



# ***Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social***

**Estado de alarma, crisis económica  
y mantenimiento del empleo  
en la legislación laboral**

# 149



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA  
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO  
DE TRABAJO  
Y ECONOMÍA SOCIAL

**NÚMERO  
EXTRAORDINARIO**



# Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

---

## CONSEJO EDITORIAL

### Equipo editorial

- **Directora**

**Blanca Cano Sánchez.** *Secretaria General Técnica. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

- **Subdirector**

**Luis Navas López.** *Subdirector General de Informes, Recursos y Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Economía Social.*

### Consejo asesor

**Antonio Baylos Grau,** *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.*

**Joaquín Pérez Rey,** *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social.*

**Carmen Sáez Lara,** *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba.*

**Verónica Martínez Barbero,** *Directora General de Trabajo.*

**María Pilar Alguacil Mari,** *Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Valencia.*

**Maravillas Espín Sáez,** *Directora General de Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad de las Empresas.*

**Margarita Isabel Ramos Quintana,** *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.*

**Lourdes Arastey Sahún,** *Magistrada de la Sala Cuarta de lo Social. Tribunal Supremo.*

**Eduardo Rojo Torrecilla,** *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.*

**Wilfredo Sanguinetti Raymond,** *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca.*

**Carolina Martínez Moreno,** *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo.*

## SECRETARÍA

Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones  
del Ministerio de Trabajo y Economía Social

Agustín de Bethencourt, 11  
28003 Madrid

Telfs: 91 363 23 05 / 03

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: [proproeditorial@mites.gob.es](mailto:proproeditorial@mites.gob.es)  
Internet: <https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/>

La Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.



Esta obra se edita bajo licencia Creative Commons by-nc 4.0.  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<https://cpage.mpr.gob.es>

Normas de publicación  
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/normas/index.htm>

Suscripciones  
<https://www.mites.gob.es/es/revistaministerio/suscripciones/index.htm>



**Edita y distribuye:**  
**Ministerio de Trabajo y Economía Social**  
**Subdirección General de Informes,**  
**Recursos y Publicaciones**  
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid  
**NIPO Papel:** 117-20-031-8  
**NIPO PDF:** 117-20-033-9  
**ISSN Papel:** 2660-4647  
**ISSN Electrónico:** 2660-4655  
**Depósito legal:** M-12.168-1998  
**Diseño cubierta:** CSP  
**Diseño interior:** C & G  
**Imprime:** Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

# Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social

---

ESTADO DE ALARMA, CRISIS ECONÓMICA Y MANTENIMIENTO  
DEL EMPLEO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

## SUMARIO

**PRESENTACIÓN**, *Antonio Baylos Grau y Jaime Cabeza Pereiro*, 9

### ESTUDIOS

Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social.

*Antonio Baylos Grau*, 15

Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal.

*Eduardo Rojo Torrecilla*, 37

Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo.

*Francisca María Ferrando García*, 71

Las medidas extraordinarias en materia de cotización: función y desarrollo de las exoneraciones empresariales.

*María José Romero Rodenas*, 99

La protección por desempleo y cese de actividad durante el COVID-19.

*Juan López Gandía y Mireia Llobera Vila*, 127

Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común. *Margarita Isabel Ramos Quintana, 153*

Impacto discriminatorio de la crisis COVID-19 y protección de las personas trabajadoras vulnerables. *Carmen Sáez Lara, 181*

Medidas de Economía Social durante el estado de alarma (Cooperativas y Sociedades Laborales). *Rosalía Alfonso Sánchez, 207*

La Seguridad Social ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia. *Joaquín Aparicio Tovar, 229*

Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis. *Jaime Cabeza Pereiro, 251*

# *Journal of the Ministry of Labour and Social Economy*

---

STATE OF ALARM, ECONOMIC CRISIS AND MAINTAINING  
EMPLOYMENT IN THE LABOUR LEGISLATION

## CONTENTS

**PRESENTATION**, *Antonio Baylos Grau y Jaime Cabeza Pereiro*, 9

### STUDIES

Health emergency, labour crisis legislation and social dialogue.

*Antonio Baylos Grau*, 15

Dismissal and guarantees to maintain employment. Regulatory regime and jurisprudential interpretation. The judicial and doctrinal debate.

*Eduardo Rojo Torrecilla*, 37

Measures of suspension of contracts and reduction of working hours linked to COVID-19. Study of furlough and short-time work schemes aimed at the priority objective of maintaining employment

*Francisca María Ferrando García*, 71

Extraordinary measures in terms of contributions:  
role and development of business exemptions.

*María José Romero Rodenas*, 99

Protection for unemployment and cessation of activity during COVID-19. *Juan López Gandía y Mireia Llobera Vila*, 127

Legal bases for decent telecommuting: technological innovations and digital work environment as a background for the new common legislation. *Margarita Isabel Ramos Quintana, 153*

Discriminatory impact of COVID-19 crisis and protection of vulnerable workers. *Carmen Sáez Lara, 181*

Social economy measures during the estate of alarm (Cooperatives and Worker-owned Companies). *Rosalía Alfonso Sánchez, 207*

Social security in view of the recovery, transformation and resilience plan. *Joaquín Aparicio Tovar, 229*

The challenges of Labour Law facing the overriding of the crisis. *Jaime Cabeza Pereiro, 251*



# Presentación



# Presentación

ANTONIO BAYLOS GRAU\*  
JAIME CABEZA PEREIRO\*\*

---

**E**ste número monográfico, titulado “Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral”, recoge una reflexión colectiva y coordinada sobre el sistema de protección laboral y social que se ha desarrollado a lo largo de la crisis derivada de la pandemia de la COVID19. A través de una serie de artículos sucesivos y secuenciales entre sí, se desarrolla en toda su extensión una descripción analítica de la serie de normativas que se han yuxtapuesto a lo largo de ahora quince meses. Los objetivos planteados en torno al mantenimiento del empleo y a la cobertura social de las personas sin recursos suficientes, con la perspectiva de este período de tiempo ya transcurrido, se han cumplido en un grado que debe calificarse como satisfactorio. Es un balance que se deduce unánimemente de todos los estudios que se contienen en este número, sin perjuicio de que se expresen matices y se ponga el acento en determinadas medidas o de que se formulen observaciones concretas en relación con algunas otras.

Sin duda, el conglomerado de normas de pandemia es digno de estudiarse sistemáticamente por diversos motivos. Uno no menor, y que aquí quiere destacarse, consiste en que constituye una experiencia novedosa dentro del sistema jurídico laboral, al menos desde la perspectiva de cómo abordar un problema imprevisto e imprevisible. Las experiencias de regulación previas ante crisis de menor intensidad se han desechado. Se ha organizado una técnica de respuesta proporcionada a los problemas a los que ha habido que dar respuesta, evitando una sobreactuación que pudiese producir un agotamiento anticipado de medidas. Se han puesto en marcha unas iniciativas ambiciosas que han propiciado un nivel de protección alto, sin duda falto de precedentes en nuestra historia reciente, más aún en comparación con la respuesta a las crisis más próximas en el tiempo como la padecida en el ciclo 2010-2013. Además, y particularmente, se han emprendido políticas orquestadas con una concepción conjunta entre ellas, y no respuestas aisladas y descoordinadas entre sí, como desafortunadamente ha sucedido con excesiva frecuencia en el pasado.

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha.

\*\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo.

El método empleado, siempre a través de diálogo social tripartito y con una vocación indeclinable de alcanzar un acuerdo, ha producido una confianza en la ciudadanía que no ha tenido parangón con otros ámbitos de toma de decisiones, en particular en el ámbito del debate parlamentario entre los partidos con representación parlamentaria. Se ha transmitido un mensaje de consenso entre las organizaciones sindicales y empresariales y el Gobierno que ha rebajado la tensión y ha propiciado que la mayoría de las decisiones adoptadas hayan tenido un amplio respaldo por parte de la sociedad civil. Ciertamente, ha habido puntos de fricción y se han expresado algunas críticas y desacuerdos, pero siempre dentro del contexto de una destacable paz social. Debe reconocerse que todos los actores y actrices han tenido un notable nivel de compromiso que ha redundado en beneficio de la colectividad. Todo lo cual ha sido posible porque se han tomado decisiones con una clara perspectiva de causar los menores perjuicios posibles a trabajadores y autónomos, pero también al tejido productivo. El fin general de minimizar los daños ha sido una orientación transversal, que ha dado buenos resultados, gracias, por supuesto, a todas las representaciones de intereses que han contribuido al consenso.

En este número, se condensan, así pues, estudios de la práctica totalidad de las instituciones afectadas y del conjunto de las medidas que han sido aprobadas. El enfoque de todos ellos conjuga la visión analítica y sistemática de las sucesivas normas de urgencia con una particular atención a los contrapesos entre unas y otras. Se ha evitado una aproximación aislada a cada uno de los temas tratados, para, de ese modo, ofrecer con mayor claridad esta visión de conjunto a la que se ha aludido. La perspectiva no es condescendiente con algunas insuficiencias que han sucedido, sino que, cuando se hace necesario, se aporta una crítica, siempre constructiva. Pero, al margen del balance general que corresponda, que, en términos generales, se muestra como muy satisfactorio, se intenta poner de relieve la funcionalidad que han tenido las medidas emprendidas y su posible recorrido futuro al servicio de los cambios que se avecinan del marco jurídico del mercado de trabajo.

No se ha hecho suficiente énfasis en determinadas perspectivas que han guiado la actuación del Gobierno a través de los sucesivos Decretos-leyes. Con plena conciencia de ese déficit, en este número se ha querido tenerlas en cuenta, en ocasiones de una forma más explícita que en otras. Por ejemplo, se intenta reflejar una vocación de amparo hacia los colectivos más precarios y vulnerables, como sucede, de forma muy visible, en la protección por desempleo y por cese de actividad de las personas con contratos temporales de breve duración y de las autónomas, respectivamente. Probablemente, con estas últimas se ha producido una distancia muy considerable entre la realidad y las expectativas generadas que se traduce en oleadas de frustración, pero con seguridad se legisló hasta donde se pudo en términos de protección social. Asunto distinto es el de las ayudas directas, un mundo complejo donde los haya y en el que los *stakeholders* actúan con intereses, presiones y expectativas diferentes y muchas veces contradictorios entre ellos.

Mención aparte merece el colectivo de personas trabajadoras con contratos atípicos. Nunca se ha hecho un esfuerzo ni se han conseguido unos resultados de protección tan importantes como ahora, en particular, pero no solo, en relación con la protección del desempleo. Nuestro sistema de Seguridad Social ha dado a este respecto un volantazo en relación con las normas clásicas: si a éstas se les ha atribuido con razón cierto “efecto Lázaro”, pues protegían más a quienes menos protección necesitaban y eran relativamente ineficientes para con la parte de la población más necesitada, la normativa de pandemia ha tenido la incontestable virtud de dar cobertura allí donde más precisa era. Los dos ejemplos de las personas que no reunían la carencia mínima para acceder a la prestación contributiva y de las relaciones fijas-discontinuas, en toda su diversidad y complejidad, son muy buenas manifestaciones de esta nueva y acertada orientación.

Otra dimensión que se aborda en este número se refiere a la perspectiva de género. Además de aspectos evidentes, como reconocerles mayor importancia y valor a los deberes de cuidado mediante iniciativas diversas, en particular a través del plan MeCuida, incidiendo en la corresponsabilidad masculina como exigencia de sociedades más inclusivas, las sucesivas normas de lucha contra la pandemia prestan particular atención a los colectivos más victimizados, casi todos ellos claramente feminizados en su composición interna. Puede decirse, y no solo a nivel interno, que la crisis sanitaria desatada a partir de marzo de 2020 ha sido la primera en la que, aunque de forma muy irregular, esta perspectiva ha sido contemplada a nivel global.

También hay temas que surgen del tratamiento legislativo de la pandemia y se prolongan como normativa estructural del Derecho del trabajo, como sucede con el trabajo a distancia, que de su utilización preferente como fórmula organizativa que posibilitaba la prevención frente a los contagios y la incidencia del COVID-19, ha pasado a ser una institución importante en la organización del trabajo futuro, que tendrá especial repercusión en su regulación colectiva.

De esta manera, la práctica totalidad de tópicos de política socio-laboral que han sido considerados por la normativa de crisis son objeto de tratamiento en este número: el deber de mantenimiento del empleo y la prohibición de despedir, los ERTES suspensivos y de reducción de jornada, ya sean por fuerza mayor o por causa económica, técnica, organizativa o de producción, la política global de bonificaciones y exoneración en las cotizaciones, la protección por desempleo y por cese de actividad o el trabajo a distancia. Asimismo se aborda cómo se ha desarrollado la normativa de protección social en el entorno de la economía social, un tema casi siempre olvidado por el legislador con ocasión de las normas de reforma. Pero, además de toda esta materia, se incluye un asunto que transita, de forma muy ostensible, por los pasillos del Congreso, como es la renovación de los Pactos de Toledo y la consecuente modificación de la legislación sobre pensiones. No parecía adecuado un análisis de toda la normativa de pandemia sin su adecuada contextualización y relación con el procedimiento de cambio normativo de las prestaciones básicas del sistema de Seguridad Social.

Y, por supuesto, no podía este monográfico ser ajeno a los cambios de la normativa laboral que se avecinan, a cuyo fin se entra en un análisis crítico sobre el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como de otros documentos programáticos de interés. Tales planes, en su contenido, son confrontados con los principales problemas que tiene que abordar el mercado de trabajo español y con las decisiones clave que deben afrontarse para la aprobación de un nuevo Estatuto de los Trabajadores acorde con las necesidades del siglo XXI.

\*\*\*

Con este número se abre un nuevo período en la Revista, que ha de caracterizarse por una fuerte atención hacia los cambios estructurales que requiere la normativa laboral. Esta ha sido una publicación que ha secundado los cambios de denominación del Ministerio, en cuya trayectoria se han ido anotando los factores fundamentales de evolución de la regulación del trabajo en nuestro sistema jurídico a partir de 1997, ciertamente en un contexto muy diferente al que ahora rodea a esta nueva etapa. Se ha convertido en una reputada publicación especializada que contribuye a la formación de la cultura laboralista en nuestro país de manera constante y efectiva. La Revista ahora quiere también acompañar, con vocación de crítica constructiva, un debate de política de derecho en el que la doctrina iuslaboralista ha estado algo ausente en los últimos lustros. Esta revista tiene que ser instrumento de reflexión sobre las normas ya aprobadas y su aplicación por las instancias competentes, porque el análisis jurídico constituye uno de los servicios más importantes que corresponden a la labor académica, quizá donde es más insustituible.

Pero esa misma doctrina también debe ser protagonista en el debate propositivo, porque, sin duda, conforma el colectivo de personas más consciente –o al menos tan consciente como otros colectivos– sobre los efectos que puede producir una nueva normativa en distintos órdenes, y no solo en el económico, sobre la base de patrones de efectividad que ignoran otras consecuencias sociales y culturales muy relevantes. Contribuir por tanto a una discusión colectiva desde el campo del Derecho a la construcción de un modelo desarrollado de relaciones laborales marcado por la profundización de la democracia social que promete el art. 1.1 de nuestra Constitución en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Con esta intención se presenta este primer número de la nueva etapa de la Revista del Ministerio de Trabajo y de Economía Social.

Estudios





# Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social

# Health emergency, labour crisis legislation and social dialogue

ANTONIO BAYLOS GRAU\*

---

## 1. EMERGENCIA SANITARIA POR LA PANDEMIA Y CRISIS ECONÓMICA. COLAPSO DEL SISTEMA Y FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS

“**E**l 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que la COVID-19 podía considerarse una pandemia. El Director General de la OMS advirtió entonces que no era solo una crisis de salud pública, sino que era una crisis que afectaría a todos los sectores, frente a la cual todos los países debían encontrar un delicado equilibrio entre la protección de la salud, la minimización de los trastornos sociales y económicos, y el respeto de los derechos humanos”. Estas palabras del Director General de la OIT, Guy Ryder, con las que abre la memoria a la Conferencia de la OIT del 2021<sup>1</sup>, resumen de manera clara lo que ha supuesto para todas las naciones del mundo la irrupción de esta pandemia y sus consecuencias

La situación de emergencia sanitaria se declara explícitamente en España con la pro-

---

\* Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha

<sup>1</sup> “El trabajo en tiempos de COVID”. Memoria del Director General. OIT, Ginebra, 2021, p. 7.

mulgación del RD 463/2020, de 14 de marzo, que reconoce en su exposición de motivos la emergencia de salud pública ocasionada por COVID-19 como pandemia internacional como la causa directa de la declaración del estado de alarma en todo el territorio nacional. A partir de ese momento, se produce la limitación de la libertad de circulación de las personas, la posibilidad de requisas temporales y prestaciones personales obligatorias para la protección de la salud pública, las denominadas “medidas de contención” en diferentes ámbitos, en especial en el de los servicios, el comercio y la hostelería, junto con otras medidas de refuerzo del Sistema Nacional de Salud y de aseguramiento de suministro de bienes y servicios necesarios, de garantía del abastecimiento alimentario y del suministro de energía, unido a otras disposiciones que reducían el transporte público y establecían la suspensión de plazos procesales y administrativos. La norma tenía un anexo en el que se relacionaban los equipamientos y actividades cuya apertura al público quedaba suspendida en aplicación de las medidas de contención aprobadas. Es conveniente recordar que aunque formalizada mediante Decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma queda configurado en nuestro ordenamiento como una disposición con rango o valor de ley, de manera que sólo a través del recurso y de

la cuestión de inconstitucionalidad puede enjuiciarse en términos generales el decreto que declara el estado de alarma y sus prórrogas<sup>2</sup>.

Se entraba así, de golpe, en una crisis económica profunda, de duración incierta e ilimitada, que tenía unas inmediatas consecuencias negativas. Intentando restar dramatismo a una situación de pandemia global, la Exposición de Motivos del RDL 8/2020, de 17 de marzo, describía así la cuestión:

“La pandemia del COVID-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación está aún sometida a un elevado nivel de incertidumbre. En estas circunstancias, la prioridad consiste en minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore”.

Un efecto muy negativo que se definía de manera distante como la comparecencia de unas circunstancias que

“se traducen en una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptan medidas urgentes de estabilización”.

Un período que, pese a estas definiciones valorativamente más neutras, se describe como

<sup>2</sup> Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (STC 83/2016, de 28 de abril) recogida por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en el Auto 2478/2020, de 4 de mayo de 2020, en el que se matiza no obstante que “la falta de jurisdicción sobre los decretos del estado de alarma se refiere únicamente a la norma de declaración y a sus prórrogas pero no a los decretos o disposiciones que acompañan a dicha declaración o que se dictan durante su vigencia o en relación con la misma ni tampoco respecto de sus actos de aplicación”. Cfr. PRESNO LINERA, M.A., “Fortalezas y debilidades del derecho de excepción frente al COVID-19”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 99 (2020), pp. 46-48. No obstante, el recurso de inconstitucionalidad contra el RD 463/2020 interpuesto por cincuenta diputados y senadores de Vox y admitido a trámite en mayo de 2020 por el TC, todavía no ha sido abordado ni resuelto por este órgano.

una “verdadera convulsión” no sólo del sistema sanitario y de su capacidad de resistencia para hacer frente a las consecuencias terribles de la pandemia, sino también del propio comportamiento cotidiano de la ciudadanía y del cuestionamiento de valores hasta el momento considerados prevalentes y relacionados con el consumo y la libertad de movimientos como práctica social generalizada ligada a la sensación de bienestar común. Una situación que iba a causar enormes pérdidas, no solo de vidas y de salud, sino de recursos de todo tipo<sup>3</sup>.

Se trata de “un escenario de crisis humanitaria, social y económica inédito y dinámico por la naturaleza misma de la pandemia del COVID-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado”<sup>4</sup>, una crisis “tan inesperada como persistente” que impacta de manera importante sobre los modos de vida, los hábitos sociales y el funcionamiento de las instituciones<sup>5</sup>, es decir, un momento histórico no previsto – aunque sí previsible<sup>6</sup> – que evoca dos conceptos que realmente son sensaciones o percepciones

<sup>3</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “La pandemia del Covid-19 conmueve las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 231 (2020), p.16.

<sup>4</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 4 (2020), Monográfico sobre El derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia de COVID-19, p. 319.

<sup>5</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B., “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la emergencia sanitaria”, *Trabajo y Derecho* nº monográfico 12 (2020), p. 2.

<sup>6</sup> Previsible al menos en la especulación sobre los posibles efectos macroeconómicos que podía implicar una pandemia generalizada sobre un país o sobre la región europea. Un documento de la Dirección General de Asuntos Económicos y financieros de la Comisión Europea, de junio del 2006, planteaba la posibilidad de una pandemia en Europa y calculaba los efectos macroeconómicos de la misma. Cfr. JONUNG, L. y ROEGER, W. “The macroeconomic effects of a pandemic in Europe – A model-based assessment”, *Economic papers* nº 251 (2006). Y a su vez, en el 2009, un grupo de estudiosos de salud pública publicaron un importante ensayo sobre el impacto macroeconómico de una epidemia de gripe en el Reino Unido. Cfr. KEOGH-BROWN, M.R., WREN-LEWIS, S., W. EDMUNDS, J., BEUTELS, Ph. y SMITH, R.D., “The possible macroeconomic impact on the UK of an influenza pandemic”, *Health Economics* nº 19, (2010), pp. 1345-1360.

generalizadas ante esta irrupción inesperada de una situación crítica: colapso y fragilidad.

La noción de colapso es la que más fácilmente viene a la mente tras comprobar el alcance de la doble crisis, sanitaria y económica, y su alcance global en todo el planeta. Se percibe el colapso porque se corporeiza el derrumbe a nivel global de un sistema cuyo funcionamiento parecía permanente e incuestionable. La paralización de actividades y la ruptura de las pautas tradicionales de consumo y de uso de los bienes y de los servicios, ponen de manifiesto de improviso los fallos del sistema y los equívocos sobre su modo de funcionar. Por de pronto, el colapso económico revalorizó el papel central del trabajo como elemento básico en el mantenimiento de la normalidad social, y mostró la importancia esencial de los trabajos que articulaban las necesidades básicas del sistema económico y social que tenían que ser preservadas en esta situación crítica. Trabajadoras y trabajadores de la sanidad y de los servicios socio-sanitarios, de limpiezas, de la logística, de los supermercados y de los comercios de alimentación, las personas que trabajan en la agricultura y en las labores agrícolas y ganaderas, el personal de educación, y tantos otros sujetos que se desvelaron como indispensables para el mantenimiento de una situación muy complicada en la conservación de la existencia y en proporcionar una red de cuidados con independencia del origen o condición social de la ciudadanía cuyas necesidades satisfacen.

