. Suscripción posterior de contrato como trabajador económicamente dependiente (TRADE) al percibir más del 75 % de sus ingresos de dicha empresa. Asunción del repartidor frente al cliente final de los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte.**

A pesar de haber suscrito contrato de TRADE no concurrían las condiciones para ello por cuanto el trabajador no desarrollaba su actividad con criterios organizativos propios, por un lado, y, por otro, no disponía de infraestructura y material propios, pues la moto y el móvil se conceptúan como elementos accesorios o complementarios. La infraestructura esencial es el programa informático desarrollado. Los indicios de inexistencia de relación laboral (capacidad de rechazar clientes o servicios, elección de franja horaria y compatibilidad con otras plataformas) quedan desvirtuados, dado que a través del sistema de puntuación de los repartidores su desempeño diario era evaluado, de tal forma que el sistema informático atribuía preferencia de acceso a los servicios a los que tenían mejor puntuación y, para tener mejor puntuación, era necesario realizar servicios en las horas de mayor demanda; así, la percepción de ingresos del repartidor dependía de si realizaba o no servicios y de cuántos realizaba condicionados a la franja horaria con más demanda. Se constata tanto la ajenidad en los frutos como la ajenidad en los riesgos dado que, por un lado, Glovo se apropia de manera directa del resultado de la prestación y, por otro, aun cuando persiste un indicio contrario a la existencia de una relación laboral, cual es asumir los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte, sin embargo no concurre el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de profesiones. En definitiva, Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago, se establecen por Glovo. Además, Glovo disfruta de un poder para sancionar a sus repartidores por una pluralidad de conductas diferentes, que es una manifestación más del poder directivo del empleador. La relación entre el trabajador y la mercantil Glovo App 23, SL, tenía naturaleza laboral. **Sala General** (vid. [STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 195/2019](#), casada y anulada por esta sentencia).

(STS, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2020, rec. núm. 4746/2019)

## Los socios trabajadores de cooperativas están incluidos en la protección por desempleo si la cooperativa optó por la afiliación al RGSS, y ello aunque todos los socios estén ligados por parentesco y convivan en el mismo domicilio

**Desempleo. Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado. Cooperativa que optó por el RGSS. Denegación de la prestación por el Servicio Público de Empleo Estatal al no computar las cotizaciones efectuadas en razón a que todos los socios de la cooperativa se hayan ligados por parentesco hasta el segundo grado y conviven en el mismo domicilio.**

Nuestro ordenamiento jurídico no solo incluye en la protección de desempleo a los socios-trabajadores afiliados al RGSS, sino que no lleva a cabo excepciones ni matizaciones en atención al porcentaje de sus participaciones, ni a circunstancias tales como su relación con el resto de los socios cooperativistas. La incidencia de este último elemento en el alcance de la protección de Seguridad Social es contemplada en las disposiciones adicionales vigésima séptima y vigésima séptima bis de la LGSS de 1994, que no resultan aplicables a los socios-trabajadores de las cooperativas que hubieren optado por el RGSS. Así, la primera se refiere al campo de aplicación del RETA, en el que debe integrarse quien preste servicios para una sociedad cuyo 50% del capital social esté distribuido entre socios, con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado. Ninguna duda cabe de que la norma se refiere a sociedades de capital y no abarca a las cooperativas, puesto que, de ser así, resultaría incongruente con la posibilidad que estas tienen de optar por el RGSS o el RETA. También sería imposible cumplir con la regla que establece que la opción de la cooperativa se aplica a todos los socios, lo que impide que se diferencie a estos en función del nivel de participación y de los vínculos de parentesco. Esta conclusión queda claramente confirmada en la segunda de las disposiciones mencionadas. En ella se regula la situación de inclusión de los socios trabajadores de sociedades laborales, quienes, a diferencia de las cooperativas de trabajo asociado, quedan obligatoriamente incluidos en el RETA o, como trabajadores por cuenta propia, en el RETMAR, cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50%, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares. Esta particular precisión del legislador evidencia que, cuando este ha querido incluir excepciones, así lo ha hecho expresamente. Y, no obstante, no existe excepción alguna para los socios-trabajadores de las cooperativas, respecto de los cuales no se efectúan especiales reglas como las que se indican en las disposiciones examinadas.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 1181/2018)

## La sucesión de empresa también opera cuando tras la finalización de un contrato de arrendamiento de industria el arrendador recupera el negocio que continúa parcialmente