Una centralidad del trabajo en la conservación y reproducción de las condiciones de existencia social que se acompaña de otra evidencia no menos trascendental. La enorme desviación que existe entre el valor social del trabajo prestado y el valor de mercado que estos trabajos imprescindibles y esenciales reciben. El mercado laboral confina a estas prestaciones en el círculo de la devaluación salarial y de la precariedad en el empleo, y

en gran medida las identidades que pueblan este tipo de trabajos se localizan en los sectores más vulnerables de la población activa, fundamentalmente mujeres y jóvenes<sup>7</sup>, en donde la temporalidad acentuada y la rotación entre empleo temporal y paro, confluyen con fenómenos de informalidad<sup>8</sup> y de pobreza laboral<sup>9</sup>. Sin embargo, son precisamente éstas las actividades que han demostrado el importantísimo valor social que cumplen en el sostenimiento del andamiaje de los servicios y de la producción. El colapso del sistema por la irrupción de la crisis ha permitido su visibilidad – y su reconocimiento por una buena parte de la sociedad, como expresamente ha sucedido con el personal sanitario – pero también ha hecho incuestionable el componente de fuerte desigualdad que la jerarquía salarial y la segmentación del trabajo ha inducido en estos sectores imprescindibles<sup>10</sup>.

Esta última apreciación es la que conduce a la percepción generalizada de la fragilidad del sistema de derechos que procura la seguridad y el bienestar social de la ciudadanía, en donde cumplen un papel fundamental los derechos individuales y colectivos derivados del trabajo y el acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y otras prestaciones de protección social. Fragilidad entendida como amenaza a la vigencia y actualización de

<sup>7</sup> Cfr. CABEZA PEREIRO, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 13-14, para quien se puede utilizar de manera indistinta los términos precariedad y vulnerabilidad por configurar "una realidad similar". Diferenciando ambos conceptos, BAYLOS GRAU, A., "Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género", *Revista de Derecho Social* nº 72 (2015, pp. 48-51.

<sup>8</sup> En donde está muy presente el componente de la inmigración y, a través suyo, el elemento de la racialidad que le acompaña. Cfr. CABEZA PEREIRO, J., *Ensayo sobre el trabajo precario...cit.*, pp. 132-136.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., "El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: Análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno", en MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulneración social*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 181-216.

<sup>10</sup> Cfr. EDITORIAL, "La crisis del COVID-19 y los cambios en el Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social* nº 89 (2020), pp. 7-8.

Debo la cita de estos documentos a la indicación de Agustín J. MENÉNDEZ, que facilitó sus referencias.

estos derechos ante la posibilidad del ajuste de empleo a través de la extinción de contratos, la inserción en una situación de desempleo sin posibilidad próxima ni futura de abandonarla por encontrar trabajo, la progresiva asistencialización de las prestaciones ante el paro de larga duración y finalmente su desaparición, y en general, la remoción de situaciones de seguridad en el empleo<sup>11</sup>. Una fragilidad que se nutre de la conciencia generalizada sobre la ineficacia del marco regulatorio vigente en las relaciones de trabajo para hacer frente a la tremenda y repentina acometida de la crisis, y el entendimiento de que la salida a la misma es imprevisible.

Es cierto que la fragilidad de los derechos es síntoma de la fragilidad de los sujetos, o si se quiere, es una referencia que permite trazar el recorrido de la progresiva desarticulación de las dinámicas colectivas y de los procesos sociales que pretendieron blindar y proteger los derechos sociales frente a los cuales el paradigma garantista<sup>12</sup> demostró no ser suficiente, especialmente ante los últimos embates de las llamadas “reformas estructurales” originadas en el contexto de las políticas de austeridad como respuesta a la crisis financiera y de la deuda soberana del ciclo 2010-2013 del que parecía estar recuperándose justo antes del estallido de la pandemia<sup>13</sup>. Pero lo que se mostraba como una evidencia no necesitada de prueba era que con el tipo de regulación labo-

ral con el que se contaba, las consecuencias de la crisis podían ser espeluznantes tanto cuantitativamente en términos de destrucción de empleo como cualitativamente en el sentido de incrementar a niveles insostenibles situaciones de desigualdad social y económica.

La pervivencia de un discurso ideológico y cultural que consideraba contrario al bienestar de la población el control por parte del Estado y de los poderes públicos de los fenómenos económicos y sociales en el país, ha resultado refutada ante la evidencia de la necesidad de una respuesta pública que oriente y garantice los suministros y los productos que permitan seguir llevando una vida ordinaria pese a las limitaciones de movimientos y restricciones a las libertades económicas básicas de establecimiento, de comercio y de libre prestación de servicios. Una revalorización de lo público-estatal que fundamentalmente se ha consolidado a partir de su intervención sobre la sanidad pública y los servicios socio-sanitarios, cuestionando de manera muy intensa los fenómenos de privatización de estos servicios o el recurso a la sanidad privada como fórmula de elección libre para obtener una asistencia eficiente. Es el Estado – no casualmente definido en la Constitución como Estado Social – quien ha organizado la primera respuesta ante la pandemia, y este fenómeno ha sido común a todos los estados que forman parte del espacio europeo, anticipándose a la posterior actividad de soporte y apoyo que la Unión Europea ha ido generando a las decisiones de sus miembros. El eje público y estatal se ha ido consolidando como la única respuesta viable frente al colapso sanitario y económico del sistema, aunque a través de la evolución progresiva de la situación, haya complementado su acción en otros niveles, tanto respecto de la descentralización territorial en el nivel regional principalmente, como a través del recurso a los acuerdos sociales tripartitos como forma de ganar legitimidad social a las medidas coactivas puestas en marcha, como se tendrá ocasión de analizar más adelante.

Colapso de un sistema y de sus certezas, fragilidad de los derechos que protegen frente a la vulnerabilidad de la existencia social de

<sup>11</sup> Una constante a nivel global: “la pandemia, que perjudica más a los más vulnerables y desfavorecidos, ha ahondado las brechas de la desigualdad estructural y la injusticia que surcan los mercados de trabajo y las sociedades. Las personas con salarios bajos, no calificadas y menos protegidas, las mujeres, los jóvenes y los migrantes se han llevado la peor parte de la crisis económica y social. Los países menos desarrollados han padecido más que las economías avanzadas. La pandemia profundiza la desigualdad, que ya alcanzaba niveles inaceptables, tanto dentro de los países como entre ellos”. Memoria del Director General de la OIT, “El trabajo en tiempos de COVID”... *cit.*, p.11.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 8º ed., 2019.

<sup>13</sup> BAYLOS GRAU, A., “Mirando hacia atrás con ira. La irrupción de la crisis y el derecho del trabajo en España”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, nº 95 (2019), pp. 5-16.

las personas, garantizando el acceso al trabajo como medio de vida. Esas eran las coordenadas del mundo globalizado bajo los esquemas del neoliberalismo, cuyo mantenimiento solo podía llevar a la disolución social o a la neopolítica, de la que hay algunos ejemplos significativos<sup>14</sup>. Esta percepción de la realidad conduce a plantearse otros interrogantes. ¿Estamos ante un hundimiento de un modelo o más bien ante la suspensión del mismo mientras se recupera la actividad económica tras superar la pandemia<sup>15</sup>? En ese contexto, ¿cuál es el significado del Derecho del Trabajo, su función instrumental y su posible evolución? Al análisis de estas cuestiones se dedica el siguiente epígrafe.

## 2. ¿PARÉNTESIS O MODELO ALTERNATIVO? DERECHO DEL TRABAJO Y EMERGENCIA

Es notorio que el conjunto de medidas de respuesta a la crisis originada por la extensión global de la pandemia implica una situación de excepcionalidad “ante la anormalidad y extrema gravedad de esa imprevista situación”, que se conecta con la urgente necesidad que ha justificado la regulación del gobierno

<sup>14</sup> Que se encuentra directamente ligada con el negacionismo de la pandemia del que han hecho gala no sólo importantes grupos de opinión, sino también algunos gobiernos y jefes de estado, como emblemáticamente sucede con el caso del presidente de Brasil, por cierto en la estela que inauguró el entonces presidente de los Estados Unidos, Donald Trump. Una situación frente a la que el Parlamento europeo, en su resolución de 29 de abril de 2021, expresaba su pesar ante el hecho de que “la pandemia de COVID-19 se haya politizado en gran medida, incluida la retórica negacionista o rebajar la gravedad de la situación por parte de jefes de Estado o de Gobierno, y pide a los dirigentes políticos que actúen de manera responsable para evitar nuevas escaladas; considera preocupantes las campañas de desinformación relacionadas con la pandemia y pide a las autoridades que identifiquen y persigan legalmente a las entidades que llevan a cabo tales acciones”. Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2021, sobre la situación de la pandemia de COVID-19 en América Latina (2021/2645(RSP)).

<sup>15</sup> Cfr. LASSANDARI, A., “Rapporti sospesi e modelli crollati?”, *Lavoro e Diritto*, nº 2 (2020), pp. 159-171.

a través del decreto-ley en nuestro país (y en general en otros ordenamientos comparados) para adoptar las medidas necesarias para afrontar esta crisis<sup>16</sup>. Esta nueva normativa derivada del estado de alarma y por tanto dimanante del genérico “derecho de excepción” de la Ley Orgánica 4/1981, supone una singularidad frente a las reglas vigentes que, en lo que respecta al ámbito de las relaciones laborales, provienen a su vez de otra situación de crisis, la doble crisis financiera y de la deuda soberana que están en la base de las “reformas estructurales” introducidas en los ordenamientos afectados, como el español. Conceptuado así el conjunto normativo que se ha ido edificando en torno a la respuesta articulada frente a los efectos económicos y sociales derivados de la pandemia como una excepción a la ordenación jurídica e institucional hasta entonces vigente, cabe preguntarse si la recuperación económica que siga al final de la crisis sanitaria, lo que se denomina “nueva normalidad”, implicará el cese de la excepción y la recuperación de la regla, es decir, el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior al desencadenamiento de la emergencia del COVID-19.

No es fácil responder a esta pregunta, aunque se puede avanzar que la profusión normativa elaborada durante ya un largo período – en nuestro caso, a lo largo de la declaración de tres estados de alarma con sus prórrogas desde marzo del 2020 hasta mayo del 2021, y con la lógica prolongación a partir del final de éste en nuevas regulaciones – tiene un contenido complejo que no sólo se refiere a la tutela de situaciones provisionales y por consiguiente no fácilmente eliminable. Por otra parte, y este dato es también relevante, el marco institucional previo a la crisis del COVID-19, esto es, el derivado del ciclo de reformas entre 2010-2013, ha sido muy cuestionado tanto por parte de los sujetos sindicales, dotados de una

<sup>16</sup> Motivos de urgencia analizados minuciosamente por MONTOYA MELGAR, A., “El Derecho del Trabajo ante el COVID-19: los motivos del legislador de urgencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 238 (2021), pp. 13-30.

capacidad de agencia muy importante en este período, como por parte de los partidos políticos que conforman la mayoría que sostiene al gobierno que ha gestionado la pandemia, por lo que la ordenación jurídica que recuperaría su plenitud al desaparecer el derecho derivado de la emergencia es a su vez refutada en su validez por agentes sociales y políticos de relieve. Finalmente, no se puede pensar que sean espacios comunicados aquellos en los que se mueven la normativa previa a la emergencia del COVID-19 y la que se ha generado a partir de la constatación de la crisis sanitaria y económica. Ambos coexisten en el mismo plano temporal, en un trazado de líneas más secantes que tangentes, porque la dinámica que se genera entre estos bloques normativos no se puede reducir a una contraposición entre regulación estructural – la previa al estado de alarma – y coyuntural – la derivada de la emergencia COVID-19 – de elementos centrales del empleo o de la relación laboral<sup>17</sup>.

Previsiblemente, por consiguiente, la figura del paréntesis, del retorno a lo estructural una vez terminada la coyuntura excepcional que ha dado lugar a la legislación de emergencia, no sea la que refleje convincentemente el cuadro que se pueda diseñar a partir de esa “nueva normalidad” post COVID. Pero tampoco es muy segura la afirmación que esta etapa de crisis está alterando de manera muy profunda los esquemas de regulación del trabajo y la propia noción de protección social y puede alumbrar el final de un período, en el sentido de que se agota el ciclo neoliberal. Es difícil concebir con los datos de que se dispone actualmente, el alumbramiento de un proyecto alternativo en cuya base o fundamento se hayan desarrollado algunos de los valores centrales del derecho de la emergencia como con-

traposición al marco institucional deudor de una concepción muy ligada a un largo proceso de remercantilización del trabajo y desregulación asimétrica de las relaciones laborales con repercusiones muy potentes en el incremento de la desigualdad social y económica entre los ciudadanos. Por el contrario, parece más verosímil prever un proceso de transición con fuertes tensiones, un “interregno”<sup>18</sup> en cuya progresiva resolución sobre la base de caracteres más “avanzados” o alternativos, será muy importante la voluntad política, social y cultural, de los sujetos sociales y la claridad en la precisión de los objetivos pretendidos<sup>19</sup>.

A nivel internacional, la indeterminación de la situación post-COVID se basa en el análisis de una realidad social fracturada por la desigualdad y la pobreza que puede tender a perpetuarse y agravarse. Con independencia de lo que anuncien los pronósticos sobre la recuperación global del PIB, “el camino de la recuperación económica parece mucho menos halagüeño” ante la disminución de la productividad y de la tasa de participación femenina en el mercado de trabajo, cuestiones que, unidas “al desproporcionado impacto económico y social de la pandemia en los grupos desfavorecidos y vulnerables y a la irregularidad e incertidumbre de las trayectorias de crecimiento previstas en detrimento de los países emergentes y en desarrollo”, hacen imprescindible una “respuesta de política concertada y bien fundada para reparar y corregir los efectos diferenciales de la crisis provocada por la COVID-19 en los países y en los grupos de población” que intente recuperar el objetivo de crecimiento inclusivo, empleo productivo y trabajo decente para todos previsto en la Agenda 2030<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Una pauta de relación que ha sido elaborada – y también cuestionada en un voto particular – por alguna decisión judicial en el desarrollo aplicativo de la normativa de emergencia en la crisis COVID-19. Cfr. TRILLO PÁRRAGA, F., “Estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras en contrataciones y subcontratas: a propósito de la peligrosa doctrina de la STSJ Catalunya 66/2020”, *Revista de Derecho Social* nº 92 (2020), pp. 185-195.

<sup>18</sup> MARIUCCI, L., “Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo”, *Revista de Derecho Social* nº 92 (2020), p. 21.

<sup>19</sup> LASSANDARI, A., “Sul diritto del lavoro. Brevi osservazioni”, *Lavoro e Diritto* nº 1 (2021), pp. 63 ss.

<sup>20</sup> Memoria del Director General de la OIT, “El trabajo en tiempos de la COVID”...*cit.*, p. 23



Un ejemplo más ilustrativo de este discurso ambivalente se puede encontrar en el análisis de la respuesta de la Unión Europea a la irrupción de la crisis derivada del COVID-19, en donde se produce el choque entre dos órdenes de regulación, el que resumen las medidas del *Six Pack*, *Two Pack* y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2011–2012 y el que simboliza el Marco Financiero Plurianual para 2021-2027 y el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia del presente 2021.

“La pandemia de COVID-19 ha cambiado las perspectivas económicas de los próximos años en la Unión”, se lee en los documentos oficiales<sup>21</sup>, pero el problema básico se encuentra en el choque entre los esfuerzos a corto plazo para amortiguar el impacto inmediato de la crisis y a medio y largo plazo para conjurar el “riesgo de una distorsión de la igualdad de condiciones del mercado único que puede acentuar las divergencias económicas en la Unión y agravar los retos del crecimiento a largo plazo en Europa”, y las reglas de la (nueva) gobernanza económica procedentes de la crisis del euro plasmadas como clave de la actuación económica y política de la Unión<sup>22</sup>. El estricto régimen de vigilancia macroeconómica consistente en la imposición del equilibrio presupuestario que forzó incluso la reforma del art. 135 de la Constitución española según el cual ni el Estado ni las Comunidades Autónomas podrían incurrir en un déficit estructural que superara el establecido por la UE y ga-

rantizaba la prioridad absoluta del pago de la deuda<sup>23</sup>, chocaba directamente con el esfuerzo económico que los estados miembros de la UE tenían que efectuar para poner en práctica las medidas que contuvieran el colapso económico provocado por la pandemia.

La solución que se ha dado a esta “crisis existencial” en la que vive la UE al menos desde el 2007<sup>24</sup> y la emergencia causada por la pandemia en toda Europa, es conocida. Una de las primeras medidas adoptadas por la UE consiste en una comunicación de la Comisión al Consejo en la que se afirma la “máxima flexibilidad” del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, lograda mediante la actuación de la cláusula de salvaguarda del marco presupuestario de la UE. Dando por supuesto que el incremento del gasto social, aunque controlado “estrechamente” por la Comisión, contribuirá a que los déficits presupuestarios de los estados miembros sean considerablemente superiores a los permitidos, y que la crisis “es un hecho que escapa al control de los Gobiernos con una grave incidencia en las finanzas públicas”, la disposición del Pacto relativa a acontecimientos inusitados resulta de aplicación, y por tanto, “la incidencia presupuestaria de las medidas mencionadas no será tenida en cuenta por la Comisión a la hora de evaluar el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento”. Para ello se activa la citada cláusula de salvaguarda, introducida como consecuencia del *Six-Pack* que funciona como una suspensión de las obligaciones financieras y presupuestarias que caracterizan la gobernanza económica europea<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, de 28 de mayo de 2020, COM(2020) 408 final, 2020/0104(COD).

<sup>22</sup> Sobre el proceso de creación de estas reglas de la “nueva” Gobernanza económica, su origen inusual y externo al sistema ordinario de fuentes, y sus consecuencias, cfr. KILPATRICK, C., “Abnormal Sources and Institutional Actions in the EU Sovereign”, en CREMONA, M. y KILPATRICK, C., (Eds.), *EU Legal Acts. Challenges and Transformations*, Oxford University Press, 2018, pp.70-105. En una perspectiva más propositiva, DEAKIN, S., “Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity”, en BRUUN, N., LÖRCHER, K., SCHÖMANN, I., *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Pub., Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 83-106.

<sup>23</sup> APARICIO WILHEMI, M., “Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional”, *Revista de Derecho Social* nº 76 (2016), pp. 13-38.

<sup>24</sup> MENÉNDEZ, A.J., “La crisis existencial de la Unión Europea y la radicalización de su mutación constitucional”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate* nº 99 (2020), p.28.

<sup>25</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la activación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, de 20 de marzo de 2020 (COM(2020) 123 final. Cfr. MIRANDA BOTO, J. Mª, “¿Esperando a Crouchy? El papel de la Unión Europea en la crisis del COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4 (2020), p. 514.

En el orden cronológico de una respuesta más lenta que lo requerido ante las exigencias imperiosas derivadas de la prevención y asistencia sanitaria y de la preservación del tejido social y económico frente a los efectos de la pandemia, la UE comenzó, ya en el mes de abril, a prever unas medidas de apoyo a través de tres redes de seguridad, la relativa a la protección específica frente al riesgo de desempleo (SURE), la acción conjunta del Banco Europeo de Inversiones y del Mecanismo Europeo de Estabilidad para financiar costes directos e indirectos de la asistencia sanitaria, tratamiento y prevención mediante préstamos por valor de hasta el 2 % de su PIB<sup>26</sup>, y las compras en el mercado de valores del Banco Central Europeo para lograr la estabilidad de los mercados de deuda pública. En el caso de SURE, acrónimo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia, el acuerdo que formaliza esta “red de seguridad para el empleo y los trabajadores” que posibilitaba que los Estados pudieran solicitar préstamos para financiar aumentos “graves y repentinos” del gasto público nacional, se adoptó en mayo del 2020, pero sólo el 25 de septiembre de ese mismo año se consolidó la ayuda financiera total de 87.500 millones de euros de los que 21.300 millones correspondieron a España.

Pero la acción más importante era la de movilizar los recursos económicos suficientes para crear un fondo de recuperación económica que se debería unir a la discusión sobre un presupuesto a largo plazo de la Unión. Tras una larga serie de debates, en noviembre del 2020 se logró un acuerdo político entre el Consejo y el Parlamento europeo que llevó tanto a la aprobación de un presupuesto de la UE para el ciclo 2021-2027, como a la del Fondo Europeo de Recuperación, *Next Generation*

UE, o Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, cuyo Reglamento se aprueba en febrero del 2021<sup>27</sup>. El marco financiero plurianual para 2021-2027 prevé una suma de 1,8 billones de euros para sustentar la economía europea, e incluye el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), generado sobre la base del art. 175.3 TFUE en el marco de los fondos de cohesión territorial, que dispone 672.500 millones de euros que se deben distribuir en función de una serie de variables entre los estados miembros a partir de la elaboración de unos planes nacionales, y de cuya cantidad global una parte – 312.500 millones de euros – se considera subsidios a fondo perdido, no reembolsable, y otra – 360.000 millones de euros – en calidad de préstamos a los estados miembros. Para el ciclo 2021-2022 se prepara la concesión del 70 % de estas ayudas, el 30 % restante se efectuará el año 2023. Toda la suma del MRR se financia mediante deuda conjunta, es decir, ayudas a través del Presupuesto no financiada por impuestos, sino con la emisión de deuda supranacional en los mercados financieros. En su distribución, tanto España como Italia, los países con mayor población después de Alemania y Francia, obtendrán una parte significativa.

Es evidente que la pandemia del COVID-19 “cambió las perspectivas económicas, sociales y presupuestarias en la Unión”, como señala el Reglamento del MRR, evitando el colapso al que le podía conducir “la constitución económica y monetaria”<sup>28</sup> surgida de las crisis – financiera, monetaria y de la deuda soberana – que se habían resuelto sobre la base de la aplicación generalizada de las reglas de la nueva gobernanza económica ya conocidas. El cambio de paradigma es claro, aunque como se ha visto, su justificación reposa en la aplicación de la cláusula de salvaguarda general del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, es decir,

<sup>26</sup> Una “aplicación atípica” del MEDE. Cfr. CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR): ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 75 (2020), pp. 9-53.

<sup>27</sup> Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE-L-2021-80170).

<sup>28</sup> MENÉNDEZ, A.J., “La crisis existencial de la Unión Europea...”, cit, p. 38.



en la suspensión, por un tiempo determinado, de las reglas vigentes. Mientras esté en vigor esta cláusula, tampoco la Comisión puede presentar al Consejo una propuesta de suspensión de los compromisos o pagos a los estados miembros, que requerirían una votación por mayoría cualificada inversa en su caso, de manera que la relación entre el MRR y las reglas de la gobernanza económica de equilibrio presupuestario y control de la deuda están en suspenso ante este “acontecimiento inusitado y fuera de control” en períodos de crisis económica grave en el conjunto de la Unión<sup>29</sup>. Lo que supone por tanto que el cambio de política económica se configura al menos formalmente como una situación de excepción, un paréntesis que permite que los estados miembros se aparten temporalmente del ajuste y la sostenibilidad presupuestaria, pero que deben volver a su observancia una vez concluida esta situación, aunque no se sepa cuando, y se produzca la recuperación económica perseguida por los instrumentos monetarios previstos.

Se ha criticado esta política de la UE por limitada y carente de ambición al compararla con el plan de acción y de reformas que la nueva Presidencia Biden en los Estados Unidos está llevando a cabo, una estrategia económica expansiva que se contrapone a la más restringida europea, que busca además el relanzamiento de una política industrial fuertemente sostenida por el Estado como una forma audaz de competir internacionalmente con China, y persigue la recuperación de los niveles de renta anteriores a la pandemia ya a mitad de 2022, con explícito apoyo a la protección del derecho a la organización sindical en la empresa y la subida del salario hora a 15 dólares para todas aquellas empresas contratistas con el gobierno federal<sup>30</sup>. Además, las propuestas

de reforma fiscal y tributaria en una línea más equitativa que favorezca el efecto redistributivo de la renta a partir de una mayor justicia fiscal, constituyen otra diferencia con la reticencia de la Comisión Europea a abandonar los esquemas básicos de la gobernanza económica fuertemente anclada en los paradigmas neoliberales. Mientras que el cambio de perspectiva norteamericana se relaciona directamente con la voluntad política surgida de la victoria electoral sobre Trump, y en donde el peso del ala izquierda del Partido Demócrata está siendo determinante en el diseño de la estrategia de la Administración Biden tanto respecto del incremento del gasto social como en el fortalecimiento de la respuesta pública ante la gestión de la crisis en todos los órdenes, comenzando por el sanitario, el enfoque europeo es más limitado, demuestra ciertas dificultades derivadas de su propia fragmentación estatal-nacional y la carencia de impulso federal, y no parece considerar la situación creada como el origen de un período de transición hacia una nueva estrategia económica y política, manteniendo importantes reflejos defensivos frente a lo que se percibe simplemente como un acontecimiento externo que ha perturbado coyunturalmente los esquemas de crecimiento generando una fuerte distorsión en el mercado único.

En ese contexto de generalizadas políticas macroeconómicas expansivas para mitigar el impacto social y económico causado por la pandemia a través de un incremento importante del gasto social<sup>31</sup>, el Derecho del Trabajo ha aparecido como un “instrumento estratégico indispensable” para poder afrontar la

<sup>29</sup> MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>, “¿Esperando a Grouchy?...”, *cit.*, p. 514.

<sup>30</sup> El discurso ante el Congreso tras los primeros cien días de su gobierno, el 29 de abril de 2021, en donde enumera una buena parte de estas iniciativas, se puede descargar de <https://www.whitehouse.gov/es/prensa/discursos-presidenciales/2021/04/29/declaraciones-del-presidente-biden-durante-sesion-conjunta-del-congreso/>

<sup>31</sup> Aunque, como se ha visto, de manera mucho más intensa en las economías más desarrolladas. “En 2020, las economías avanzadas estaban en condiciones de aumentar el gasto en un 16,4 por ciento del producto interno bruto (PIB), mientras que para las economías emergentes esta cifra solo alcanzaba el 4,2 por ciento, y apenas el 1,7 por ciento en los países de ingresos bajos. En términos absolutos, estas marcadas diferencias son aún más pronunciadas, y no guardan proporción alguna con las necesidades de las personas, vivan donde vivan”. Memoria del Director General de la OIT, “El trabajo en tiempos de COVID...”, *cit.*, p. 13.

magnitud de la problemática laboral, social y económica generada por la pandemia y sus efectos en la vida social económica y laboral<sup>32</sup>. En todas partes, pero de manera muy señalada en la experiencia española. En tan sólo el primer mes del estado de alarma, la producción de normas laborales que sustitúan muchas de las constantes más asentadas en la normativa anterior de la crisis económica del ciclo 2010-2013, fue ingente y se conformó un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “en” la emergencia<sup>33</sup>, de una provisionalidad dinámica, que se proyectaba hacia el futuro en sucesivas modificaciones normativas junto con nuevas medidas a adoptar y que ha generado una sensación de aluvión normativo permanente<sup>34</sup> en el que no sólo intervenían los muy frecuentes decretos leyes, sino también decretos, órdenes ministeriales y resoluciones interpretativas que daban testimonio del fuerte intervencionismo público en la gestión directa de las consecuencias laborales y sociales derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19<sup>35</sup>, al que se añadiría posteriormente a partir de mayo, la interlocución político-social que caracterizaría a los acuerdos tripartitos entre gobierno, empresariado y sindicatos que se nuclean en los llamados Acuerdos Sociales para la Defensa del Empleo que se incorporarían a partir de entonces a la administración cotidiana de la producción de normas laborales para regular la situación creada por la pandemia<sup>36</sup>.

No es el objetivo de este texto abordar en detalle los contenidos concretos de este período de cambio normativo, en el que por cierto también se insertan otro tipo de instituciones con vocación de permanencia y relativamente desvinculadas de la excepcionalidad que está en la base del grueso de la producción normativa frente al COVID-19 durante los estados de alarma<sup>37</sup>, como tampoco recorrer las etapas y secuencias que ha ido siguiendo el proceso de adopción de medidas laborales en nuestro país en el marco de la crisis originada por la pandemia<sup>38</sup>. Simplemente se intentará esbozar los grandes bloques temáticos por los que ha discurrido la legislación de la crisis, con especial énfasis en los significados que para el Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social tiene estos procesos de manera que finalmente se pueda recuperar la misma tensión entre las nociones en contraste a la que ya se ha aludido, la discusión soterrada sobre la devaluación o el fortalecimiento del Derecho del Trabajo que este momento histórico de enfrentamiento a la pandemia va a consolidar en un futuro inmediato.

### 3. LOS BLOQUES NORMATIVOS DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL EN LA EMERGENCIA SANITARIA

La situación de excepcionalidad social y económica provocada por la pandemia ha devenido asimismo excepcionalidad jurídica,

<sup>32</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...”, cit, p. 325.

<sup>33</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...”, cit, p. 317.

<sup>34</sup> Remarcando su carácter excepcional y “aluvional”, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n<sup>o</sup> 445 (220), pp. 7-26.

<sup>35</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...”, cit, p. 317.

<sup>36</sup> EDITORIAL, “Diálogo social para el gobierno de la crisis después del estado de alarma”, *Revista de Derecho Social* n<sup>o</sup> 90 (2020), pp. 7-8.

<sup>37</sup> Como sucede emblemáticamente con el trabajo a distancia. Aunque en su origen se trata de una medida adoptada como fórmula de mantener una cierta actividad productiva en tiempos de restricción de la libertad de movimientos y de confinamiento con finalidad preventiva ante el contagio, su regulación posterior obedece ya a la necesidad de dotarse de un instrumento estable que permita la utilización de esta modalidad de prestación del trabajo una vez terminada la situación de excepción que marca la crisis sanitaria y económica. Cfr. el exhaustivo estudio del RDL 28/2020 en CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n<sup>o</sup> 11 (2020), pp.1413-1435.

<sup>38</sup> Como efectúan SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B., “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...”, cit, p. 3.

y la vía de urgente necesidad a través de la figura del Decreto-Ley, prácticamente ha concentrado toda la capacidad normativa bajo la vigencia del estado de alarma<sup>39</sup>. Esta gubernamentalización de la actividad normativa ha situado al Congreso en una posición de suplencia o de apoyo a las normas de urgencia, convalidando su validez y en muchas ocasiones, aceptando su tramitación como proyecto de ley, pero asumiendo a su vez un papel decisivo en el control político de la acción de gobierno mediante el control parlamentario de la declaración del estado de alarma y de sus sucesivas prórrogas<sup>40</sup>.

El protagonismo del gobierno de la nación, en el que se centralizaron las competencias de actuación frente a la pandemia, también ha repercutido en el rol desempeñado por la administración y los servicios públicos en la gestión de la crisis sanitaria, con especial implicación de la administración sanitaria. Dada la estructura territorial del estado español, se ha comprometido en esta estrategia a las autoridades de gobiernos de las respectivas Comunidades Autónomas, manteniendo la capacidad de gestión de las mismas y dando al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud un protagonismo destacado en la gestión sanitaria y la estrategia de vacunación posterior. El actor principal de la crisis sanitaria ha sido el poder público y las administraciones central y autonómica fundamentalmente, estableciéndose además la posibilidad de disponer de los recursos de la sanidad privada,

sus centros y su personal, incluidas las Mutuas de Accidentes de Trabajo, lo que fue especialmente importante en los primeros momentos de escasez de medidas de protección, mascarillas, y desbordamiento de los ingresos hospitalarios. Pero el reforzamiento del sector público en las áreas de sanidad y de los servicios socio-sanitarios que requería la crisis causada por la pandemia, se enfrentaba a una situación en la que los recortes de personal y en infraestructuras que se habían ido produciendo como consecuencia de las políticas frente a la crisis financiera y de la deuda del período 2010-2013 se unía a la consolidación de amplios espacios entregados a la gestión e iniciativa privada que, en el caso de la red de sanidad privada, exigía para su puesta a disposición, compensaciones económicas clásicas por el derivado de pacientes o la realización de análisis. El esfuerzo financiero del sector público en esta área de intervención clave para el control de la crisis sanitaria requeriría un esfuerzo inversor en personal y en servicios cuya permanencia y desarrollo resultan indispensables, como también la reformulación de los criterios que se han empleado en la gestión privada de servicios sociosanitarios donde las residencias de mayores han producido las páginas más negras del relato de los efectos de la pandemia.

La crisis del COVID ha sido también el espacio propicio para la emanación de una amplia serie de medidas encuadradas en la actividad administrativa de fomento a través de la previsión de una serie de incentivos económicos y el otorgamiento de subvenciones. Avalés, líneas de crédito y la creación de un Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas gestionado por la SEPI para empresas y operaciones de mayor tamaño, moratorias para el pago de préstamos hipotecarios para inmuebles dedicados a una actividad turística, medidas de apoyo a sectores específicos, como el automóvil, o, de manera muy insistente, el turismo y el comercio, tanto a través de líneas directas de ayuda como a través de acciones de flexibilización de préstamos dotados de aval público, fondos de recapitalización

<sup>39</sup> También en lo que se refiere a la organización de la administración de Justicia, tanto respecto de las medidas procesales que se referían al ejercicio de la tutela judicial efectiva, como en lo relativo a la propia organización de los órganos jurisdiccionales. Cfr. RDL 16/2020, de 28 de abril.

<sup>40</sup> El estado de alarma declarado en marzo fue objeto de las correspondientes prórrogas, hasta seis, y finalizó el 21 de junio de 2020, iniciándose a continuación el llamado Plan de Desescalada. El nuevo ascenso de los contagios en una segunda ola de la pandemia, al acabar el verano, obligó a recurrir de nuevo a la situación de excepción. El segundo estado de alarma se declaró por RD 900/2020, de 9 de octubre, por quince días, al que siguió el RD 926/2020, de 25 de octubre, y finalmente el RD 956/2020, de 3 de noviembre, establecería un plazo de seis meses que culminó el 9 de mayo de 2021.

de empresas de menor tamaño, gestionado por COFIDES, moratoria para el desencadenamiento automático de procesos concursales, en fin, toda una batería de medidas previstas fundamentalmente en el RDL 25/2020 de 3 de julio, y en el más reciente 5/2021, de 12 de marzo, descrito como medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia.

Otro vector de actuación se centra en el área del consumo y de la vivienda, en la medida en que la disminución de rentas como consecuencia de la crisis pudiera causar situaciones de necesidad tanto en el consumo de energía como en el pago del alquiler de la vivienda o de los préstamos hipotecarios en el caso de estar efectuando la compra de la misma, más aún cuando con el confinamiento la vivienda habitual se había convertido en un espacio central de convivencia y también de trabajo para muchas personas. Por eso el RDL 11/2020, de 31 de marzo, puso en marcha una serie de medidas de moratorias de alquiler y de deuda hipotecaria, prohibición de desahucios sin alternativa habitacional para personas vulnerables y suspensión de la orden de lanzamiento, prohibición de interrupción de energía eléctrica, gas y agua en los domicilios, junto con otras medidas convergentes en esa tutela del consumo indispensable de las familias y de la protección integral de la efectividad del derecho reconocido en el art. 47 CE para evitar que los colectivos vulnerables pudieran perder su vivienda o se vieran imposibilitados para pagar la renta mientras durara el estado de alarma y un período posterior en el que se preveía que se tendrían que soportar las consecuencias económicas que puedan derivarse de estas situaciones. Una proyección específica sobre consumidores y usuarios caracterizados por una situación de vulnerabilidad económica que reitera el RDL 1/2021, de 19 de enero, al introducir de forma novedosa el concepto de persona consumidora vulnerable como sujeto necesitado de protección especial en la normativa de defensa de consumidores y usuarios del art. 51 CE, teniendo en cuenta, como señala la Exposición de Motivos de dicha

norma, que “son diversas las causas que determinan la posible situación de vulnerabilidad de las personas consumidoras y usuarias en atención a las específicas relaciones de consumo que les afecten. Es importante señalar que las relaciones de consumo están diseñadas sin tener en cuenta las necesidades y circunstancias de determinados colectivos de personas que enfrentan especiales obstáculos a la hora de desenvolverse y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad”<sup>41</sup>.

Mas conocido – y publicitado – resulta el conjunto de medidas que se dirigieron a garantizar la suficiencia de rentas durante la emergencia ante la reducción o pérdida de recursos personales debido a la paralización de actividades y a la situación económica, y que se inscriben en su ejemplo más vistoso en las iniciativas que combaten la exclusión social y la pobreza, y por tanto en el primero de los objetivos de desarrollo social para el 2030 fijados por Naciones Unidas que en nuestro país su-

<sup>41</sup> El RDL 1/2021 enfatiza la relación de este concepto con la regulación europea de la Nueva Agenda del Consumidor, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo “Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible”, 13 noviembre 2020, COM(2020) 696 final. Para la norma española, “la probabilidad de que una persona consumidora obtenga resultados negativos en sus relaciones de consumo vendrá condicionada por aspectos tales como la dificultad para obtener o asimilar información, una menor capacidad para comprar, elegir o acceder a productos adecuados, o una mayor susceptibilidad a dejarse influir por prácticas comerciales”. Según esto, “la situación de vulnerabilidad no se deriva de circunstancias estrictamente personales, sino que hay que considerar aspectos de origen demográfico, social e, incluso, relacionados con cada entorno de mercado concreto”, lo que implica que no basta con una contemplación del plano de lo estrictamente económico, a través de los indicadores del nivel de renta, sino que se trata de una situación multidimensional, que “afecta a todos los ámbitos de consumo, siendo especialmente patentes en algunos sectores de consumo específicos como el financiero, el energético o el de comercio electrónico”. Y en esta noción entran por consiguiente las personas mayores – uno de los grupos de consumidores más numeroso en España – las mujeres y algunas variables dependientes de la cuestión de género, como las familias monoparentales, los niños y adolescentes, las personas con discapacidad. Y también, claro está, las personas en situación de riesgo de pobreza o de exclusión social, el nivel formativo y la brecha digital o el lugar de residencia.

ponía, según el INE, una tasa de riesgo de pobreza del 25,7 % para el año 2019, inmediatamente anterior a la incidencia del COVID-19, con grandes diferencias territoriales<sup>42</sup>. La introducción del Ingreso Mínimo Vital (IMV) por el RDL 20/2020, de 29 de mayo, enlazaba con la reivindicación sindical expresada en una Iniciativa Legislativa Popular de febrero de 2017, sobre una prestación de ingresos mínimos<sup>43</sup>, y que entró en el conjunto de propuestas que se debatieron como programas políticos durante las citas electorales de los años siguientes en la idea de prever una prestación social de ámbito nacional que cubriera el riesgo de pobreza de una parte de la población española. Un proceso de discusión y debate que se aceleraría con la irrupción de la crisis y el incremento de la vulnerabilidad social y económica que conllevaba, estableciendo una prestación sobre la base del sistema público de Seguridad Social del art. 41 CE que garantizara, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, “la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos”, es decir, un instrumento que facilitara la inclusión social de estas personas. Se trataba de una prestación no contributiva del sistema, de carácter asistencial, que protegía una situación de necesidad real<sup>44</sup>. No obstante, las dificultades en su implantación,

la constatación de que no llegaba a aplicarse a una buena parte de aquellas personas que en principio debían ser beneficiarios de esta prestación y la consiguiente reconfiguración de su ámbito de aplicación hicieron necesarias casi inmediatamente modificaciones a su articulado, un proceso continuo de cambios que se ha prolongado hasta el RDL 3/2021, de 2 de febrero, mientras que se sigue discutiendo en el Congreso el proyecto de ley que surge de la convalidación del RDL 20/2020<sup>45</sup>.

De alguna manera conectado con la previsión de mecanismos de sustitución de rentas a través de prestaciones económicas públicas de carácter asistencial ligadas a la paralización de actividades o las dificultades económicas de la crisis, se hallan las prestaciones extraordinarias por cese de actividad de los trabajadores autónomos (ya desde el RDL 8/2020, de 17 de marzo) y para los trabajadores de temporada del RETA o del Régimen del Mar (RDL 24/2020, de 26 de junio), el subsidio extraordinario por falta de actividad de las empleadas de hogar (RDL 11/2020, de 31 de marzo), el acceso extraordinario a las prestaciones por desempleo de los artistas en espectáculos públicos (RDL 17/2020, de 5 de mayo), el subsidio especial por desempleo para quienes hayan agotado sus prestaciones entre la declaración del estado de alarma y el 30 de junio de 2020 (RDL 32/2020, de 3 de noviembre), el subsidio por desempleo excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura o el acceso extraordinario a la prestación por desempleo los profesionales taurinos (RDL 32/2020, de 3 de noviembre), con sus prórrogas respectivas que llegan hasta el RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Una progresiva y detallista regulación de supuestos que se inscriben en una fragmentada y casuística atención a la vertiente asistencial

<sup>42</sup> La tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (indicador AROPE), es del 37,7 % en Andalucía y Extremadura, 35 % en Canarias, 31,9 % en Murcia y 30,7 en Castilla-La Mancha, frente al 11,7 en Navarra, 14,4 en País Vasco, 15,1 % en Baleares o 16,7 en Castilla y León. En Catalunya, el 18,8 %, en Madrid el 19 %, todos ellos datos de 2019 según los datos del INE.

<sup>43</sup> Admitida a trámite en febrero de 2017 y posteriormente derrotada la enmienda a la totalidad del PP apoyada por Ciudadanos en septiembre de 2017. Sobre las vicisitudes de esta ILP y su contenido, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 3 (2020), pp. 14-15.

<sup>44</sup> Un análisis detallado de la figura en GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y sus modificaciones”, *Revista de Derecho Social* nº 91 (2020), pp. 37-67.

<sup>45</sup> Los datos que se ofrecen, a marzo de 2021, indican que el INSS abonará 203.868 prestaciones de 460 € mensuales de media, una cifra que contrasta con las estimaciones previstas de 1,6 millones de personas, un millón en pobreza severa.



que cubre la prestación de desempleo para los colectivos señalados.

Pero el bloque temático más característico de la emergencia es el que se refiere a los mecanismos de amortiguación social y de encauzamiento del ajuste de empleo provocado por la doble crisis sanitaria y económica a través de la figura de los Expedientes de Regulación Temporal de empleo (ERTEs) para la suspensión del contrato o la reducción de jornada rescataada del art. 47 ET. La suspensión o cancelación de actividades, el cierre temporal de locales de afluencia pública, las restricciones en el transporte público y de la movilidad de las personas o de las mercancías, la falta de suministros que impidan o dificulten gravemente la continuidad de la producción de las empresas, o situaciones urgentes o extraordinarias de contagio de la plantilla o medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria, se configuraban como causas de fuerza mayor que habilitaban la apertura de este procedimiento, como también cuando se decidiera por la empresa acudir a estas medidas por causas económicas, técnicas organizativas y de producción “relacionadas con el COVID-19”. El mecanismo de ajuste temporal de actividad tenía como objetivo fundamental evitar despidos, lo que suponía un giro en los planteamientos que habían acompañado a los ajustes de empleo de la crisis económica inmediatamente anterior, correspondiente al ciclo 2010-2013, que se había saldado con una impresionante destrucción de empleos<sup>46</sup>. La percepción de prestaciones por desempleo de las personas trabajadoras “situadas” en la regulación temporal de empleo, de aplicación con independencia de la duración determinada o por tiempo indefinido de los contratos, se acompañaba de exoneraciones de cotizaciones

<sup>46</sup> Nótese que el punto más alto se alcanzó en el mes de abril del 2020, con 3,6 millones de personas acogidas a la regulación temporal de empleo, se estabilizaría en junio en torno a los dos millones, y descendería otro millón más en el mes de julio. El año 2020 se cerró con 750.000 trabajadores en la regulación temporal de empleo. Los datos de mayo 2021 cifran en 542.000 las personas que permanecen en regulación temporal de empleo, el nivel más bajo desde el inicio de la pandemia.

a la seguridad social por parte de las empresas, lo que implicaba un impresionante programa de recursos públicos, y hacía de este instrumento “un campo de prueba” del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social<sup>47</sup> en la amortiguación del impacto extraordinario de la paralización de actividades y el deterioro del tejido productivo con vistas a preservar éste ante una futura recuperación económica tras el fin de la emergencia. Estas “medidas de flexibilización” planteadas como las disposiciones de arranque en la crisis económica a través de los RDL 8 y 9/2020 de 17 y 27 de marzo respectivamente, son además especialmente relevantes porque a su través se advierten de manera muy clara dos elementos inconfundibles de este conjunto normativo: el redireccionamiento del marco institucional laboral sobre la base de una hermenéutica de preservación del empleo, y la utilización del diálogo social como fórmula de legitimación de estas indicaciones normativas. Ambas cuestiones se examinarán en el apartado siguiente.

#### 4. MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y DIÁLOGO SOCIAL

La situación de excepcionalidad reconocida formalmente a través de la declaración del estado de alarma no sólo ha provocado restricciones explícitas de libertades fundamentales, sino que ha impulsado también una hermenéutica peculiar, que impone una forma de interpretación específica de las normas emanadas desde y durante el estado de alarma ligadas a un juicio de ponderación de derechos que se aparta del que se efectuaba antes de esta situación de crisis. Es muy clara la separación que las medidas laborales de la emergencia efectúan con el sistema de regulación del empleo que prevé el sistema legal nacido del ciclo de la crisis del 2010-2013. La ponderación que las nuevas medidas efectúan priorizando de forma

<sup>47</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...”, *cit.*, p. 347.

indubitada el derecho a la salud y el derecho al trabajo frente a la libertad de empresa, suponen un cambio sustancial del equilibrio que entre el art. 38 y el art. 35 CE en concreto había efectuado la reforma laboral del 2012 y que constituye la regulación “ordinaria” de las relaciones laborales.

Las nuevas reglas que limitan los poderes de organización empresarial y restringen esa libertad en un aspecto tan importante como la causalidad del despido, son determinantes de una interpretación diferente de las mismas y de sus efectos respecto de la que se deduce del juego de valores y de principios que se ha establecido en la normativa previa a la situación de crisis derivada de la pandemia. Una conclusión acorde con lo que establece el art. 3.1 del Código Civil, para quien la interpretación de las normas debe hacerse en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Una línea interpretativa que se inserta, en tiempo de crisis, como afirmó el TC en sus STC 119/2014 y 8/2015 para justificar la reforma del 2012, en una amplísima intervención del legislador en la conformación de los poderes y facultades de los sujetos que intervienen en la conformación de las relaciones laborales<sup>48</sup>.