**Despido. Arrendamiento de industria a cuya finalización el arrendador recupera el negocio que continúa parcialmente. Actividad arrendada concerniente a una entidad económica que, sin constituir la actividad medular de la arrendadora, mantiene su identidad, entendida esta como un conjunto de medios organizados para desarrollar una actividad económica, incluso aunque se considerara accesoria. Hotel que arrienda el circuito termal, los vestuarios y tres cabinas de masajes e hidromasajes para que la arrendataria pudiera explotar un centro de salud y belleza.**

La finalización de un contrato de arrendamiento de empresa o negocio determina que se produzca un cambio de titularidad y la oportuna aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La subrogación en la posición empresarial por parte de la propiedad del negocio o industria arrendada viene determinada por el hecho de que el arrendador recupera lo arrendado a la finalización del término estipulado en el contrato y como tal propietario podrá asumir el negocio directamente, de manera total o parcial; cederlo, a través de un nuevo contrato de arrendamiento a un tercero; o, en definitiva, poner fin a la explotación del negocio. En cualquier caso, de inmediato y con independencia



► de lo que suceda después, por mor del artículo 44 del ET se habrá subrogado en la posición de empresario y deberá responder de las obligaciones que de tal posición se deriven. En el presente caso, resulta evidente que el arrendador, hoy recurrente, recuperó lo que constituía el objeto del contrato de arrendamiento en los términos ya indicados, convirtiéndose de esa manera en empresario de los trabajadores afectos al negocio arrendado, y ello con independencia de que con posterioridad la dirección del hotel decidiese explotar únicamente una parte de lo anteriormente arrendado. Para entender producido el cambio de titularidad o la transmisión de empresas a que se refiere el artículo 44 del ET la empresa principal cedió a otra en arrendamiento los locales y la explotación de los tratamientos de belleza y masajes, incluido el circuito termal, lo que implica que resulta claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, es decir, una empresa, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda de que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede. Como se dice en la Directiva 98/50/CE y de conformidad con lo ordenado en el artículo 44 del ET, lo cedido fue una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios organizados.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 1037/2018)

## Los trabajadores con contrato de interinidad por vacante o sustitución tienen derecho a pasar a la situación de excedencia voluntaria

**Administraciones públicas. Contrato de interinidad por vacante. Derecho del interino a pasar a la situación de excedencia voluntaria.**

La situación de excedencia voluntaria, aunque tiene un tratamiento específico, permite que sea reconocida a favor de quien tiene suscrito un contrato de interinidad, por sustitución o vacante, si bien sometida a la necesidad de que dicho contrato no haya incurrido en causa de extinción. Se trata de una condición de trabajo (como el despido o la suspensión del contrato), siendo comparable la situación de los trabajadores con contrato de interinidad y los trabajadores fijos. Aunque la excedencia voluntaria otorga un derecho preferente de reingreso a vacante de igual o similar categoría, el trabajador interino solo puede ostentar ese derecho en tanto que la plaza vinculada al contrato esté vacante o no se hubiera reincorporado el sustituto al momento de finalización del periodo de excedencia. Con esta precisión, no se estaría desnaturalizando el contrato ni contraviniendo las reglas que lo rigen. Con ello, además, no se está obligando al empleador a reservar el puesto de trabajo, ya que esa vacante deberá seguir su curso ordinario de cobertura y, en caso de cubrirse la misma definitivamente, ello conllevaría, de producirse antes de la conclusión del periodo de excedencia concedido, que el contrato de interinidad del excedente habría incurrido en causa legal de extinción y, por ende, la excedencia quedaría ya sin contenido. Más dificultad aplicativa se presenta si el empresario concierta otro contrato de interinidad para cubrir la plaza que deja el interino excedente, ya que si el derecho a la excedencia se mantiene en tanto que el contrato de interinidad no incurra en causa de extinción, es lo cierto que entre las causas que llevan a la finalización del contrato está la cobertura de la vacante por quien haya sido adjudicatario de la misma en el proceso reglamentario de selección o porque la persona sustituida retorne a su puesto de trabajo (art. 4.2 b) RD 2720/1998). Tampoco esa situación impide otorgar el derecho de excedencia voluntaria. Desde el momento en que el interino pase a la excedencia, el empleador puede libremente y en cualquier momento suscribir otro contrato de interinidad con un tercero para cubrir nuevamente la vacante o al sustituido. Si ello se produce, la excedencia voluntaria del interino seguirá su curso y si concluido el periodo de su excedencia sigue el nuevo interino ocupando la plaza, simplemente el excedente seguirá manteniendo la expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza que podría, al estar siendo desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso.

(STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2020, rec. núm. 1373/2018)

## **Extinción del contrato por retrasos continuados en el pago del salario. Es irrelevante la situación de concurso de la empresa, la falta de reclamación anterior de los trabajadores y la existencia de acuerdos colectivos posteriores a la demanda**

**Extinción de la relación laboral por incumplimiento del empresario. Empresa en concurso que, tras acumular retrasos continuados en el abono del salario durante más de 3 años, llega a un acuerdo con la representación de los trabajadores para fijar la fecha de abono salarial en los primeros 5 días del mes siguiente al devengo.**

Los incumplimientos empresariales que facultan al trabajador para instar la resolución indemnizada del contrato, si bien no necesariamente han de obedecer a una conducta deliberada y culpable de la empresa, sí han de poder ser calificados de graves. Para que concurra el requisito de la gravedad en la demora en el abono de los salarios, es preciso que no se trate de un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente manifestado mediante una conducta continuada. En el caso analizado, los trabajadores no han percibido su salario de forma puntual desde septiembre de 2013. Ello significa que, en el momento de la interposición de la demanda, los retrasos se habían producido de modo continuado durante más de 3 años; situación que, además, se agravó desde enero de 2014 al tener que soportar, no solo que el salario no les fuera entregado al finalizar el mes trabajado, sino que ese crédito frente a la empresa les fuera satisfecho de modo parcial, lo que aumentaba la demora del completo percibo de cada mensualidad. Afirmada la gravedad del incumplimiento, es importante recordar que la situación de concurso de la empresa o la acreditación de sus dificultades económicas no enervan la acción frente a su incumplimiento. Debe rechazarse también cualquier alusión a la tolerancia de los demandantes y a su deber de solidaridad. No hay que olvidar que el abono del salario, de forma puntual, se erige en una de las obligaciones esenciales del empleador. Ni el cumplimiento de tal obligación es susceptible de ser modulado o condicionado por la decisión unilateral de la empresa, ni la reiteración de la insatisfacción de la obligación puede resultar en una modificación de la misma. Una cosa es que la acción de reclamación hubiera podido estar sometida a una eventual prescripción –si la conducta incumplidora no persistía ya en el momento de la demanda– y otra distinta deducir de ella un consentimiento tácito de los trabajadores respecto al percibo de sus salarios con constantes retrasos. La facultad de optar por la tutela que regula el artículo 50.1 b) del ET no se halla sometida a ninguna otra condición de la reclamación previa del cumplimiento de la obligación de pago del salario. Finalmente, el hecho de que en 2017 hubiera un acuerdo con la representación legal de los trabajadores lo único que evidencia es que hasta dicha fecha la actitud de la empresa estaba huérfana de todo viso de bilateralidad y confirma, lisa y llanamente, el incumplimiento grave señalado. Además, hay que tener en cuenta que la satisfacción de la obligación con posterioridad a la demanda no puede dejar sin efecto el dato objetivo de la existencia de un incumplimiento empresarial grave, ni privar de interés tutelable a quien acudió ante los órganos judiciales interesando la resolución de su contrato con base en él. El acuerdo de abril de 2017 ni convalidaba la situación preexistente, ni amparaba el pago diferido y fraccionado de los salarios en los términos que habían venido soportando los trabajadores.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 105/2018)

## **Es lícito utilizar con fines disciplinarios los datos del geolocalizador GPS instalado en un vehículo de empresa si el trabajador ha sido informado previamente**

**Despido disciplinario. Uso por la trabajadora del vehículo de empresa (dotado de control por GPS) en tramos horarios ajenos a la relación laboral, pese a las instrucciones expresas al respecto.**

La interrelación entre las exigencias del respeto a la protección de datos y la eventual invasión de la intimidad del trabajador se ha abordado particularmente en relación con el uso de los medios informáticos. En este punto la sala ha insistido en que la empresa debe haber establecido previamente las bases para el uso de los instrumentos, así como haber informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectividad laboral del medio informático cuando