El mantenimiento del empleo es el objetivo central de estas medidas de ajuste temporal, que implican la evitación de los despidos. De una parte, mediante el compromiso de empleo que se establece en la DA 6ª del RDL 8/2020, durante el plazo de seis meses desde la fecha de

reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aunque ésta fuera parcial o afectara solo a parte de la plantilla, compromiso que se considera incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos “de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes” – con las precisiones que establece el segundo párrafo de la DA 6ª.2 de la citada norma – y que implica que las empresas que lo incumplan deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de las que resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. De otra, mediante la prescripción establecida en el art.2 del DL 9/2020 según la cual, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas que amparan la regulación temporal de empleo, no podrán en ningún caso constituir causas que justifiquen la extinción de los contratos ni el despido.

Se trata por tanto de una doble prescripción que de un lado pretende garantizar un período mínimo de seis meses durante el cual no pueden ser despedidos las personas que son recuperadas por la empresa para la reanudación total o parcial de su actividad, y de otro, declara que no es causa o motivo legal de despido las circunstancias impeditivas u obstaculizadoras de la actividad de la empresa derivadas del COVID-19, que necesariamente deben reconducirse a las medidas extraordinarias previstas de ajuste temporal de empleo para evitar estos despidos. No es posible por consiguiente efectuar un ERE por motivos relacionados con la crisis económica derivada del COVID-19, y los despidos individuales que se apoyen en dichas causas no pueden ser válidos al carecer de causa legal.

No se trata por tanto de que mientras se mantenga la situación extraordinaria del COVID-19 no quepa efectuar ningún despido ni extinción de contrato, sino que no puede despedirse alegando como motivo la fuerza mayor o la concurrencia de circunstancias económicas, tecnológicas, organizativas o productivas relacionadas con el COVID-19. La consecuencia natural de esta disposición prohibitiva del

<sup>48</sup> Algunas disposiciones de esta normativa expresan limitaciones que no son frecuentes en la regulación de la libertad de empresa, como sucede en el art 5 del RDL 18/2020. En él, y sobre la base de la “transparencia fiscal”, las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales, no podrán acogerse a los beneficios que prevé para los ERE la legislación vigente. Y, subsiguientemente, las empresas y sociedades de más de cincuenta trabajadores que hagan uso de los recursos públicos destinados a los EREs, no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes de regulación temporal de empleo.

despido al carecer de causa es la nulidad del mismo, pero ha habido una importante contestación doctrinal y jurisprudencial que, sobre la base de un razonamiento ligado a una interpretación restrictiva del alcance de la nulidad por fraude de ley en la vieja jurisprudencia del Tribunal Supremo y al limitado campo de acción de la nulidad respecto de los despidos discriminatorios y vulneradores de los derechos fundamentales, entiende que la norma no prohíbe los despidos, sino que los encarece al suponer que el quebrantamiento de la prescripción legal implica simplemente la declaración de improcedencia del despido<sup>49</sup>.

El debate doctrinal y judicial al respecto en muy vivo<sup>50</sup>, y se abren expectativas diferentes en razón de las extinciones que supongan un quebrantamiento de la cláusula de salvaguarda, en donde la sanción de devolución de las cotizaciones sociales puede ser muy disuasoria, con independencia de la declaración de nulidad o de improcedencia de los despidos efectuados, o bien en los supuestos de despidos que se basen en estas causas ilícitas en la medida en la que se considere que la declaración del legislador sobre la inexistencia de causa supone realmente considerar los despidos que incumplan esa prescripción como actos contrarios a una norma prohibitiva, un despido prohibido que debería ser sancionado con la nulidad<sup>51</sup>. La privación de causa lícita para despedir – en los límites que prevé el

art. 2 del RDL 9/2020 – tiene como efecto útil la prohibición de esos actos, y no el reconocimiento de su carácter definitivo a cambio del incremento de la indemnización derivada del carácter improcedente de ese despido, del que se sabe además que no cumple una función disuasoria, y que se trata de un mecanismo rígido y uniforme que produce importantes diferencias de trato negativas en función de la edad y del género<sup>52</sup>.

El mecanismo de ajuste temporal de empleo con su compromiso de mantenimiento del empleo se ha segregado del núcleo estrictamente gubernativo de la producción de normas, esto es, del espacio político de gobierno que genera, desde la urgente necesidad, la regulación excepcional de las relaciones laborales, y se ha desplazado hacia el campo de la concertación tripartita, al diálogo social con sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, en un proceso de interlocución política y social que se ha hecho permanente. Esta articulación de un consenso social ha permitido una legitimación propia de las medidas adoptadas que ha funcionado a su vez, al menos al comienzo, como una manera de compensar el fuerte cuestionamiento político del gobierno y de su gestión del estado de alarma en sede parlamentaria, pero también como una forma de gobernanza de la salida de la crisis que ha permitido dotar de autonomía a este bloque normativo respecto del resto de los otros contenidos y disposiciones más ligados a la situación excepcional del estado de alarma. Este es el elemento más significativo que ha logrado el diseño concertado del proceso de creación de amortiguadores sociales con una fuerte inversión pública cuyo objetivo fundamental es el mantenimiento del empleo, que se ha convertido en el método fundamental de regulación del trabajo con vistas a la recuperación económica post-COVID. No se trata por consiguiente sólo de una medida de excepción que utiliza una institución ya dada

<sup>49</sup> Por todos, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...", *cit.*, p. 329, para quienes la ley ha procedido a efectuar una declaración *ex lege* de improcedencia, pero ni ha prohibido los despidos por causa de COVID-19 ni ha establecido un bloqueo o moratoria para que las empresas puedan acudir a las extinciones contractuales, como ha hecho la legislación italiana.

<sup>50</sup> Cfr. ROJO TORRECILLA, E., "Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal", en este mismo número de la revista.

<sup>51</sup> De manera detallada, cfr. PRECIADO DOMENECH, C., (Coord), *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 67-76; FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTes en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 103-111.

<sup>52</sup> Cfr. EDITORIAL, "Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria", *Revista de Derecho Social* n<sup>o</sup> 93 (2021), pp. 7-15.



en el sistema jurídico – la suspensión colectiva de contratos de trabajo del art. 47 ET – para asignarle nuevos e importantes cometidos de ajuste temporal de empleo en evitación de los despidos, sino que este mecanismo se inserta en un proceso de negociación política de carácter tripartito que pretende recomponer el marco institucional de la regulación del empleo, con un alcance mayor y diferente del que marca la situación de excepcionalidad originada por la emergencia sanitaria.

La corresponsabilización de los actores sociales en el campo de la regulación de empleo se ha manifestado en una larga serie de acuerdos – Acuerdos sociales de defensa del empleo (ASDE) – desde el primero en mayo del 2020, que dio lugar al RDL 18/2020, de 12 de mayo, hasta el quinto y por ahora último RDL 11/2021, de 27 de mayo, que ha prolongado el régimen de los ERTE hasta el 30 de septiembre de este año junto con una serie de nuevas reglas adecuadas a la nueva realidad económica y social del país<sup>53</sup>. Los acuerdos se han logrado en el seno de una Comisión de seguimiento tripartita laboral creada por el RDL 18/2020, compuesta por arte empresarial por CEOE-CEPYME, por parte sindical por CCOO y UGT, y por el gobierno, por las personas designadas por los dos ministerios implicados, el de Trabajo y Economía Social y el de Inclusión y Seguridad Social<sup>54</sup>. En ella se formaliza una cooperación atípica entre el campo de lo económico-social y el interés público que no puede tipificarse entre las figuras de la participación institucional<sup>55</sup> ni entre las figuras de negociación colectiva que prevé el Título III ET, en especial la del acuerdo interprofesional que diseña el art. 83 sin la presencia del Gobierno como parte contratante. La

Comisión de Seguimiento que inaugura el I ASDE es un órgano que nace de ese proceso tripartito, tiene que vigilar el cumplimiento de lo acordado en él, pero a su vez alimenta un proceso de negociación permanente que permite alumbrar otros nuevos acuerdos. Su precedente más cercano está constituido por las Comisiones de Seguimiento creadas por el Acuerdo Económico y Social del 1984-1985, que la STC 39/1986, de 31 de marzo, definió como un producto atípico de la acción colectiva encuadrado en el concepto de “concertación social”, no regulada formalmente, sin que se pudiera encuadrar en la tipificación de las facultades de acción recogidas en la LOLS para la mayor representatividad y que por consiguiente se situaba en el marco de la negociación política, una manifestación “contractual” o “negocial” que conectaba a las partes firmantes del acuerdo logrado en las comisiones de seguimiento con los instrumentos que velaban por la ejecución del mismo. Eran “instrumentos de la concertación social” y por lo tanto establecían su legitimación para negociar sobre la base de una referencia cerrada al acuerdo cuyo cumplimiento aseguraban<sup>56</sup>.

El contenido de los acuerdos es un texto legislativo que se plasma directamente en la norma de urgente necesidad. Es una manifestación literal del concepto de legislación negociada, que establece una conexión muy llamativa entre acuerdo social y legislación de urgencia, en la que el consenso de los interlocutores sociales parece configurarse como un requisito

<sup>56</sup> La STC 39/1986 resolvía así el problema de la exclusión de CCOO de las comisiones de seguimiento del AES, que ese sindicato entendía que vulneraba su derecho a la libertad sindical, asimilando la concertación social a las facultades de representación institucional que fijaba el art. 6 LOLS. Por el contrario, para el TC, “no contraría la libertad sindical exigir que aquellos grupos que compongan dichos órganos estén de acuerdo con el pacto en que se originaron como conjunto de derechos y obligaciones”, que desarrollan funciones “no conocidas hasta su mera constitución ahora, fruto de la negociación, pues han nacido de un acuerdo cuyo cumplimiento aseguran”. Su carácter estrictamente temporal, de gestión de la transición que tiene que conducirse desde el momento actual hasta la recuperación económica, era la otra característica de este órgano de administración del Acuerdo.

<sup>53</sup> El II ASDE tomó cuerpo en el RDL 24/2020, de 26 de junio; el III ASDE en el RDL 30/2020, de 26 de septiembre, y el IV ASDE en el RDL 2/2021, de 26 de enero.

<sup>54</sup> Cfr. CABERO MORÁN, E., “Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del Coronavirus”, *Trabajo y Derecho* nº extra 12 (2020).

<sup>55</sup> MORA CABELLO DE ALBA, L., *La participación institucional del sindicato*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008, especialmente pp. 72-151.

suficiente para legitimar democráticamente la acción legislativa del gobierno, sustituyendo la iniciativa legislativa del Parlamento. La intervención de éste se produce *a posteriori*, no sólo mediante la convalidación del Decreto-Ley, sino a través de la conversión de éste en proyecto de ley, como ha sucedido en la mayoría de estos supuestos<sup>57</sup>, aunque posiblemente también haya influido en esta remisión a la tramitación parlamentaria de las normas pactadas en el diálogo social la precaución ante la frecuente impugnación por la oposición al Gobierno de muchos de estos actos legislativos convalidados por el Parlamento.

El diálogo social como método de gobierno se ha configurado como una regla constante en la gestión de la crisis declarada por la emergencia en el campo específico de las relaciones laborales y de Seguridad Social, es decir, se ha convertido en una práctica política de cooperación informal permanente entre el poder público a través de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión social y Seguridad Social y los sujetos colectivos que representan al empresariado y al conjunto de los trabajadores del país a través de la condición de mayor representatividad de sus respectivas organizaciones. Esa praxis desemboca en un procedimiento de creación de normas que desborda la zona de la gestión excepcional de las consecuencias laborales de la crisis y se proyecta hacia el futuro. Antes se dijo que la conexión entre los valores constitucionales de preservación del trabajo y del empleo presentes en los arts. 35 y 40 CE y el diálogo tripartito había separado este campo de regulación de la excepcionalidad derivada del estado de alarma y lo había hecho funcionar de forma autónoma, alimentando un proceso de reconstrucción normativa que se proyecta hacia el futuro. Este puede ser un rasgo definidor de la transición hacia la que se abre el período post-covid.

<sup>57</sup> Así ha sucedido con el RDL 18/2020, el RDL 24/2020 y el RDL 2/2021, por el momento, y presumiblemente será también objeto de este doble trámite de convalidación para posteriormente tramitarlo como proyecto de ley el RDL 11/2021.

## 5. DIÁLOGO SOCIAL Y REDIRECCIONAMIENTO DEL MARCO INSTITUCIONAL LABORAL

El derecho del trabajo surgido de la emergencia no sólo se ha limitado a establecer una suerte de paréntesis excepcional que no modifica hacia el futuro ninguna norma jurídico-laboral de importancia, funcionando, como expresivamente se ha señalado, como “una inmensa disposición transitoria”<sup>58</sup>. La permanencia en el tiempo de la crisis, su duración extensa, con recaídas y repetición de nuevas olas de contagio, ha hecho posible que durante este período se fuera amalgamando una serie de situaciones que dentro del entorno del derecho de la emergencia, abren nuevos campos de acción que inciden sobre el marco institucional hasta el momento vigente, modificándolo y reorientándolo.

Ya se ha aludido al ejemplo del trabajo a distancia, que tiene su origen en efecto en una medida urgida por la necesidad de considerar el “carácter preferente” del mismo como forma de asegurar la continuidad de las actividades en la situación de excepcionalidad sanitaria pero que posteriormente se traduce en una regulación completa de esta modalidad de la organización del trabajo que se desarrolla también en el marco del diálogo social y que se ha plasmado en el RDL 28/2020 como norma especial, seguida de la implantación en el ámbito del empleo público a partir del RDL 29/2020, de 29 de septiembre<sup>59</sup>. Como también el importante desarrollo reglamentario del RDL 6/2019, de 1 de marzo, sobre igualdad de trato y de oportunidades, que ha dado lugar a dos Decretos sobre planes de igualdad y sobre la igualdad

<sup>58</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia...”, *cit.*, p. 333-334. Las normas del Derecho del Trabajo en la emergencia “no contienen reforma alguna del ordenamiento laboral y de seguridad social...ninguna reforma estructural”.

<sup>59</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia...”, *cit.*, pp. 1417-1418.

y transparencia retributiva<sup>60</sup>, el único hasta el momento de los textos normativos que sólo obtuvo el apoyo sindical en la interlocución tripartita<sup>61</sup>, o, señaladamente por su carácter estelar, la norma que modifica el Estatuto de los trabajadores “para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, la llamada ley *riders* que positiviza el resultado del debate jurisdiccional sobre la laboralidad de estos repartidores<sup>62</sup>, el RDL 9/2011, de 11 de mayo, publicado varios meses después de alcanzar el acuerdo entre CEOE-CEPYME y los sindicatos CCOO y UGT con el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

La política legislativa en cada uno de estos supuestos es diferente, lo que da idea de la importancia de la informalidad de la legislación negociada que conduce a un pragmatismo sin referencias rígidas o a programas preconcebidos. De una cierta estrategia de “circunvalación” del Estatuto de los trabajadores<sup>63</sup>, eludiendo así el compromiso, reiterado en los programas del 2019 y en el programa de gobierno de progreso del 2020, de un “nuevo Estatuto de los Trabajadores”, como sucedió con la vía elegida para el trabajo a distancia, a la modificación del mismo para incluir la presunción de laboralidad de estas personas al servicio de las plataformas digitales y el

derecho de información sobre” los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”. En ambos casos, se ha producido la incorporación al derecho del trabajo de nuevas formas de organización del trabajo muy marcadas por la introducción de la digitalización, con proyección de futuro.

Pero en el programa de acción del gobierno se impulsa con urgencia una importante remodelación de aspectos decisivos de la legislación actual: desde las siempre aplazadas reformas de la negociación colectiva y de la responsabilidad en cadena en los supuestos de externalización productiva, hasta la prioritaria consideración de la regulación del empleo. También en este último campo la transición entre la práctica desarrollada con las instituciones surgidas de las “medidas urgentes y extraordinarias” de la crisis del COVID-19, en especial con la regulación de los ERTes y una nueva contemplación de la regulación de empleo parece evidente no solo por las declaraciones de señalados exponentes del área gubernamental, sino que se desprende de la propia intención de los agentes sociales. Y, en ese mismo campo de regulación, la reforma de la contratación temporal, mediante una recausalización de la misma y la reformulación de las sanciones por su vulneración, entra en el cupo de las reformas anunciadas.

Sin embargo, lo que la crisis ha pospuesto seguramente es la apertura de un amplio proceso de reflexión sobre el nuevo Derecho del Trabajo que se corresponde con un nuevo ciclo cultural y político que suceda al que durante cuarenta años ha resultado hegemónico. En gran medida porque no está claro cual es ese marco de referencia que en Europa y en nuestro país puede diseñarse tras la emergencia sanitaria y a cuya indeterminación ya se ha hecho referencia. Parece sin embargo en el corto y medio plazo que la práctica de la concertación tripartita que resulta privilegiada por los actores sociales y los poderes públicos, no propicia una consideración

<sup>60</sup> Cfr. ARENAS VIRUEZ, M., “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”, *Temas Laborales* nº 156 (2021), pp. 11-49.

<sup>61</sup> La CEOE ha recurrido ante el Tribunal Supremo el procedimiento de negociación de los planes de igualdad en las empresas cuando en ellas no exista representación legal de los trabajadores que prevé el RD 901/2020 por entender que contraría lo previsto en el art 41.4 ET y carece de cobertura legal para hacerlo.

<sup>62</sup> Un largo debate que se solventó con la STS 25 septiembre 2020 que declaró a los repartidores al servicio de las plataformas trabajadores por cuenta ajena. Un comentario a esta Sentencia en TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales”, *Labour & Law Issues* Vol. 6, nº 2 (2020).

<sup>63</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia...”, *cit.*, p. 1421, habla de “anómala circunvalación” que impide la integración normativa en el ET.

global o general de las orientaciones de cambio o de reforma de la normativa laboral, sino una consideración fragmentada de algunos elementos de la misma ciertamente importantes, pero sin integrarlos en un proyecto sistemático de modificación legislativa completa. O al menos sin que este esbozo, si existe, sea visibilizado en su conjunto. Un pragmatismo virtuoso por el éxito obtenido en sus resultados, que avanza a pequeños pasos y como un complicado rompecabezas, sin que se pueda conocer de antemano el diseño total de la figura resultante, en un proceso de transición en el que la confrontación entre dos lógicas valorativas diferentes, una ponderación de derechos divergente y una reforma normativa parcial permitirá un amplio espacio de actuación a las diferentes líneas interpretativas doctrinales y jurisprudenciales que pretendan reconfigurar en un sentido político e ideológico determinado el cuadro institucional resultante.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO WILHEMI, M., “Crisis financiera y recortes de derechos: la austeridad como dispositivo de desposesión constitucional”, *Revista de Derecho Social* n° 76 (2016), pp. 13-38.
- ARENAS VIRUEZA, M., “Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: Análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre”, *Temas Laborales* n° 156 (2021), pp. 11-49.
- BAYLOS GRAU, A., “Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género”, *Revista de Derecho Social* n° 72 (2015), pp. 48-51.
- “Mirando hacia atrás con ira. La irrupción de la crisis y el derecho del trabajo en España”, *Jueces para la democracia. Información y Debate*, n° 95 (2019), pp. 5-16.
- CABERO MORÁN, E., “Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del Coronavirus”, *Trabajo y Derecho* n° extra 12 (2020).
- CABEZA PEREIRO, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Laborum, Murcia, 2015.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F.J., “Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR): ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 75 (2020), pp. 9-53.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “El derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 11 (2020), pp.1413-1435.
- y RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M., “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales* n° 4 (2020), Monográfico sobre El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia de COVID-19, pp. 317-348.
- DEAKIN, S., “Social Policy, Economic Governance and EMU: Alternatives to Austerity”, en Bruun, N., Lörcher, K., Schömann, I., *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Pub., Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 83-106.
- EDITORIAL, “La crisis del COVID-19 y los cambios en el Derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social* n° 89 (2020), pp. 7-15.
- “Diálogo social para el gobierno de la crisis después del estado de alarma”, *Revista de Derecho Social* n° 90 (2020), pp. 7-13
- “Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria”, *Revista de Derecho Social* n° 93 (2021), pp. 7-15.
- FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 445 (220), pp. 7-26.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 8<sup>o</sup> ed., 2019.
- GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y sus modificaciones”, *Revista de Derecho Social* n° 91 (2020), pp. 37-67.
- JONUNG, L. y ROEGER, W., “The macroeconomic effects of a pandemic in Europe – A model-based assessment”, *Economic papers* n° 251 (2006).
- KEOGH-BROWN, M.R., WREN-LEWIS, S., EDMUNDS W. J., BEUTELS, Ph. y SMITH, R.D., “The possible macroeconomic impact on the UK of an influenza pandemic”, *Health Economics* n° 19, (2010), pp. 1345-1360.
- KILPATRICK, C., “Abnormal Sources and Institutional Actions in the EU Sovereign”, en Cremona. M. y Kilpatrick, C., (Eds.), *EU Legal Acts. Challenges and Transformations*, Oxford University Press, 2018, pp.70-105.

- LASSANDARI, A., “Rapporti sospesi e modelli crollati?”, *Lavoro e Diritto*, n° 2 (2020), pp. 159-171.
- “Sul diritto del lavoro. Brevi osservazioni”, *Lavoro e Diritto* n° 1 (2021), pp. 63-76.
- MARIUCCI, L., “Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo”, *Revista de Derecho Social* n° 92 (2020), pp. 21-40.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “El riesgo de exclusión social de los trabajadores pobres: Análisis de las reglas jurídicas conectadas con este nuevo fenómeno”, en J. MORENO GENÉ y L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Dir.), *Crisis de empleo, integración y vulneración social*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 181– 216.
- MEMORIA DIRECTOR GENERAL OIT, “El trabajo en tiempos de COVID”. Conferencia Internacional del Trabajo, 109ª Reunión, 2021. OIT, Ginebra, 2021.
- MENÉNDEZ, A.J., “La crisis existencial de la Unión Europea y la radicalización de su mutación constitucional”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate* n° 99 (2020), pp. 28-38.
- MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>, “¿Esperando a Crouchy? El papel de la Unión Europea en la crisis del COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 4 (2020), p. 513-516.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, n° 24 (2020), pp. 13-35.
- MONTOYA MELGAR, A., “El derecho del Trabajo ante el COVID-19: los motivos del legislador de urgencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 238 (2021), pp. 13-30.
- MORA CABELLO DE ALBA, L., *La participación institucional del sindicato*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2008
- PRECIADO DOMENECH, C., (Coord), *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19*, Bomarzo, Albacete, 2020,
- PRESNO LINERA, M.A., “Fortalezas y debilidades del derecho de excepción frente al COVID-19”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 99 (2020)
- ROJO TORRECILLA, E., “Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal”, en este mismo número de la revista
- SANGUINETI RAYMOND, W. y VIVERO SERRANO, J.B., “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la emergencia sanitaria”, *Trabajo y Derecho* n° monográfico 12 (2020), pp. 2-10
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La pandemia del Covid-19 conmociona las relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 231 (2020), pp. 15-28.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales”, *Labour & Law Issues* Vol. 6, n° 2 (2020).
- TRILLO PARRAGA, F., “Estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras en contratas y subcontratas: a propósito de la peligrosa doctrina de la STSJ Catalunya 66/2020”, *Revista de Derecho Social* n° 92 (2020), pp. 185-195.

**RESUMEN**

La irrupción de la pandemia debida al COVID-19 tuvo efectos muy negativos sobre la actividad económica y la vida de los ciudadanos, con especial riesgo para las personas para las que las rentas del trabajo eran su única fuente de ingresos. La legislación generada en esta situación de excepción quiso remediar estos efectos negativos. El nuevo marco de referencia mantiene elementos de fuerte contraste con las políticas económicas y sociales hasta el momento vigentes y en particular con las reglas de la nueva gobernanza económica de Unión Europea, que ha tenido que acudir a la cláusula de salvaguarda para suspenderlas. Cabe preguntarse si la ordenación jurídica que ha efectuado la legislación laboral de la crisis del COVID-19 desaparecerá con la recuperación económica posterior o si se trata del inicio de una transición a un nuevo modelo de regulación de las relaciones de trabajo. El artículo procede a la descripción de los principales bloques normativos que integran la legislación del COVID-19 en el caso español y se centra en el mantenimiento del empleo y el diálogo social como elementos más relevantes. Finalmente, pronostica la continuidad del modo de producción de normas sobre las relaciones laborales a través del diálogo tripartito de reforma parcial del sistema vigente aún finalizada la fase de excepción generada por la pandemia.

**Palabras clave:** COVID-19; Empleo; Reformas; Diálogo Social; Gobernanza económica; Unión Europea.

**ABSTRACT**

The outbreak of COVID-19 pandemic had very negative effects on economic activity and the lives of citizens, with special risk for people for whom earned income was their only source of income. The legislation generated in this exceptional situation wanted to remedy negative effects. The new frame of reference maintains elements of strong contrast with the economic and social policies in force up to now and in particular with the rules of the new economic governance of the European Union, which has had to resort to the safeguard clause to suspend them. It is worth wondering if the legal order that the labour legislation of the COVID-19 crisis has carried out will disappear with the subsequent economic recovery or if it is the beginning of a transition to a new model of regulation of industrial relations. This article proceeds to the description of the main regulatory items that make up the COVID-19 spanish legislation and focuses on maintaining employment and social dialogue as the most relevant elements. Finally, it predicts the continuity of the mode of production of regulations on industrial relations through the tripartite dialogue of partial reform of the current system even after the phase of exception generated by the pandemic has ended.

**Keywords:** COVID-19; Employment; Reforms; Social Dialogue; Economic governance; European Union.



# Despido y garantías del mantenimiento del empleo.

## Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal\*

# Dismissal and guarantees to maintain employment. Regulatory regime and jurisprudential interpretation. The judicial and doctrinal debate

EDUARDO ROJO TORRECILLA\*\*

### 1. ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO, INDIVIDUAL O COLECTIVO, DURANTE LA COVID-19? A PROPÓSITO DEL ART. 2 DEL RDL 9/2020. REFLEXIONES PERSONALES, A MODO DE INTRODUCCIÓN, TRAS MÁS DE UN AÑO DE VIGENCIA DE LA NORMA

**H**e dedicado a lo largo del más de un año transcurrido desde la aprobación de los RDL 8/2020 y 9/2020 mucha atención al citado precepto. Una lectura pausada de todas las efectuadas me lleva ahora, a efectuar una síntesis ordenada, revisada y actualizada para introducir el presente artículo<sup>1</sup>.

A) Al efectuar un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020 valoré muy positivamente la norma, y al mismo tiempo también le puse alguna “pega”. “Me pregunto si la norma hubiera podido ir más allá de donde ha ido en punto a proteger a

\* Fecha de finalización: 15 de mayo de 2021.

\*\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

<sup>1</sup> Todas las aportaciones se encuentran recogidas, de forma mucho más extensa y detallada, en mi blog <http://www.eduardorojotorrecilla.es>

las personas trabajadoras y prohibir durante un determinado período de tiempo los despidos por causas objetivas, siguiendo el modelo italiano. Es cierto que la disposición adicional sexta, con el claro título de “Salvaguarda del empleo” parece que apunta en dicha dirección, pero su dicción puede suscitar muchas dudas en cuanto a su efectiva aplicación. Así, se dispone que “Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. Parece que ello quiere decir, si nos atenemos a la literalidad del texto, que si la empresa no mantiene el volumen de empleo (quiero pensar que tanto el indefinido como el temporal) debería “devolver o compensar” las exoneraciones en materia de cotizaciones a la Seguridad Social que hubiera tenido durante el período de duración del ERTE. Es posible, desde luego, implementar un mecanismo sancionador que lo permita, pero no quiero dejar de suscitar las dudas que ello me plantea en una primera reflexión como la que estoy efectuando”.

B) Más adelante, examiné el RDL 9/2020 sobre el art. 2 y manifesté lo siguiente: “... una de las “estrellas mediáticas” de la norma, contempla “medidas extraordinarias para la

protección del empleo”, en la misma línea que han adoptado otros países como Italia y Dinamarca, y en sintonía con medidas que, si bien no son las mismas, sí van en la misma dirección como se comprueba en los informes realizados por el Instituto Sindical de Estudios con información de las organizaciones afiliadas a la Confederación Europea de Sindicatos.

Dicha protección consiste en la imposibilidad de despedir y de extinguir contratos, entiendo que durante la vigencia del estado de alarma ya que no se fija un período determinado de tiempo (a diferencia, por ejemplo, de lo regulado en Italia) cuando la empresa se vea afectada por una causa de fuerza mayor de las reguladas en el RDL 8/2020 o bien se vea abocada a un expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) que indudablemente encuentren su razón de ser en los efectos en la vida económica del COVID-19 (véanse los arts. 22 y 23). Dicho de otra forma, y supongo que es la finalidad de la norma, se pretende que no exista despido alguno, ni extinción de contratos por razón de las causas que permite la presentación de ERTEs ya sea de suspensión o de reducción de jornada y que el gobierno ha escuchado las quejas, hechas públicas en días anteriores, por las organizaciones sindicales más representativas por los despidos o extinciones contractuales efectuados ante la grave situación económica y sin acudir a las vías previstas en el RDL 8/2020.

¿Cierra la norma la puerta a todo despido o extinción contractual durante este periodo? No desde luego ya que la vía del despido disciplinario sigue abierta, aunque desde luego no creo que ahora sea ni mucho menos la preocupación empresarial. Sí que la cierra, o al menos lo intenta jurídicamente, a toda extinción que se pretenda llevar a cabo cuando concurran las causas que permiten un ERTE, ya sea por fuerza mayor o por causas ETOP.

Y ahora surge la pregunta “del millón”. Si hay tales despidos o extinciones, y se recurren ante los juzgados (¿se considerará “inaplazable” la celebración de juicio?) y no hay acuerdo

en trámite de conciliación (¿telemático?) ¿serán considerados improcedentes o nulos? Sin duda hay pareceres diversos en la doctrina laboralista, y para llegar a la tesis de la nulidad, hasta ahora no acogida en el marco normativo vigente y tampoco por la jurisprudencia desde la aprobación de la Ley de Procedimiento Laboral en 1990, quizás hubiera sido necesario un esfuerzo del legislador por manifestarlo de forma expresa y no tener que llevar la defensa de la tesis a la vulneración del derecho constitucional al trabajo (art. 35, no es derecho fundamental) en su relación muy directa ahora con el de protección de la integridad física y salud (art. 15 CE, sí fundamental pero no pensado en clave de relaciones de trabajo). Es probable entonces que la vía de la declaración de improcedencia prevaleciera, pero en tal caso, permítanme y discúlpenme que esté dando vueltas a la cuestión como un tiovivo, ¿no se habría vaciado de contenido real y útil la norma que pretende justamente que no se den tales despidos o extinciones? Como ven tengo más de una y dos dudas, que iré contrastando con mis compañeros y compañeras del mundo laboralista para intentar aclarar algo más, como mínimo, mis ideas...”.

C) En posteriores análisis de carácter más generales sobre la crisis del COVID-19 y su impacto laboral manifesté que “las decisiones políticas adoptadas por el gobierno español han colocado a la normativa laboral y de Seguridad Social, y más concretamente al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en el “centro del huracán” del debate, análisis y crítica política y social. Mi parecer, y coincido con el expresado por algunos compañeros y compañeras del mundo académico que así lo han manifestado en sus blog y en las redes sociales, es que en esta ocasión, y diferenciándose totalmente de cómo se encaró la crisis en la reforma laboral de 2012 del gobierno del Partido Popular, el DTSS no ha sido, ni mucho menos, un “subproducto” de las decisiones adoptadas de carácter económico, sino que ha adoptado un rol relevante y de primer orden en la búsqueda de soluciones a la crisis, yendo de la mano con las decisio-



nes económicas. Si en la reforma de 2012 se puso el acento en la mayor flexibilidad unilateral del sujeto empleador para modificar las condiciones laborales y en la mayor libertad jurídica para proceder a despidos colectivos, sin que se adoptarán por otra parte medidas tendientes a proteger económicamente a quienes se vieran afectados por tales decisiones, en la crisis de 2020 las medidas (con mayor o menor acierto en su redacción y aplicación, pero de ello tiempo habrá para analizarlas con detalle) han tendido a buscar fórmulas de suspensión, y no de extinción, de las relaciones de trabajo, así como también a buscar fórmulas de flexibilidad negociada de la organización del trabajo (señaladamente las relativas a los tiempos de la prestación laboral, suspendida involuntariamente por ambas partes y por decisión gubernamental para la protección de la salud), y todo ello con una cobertura económica de desempleo y una reconfiguración temporal del concepto de accidente de trabajo, o de asimilación de determinados supuestos, por la gravedad de la situación sanitaria que ha afectado y siguen afectando a miles de personas trabajadoras.

En suma, para quienes pudieran pensar que las normas laborales quedaban relegadas poco a poco a un mero subproducto de las decisiones económicas, es de justicia señalar que no ha sido así, y que tampoco parece que lo esté siendo en muchos otros países europeos si se repara en la importancia de las normas adoptadas (especialmente para evitar la destrucción de empleo) para abordar la situación.

D) En el estudio del RDL 18/2020 expuse que era "... muy fría y aséptica la referencia a la cláusula de salvaguardia del empleo, si bien se mantiene su finalidad, cual es de la "evitar el efecto de una alta flexibilidad cuantitativa externa, a través de despidos y destrucción de puestos de trabajo", y también, aunque solo sea porque se transcribe casi literalmente su contenido, ya se deja entrever claramente la flexibilidad con la que se contemplará en su aplicación, en cuanto que ya que podrán tomarse en consideración, además de todos los

supuestos en lo que no se considerará vulnerada la cláusula, "las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable y, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo". Más claro según mi parecer, o más oscuro según algunos críticos, no puede estar.

La modificación más relevante es a mi parecer la que procede al cambio de la DA sexta, relativa a la salvaguarda del empleo, conviene comparar el texto del RDL 8/2020 y el que se ha incorporado (con vigencia a partir del 13 de mayo) en el RDL 18/2020. La flexibilidad que implanta esta norma ya estaba incorporada de facto en el preámbulo y en una disposición adicional del RDL 15/2020".

E) Ya teniendo conocimiento de algunas resoluciones judiciales, y siendo requerido por los medios de comunicación para que emitiera mi parecer sobre la llamada "prohibición de despedir" (art. RDL 9/2020), me manifesté en estos términos.

"La norma se aplica según dispone la normativa vigente a las empresas que procedan a presentar ERTEs por fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la COVID. No impide despedir si hay causa justificada, y distinta de las citadas, para ello. No existe confusión entre la prohibición y la salvaguardia del empleo. Hay divergencias con respecto al criterio de la Dirección General de Trabajo, aplicado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, respecto a que el despido de un trabajador o de una trabajadora durante los seis meses posteriores desde la reanudación de la actividad implica la devolución de todas las cantidades bonificadas en cuotas a la Seguridad Social. Hay sectores empresariales que defienden que debería devolverse la bonificación, en su caso, de cada trabajador despedido y no del conjunto de quienes fueron incluidos/as en el ERTE; sobre los despidos por causas de Fuerza mayor o ETOP hay divergencias sobre si deben considerarse

improcedentes (tendencia mayoritaria) o nulos por actuación fraudulenta empresarial (tesis de momento minoritaria). Hay lógicas divergencias interpretativas en atención a las circunstancias de cada caso concreto enjuiciado. Sí es cierto que el hecho de que la normativa no prevea expresamente el efecto jurídico (y a mi parecer el deseado por quienes redactaron la norma era de la nulidad) ha suscitado esos debates interpretativos y diferentes criterios judiciales. Desde luego, la norma no limita la libertad de empresa, ya que en ningún momento creo que quienes redactaron los Tratados europeos, ni tampoco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por supuesto ni la Constitución ni la normativa laboral española, reconocieran el derecho a despedir como hipotética manifestación de la libertad de empresa”.

F) Al examinar el RDL 2/2021, destaqué en la exposición de motivos (cuyo valor interpretativo del texto articulado es obviamente importante) la mención a la cláusula de salvaguardia del empleo, en la que se afirmaba, tras manifestar que sigue vigente en los términos previstos en los RDL 24 y 30/2020, que esta “vuelve a desplegar todo su contenido, lo que implica que las empresas, una vez cumplidos los periodos de 6 meses de salvaguarda de empleo que hubieran adquirido según lo previsto en las normas previas, se comprometen, en virtud de este real decreto-ley, al mantenimiento del empleo durante otro nuevo periodo de 6 meses de duración, cuyo cómputo se inicia una vez finalizados los anteriores en su integridad”.

G) Fijé mi atención en las manifestaciones de la ministra Yolanda Díaz en el Congreso de los Diputados el día 22 de marzo, y así me manifesté: “Muy optimista la Ministra, y comparto su parecer desde la perspectiva jurídica pero no es la tendencia mayoritaria, al menos hasta el presente, en sede judicial y en una parte de la doctrina laboralista, afirma que la normativa de la emergencia, en concreto el RDL 9/2020, prohibió los despidos, y que esta decisión “ha visto confirmada su sentido originario con diversas sentencias de nulidad: la pandemia no

puede ser causa de despido”. ¿Inspirará esta manifestación de la Ministra más decisiones judiciales en el mismo sentido? Sinceramente, no lo sé, pero desde luego algunas sentencias, bien fundamentadas y argumentadas a mi parecer, entre ellas las del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, van en esa línea”.

I) Para terminar esta introducción, deseo hacer referencia, y así ya lo he hecho también en otras ocasiones, al impacto de la ratificación por España de la Carta Social Europea revisada y de la firma del Protocolo Adicional.

El Consejo de Ministros aprobó el 10 de noviembre de 2020 el Acuerdo por el que se disponía la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea (revisada) y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha Carta, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia. Dicha tramitación ha culminado con la aprobación por el Senado el 24 de febrero de 2021, con este resultado: a favor, 160; en contra, 96; abstenciones. El texto había sido remitido por el Congreso de los Diputados, que aprobó la petición en la sesión plenaria de 4 de febrero, con 334 votos a favor y 14 abstenciones, si bien el Grupo Popular manifestó que debían votar a favor, aun en desacuerdo, ya que “Aunque tenemos discrepancias acerca de la Carta de Derechos Sociales, como planteaba la diputada de Podemos, al votarse conjuntamente este dictamen con una normativa que permite el intercambio de información penal con Colombia, por responsabilidad nos vemos obligados a votar a favor”<sup>2</sup>.

Por otra parte, el Consejo de Ministros celebrado el 22 de diciembre aprobó un Acuerdo por el que se autorizaba la firma del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, así como su aplicación provisional en virtud de la declaración prevista en el artículo

<sup>2</sup> Especialmente interesante para conocer el parecer del grupo popular para manifestar su discrepancia es acudir al acta de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso del día 21 de diciembre de 2020. [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-260.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-260.PDF)

D.2 de la Parte IV de la Carta Social Europea. La firma del protocolo se llevó a cabo el 4 de febrero de 2021, el mismo día que el Pleno del Congreso aprobada la ratificación de la CSE. En la nota de prensa oficial se recuerda que “El Tercer Protocolo Adicional firmado hoy permite las reclamaciones colectivas y, entre otros aspectos, refuerza la participación de las organizaciones sindicales, empresariales y sociales en el cumplimiento de la Carta Social Europea y tiene como objetivo completar el sistema de protección y garantía de los derechos sociales y económicos recogidos en la Carta. Este protocolo mejora la aplicación efectiva de los derechos garantizados por la Carta Social Europea mediante un procedimiento que permite a las organizaciones mencionadas presentar reclamaciones al Comité Europeo de Derechos Sociales, garantizando la protección jurídica de los derechos sociales y laborales”.

A tal efecto, se formula esta declaración: “En relación a la Parte IV, Artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995”. Cabe señalar que esta declaración deberá ser notificada al Secretario General del Consejo de Europa en el momento en que España deposite el instrumento de ratificación de la Carta Social europea (revisada).

A efectos del presente artículo importa hacer mención al apartado 24 de la parte I, en el que se dispone que todos los trabajadores “tienen derecho a protección en caso de despido”, que se detalla en la parte II, artículo 24, al disponer que

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones

válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

## 2. DEL ART. 2 DEL RDL 9/2020 AL ART 2 (SIN CAMBIOS) DE LA LEY 3/2021. SEGUIMIENTO DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA<sup>3</sup>

Se trata ahora de prestar atención a aquello que, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, ha merecido muy poca atención en los estudios realizados hasta el presente sobre dicha temática, cual es la tramitación parlamentaria como proyecto de ley del RDL hasta su definitiva aprobación por el Senado al no introducir modificación alguna en el texto remitido por la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados, y que tampoco ha merecido la atención en sede judicial, si bien en ambos casos es comprensible esta omisión dado que tanto la mayor parte de los artículos doctrinales como las sentencias que se han pronunciado sobre el art. 2 se han publicado o dictado durante dicha tramitación parlamentaria.

Que se mantenga el mismo texto es obvio que puede consolidar las tesis de quienes han

<sup>3</sup> La explicación que realizo puede seguir de forma mucho más detallada en la página web del Congreso de los Diputados en la que se recogen todas las fases de dicha tramitación parlamentaria [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&t\\_iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&t\\_iniciativas\\_legislatura=XIV&t\\_iniciativas\\_id=130%2F000010](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&t_iniciativas_mode=mostrarDetalle&t_iniciativas_legislatura=XIV&t_iniciativas_id=130%2F000010)

defendido ya sea la nulidad, ya sea la improcedencia, de la decisión empresarial de proceder a un despido individual o bien a uno de carácter colectivo, si bien no es menos cierto que el debate parlamentario, poco enriquecedor a mi parecer desde la perspectiva de interpretación de la norma, puede ayudar a que las nuevas reflexiones doctrinales y resoluciones judiciales se sustenten también, como se ha hecho en numerosas ocasiones, en los debates parlamentarios.

Con esa intención de aportación a los inacabados debates sobre los efectos jurídicos de una decisión empresarial que vulnera la normativa de la crisis, y a la espera de que la Sala Social del Tribunal Supremo unifique doctrina, ya que con toda seguridad podrá hacerlo por haber sentencias contradictorias de diversos Tribunales Superiores de Justicia (en este artículo me detengo en las dictadas por el Pleno de la Sala del TSJ de Cataluña el 31 de marzo, que declaró la improcedencia, con nueve votos discrepantes, y la de Sala ordinaria del TSJ del País Vasco de 23 de mayo, que declaró la nulidad, con un voto particular discrepante, y a la que ha seguido una mucho más elaborada a mi parecer, de 4 de mayo, con las mismas tesis) aquí está el seguimiento que he efectuado de la tramitación parlamentaria del art. 2 del RDL, una vez convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados y aprobada su tramitación como Proyecto de Ley.

Es objeto de estudio la denominada “cláusula de protección del empleo”, es decir el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, convertido sin modificación, tras la tramitación parlamentaria posterior a su convalidación por el Pleno del Congreso de los Diputados el 9 de abril (publicado en el BOE del día 13), en el art. 2 de la Ley 3/2021 de 12 de abril. Sometida a votación la convalidación o derogación del RDL se aprueba por 188 votos a favor, 138 en contra y 21 abstenciones. Curiosamente, la

Ley 3/201 se aprobó por 305 votos a favor, 36 en contra y 6 abstenciones.

Es decir, la tramitación parlamentaria se ha extendido en el tiempo un año desde que se aprobó la norma convalidada.

El texto del citado precepto, que lleva por título “Medidas extraordinarias para la protección del empleo”, es el siguiente: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

Tampoco se produjo durante la tramitación parlamentaria, a salvo de modificaciones puramente formales para referirse a la nueva ley y la supresión de los fragmentos en los que se justificaba la utilización del RDL por concurrir las circunstancias requeridas por el art. 86.1 de la Constitución, es decir la extraordinaria y urgente necesidad, cambios en el preámbulo, en el que se encuentra la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador en el marco de lo que se ha dado el Derecho del Trabajo en la emergencia. Esta era, y sigue siendo, la siguiente:

“La presente ley viene a complementar y detallar algunas de las medidas previstas, en lo atinente a la tramitación de los ERTE, previstas en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, concretando el procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23 del mencionado real decreto-ley, así como a integrar otra serie de medidas, en el ámbito laboral, destinadas a paliar los

efectos de la crisis del COVID-19, sobre las personas trabajadoras.

Tanto las empresas como los sectores económicos y la sociedad, en su conjunto, consideran que estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto.

Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”.

También se encuentra referencia a la salvaguarda del empleo en otro párrafo del preámbulo, referido al cumplimiento de los principios exigidos por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que son, recordemos, los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. Se expone que la norma “pone de manifiesto el cumplimiento de los principios de necesidad y eficacia dado el interés general en el que se fundamentan las medidas establecidas, siendo la ley el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Así, responde a la necesidad de minimizar el riesgo de un impacto incontrolado e irreversible

de la situación de emergencia extraordinaria que se sigue del estado de alerta sanitaria provocada por el COVID-19, tanto en la actividad económica como en el mantenimiento y salvaguarda del empleo, evitándose así situaciones de desprotección y garantizando el restablecimiento y recuperación de la actividad económica. Del mismo modo, es proporcional, ya que regula los aspectos imprescindibles para conseguir su objetivo, limitando sus efectos a la concurrencia de la situación temporal y extraordinaria descrita...”.