fuere preciso. Esta aproximación es aplicable al caso que nos ocupa, aunque conviene poner de relieve que los datos obtenidos por el GPS se refieren a la ubicación permanente del vehículo, sin que permita captar circunstancia alguna de sus ocupantes. El que la empresa dote al vehículo del receptor GPS tiene la finalidad de garantizar tanto la seguridad, como la coordinación del trabajo, por lo que, si bien la geolocalización del vehículo es permanente, su uso estaba limitado en los términos taxativamente indicados por la empresa. Por otra parte, la utilización de los datos de localización del vehículo en los términos indicados en la carta de despido no refleja –ni tiene capacidad para ello– ninguna circunstancia personal de la trabajadora. Lo que pone de relieve es que esta lo utilizó –o pudo permitir que otros lo hicieran– con incumplimiento manifiesto de las instrucciones al respecto, dado que, en los periodos de descanso laboral de la actora, así como durante su situación de baja, el GPS debería haber reflejado la inmovilización del vehículo. En este caso, lo que determina la decisión empresarial es la constatación de las señales de movimiento en tiempos no justificados. La seguridad del vehículo –y la responsabilidad civil que pudiera aparejarse de un quebranto de la misma– sigue hallándose en la esfera de las obligaciones de la empresa, como titular del mismo, fuera de la jornada de trabajo. Precisamente, lo que se había establecido es que la trabajadora era responsable del vehículo durante la jornada laboral, porque es solo durante la misma cuando debía utilizarlo. Pretender que la empresa no pueda usar los datos del GPS fuera de la jornada laboral y, al mismo tiempo, contravenir esta instrucción inicial, y hacer o permitir el uso del vehículo fuera de los tiempos de trabajo, sitúa a la empresa en una posición de oscuridad respecto de los riesgos que pudiera tener que asumir por la circulación del vehículo fuera de su ámbito de decisión y control. En suma, la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no pueda apreciarse ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios. Había conocimiento previo y no se aprecia invasión de la esfera privada de la trabajadora, al afectar exclusivamente a la ubicación y movimiento del vehículo del que, eso sí, ella era responsable y debía utilizar con arreglo a lo pactado.

(STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2020, rec. núm. 528/2018)

## La indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa, sino con base en los periodos de prestación efectiva de servicios

**Trabajador fijo discontinuo. Despido. Cómputo de la antigüedad en el cálculo de la indemnización sin descontar los periodos de inactividad.**

Tanto la doctrina del TJUE como la del propio TS, que, a efectos retributivos y de promoción profesional (trienios), incluyen los periodos en los que el trabajador fijo discontinuo no ha prestado servicios, no se aplica, sin embargo, al cálculo de la indemnización por despido. Conforme al tenor literal de la norma (art. 56.1 ET: «por año de servicio»), esos periodos de inactividad no deben computarse a efectos indemnizatorios. La indemnización por despido constituye una compensación por la extinción del contrato que tiene naturaleza extrasalarial y que se calcula sobre la base del tiempo de servicio, con los topes legales. Durante los periodos de inactividad no se produce dicha prestación de servicios, por lo que no puede computarse con esta finalidad. Al contrario de lo previsto en la doctrina comunitaria, a través del Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18), que argumenta que ya se repercute en el importe, en el caso los trienios, una reducción proporcionada de la retribución, por el contrario, la indemnización por despido se calcula sobre la base del salario del último mes, sin disminución alguna, por lo que, si se incluyeran tanto los periodos de actividad como los de inactividad, la indemnización por despido no se basaría en el tiempo de servicios, sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa. Asimismo, entiende la sala que no concurre



►  
discriminación, pues un trabajador fijo discontinuo percibirá la misma indemnización por despido que un trabajador fijo a tiempo completo que haya prestado servicios laborales durante un lapso temporal igual a la suma de los periodos de ocupación del fijo discontinuo y que perciba el mismo salario regulador del despido. En definitiva, la indemnización por despido de los trabajadores fijos discontinuos no se calcula sobre la base de los años naturales en que haya estado en la empresa, sino con base en los periodos de actividad en los que el trabajador haya prestado efectivamente servicios.

(STS, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2020, rec. núm. 324/2018)

## Fogasa. Excepción de prescripción. Su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición impide también su alegación en el seno del proceso

**Reclamación de prestaciones al Fogasa por insolvencia empresarial (hasta en tres ocasiones) en expedientes que se dan por desistidos. Posibilidad del fondo de alegar por primera vez en sede judicial la excepción de prescripción sin haberla invocado en su previa resolución (administrativa) desestimatoria.**