El precepto del RDL fue objeto de la prórroga de su vigencia en tres ocasiones (hasta el momento de cierre de este artículo) El art. 7 del RDL 24/2020 de 26 de junio lo prorrogó hasta el 30 de septiembre; el art. 6 del RDL 30/2020 de 29 de septiembre procedió a su prórroga hasta el 31 de enero de 2021; en fin, su vigencia hasta el 31 de mayo se llevó a cabo por el art. 3.6 del RDL 2/2021 de 26 de enero<sup>4</sup>.

## 2.1. Debate de convalidación del RDL 9/2020

En defensa de la convalidación del RDL 9/2020 intervino la Ministra de Trabajo y Economía Social, Yolanda Díaz. Lo hizo, y siempre tomo como punto de referencia la normativa sobre salvaguardia del empleo, en estos términos:

“Como su propio nombre indica, se trata de una norma complementaria o, lo que es lo

<sup>4</sup> Las nuevas negociaciones sobre la regulación relativas a los ERTes parece que pueden llevar a una prórroga de diversas medidas de apoyo económico a los mismos, y no es de prever que se produzcan cambios en la regulación relativa la cláusula de limitación de las extinciones, más aún cuando ya está recogida en una ley. Si bien, no cabe dejar de suscitar la duda que puede surgir sobre la aplicación de una norma que estaba pensada para una situación temporal y muy urgente en su resolución, y que se ha alargado, desgraciadamente, mucho más de lo que era de prever en el momento en que se aprobó. En cualquier caso, el mantenimiento del citado precepto puede ser un buen punto de referencia para posibles modificaciones normativas que el gobierno pretenda incluir en el tanta veces anunciado nuevo Estatuto del trabajo del siglo XXI.



mismo, tributaria del muy importante Real Decreto-ley 8/2020, que sus señorías tuvieron la oportunidad de convalidar el pasado 25 de marzo de este año y que constituye la clave de bóveda de la respuesta laboral a la crisis de la COVID-19. En este real decreto-ley, en el 8/2020, se daba luz verde al conjunto de dispositivos de mantenimiento del empleo más ambicioso de nuestra historia. La idea es sencilla y precisa. Mientras combatimos esta crisis sanitaria, empresas y trabajadores tienen a su disposición fórmulas para poner entre paréntesis su actividad, hacer un alto en el camino que permita, una vez superados los efectos más perniciosos, retomar la actividad, volver a la normalidad. Y mientras este paréntesis dure, el poder público, lejos de ponerse de perfil, asume una decisiva función protectora a las trabajadoras y trabajadores, garantizándoles el desempleo, tengan o no periodo de carencia, y poniendo, cuando todo esto pase, lo que hemos denominado el contador a cero, es decir, reponiendo las prestaciones públicas de desempleo. Para las empresas, se ha articulado una exención de sus cotizaciones muy ambiciosa, que les permita aguantar, casi hibernar, para volver a la escena sin mermas, sin pesos que arrastrar. Se trata, como conocen, de los expedientes de regulación temporal de empleo, un instrumento de gestión puesto ya en marcha por el presidente Zapatero en el pasado año 2010, con fuerte raigambre europea y que nosotras hemos adaptado para hacer frente a una pandemia, transformando una medida ordinaria en un escudo protector al servicio de la salud y el mantenimiento del empleo. ...

La segunda de las medidas trata de impedir que la fuerza mayor y el resto de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que dan lugar a los ERTE puedan justificar el despido. Esta es otra consecuencia obligada del tipo de turbulencia por el que estamos atravesando. Parece evidente que la COVID-19 es una circunstancia pasajera, más o menos per-

sistente, pero pasajera, y que la reacción del Gobierno frente a ella ha sido poner a disposición de las empresas mecanismos de ajuste temporal apoyados de forma generosa con fondos públicos tanto para los trabajadores y trabajadoras, como para las propias empresas. Las medidas y ayudas por causa del coronavirus son para evitar despidos; no tiene sentido percibir ayudas y destruir empleo. Déjenme también que apele a mi experiencia. Si esto no lo hubiera dicho el Real Decreto 9/2020 que ahora convalidamos, estoy segura de que lo hubieran dicho las juezas y los jueces en la primera oportunidad que se les hubiera presentado. Ya vivimos una experiencia semejante con el 52 d). Estamos más ante una derivada técnica de la extensión de los ERTE que de cualquier otra cosa, pero estamos también ante una norma que impone un estándar de conducta, una de estas normas que se dice socialmente responsable. No es el momento de despedir, sino de aguantar y el Estado es un pilar clave que hará todo lo que esté en su mano para ayudar a que empresas y trabajadores también puedan aguantar. Déjenme que sea más clara, no vamos a tolerar que una minoría irresponsable, una minoría irresponsable aproveche esta pandemia para frustrar nuestros esfuerzos, haciendo gala de un comportamiento socialmente inaceptable. Sé que me dirijo a pocos, a bien pocos, pero a esos pocos les quiero trasladar un mensaje contundente: no es el momento de despedir. Y sé que no estamos solos en esta forma de actuar. Nuestros vecinos de Europa, singularmente Italia, un país, por cierto, con una enorme tradición jurídico-laboral, que ha constituido para nosotros una fuente constante de inspiración, han seguido este mismo camino. En su momento, hemos ido un paso más allá, en la medida en que, como saben, Italia acotó la prohibición de despedir tan solo a las causas económicas y nosotros lo hemos ampliado, además de a los supuestos económicos, a las causas de fuerza mayor, a las técnicas organizativas y de producción. Estamos, en suma, ante una medida obligada, técnica-

mente imprescindible y socialmente, que es lo más importante, necesaria, con la que le pedimos a las empresas que hagan uso de las medidas excepcionales decretadas y – vuelvo a repetirlo– que no despidan”.

## 2.2. Enmiendas al articulado del Proyecto de Ley

Al art. 2 se presentaron cuatro enmiendas: núm. 9, del G.P. VOX, núm. 14, del G.P. Ciudadanos, núm. 41, del G.P. Republicano, y núm. 51, del G.P. Popular en el Congreso.

### 2.2.1. Enmienda del G-P VOX

“Durante el periodo de duración del estado de alarma decretado por la pandemia del COVID-19, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido de personas trabajadoras incluidas en expedientes de regulación de empleo reconocidos al amparo de los citados artículos 22 y 23.

No obstante, si una vez tramitadas por el empresario cualquiera de las medidas establecidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, pudiera demostrar objetivamente que se encuentra en riesgo la viabilidad de la empresa en su conjunto, podrán llevarse a cabo las extinciones de los contratos de trabajo por cualquiera de los cauces previstos en la normativa laboral.

Sin perjuicio de las limitaciones reguladas en este artículo, la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción prevista en el artículo 51 y 52 del Estatuto de

los Trabajadores, seguirá siendo aplicable, cuando las causas objetivas justificativas de la extinción se hubiesen originado por circunstancias anteriores a las generadas por las medidas restrictivas aprobadas durante el estado de alarma.”

La justificación de la enmienda era la siguiente:

“Se propone la modificación del artículo 2, en el sentido de la interpretación efectuada por la Dirección General de Trabajo, de fecha 7 de abril de 2020, en respuesta a consulta formulada por la CEOE sobre aclaración de cuestiones de aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020 y la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, con el fin de dotar de concreción y seguridad jurídica a estos textos normativos:

- El ámbito de aplicación temporal del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, limita las extinciones o despidos por causa del COVID-19 durante el periodo al que se extiende la vigencia de las medidas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Esto es, la prohibición se extiende durante el periodo de alarma con sus prórrogas, que es al que se extiende la vigencia de las medidas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. A diferencia de lo establecido en otros países como en Italia, no se determina expresamente el tiempo de vigencia de esta medida. Podemos entender que su limitación en el tiempo, en base a lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 9/2020, viene determinada por la duración del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, y sus posibles prórrogas, pero, al no fijar una fecha límite clara de vigencia, abre la puerta a futuros conflictos y litigiosidad en esta materia.

- Esta limitación de las causas de extinción de los contratos se circunscribe a aquellas causas descritas en los artículos 22 –fuerza mayor– y 23 –causas económicas, productivas, técnicas y organizativas– del Real Decreto-ley 8/2020 relacionadas con el

COVID-19. Por tanto, esta prohibición no alcanza a otras causas de extinción válidas que ninguna relación guarden con el COVID-19 y el estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo”.

### 2.2.2. *Enmienda del G.P. Ciudadanos*

“Artículo 2. Carácter preferente de los expedientes de regulación temporal de empleo frente a otros procedimientos colectivos de ajuste del empleo por las empresas. Las empresas que apliquen los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que se beneficien de las medidas extraordinarias en materia de cotización contempladas en el artículo 25 de la mencionada norma, no podrán alegar, durante la vigencia de dichos procedimientos, la concurrencia de causa de fuerza mayor ni de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas de los despidos colectivos que pretendiese y hubiese de realizar conforme al procedimiento regulado en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Los despidos colectivos que se lleven a cabo contraviniendo este precepto tendrán la consideración de improcedentes, con los efectos previstos en el artículo 56 del mencionado texto refundido.”

La justificación de la enmienda era la siguiente:

“...tiene por objeto modular la restricción contemplada en la redacción original de la disposición que se modifica, a fin de concentrar sus efectos en aquellos supuestos donde realmente pueda ser necesario un incentivo para adaptar el proceso de ajuste interno del empleo a la secuencia que favorezca en mayor medida la protección del empleo. De este modo, se establece que las

empresas que apliquen los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada previstos en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, esto es, ERTEs iniciados durante el estado de alarma, y se beneficien de las medidas extraordinarias en materia de cotización contempladas en el artículo 4 de dicha norma, durante la vigencia de las mismas, no podrán alegar la concurrencia de causa de fuerza mayor ni de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como justificativas de despidos colectivos”.

### 2.2.3. *Enmienda núm. 41 G.P. Republicano*

“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Lo estipulado en el presente artículo será de aplicación con independencia de si la empresa en cuestión ha adoptado o no medidas de reducción de jornada o suspensión de contrato de sus trabajadores. La concurrencia de causas de fuerza mayor, económicas, técnicas, organizativas o de producción únicamente podrán ser justificativas de medidas de tipo temporal, no definitivo como la extinción de contrato. Será nula la extinción contractual que encuentre causa directa en la pandemia sanitaria del COVID-19 independientemente del momento de adopción de la medida y de su fecha de efectos. Igualmente, será nula cualquier extinción contractual realizada en fraude de ley o de forma acausal durante la vigencia del estado de alarma y las medidas de excepción derivadas de la pandemia de la COVID-19.”

Se justificaba por considerar que era necesario “clarificar que las causas derivadas directamente del COVID nunca podrán dar



lugar a extinciones contractuales sino únicamente a medidas de tipo temporal debido a su naturaleza circunstancial. Se debe establecer además que esta medida no se circunscribe a la vigencia del estado de alarma ni ningún otro horizonte temporal puesto que las causas económicas pueden dar lugar a medidas de extinción que sean aplicadas hasta 9 meses después. Se hace necesario establecer la nulidad objetiva para estos supuestos a fin y efecto de proteger el derecho al empleo”.

Es observable, la única enmienda presentada en que se pedía que la norma recogiera expresamente la nulidad como efecto jurídico de la decisión empresarial contraria a derecho.

#### 2.2.4. Enmienda núm. 51 del G.P. Popular

“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido de personas trabajadoras incluidas en expedientes de regulación de empleo reconocidos al amparo de los citados artículos 22 y 23.

No obstante, si una vez tramitadas por el empresario cualquiera de las medidas establecidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, pudiera demostrar objetivamente que se encuentra en riesgo la viabilidad de la empresa en su conjunto, podrán llevarse a cabo las extinciones de los contratos de trabajo por cualquiera de los cauces previstos en la normativa laboral.

Sin perjuicio de las limitaciones reguladas en este artículo, la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción prevista en los artículos 51 y 52 del Es-

tatuto de los Trabajadores, seguirá siendo aplicable, cuando las causas objetivas justificativas de la extinción se hubiesen originado por circunstancias anteriores o diferentes a las generadas por el COVID-19 y/o a la declaración del estado de alarma.”

No encontramos justificación de la enmienda, salvo la sucinta mención a tratarse de “una mejora técnica”. A mi parecer los párrafos segundo y tercero eran mucho más que un simple ajuste, ya que preveían la no aplicación a supuestos concretos de las limitaciones a la extinción recogidas en el primer párrafo (es decir, en el texto del art. 2 del proyecto de ley)

### 2.3. Informe de la Ponencia y aprobación por la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones

En el informe de la ponencia se incorporaron varias enmiendas de los grupos parlamentarios socialista y confederal de Unidas Podemos – En Comú Podem – Galicia en Común, y alguna transaccional con otros grupos. Ninguna de ellas afectaba al art. 2, es decir al relativo al que generaría debate sobre la llamada “prohibición de despedir”.

En el debate en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados, con competencia legislativa plena, los grupos parlamentarios de VOX y Popular defendieron sus enmiendas al art. 2 y se ratificaron en los términos ya expuestos en su justificación. Desestimadas, el Proyecto de Ley fue aprobado el 24 de febrero de 2021 por 20 votos a favor y 14 abstenciones.

### 2.4. Tramitación, sin modificación alguna, en el Senado

En el trámite de la Cámara Alta, los senadores del VOX, integrados en el G.P. Mix-

to, el G.P Republicano y el el G.P. Popular, reiteraron las enmiendas que ya habían presentado, y que fueron rechazadas, en el Congreso, siguiendo la misma suerte que en la Cámara Baja. En efecto, ni en Comisión ni en Pleno se modificó el texto remitido por el Congreso de los Diputados, convirtiéndose este en la Ley 3/2021. En Comisión hubo 17 votos a favor, 1 en contra y 11 abstenciones.

Por fin, es de interés conocer las explicaciones de la senadora socialista Roldán Martínez en el Pleno en el que se aprobó definitivamente el texto del proyecto de ley para rechazar las enmiendas al art. 2:

“En primer lugar, y con carácter general, he de decir que si hubiese sido una norma de larga duración, habríamos podido estimar alguna de las apreciaciones que han hecho, sobre todo las enmiendas que Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu ha presentado referentes a los despidos, su consideración y su nulidad. Pero la mayoría de las enmiendas se refieren a los despidos, en el caso de Esquerra Republicana-Bildu para que se consideren nulos, y en el caso de Vox y del Partido Popular para que se puedan ampliar.

El Partido Socialista en este tema tiene una postura muy clara. Y aquí voy a hacer un inciso para decir que felicitamos al Gobierno y a la Mesa de acuerdos sociales en defensa del empleo, que son los que han conseguido que haya un compromiso entre los interlocutores sociales y el Gobierno para hacer frente conjuntamente, mediante el diálogo y la concertación social, a los efectos sociales y económicos del coronavirus. Esto es importante, porque que no vayamos a estimar los votos particulares, en concreto las enmiendas de Vox y del Grupo Popular, y no aceptemos que se amplíen más, **no es porque el Gobierno de España diga no a todo o no quiera admitir las propuestas del Grupo Popular, sino porque tanto el artículo 2 como el artículo 5, de forma reiterada, en el primer, segundo, tercer y cuarto acuerdo de la Mesa**

**de diálogo social, han sido ratificados y no han sido modificados, porque se consideraba –y ellos son los que realmente están trabajando en este tema– que estaban protegiendo tanto a empresas como a trabajadores. Por ese motivo, no se va a estimar ninguna de esas enmiendas”.** (la negrita es mía).

### 3. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL ART. 2 DEL RDL 9/2020 EN RELACIÓN CON LOS ARTS. 22 Y 23 DEL RDSL 8/2020. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS SENTENCIAS MÁS DESTACADAS DE TSJ Y JS<sup>5</sup>

Para el análisis exhaustivo de las sentencias sobre el art. 2 del RDL 9/2020 hay que acudir al blog del profesor Ignasi Beltrán de Heredia<sup>6</sup>, que afirma que hay tres líneas de actuación o interpretación de los juzgados y tribunales laborales: “restrictiva, restrictiva-extensiva, y extensiva”. Igualmente, me permito remitir a los comentarios que he ido efectuando en mi blog desde que se dictó la primera sentencia que se pronunció al respecto, y concretamente declaró la nulidad de la decisión empresarial, dictada por el JS núm. 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020.

#### 3.1. Sentencia del TSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (Rec. 1583/2020)

La Sala estimará el recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora demandante en instancia contra la sentencia dictada

<sup>5</sup> Una amplia recopilación de doctrina judicial se encuentra en el reciente artículo de la magistrada (JS núm. 31 Madrid) María Carmen López Hormeño, publicado en el Diario La ley núm. 9818, 25 de marzo de 2021, “La prohibición de despedir durante el COVID-19. ¿Despido nulo o improcedente?”. Otro amplio repaso de la doctrina judicial se encuentra en el artículo de Raquel Vicente Andrés, Magistrada del TSJ social de Valencia. “La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ ETOP) vinculados a la covid-19.”, publicado en Trabajo y Derecho núm. 77, 1 de mayo de 2021.

<sup>6</sup> <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-covid/>

por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao el 6 de octubre de 2020 y desestimatoria de la demanda por despido.

El núcleo central y relevante de la sentencia se centra en la respuesta que da el TSJ a la alegación de haberse producido infracción de la normativa aplicable por la sentencia de instancia. La tesis de la parte recurrente es que la causa del despido deriva de la situación económica de la provocada por la pandemia, y que dicha situación es reconocida por la empresa en la presentación del ERTE por causas ETOP, por lo que su despido sería contrario al art. 2 del RDL 9/2020.

¿Dónde sitúa el punto de atención jurídico la Sala para resolver el recurso? Su planteamiento engarza, o al menos así me lo parece, con algunas reflexiones que vengo efectuando sobre la pretensión del legislador al aprobar los RDL 8 y 9 /2020 por lo que respecta a la prioridad del mantenimiento del empleo y la fijación de claros límites prohibitivos a determinadas actuaciones empresariales que llevarán a despidos. Y así lo afirma también con toda contundencia la Sala al sostener que la dicción del art. 2 del RDL 9/2020 en relación con los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y añadiría una vez más por mi parte que dicha relación va estrechamente de la mano con la argumentación del legislador en la exposición de motivos de ambas, como criterio interpretativo para aplicar los preceptos, “revela que el legislador ha querido dar total preferencia a los mecanismos de flexibilidad interna – expedientes de suspensión de contratos y de reducción de jornada – frente a los de flexibilidad externa o extinción de los contratos de trabajo”, con medidas tales, entre otras, como la “prohibición de despedir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

De la información aportada en la comunicación extintiva se acredita para la Sala que a 31 de diciembre de 2019 existía causa económica suficiente, pero ello no obstante la decisión no se adopta hasta el 21 de abril de 2020,

“bien entrada la crisis de la pandemia” subraya la Sala, y con respeto, además, al plazo de preaviso legal, de tal manera que su efecto se lleva al 21 de mayo. Por ello, es perfectamente comprensible la manifestación del Tribunal, que después tendrá indudables efectos sobre su decisión, de su difícil comprensión sobre la razón de tal actuación por la empresa demandada, “siendo así que los datos económicos que podrían avalarla databan del final de diciembre anterior”, y que solo lo efectuara cuando la gravedad de la situación económica era mayor una vez que se conocían (y era solo el principio) los efectos de la crisis sobre la industria aeronáutica.

Se pregunta la Sala cuál podría ser el motivo de haber alegado las causas económicas anteriores al inicio de la crisis sanitaria y a la adopción por el legislador de medidas que concedían clara e indubitada prioridad a las medidas de flexibilidad interna y limitaba, hasta su prohibición en algunos casos, las de flexibilidad externa. Y llega a la conclusión, basada en todos los hechos probados de la sentencia de instancia, de que en realidad aquello que se perseguía era burlar la prohibición de despido en situaciones conflictivas por causa de fuerza mayor o ETOP, que no sería sino un claro fraude de ley al que se refiere el art. 6.4 del Código Civil, insistiendo la Sala en la tesis anteriormente expuesta de la “nítida voluntad del legislador” de otorgar prioridad a las medidas de mantenimiento del empleo.

Una vez determinada que la actuación empresarial fue contraria a derecho, la Sala se adentra en el nudo gordiano del debate actualmente existente sobre la calificación jurídica del despido, es decir su improcedencia (que al fin y al cabo, añadido por mi parte, implica la posibilidad de extinción si así lo decide la parte empresarial a cambio del pago de una indemnización), o nulidad (con la obligada readmisión de la parte trabajadora).

Es aquí donde recobra toda su importancia para la Sala la intención del legislador

aun cuando no haya calificado expresamente cómo deben considerarse aquellas extinciones que vulneren el art. 2 del RDL 9/2020, que debe llevar a la nulidad de la decisión extintiva. Se trata, por decirlo con sus propias palabras de “despidos en fraude de ley, vinculada a la necesaria efectividad del derecho al trabajo del artículo 35 CE – en el que se inserta el derecho a no ser despedido sin justa causa – y a la clara voluntad legislativa de impedir los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en esta crisis derivada de la COVID-19”. La plena aplicación de la prioridad de las medidas de flexibilidad interna, y por ello la necesaria interpretación de la norma en sintonía con los objetivos perseguidos, deben llevar a la nulidad de un despido que ha pretendido eludir la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020 actuando en fraude de ley, única manera, subraya la Sala, de que sea de aplicación efectiva el citado precepto.

### 3.2. Sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020 (Rec. 50/2020)

Cabe plantearse si la rescisión de una contrata el 10 de abril de 2020, es decir ya durante la crisis, puede ser causa de un despido colectivo y no de un ERTE.

La resolución judicial, que califico de importante y al mismo tiempo jurídicamente polémica, desestima la demanda presentada por la Confederación General del Trabajo (CGT), en procedimiento de despido colectivo, y declara ajustada a derecho la decisión empresarial de extinguir 924 contratos de trabajo. La sentencia cuenta con un muy amplio y argumentado voto particular discrepante del magistrado Joan Agustí, para quien la sentencia hubiera debido estimar la demanda “ya sea respecto a la petición principal, la declaración de nulidad del despido colectivo, ya fuera declarando el mismo no ajustado a derecho”.

Será a partir del fundamento de derecho tercero cuando la Sala entra en el debate, que sin duda debió ser muy interesante por la calidad demostrada de los tres magistrados, y así se reconoce expresamente en un párrafo del citado fundamento, sobre la posible aplicación al caso enjuiciado del art. 2 del RDL en relación con los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020. La tesis de la mayoría de la Sala, y por tanto de la sentencia es que no es así ya que el art. 22 del RDL 8/2020, al que se refiere el art. 2 del RDL 9/2020, hace referencia a los supuestos de fuerza mayor “que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19” (subrayado de la sentencia). Se apoya la sentencia, ex art. 3.1 del Código Civil, en la literalidad del precepto para manifestar que no cabe duda al respecto y que por consiguiente no es de aplicación el art. 2 y sí la normativa ordinaria (art. 51 LET) para situaciones de pérdida de actividad como la producida.

Supongo, a la vista de la fundamentación de la sentencia, que la mayoría de la Sala tenía más de una duda, aunque antes haya manifestado que consideraban indubitada la interpretación del concepto de “causa directa”, y ello me parece, permítanme que juegue con las palabras, también indubitado, porque aceptan que pudiera plantearse como hipótesis que ello fuera así, aun cuando finalmente concluyeran en sentido contrario. Observen, si se puede decir así, la claridad de las dudas en este párrafo que transcribo:

“Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional, y dentro de ella la práctica desaparición de las contrataciones objeto de la actividad de dicha mercantil: Pero ello de ninguna manera empece la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil. De modo que, aun cuando podamos plantearnos que la causa última

y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella”.

Descartada pues la aplicación de la normativa del derecho laboral de la emergencia, la respuesta judicial debe basarse en lo dispuesto en la normativa general ordinaria, es decir el art. 51 LET, el RD 1483/2012 de 29 de octubre, y el art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. Acepta igualmente la causalidad del despido colectivo en aplicación de la jurisprudencia del TS sobre la posible extinción en caso de rescisiones totales o parciales de contratos, considerando en fin que la decisión era “adecuada y proporcional a la situación existente”.

El voto particular, muy sólido y bien argumentado a mi parecer, y con el que coincido en la mayor parte de su planteamiento, manifiesta su discrepancia sobre la calificación jurídica de la decisión empresarial, que considera hubiera debido declararse nula o bien no ajustada a derecho, y centra su argumentación en que hubiera debido ser de aplicación, en atención a las razones aducidas por la empresa, el art. 23 del RDL 9/2020, referido a las causas ETOP y que se refiere a su aplicación por “relacionadas con el COVID-19”.

Para llegar a tal conclusión, el magistrado Joan Agustí procede primera a repasar aquello que es la finalidad y el ámbito de aplicación del art. 2 del RDL 9/2020 en relación con los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, acudiendo a los preámbulos de ambas normas para buscar su razón de ser, subrayando que en el del RDL 8/2020 ya se hacía referencia a la aplicación de los arts. 22 y 23 cuando se produjeran rescisiones de contratos por causa de la COVID-19, y que en el RDL 9/2020 se enfatizaba el objetivo de evitar despidos durante la crisis motivada por la declaración del estado de alarma, y después de una larga y prolija argumentación

concluye que se trataba de dar respuesta a un situación que en aquellos momentos se preveía coyuntural y aún no estructural, pretendiendo evitar la destrucción de empleo, no teniendo el magistrado ninguna duda (supongo que es la reacción a la inexistencia de dudas que tenía la mayoría de la Sala en sentido contrario) de que ello era la finalidad de la normativa referenciada, y que por tanto, y aquí manifiesto mi coincidencia, la pretensión del legislador en el momento inicial de la emergencia era “potenciar las medidas de flexibilización y paralizar las extintivas, ante una grave crisis que – en aquel momento – se entendía mucho más coyuntural que estructural”, reconociendo que la situación en el momento actual dista mucho de la prevista en aquel momento, y que el cambio notable observado “puede haber influido en la decisión de la mayoría”, que ahora añadido por mi parte, y más adelante también lo hará el voto particular, parece haber sido tomado como punto de referencia por la sentencia y no el momento en el que acaecieron los acontecimientos.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación del art. 2 RDL 9/2020, es decir su relación con el art. 23 del RDL 8/2020, de decisiones empresariales “por causas (ETOP) relacionadas con la COVID-19”, se entra en la aplicación de aquel al despido impugnado, para argumentar, y así es con arreglo a la normativa general y ordinaria, que corresponde a la parte demandada acreditar las causas del despido, y más concretamente, que hubiera debido demostrar que la rescisión de la contrata antes de su finalización por parte de Airbnb “se hubiera producido en todo caso aún de no concurrir la crisis del COVID-10”. Nada de ello se hizo en el acto del juicio, no se aportó ninguna explicación al respecto, siendo por el contrario muy claro a juicio del firmante del voto particular (“sobran las razones” es la expresión literal utilizada) que la conclusión hubiera debido ser que tal rescisión “solo pudo responder a la crisis de la COVID”, de acuerdo a los hechos probados a los que me he referido con anterioridad; satisfacción de Airbnb con la forma de trabajar



“online” de CPM, su pasividad ante la falta de respuesta de esta respecto al posible nuevo proveedor de servicios, los informes técnicos “teledirigidos” (la expresión es mía, no de la sentencia) a lograr demostrar que las causas que alegraría la empresa estaban plenamente justificadas, que en todo caso no desvirtúa (el informe técnico) que Airbnb decidió ante la previsible gravedad de la crisis prescindir de uno de sus proveedores, CPM, y que no pudo haber otra razón de la presentación del PDC y, enfatiza el voto particular, “si la hubiere, corresponda a CPM haberla invocado y acreditado”, hurgando en las dudas de la sentencia sobre la posible existencia de esta causa y aun cuando finalmente fuera desestimada.

Concluye su argumentación el magistrado firmante del voto particular con una síntesis de todo lo anteriormente expuesto a modo de recapitulación final, y destaco por mi parte aquello que ya he recogido con anterioridad, cual es la valoración de la situación, y de la decisión empresarial, en el momento que se produjo, en la primera ola de la pandemia, no sin dejar de reconocer que las previsiones entonces existentes desgraciadamente no se ha cumplido sino que hemos ido a peor.

Otro apartado de especial interés del voto particular es el dedicado justamente a la calificación del despido colectivo en caso (que no lo ha sido) de haber sido estimada la demanda, en el que profundiza en tesis que anteriormente ya ha plasmado en artículos doctrinales también referidos a la declaración de nulidad o improcedencia de los despidos sin causa, concluyendo que la actuación de la demanda podía incurrir en la figura del fraude de ley alegado por la parte demandante y consiguientemente haberse declarado la nulidad del despido, entendiéndolo que la no mención expresa de tal posibilidad en el art. 124.11 LRJS no obsta a que el TS lo haya mantenido en su sentencia de 17 de febrero de 2014 (Rec. 142/213), objeto de atención por mi parte en una entrada anterior.

### 3.3. Sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2021 (Rec. 6/2021)

De especial importancia me parece, a efectos de defender la nulidad de la decisión empresarial, la reciente sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de mayo. Se trata de una demanda en procedimiento de impugnación de despido colectivo presentada por los cuatro sindicatos más importantes del PV, es decir ELA-STV, LAB, CC OO y UGT. La petición principal era la de nulidad y subsidiariamente la de improcedencia del despido.

En los hechos probados consta que antes del PDC la empresa presentó un ERTE e 11 de mayo (causas ETOP) que fue declarado nulo por sentencia JS núm. 9 Bilbao 11.9.2020, y después improcedente por STSJ País Vasco 20.4.2021.

Reflexión general, muy interesante, sobre cuál es la función de los tribunales de justicia en el ámbito social (fundamento de derecho tercero) “No es posible enajenar e independizar el despido colectivo que actualmente analizamos de la propia dinámica actuarial de la empresa pues la objetivación del derecho y su racionalidad no eximen a los órganos judiciales de practicar el juicio de la razón que implica el derecho —nihil sine ratione—. Los tribunales no son simples fedatarios o aseverativos de la realidad, sino que examinan la razonabilidad de lo actuado desde la simbología que es el derecho. De aquí el que para acercarnos al enjuiciamiento que practicamos partamos de una proyección de futuro/prospectiva deseada por la demandada, que es la reducción intencional de la plantilla por parte de esta y también lo hagamos desde el momento actual que nos obliga a ponderar las causas del despido objetivo articulado (causas económicas y productivas) según su propia necesidad, no los simples intereses de la empresa”.

Para la Sala, las razones económicas alegadas por la empresa no son válidas, ya que su decisión de proceder a los despidos “responde a una situación que no es realmente negativa”. Para la Sala, y siempre partiendo de los

hechos probados, las medidas adoptadas son “desproporcionadas respecto a los datos concurrentes, porque no es admisible la reducción de una quinta parte de la plantilla con ese nivel de actividad y ventas”.

Para aplicar la normativa del Derecho del Trabajo en la emergencia, la Sala subraya que “Lo realmente importante no va a ser la pretendida situación económica/productiva de la empresa, sino que las causas que se alegan en la Memoria son coincidentes con el impacto en todos los campos que ha supuesto la pandemia. La memoria e informes realizan una proyección a partir de la situación generada por el estado de alarma y la infección por el COVID-19. Todas las proyecciones económicas y productivas que la empresa presenta en el despido se apoyan y hacen referencia a la situación y panorama que se espera suceda por la pandemia. La causa que se esgrime, realmente, es esta, no una económica-productiva estructural. Y si se considera estructural lo es desde marzo de 2020 en que comienzan las restricciones al comercio y a las actividades comerciales. Y es en este panorama en el que se ha esgrimido la causa económica, al igual que la productiva. Y aquí es donde realizamos nuestra reflexión: la pandemia en su relación con el trabajo y la producción que se obtiene de este tiene un tratamiento jurídico dentro de nuestro derecho que es el que ha ofertado el artículo 22 del RDL 8/20. Es en consecuencia la medida que debía adoptarse por la empresa la que ha previsto este precepto, tal y como lo corrobora el art. 2 del RDL 9/20”. Y tras una amplia reflexión al respecto, concluye que “valoremos que ante esta coyuntura del COVID-19 rigen las medidas excepcionales, y por ello no podía procederse a un despido colectivo por la empresa según establece el art. dos del RDL 9/20, porque la situación que la empresa describe como causalizadora del despido no proviene de una coyuntura previa, si no de la generada por la pandemia. Nada en los informes hacía prever la necesidad de la articulación de un despido objetivo, tal y como nos lo demuestra el informe de auditoría del ejercicio 2019”.

El núcleo duro de la sentencia, una vez constatada la no conformidad a derecho de la decisión empresarial, es la calificación del despido, reiterando la tesis de nulidad ya expuesta en anteriores sentencias (Rec. 57/2021 de 23 de febrero de 2021) . Debe leerse con toda atención el fundamento de derecho sexto. Para la Sala, en síntesis, “todo despido colectivo no procedente por causas ajenas al COVID-19, está vinculado con la pandemia y es ilegal, cualquiera que sea la forma y motivación que adopte. Esta es la tesitura que cabe concluir de la interpretación normativa que se examina de conformidad al art. 3 CC, aplicable en estos casos dentro del deber de los órganos judiciales de obtener la tutela judicial (STS 20-5-2014, rc 156/2013)”.

La mayor concreción de esta doctrina se encuentra en estos fragmentos de la sentencia:

“En primer término, ya lo hemos enunciado, las normas a veces son reforzadas por el mismo legislador en orden a esclarecer cuál es la interpretación que se les debe realizar, y se dictan nuevas reglas para clarificar o remarcar lo previamente establecido (interpretación auténtica), con el fin de disipar dudas y conducir inexorablemente la voluntad de los sujetos afectados por la eficacia normativa.

El art. 2 del RDL 9/2020 es uno de estos supuestos. Esta disposición ha pretendido reforzar la previsión de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, y postular sin duda alguna lo que se ha establecido: los contratos se suspenden, no se faculta para despedir por causas relacionadas con la pandemia. Tanto esfuerzo legislativo no casa con la posibilidad abierta al empresario de acudir o a un despido simulado, o a uno carente de causa, o a una vía de improcedencia que faculte al empresario con la opción que fija el art. 56 ET para obtener lo que expresamente se ha rechazado normativamente, que es la extinción contractual;

En segundo lugar, y ello es consecuencia de lo anterior, no es admisible una especie

de defraudación de la norma por la vía de la legalidad paralela a la normativa establecida para una realidad concreta, como es la que se ha contemplado en los RRDD-LL 8 y 9/2020. Al constituirse una norma de derecho necesario la misma debe ser contemplada en su alcance e integridad, proscribiendo cualquier cauce indirecto de derogación (art. 6, 4 CC);

Y, tercero y nuevo efecto de lo dicho, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho –ex art. 6, 3 CC–. El despido –individual y colectivo– es un negocio jurídico con una declaración de voluntad de extinción del contrato de trabajo que es recibida por el trabajador, y como tal negocio dentro del derecho determina, en general, la necesidad de acomodarse a la regulación del derecho laboral que lo fiscaliza. Por ello, si se impugna el despido se examina la conformidad del acto jurídico empresarial con la previsión normativa”.

Emite voto particular discrepante, en los mismos, e incluso más rotundos, términos manifestados en la sentencia de 23 de febrero, la magistrada Maite Alejandro. Se apoya en doctrina judicial de otros TSJ. Está de acuerdo con sus compañeros en que el despido colectivo no ha sido ajustado a derecho, si bien considera que debe calificarse de improcedente. Se apoya en “en la misma línea que ha resuelto el TSJ Andalucía Sevilla en su sentencia de 19/11/2020 recurso 1795/2019, Madrid en su sentencia de 25/11/2020 recurso 590/2020 o Cataluña en su sentencia de 31/03/2021 recurso 3825/2020. En resumen, porque entiendo que ni la normativa excepcional ni la ordinaria del ET amparan suficientemente la interpretación mayoritaria de la nulidad del despido”.

Reitera argumentos ya conocidos por otras sentencias. “Desde el punto de vista literal, considero que el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 no introduce una verdadera prohibición de despedir sino más bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar

la procedencia de un despido en esta coyuntura (“no se podrán entender como justificativas de la extinción”). Por lo tanto, el debate se sitúa en la norma entre la improcedencia y la procedencia del despido (su legitimidad) en función si de si existe o no causa para el despido, no entre la nulidad y la improcedencia (lo que afecta más bien a las consecuencias del despido ilegítimo).

Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del Código civil que sanciona con la nulidad de los actos contrarios a las normas prohibitivas.

Y sin que quepa acudir a la nulidad con las consecuencias que conlleva ya que la jurisprudencia consolidada califica de improcedente y no nulo el despido sin causa (por ejemplo, STS 27/01/2009 R 602/2008, 29/09/2014 R 3248/2013, 05/05/2015 R 2659/2014). Este criterio ha sido también el de esta sala adoptado en sentencias como la de 03/02/2015 R 15/2015, 18/10/2016 R 1869/2016. .”

Acude a la jurisprudencia del TS: “... la sanción por esa posible conducta fraudulenta en tal sentido debería ser la improcedencia y no la nulidad de tal decisión, en coherencia con la doctrina jurisprudencial consolidada (STS 05/05/2015 R 2654/2014, 23/10/2018 R 2715/2016, etc) que limita la nulidad de los despidos a los supuestos más graves explícitamente recogidos en la norma (despidos discriminatorios o realizados con vulneración de derechos fundamentales, despidos de personas protegidas por su situación de embarazo, lactancia, nacimiento, etc.).

Y concluye con la consabida crítica al legislador: “En este sentido me parece muy importante resaltar que si el legislador excepcional hubiera querido disponer otro efecto, lo habría hecho, pues ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión a lo largo de las numerosas disposiciones aprobadas desde que se declaró el estado de alarma por RD 463/2020 de 14 de marzo, no habiéndolo regulado. En concreto, la vigen-



cia del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez hasta el 31/05/2021 por el Real decreto ley 2/2021 de 26 de enero, cuando ya estaba vivamente planteado este debate en la doctrina y tribunales hacía meses, sin que se haya abordado este extremo, por lo que no puedo presumir que la voluntad de legislador de emergencia haya sido cambiar el criterio que se deduce de la legislación anterior, que continúa vigente”. A mi parecer, esta crítica se formula, al igual que han hecho otros tribunales, por considerar que no es tarea judicial “sacar las castañas del fuego al legislador”, es decir interpretar aquello que ha querido decir, ya que consideran que hubiera debido decirlo con toda claridad.

La magistrada utiliza finalmente un argumento “de prudencia” y que cada vez más se recoge en aportaciones doctrinales y debates sobre esta temática, cual es el cambio de las circunstancias que llevaron a la aprobación de la norma, hace ya más de un año. Advierte de que “no va a resultar fácil encontrar despidos que no estén “relacionados” con la pandemia en los términos del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 en relación con el artículo 23 del Real decreto ley/2020. Por lo que en todo caso habría que ser cautos en la interpretación de cuándo una decisión empresarial de poner fin a una relación laboral implica un fraude de ley, especialmente si a esa calificación le anudamos el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta. Entiendo que no puede generalizarse dicha conclusión a cualquier despido relacionado con la pandemia y habría que estar al caso concreto, sobre todo cuando pueda estar en peligro la supervivencia de la empresa y la estabilidad en el empleo de otros trabajadores, pues en definitiva hemos comenzado diciendo que es la finalidad de evitar la destrucción estructural del empleo la que debe dominar la interpretación que regula los despidos en el ámbito excepcional de esta normativa anti COVID”.

### 3.4. Sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2021 (Rec. 57/2021)

La misma tesis que en la resolución judicial anteriormente explicada, fue defendida en la sentencia de 23 de febrero, con el mismo voto particular discrepante, tratándose de un despido individual. En instancia fue declarada la improcedencia y no se aceptó la petición de nulidad por no considerarse que el art. 2 RDL 9/2020, en relación con el art. 22 RDL 8/2020, llevara aparejada ineludiblemente la obligatoriedad de declarar la nulidad. La tesis principal de la sentencia (para el voto particular me remito a la sentencia comentada de 4 de mayo), es la siguiente:

“El engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución ad integrum del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el RD 463/20, la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020 (completado por el 2 del RDL 9/2020, para nuestro caso, y posteriormente el 30/2020), no hay alternativa: es ope legis. Fuera de los contor-

nos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el art. 2 del RDL 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz”. Para la Sala, afirmándolo de forma clara y contundente, “nos encontramos con la aplicación de previsiones de derecho imperativo y de prohibición. Contravenir los presupuestos del marco de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 es una actuación contraria a la norma cogente – art. 9 RDL 9/2020– ergo: nula; y la nulidad *in radice* implica la reposición a la situación precedente (*quod nullum est, nullum producit effectum*)”<sup>7</sup>.

### 3.5. Sentencia del TSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2021 (Rec. 3825/2020)

Por fin, en sentido favorable a la improcedencia, y contrario a la nulidad, la sentencia más relevante dictada hasta el momento a mi parecer es la del TSJ de Cataluña de 31 de marzo, con 11 votos a favor y 9 en contra.

Se trata de un despido declarado improcedente en instancia y que debe ser conocido por el TSJ al haberse interpuesto recurso de suplicación por la parte demandante, solicitando la declaración de nulidad al amparo del art. 2 RDL 9/202 en relación con los arts. 22 y 23 RDL 8/2020. Conviene señalar que en el fundamento de derecho primero se recoge que “la empresa ... se aquietó a la declaración de improcedencia, tras aceptar que la carta que

comunicó la decisión del despido disciplinario por bajo rendimiento no completaba la formalidad constitutiva mínima.”.

En el fundamento de derecho segundo se recoge la tesis de la parte que fue primero demandante y después recurrente:

“La demanda primero y ahora el recurso, para defender la petición de calificar como nulo el despido, después de reseñar el momento histórico en que se produce, en el marco de la pandemia sanitaria COVID 19 y vigentes las regulaciones singulares de los RDL 8/2020 y 9/2020, afirma que la citada regulación especial ha establecido “la prohibición de despedir”.

Concreta con más detalle la calificación de nulidad con sustento en la que afirma infracción de los artículos 4, 7, 8 y 9.1 del Convenio 158 OIT, de los artículos 1 y 24 de la Carta Social Europea y de los artículos 24.1 y 35 de la CE y, en referencia al que se postula fraude de ley, invoca el artículo 6.4 del CC. También invoca, aunque no puede hacerlo como doctrina jurisprudencial, dado el rango del órgano emisor, la sentencia de esta Sala de 06/06/2019 (REC 395/19) y la del Juzgado de lo Social nº 1 de Terrassa, de 29/11/2019.

Sostiene, en definitiva, que todo despido sin causa o con causa ficticia, ha de ser sancionado con la declaración de nulidad, “aplicando la doctrina de la proscripción del fraude ley y del abuso de derecho como principio informador de todo el ordenamiento jurídico”, en especial después de la derogación del denominado “despido exprés” por la Ley 3/2012.

Añade además que, literalmente: “los despidos disciplinarios sin causa, durante todo el periodo de estado de alarma, suponen una nueva categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública y emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales”.

<sup>7</sup> Dicha sentencia mereció un comentario, favorable a la tesis recogida, en un documento publicado por el servicio de estudios de la UGT el 26 de abril <https://serviciostudio-sugt.com/breve-comentario-de-la-stsj-pais-vasco-23-febrero-2021/>

La tesis de la sentencia del TSJ se remite en gran medida a la anterior dictada el 21 de julio de 2020, en la que se dictaminó que el despido sin causa el despido fraudulento “determina la improcedencia del despido y no su nulidad, porque esta está exclusivamente vinculada a motivos tasados sin que la sostenida conclusión se haya visto afectada por la derogación del denominado “despido exprés”.

Que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por la no calificación de nulidad porque la legislación española cumple con la reparación alternativa del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT y porque las normas internacionales expresamente contemplan la indemnización como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido. Y que tampoco se vulneran los artículos 24 y 35 de la CE”.

La Sala se remite primeramente a la sentencia (unánime) de 21 de julio de 2020 (rec. 4708/2019), de la recojo ahora dos fragmentos. Tras analizar y explicar la normativa laboral aplicable, concluye que “Estas normas, en tanto normas especiales, prevalecen sobre las normas generales del título preliminar del Código Civil sobre fraude de ley y abuso de derecho. En todo caso el art. 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, “salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, lo que en el presente caso ocurre respecto de la calificación como improcedente y no nulo de los despidos a que nos referimos. Por otro lado, según el art. 7.2 “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. Y en todo caso, conforme al art. 4.3 estas disposiciones

“se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”, en el caso de laguna de ley, incluido el supuesto de fraude de ley, cuando lo que no ocurre en el presente caso en que existe una regulación específica.

La nulidad del despido se impone pues de forma inequívoca y sin lugar a interpretación alguna cuando existe violación de derechos fundamentales, y en las materias conexas listadas de forma exhaustiva, conforme a los artículos citados. En los casos en que no se cumplan los respectivos requisitos de forma, para evitar la indefensión del trabajador, el despido se calificará de forma automática y obligatoria como improcedente, con el abono de la máxima indemnización legal. De manera que la empresa no podrá intentar discutir ningún eventual incumplimiento contractual del trabajador, o ninguna circunstancia objetiva, conforme al art. 105.2 LRJS, –en relación con el art. 120 para el despido objetivo–, según el que para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

No existe tampoco respecto de estas normas la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad. La interpretación constitucional exige que la norma sea susceptible de diversos sentidos, por ser oscura y poder ser adaptada al texto constitucional. Pero cuando la norma es clara y hasta contundente en su sentido, no cabe desconocerla si no es tras una sentencia constitucional que la expulse del ordenamiento jurídico. Así la STC 185/2014 de 4/11/2014 señala que “Conforme a una doctrina reiterada de este Tribunal, que resume la STC 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 4, “el criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en Sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que “siendo posibles dos interpretaciones de un precepto,

una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal”. Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984, cuyo FJ 5 señala que “es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación”. En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14”. No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la norma examinada. Como también se apunta en la STC 189/2013, FJ 4, “se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir “de modo natural y no forzado” del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8)”.