La excepción material de prescripción, por tratarse de un hecho excluyente, necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciada, no bastando con que simplemente su realidad pueda deducirse de la prueba. Esto trae como consecuencia que su falta de alegación al resolver en vía administrativa la petición impide también su alegación en el seno del proceso, so pena de quebrantar la congruencia, pues la introducción de esta excepción por primera vez en el acto del juicio es sorpresiva para el actor y le causa indefensión, porque no le ha permitido preparar debidamente su defensa, si es que pensara que podría rebatir la alegación que en tal sentido se le hubiera hecho al resolver administrativamente su petición, o, en otro caso (esto es, si opinara que realmente su crédito hubiera prescrito), la falta de alegación temporánea de la repetida excepción material lo ha inducido a interponer una demanda que de otro modo quizá no hubiera ejercitado, o la habría planteado en otros términos. Por tanto, si el fondo desestima una solicitud invocando como causa de ello que se había desistido de la misma, no es posible que posteriormente abandone ese motivo e introduzca uno nuevo.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 135/2018)

## Es incompatible la pensión de invalidez no contributiva con el posterior reconocimiento de una pensión de orfandad para incapacitados

**Pensión de invalidez no contributiva. Beneficiaria con sordomudez congénita que posteriormente queda huérfana, siéndole reconocida pensión de orfandad para incapacitados. Incompatibilidad de ambas prestaciones.**

La regla general de incompatibilidad de pensiones del régimen general deriva del principio de que, en nuestro ordenamiento jurídico, la pérdida o carencia de rentas no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, siendo las razones que justifican la incompatibilidad evitar al mismo tiempo que se lucren dos o más pensiones por un mismo esfuerzo contributivo o que se duplique la cobertura social en un único supuesto de carencia de rentas. Con carácter concreto, la incompatibilidad que nos ocupa se encuentra regulada en el artículo 225.2 de la LGSS y precisa que los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una u otra. En este punto, la limitación opera entre pensiones del sistema de Seguridad Social, comprendiendo, de forma evidente, a las pensiones no contributivas. Al respecto, esta sala ya ha establecido, con referencia al hoy derogado artículo 16.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que la incapacidad a la que se refiere la norma (actual art. 224.1 LGSS) es la

►

▶

de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio. Ello no contraría el tenor literal de la norma legal ni tampoco la finalidad de la misma, que es la de proteger como pensionistas a los huérfanos mayores de cierta edad que carezcan por completo de capacidad de trabajo, pero no a los que dispongan de una cierta capacidad laboral, aunque sea limitada para determinadas actividades. Desde esa perspectiva, la incompatibilidad que establece el reiterado artículo 225.2 de la LGSS resulta perfectamente coherente con las normas del sistema, en la medida que establece una incompatibilidad para los huérfanos que son beneficiarios de la pensión de orfandad derivada de la incapacidad que padecen con cualquier otra pensión del sistema que perciban en razón de la misma incapacidad; por lo que la ley dispone que podrán optar por una u otra y no percibir las acumuladamente. Y no hay duda alguna de que, en el presente supuesto, una y otra pensión se generan por la misma situación de incapacidad para todo trabajo derivada de la misma patología incapacitante, esto es, la sordomudez congénita que padece la recurrente.

(STS, Sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2020, rec. núm. 1217/2018)

## JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO –GUÍA–

### Empleados públicos y teletrabajo. Medidas cautelares solicitadas frente a la orden que establece la recuperación del trabajo presencial en contra de lo recomendado por el Ministerio de Sanidad

Empleados públicos de la Administración Regional de Murcia que han venido prestando sus servicios profesionales en la modalidad de teletrabajo. Solicitud como medida cautelar de la suspensión de la orden por la que se establece la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en la prestación de servicios públicos, al estar vigente el carácter prioritario del teletrabajo, hasta 3 meses desde el fin del estado de alarma, en función de lo establecido por el Ministerio de Sanidad.

La razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares 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, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello, el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil. 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: 1. 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 baste una mera invocación genérica. 2. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. 3. El *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso 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. 4. 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. 5. La doctrina de 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. En el caso, procede denegar la petición de suspensión solicitada por el recurrente, ya que 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 sus afiliados; 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. Además, no se aprecia la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho. El análisis de lo alegado a tal efecto supondría entrar a conocer del fondo del asunto, lo que está prohibido en este momento. Finalmente, 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, al no estimar que las razones alegadas permitan primar este sobre aquel. 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. Y si bien es cierto que la ejecución de la resolución podría hacer perder al recurso su finalidad, dada la vigencia temporal mentada, no hay que olvidar que, en la ponderación de los intereses, el público debe prevalecer sobre el particular en atención a las circunstancias referidas.

(AJCA núm. 2 de Murcia de 3 de junio de 2020, núm. 119/2020)