Entra en el estudio del art. 2 del RDL 9/2020 y sigue la misma línea que las sentencias del TSJ Andalucía de 19 de noviembre de 2020 y la del TSJ de Madrid de 25 de noviembre, confirmando la declaración de improcedencia hecha por la sentencia de instancia.

Insiste, como crítica, en el silencio del legislador, y es tajante al afirmar que “no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo porque el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo...”, y deja caer la hipótesis de que podría ser válida la tesis de la nulidad pero que “... independientemente de lo que de lege ferenda podamos considerar adecuado no podemos erigirnos en legislador y, mediante interpretación extensiva y creadora, concluir lo que de lege data no se colige”.

La tesis central de la sentencia es la siguiente: “El precepto no introduce una verdadera prohibición de despedir sino mas bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura “no se podrán entender como justificativas (como causa fundante en expresión auténtica del legislador cuando regula el despido objetivo) de la extinción”. Con ello la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción. O la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el despido. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia porque sobre esto nada dice el dador de la norma.

Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas...”.

Teóricamente, según mi parecer, la Sala no quiere entrar en la mente y finalidad perseguida por el legislador, pero en realidad sí lo hace, de modo un tanto sorprendente, al interpretar ya lo que quiso decir en marzo de 2020 (cuando en realidad la tesis quizás pueda ser válida, como ha dicho el voto particular de las sentencias del TSJ País Vasco, para el momento presente, ya muy distante de aquella fecha) : “Por último y quizás es esta la circunstancia que no ha permitido al legislador establecer expresamente la declaración de nulidad de los despidos, tenemos que, estructuralizada la crisis sanitaria y las circunstancias socio económicas vinculadas, salvo supuestos de extinciones por causa disciplinaria, difícil va a ser encontrar despidos que no estén relacionados con la pandemia en los términos del citado artículo 2, (y prueba de ello es el supuesto que nos ocupa que se teatraliza como despido disciplinario pero que luego hemos calificado como objetivo y vinculado a la circunstancia excepcional COVID), con lo que la conclusión

sería la generalización en el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta, cosa que, en muchos casos abocaría a empresas, que en otras condiciones serían viables afrontando las consecuencias de algunos despidos que pudiesen ser declarados improcedentes, a su desaparición en vía fáctica, con lo que finalmente se defraudaría la verdadera teleología del mantenimiento del empleo”.

El voto particular lo emite el magistrado Joan Agustí y lo suscribe otros seis magistrados y magistradas. Su tesis principal es que “Desde nuestro punto de vista la referencia a la “justificación” de las causas puede comportar una lectura que anude la calificación de improcedencia con el fraude de ley, en relación a la conocida doctrina casacional de este tipo de extinciones antijurídicas. Sin embargo, en nuestra opinión la conexión en estos casos no se vincula con el fraude de ley (art. 6.4 CC) sino con un acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva y sus efectos de nulidad de pleno derecho, en aplicación del artículo 6.3 CC.

Ciertamente no nos hallamos ante una norma prohibitiva; pero sí frente a una norma imperativa...”.

Y aquí le da la vuelta al calcetín a la interpretación de la mayoría de la Sala sobre la voluntad del legislador, al afirmar y sostener que “La voluntad del legislador en nuestra opinión es clara: impedir que aquellos supuestos en los que concurren dificultades empresariales vinculadas con la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 den lugar en la medida de lo posible a despidos. La norma se inserta y se conecta con el ingente esfuerzo de gasto público efectuado a lo largo de la pandemia en aspectos como las exoneraciones de cuotas y aportaciones empresariales al desempleo, prestaciones extraordinarias de la Seguridad Social y ayudas económicas. A cambio se reclama a los empleadores que se encuentren en dificultades por el descenso en su actividad por la crisis sanitaria que acudan a las medidas de suspensión de contratos y reducción de

jornada de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 (los ERTES) en lugar de a los despidos de los artículos 51 y 52 c) ET. En consecuencia, la autonomía de la voluntad que en el actual modelo legal ostenta el empleador para acordar las medidas de reestructuración ante una situación económica negativa o un exceso de plantilla (siempre que se cumplan los condicionantes legales) se ve condicionada a lo largo de este período excepcional por el mandato que se deriva del citado artículo 2 RDL 9/2020”.

Para el voto particular, “nuestro juicio, el artículo 2 RDL 9/2020 no impide acudir a un despido del artículo 51 o 52 c) ET; lo que ocurre es que la empresa tendrá que acreditar en forma suficiente que las medidas de flexibilidad interna de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para paliar su situación crítica. Y si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de justificación o procedencia. Por el contrario, si no se supera ese condicionante probatorio la calificación apropiada sería la nulidad. Y ello por aplicación directa del artículo 6.3 CC, al concurrir una norma imperativa extraordinaria de efectos temporalmente concretos limitativa de la disponibilidad condicionada de la legislación ordinaria y un acto contrario a la misma”.

Y concluye reivindicando la aplicación de la normativa internacional en relación con el marco constitucional: “Pero, además y en todo caso, como se recogía en la ponencia inicial y defendimos en el plenario, nuestra propuesta de calificación de nulidad –en respuesta a la específica denuncia de infracción normativa formulada al respecto en la demanda y en el recurso– se asienta también en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE en relación al derecho constitucional al trabajo ex art. 35 CE, a la luz de los mandatos del Convenio nº 158 OIT. En efecto, en el marco normativo excepcional de aplicación tal afectación constitucional resulta manifiesta, no sólo por la ocultación de la causa real del despido (con la indefensión o dificultad que ello genera en la impugnación



judicial del despido), sino por cuanto pretende o provoca la privación al demandante del derecho constitucional a no ser despedido sin justa causa, derecho que –precisamente– es el objeto de la protección conferida por el art. 2 del RDL 9/2020.

Por consiguiente, a la declaración de nulidad se llega no solo en obligada aplicación del art 6.3 CC (por contravenir el despido el mandato imperativo e inexcusable en favor de las medidas de flexibilidad interna), sino que encuentra fundamento en la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE) en relación al derecho al trabajo (art. 35 CE)”.

Con diversos matices respecto al anterior, los votos particulares de los magistrados Felipe Ferrer y Felix Azón también se pronuncian por la nulidad del despido.

#### 4. LAS APORTACIONES DE LA DOCTRINA LABORALISTA SOBRE EL ART. 2 DEL RDL 9/2020 Y NORMAS CONEXAS

Me propongo en este apartado repasar algunas (desde luego no todas, ni muchísimo menos) de las más interesantes aportaciones doctrinales sobre el art. 2 del RDL 9/2020, dado que el debate en sede judicial sobre la nulidad o improcedencia de una decisión empresarial que no se ajuste a derecho, es decir que no respete lo dispuesto en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 (recordando una vez más que la extinción en casos de causas ETOP puede ser, como hemos visto con anterioridad, de carácter individual o colectivo), se da con mayor amplitud si cabe en la doctrina científica laboralista. Hay que añadir inmediatamente que en más de una ocasión las citadas aportaciones no se decantan de forma tajante por una u otra tesis, y apuntan las posibilidades, y riesgos, que tiene una u otra declaración de los efectos jurídicos de las extinciones contractuales.

A) El profesor Ignasi Beltrán presentó recientemente una ponencia en las XXXI Jorna-

das catalanas de Derecho Social, celebradas los días 9 y 16 de abril, titulada “Crisis empresarial provocada por la pandemia y extinción de la relación laboral”<sup>8</sup>. El propósito del excelente trabajo, y ya una de sus tesis, queda reflejado en este párrafo de su introducción: “Las escasas (imprecisas e incompletas) reglas a nuestro alcance para abordar el desafío que se avecina (básicamente, el art. 2 RD Ley 9/2020 – o el idéntico art. 2 Ley 3/2021 – y, de forma derivada, la Cláusula de Salvaguarda del Empleo – CSE – ex DA 6ª RD Ley 8/2020) contrasta con la (inaudita) hemorragia legislativa de los meses precedentes”. Se procede, entre otros apartados, al estudio del citado artículo y se descarta la calificación judicial de nulidad de la decisión empresarial. Precisa que a grandes rasgos “el criterio interpretativo que se defiende en este trabajo es el siguiente: por un lado, el art. 2 RD Ley 9/2020 sólo es aplicable a los centros de trabajo (o de la empresa si sólo tiene uno) si tienen vigente un ERTE; y, por otro lado, el “carácter injustificado” de la extinción no puede identificarse con la calificación de nulidad”. Para el autor, “La particularidad del art. 2 RD Ley 9/2020 es que en la Exposición de Motivos (EM) de esta norma no contiene referencia alguna al mismo. Esta ausencia es importante porque la deja sin fuente de información que podría contribuir (en mayor o menor medida) a desvelar el verdadero propósito de la regla que contiene”.

El autor combina argumentos jurídicos con económicos, manifestando que ese precepto, sucesivamente prorrogado hasta el 31 de mayo de 2021, “a medida que se ha ido dilatando este marco temporal de vigencia, se ha producido un efecto paradójico, pues, una regla originariamente pensada para proteger el empleo ha ido mutando con el paso de los meses (y lo ha hecho en paralelo al incremento de la fragilidad de muchas realidades empresariales) has-

<sup>8</sup> [http://www.iuslabor.org/wp-content/uploads/downloads/2021/04/Crisis-empresarial-provocada-por-la-pandemia-y-extincio%CC%81n-de-la-relacio%CC%81n-laboral\\_Ignasi-Beltran\\_V4.pdf](http://www.iuslabor.org/wp-content/uploads/downloads/2021/04/Crisis-empresarial-provocada-por-la-pandemia-y-extincio%CC%81n-de-la-relacio%CC%81n-laboral_Ignasi-Beltran_V4.pdf)

ta convertirse en un factor con un potencial desestabilizador de la continuidad de la actividad empresarial creciente (y, en algunos supuestos, implacable). Es decir, en algunos casos y, en función de la interpretación que se le acabe dando, lejos de preservar el empleo, puede ahondar la precariedad de la viabilidad de la empresa (y, por consiguiente, del empleo de los trabajadores a ella vinculados)<sup>9</sup>.

B) En una línea argumental muy dura con el legislador, si bien al mismo tiempo apunta propuestas de interpretación normativa que llevarían, ciertamente por otras vías, a la declaración de nulidad de la decisión empresarial de extinción de los contratos, se sitúa el profesor Cristóbal Molina Navarrete, con dos artículos de indudable interés.

El primero lleva por título “La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de covid19: “vicios” de una “legalidad (administrativa) sin derecho”<sup>10</sup>.

Defiende el profesor Molina, en sintonía con la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) “la necesidad de un modelo de estabilidad (seguridad en el empleo ex art. 35 CE) que, sin impedir (prohibir), ni obstaculizar, a las empresas las decisiones exigibles de reajuste de plantillas

<sup>9</sup> De especial interés considero (aunque creo que puede sostenerse una tesis distinta a la del autor) una última tesis de la ponencia: “Repárese que el derecho de la emergencia no ha reformado el derecho ordinario ni tampoco lo ha suspendido (produciéndose un “paralelismo” normativo durante la emergencia sanitaria). Así pues, el derecho ordinario, ha permanecido vigente durante todo este tiempo sin solución de continuidad<sup>40</sup>. Lo que significa que las empresas han tenido dos marcos normativos a su disposición. La existencia de estas dos realidades jurídicas paralelas, si bien se han identificado espacios de inevitable confluencia, hasta que no se alcanzan estos puntos, puede afirmarse que operan como dos realidades divididas. O, dicho de otro modo, no tendría sentido que una empresa que, por ejemplo, haya podido tener un incremento de actividad durante la pandemia (o a causa de la misma) y, por consiguiente, sin acudir a un ERTE, quedara dentro de la órbita del art. 2 RDLey 9/2020, si mediante causas organizativas o productivas decidiera amortizar un puesto de trabajo”.

<sup>10</sup> REJLSS Núm. 1, octubre 2020. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10413/10527>.

que precise en cada tiempo, presuponga siempre una “causa justificada”.

Es extraordinariamente duro con la redacción del art. 2 del RDL 9/2020 y en general con las normas aprobadas en el Derecho del Trabajo en la emergencia, ya que en aquel caso y en otros más los califica de “una auténtica devaluación del Derecho del Trabajo a mera “legalidad (administrativa) sin Derecho –razón jurídica–” (hace de la legitimidad de sus fines sociales excusa para todo déficit de técnico-legal), comparten una característica: sus redactados son tan imprecisos, ambiguos y confusos que requieren de un constante actuar de autoridad complementario, para tener sentido práctico. En otros términos, de una forma que evoca los modelos de intervencionismos administrativos de otro tiempo (más autoritarios), la publicación en el BOE de una norma no permite conocer la regla a aplicar para la vida de las relaciones de trabajo que ordenan, sino que precisan estar atentos a un sinfín de “otros boletines”, administrativos, no normativos (Dirección General de Trabajo –DGT–, Tesorería General de la Seguridad Social –TGSS–, Criterios de la ITSS, etc.), en los que, periódicamente, se actualiza, el sentir, la voluntad práctica, del autor de la norma legal. Criterios que, por supuesto, pueden estar sujetos a cambios y, muy frecuentemente, los experimentan, añadiendo nebulosidad, incluso tenebrismo a un sistema muy inestable y presionado ya, por lo que precisaría lo contrario, seguridad”<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Siguen las muy duras críticas a la norma ahora ya concreta del art. 2 del RDL 9/2020, a su oscuridad, a su silencio, a la posibilidad de diversas interpretaciones. Para el autor, “Esta dualidad hermenéutica no es ajena al “juego de política jurídica” buscado por el legislador, antes bien, des deliberado, en efecto, de modo que ha fiado (apostado) la decisión última a la expectativa de una corriente judicial crítica con el estado actual del Derecho de precedentes, para provocar un cambio radical. Sin ese complemento, la norma legal puede servir, deliberadamente, por encima de su retórica político-social, a ambas “señoras”: la improcedencia y la nulidad”. El autor subraya que la norma omite deliberadamente utilizar la palabra “prohibir” para referirse en cambio a “causas injustificadas”. Crítica muy duramente que el legislador español no hay sido tan claro y directa como el argentino (“los despidos y las suspensiones

Especialmente interesante desde la perspectiva que combina el análisis y crítica de una sentencia con las aportaciones doctrinales propias, es su artículo “El despido con causa irreal. ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía /Sevilla 3571/2020 de 19 de noviembre)”<sup>12</sup>.

En una línea coherente con su plena defensa de la necesidad de poder fijarse indemnizaciones realmente disuasorias, afirma, recordando el art. 24 de la CSE revisada, que “Frente a un modelo legal nacional rígido, predeterminado y tasado legalmente, mediante soluciones generales y abstractas, el modelo legal social europeo (reflejo del art. 10 Convenio 158 OIT) se basa en soluciones más flexibles y abiertas, ajustables a las circunstancias concurrentes, para que sean realmente, no solo presuntamente, «adecuadas»”.

Tras efectuar un amplio análisis de la sentencia, cuyo arsenal normativo califica de muy rico, basado en la “dogmática contractual civilista” (sintetiza así el profesor Molina: “El despido en España mantendría su naturaleza de negocio jurídico causal, sin que las sucesivas reformas hayan operado su reducción (degradación) a formal. Por tanto, predicar de la irrealidad de la causa la nulidad confundiría calificación judicial del despido (nulidad o improcedencia, cuestión procesal –arts. 56 ET y

110 LRJS–) y sanción de la causa contraria a la norma, resuelto con su extinción ex artículo 6.3 del CC (FF. JJ. 2.º y 3.º)”, y “Razones normativas. La naturaleza causal del despido integra el contenido esencial del derecho al trabajo (SSTC 22/1981, 192/2003, 8/2015), pero ni la Constitución (ni su intérprete máximo) ni el derecho internacional (ni su intérprete nacional supremo) anudan la nulidad (el modelo de estabilidad real: readmisión obligatoria) al despido sin causa o con causa irreal o falsa”.

Tras reiterar sus críticas al legislador por la oscuridad deliberada del art. 2 RD Ley 9/2020 afirma y defiende estas tesis:

“a) Nulidad del despido por causas vinculadas a la COVID-19 ex artículo 2 del RDL 9/2020, en relación con los artículos 10 del Convenio 158 OIT y 24 de la CSEr, salvo que la empresa muestre una evolución excepcionalmente gravosa.

Pese a la deliberada ambigüedad legislativa, injustificable, el artículo 2 del RDL 9/2020, no así la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 (que tiene una razón de ser diferente –recaudatoria: reintegro de la totalidad de las cotizaciones percibidas–), debe ser interpretado, en línea de principio, como una auténtica prohibición de despedir y, de conformidad con los artículos 10 del Convenio 158 OIT y 24 de la CSEr, el derecho a la reparación adecuada se concreta en la nulidad (readmisión obligatoria). En el actual entorno de legislación de emergencia, el tratamiento de este tipo de extinciones hace prevalecer el interés colectivo o social (de ahí la analogía con las SSTS de 17 de febrero de 2014, rec. 142/2013, FJ 4.º, y 20 de mayo de 2015, rec. 1/2014). Honestamente, ni el recurso al artículo 6.4 (despido fraudulento) ni al 6.3 (despido contrario a una prohibición legal) del CC es suficiente para alcanzar, por sí solo, este resultado. Sí la relectura de nuestra legislación nacional a la luz de los preceptos sociales internacionales....

que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2º y primer párrafo del artículo 3º del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales”). Parece, dice el profesor Molina (y no le ha faltado razón a la vista de recientes sentencias de JS y del TSJ del País Vasco) que el gobierno legisó pensando en que le daría la razón (= nulidad del despido) “un cierto activismo judicial”, y concluye que con esta actuación el gobierno ha conseguido que la “racionalidad jurídico-social se reduce a estricto decisionismo político-social”.

<sup>12</sup> Publicado en Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF 455, febrero 2021. El resumen se encuentra en <https://www.laboral-social.com/despido-con-causa-irreal-cambios-augurables-con-ratificacion-carta-social-europea-revisada-comentario-sentencia-tribunal-superior-justicia-andalucia-sevilla-3571-2020-19-noviembre.html>



b) Nulidad del despido, ya en situaciones de «normalidad sociolaboral» (por si volviera), en aquellos supuestos en los que se acredite (la carga corresponderá a la persona trabajadora cesada, al igual que corresponde a la empresa acreditar la causa real) la concurrencia de un «plus de arbitrariedad extintiva»....

c) Improcedencia del despido sin causa suficiente, incluyendo una indemnización efectivamente disuasoria, a fijar judicialmente, previa prueba de la concurrencia de factores, objetivos o subjetivos, que evidencien que la indemnización tasada ha perdido aquel efecto útil.

C) Desde un planteamiento que claramente apuesta por la necesidad de apostar por un cambio permanente, y no solo temporal, en la regulación de los efectos jurídicos de una decisión empresarial contraria a derecho, se encuentra el profesor Antonio Baylos, en su ya histórico blog, en el artículo publicado el 17 de abril y titulado “La reforma ineludible de la indemnización por despido improcedente o despido injusto”<sup>13</sup>.

El artículo se sustenta sobre el art. 30 de la CDFUE, y el art. 24 de la parte II de la CSE revisada. Se defiende, en la misma línea, subraya, que recientes sentencias del TSJ del País Vasco que han sido objeto de mi atención en el epígrafe anterior, que la regulación adoptada con ocasión de la crisis sanitaria “el principio básico de mantenimiento del empleo se ha impuesto tanto a través de derivar a los mecanismos de amortiguación social vía suspensión del contrato y exoneración de cotizaciones en la regulación temporal de empleo, como con la prohibición de despedir y la “salvaguarda” del empleo o compromiso de mantenimiento del mismo. Esta regulación funciona sin embargo como una excepción a la regulación general que proviene de las reformas del 2012 y que por consiguiente obedece a una línea de política del

derecho plenamente divergente de la que ha orientado las normas sobre el empleo emanadas durante el estado de alarma...”.

Pero es que, además de plantearse, de forma crítica, si la indemnización tasada por despido es proporcional al daño causado y suficientemente disuasoria, ya apunta la otra gran cuestión a debate y que es la que centra este artículo (de ERT): “... La aplicación del art. 6.3 del Código Civil, según el cual “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho” al campo de los despidos, obligaría sin duda a declarar la nulidad de los despidos que una norma ha declarado ilícitos, como sucede con lo preceptuado en el art. 2 del RDL 9/2020, y una consideración semejante tiene que efectuarse con los despidos arbitrarios, sin causa, o lo que la legislación italiana denomina “manifiesta inexistencia del hecho”, que no pueden ser equiparados al resto de los despidos improcedentes. El despido arbitrario y el despido ilícito tienen por tanto que ser extraídos de la regla de la improcedencia e ingresar en el área de la nulidad y de la readmisión de la persona despedida como exigencia constitucional”.

D) En la página web Net21.org ha habido recientemente un interesante debate al respecto, en concreto sobre medidas en defensa del empleo<sup>14</sup>, con aportaciones de Mari Angeles Villanueva Medina (Coordinadora Asesoría Jurídica CCOO Sanidad en CCOO Madrid), con su artículo “Breve análisis de las medidas en defensa del empleo contempladas desde el real decreto ley 8/2020 al real decreto ley 2/2021: compromiso de mantenimiento del empleo y prohibición de despedir”, y de la profesora María Sepúlveda que lo dedica a “La garantía del mantenimiento del empleo durante la crisis COVID y su futuro inmediato”.

De la primera, vale resaltar su argumento de que las medidas de defensa del empleo (DA

<sup>13</sup> <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>

<sup>14</sup> <https://www.net21.org/medidas-en-defensa-del-empleo-2/>

6ª del RDL 8/2020 y art. 2 del RDL 9/2020) han sido prorrogadas en varias ocasiones, y se pide que se mantengan también para los meses venideros, y una de las razones de tales prórrogas ha sido “por la defensa a ultranza que de las mismas han protagonizado en la Comisión de Seguimiento tripartita laboral (creada por la Disposición Adicional 2ª del RD Ley 18/2020), las organizaciones sindicales más representativas, CCOO y UGT y que han podido plasmarse en los Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo”. Es partidaria de que nuevas normas clarifiquen las dudas existentes, entre ellas la controvertida prohibición de despedir, si bien es consciente “de la dificultad que entraña un Acuerdo que recoja las diferentes posiciones de cada una de las partes”.

Por su parte la profesora Sepúlveda se manifiesta plenamente partidario de la dureza (= nulidad) de la decisión a adoptar cuando se incumple la DA 6ª del RDL 8/2020 y lo justifica en estos términos: “la pérdida de empleos afecta a intereses generales, y no sólo al de las partes de la relación laboral, lo que justificaría una consecuencia de más entidad, como puede ser la nulidad de las extinciones de contratos llevadas a cabo durante el periodo vigente de compromiso, lo que resulta más acorde con la finalidad de mantenimiento del empleo y reactivación de la economía en las que se basan estas normas excepcionales, y que justificaría también la limitación temporal de la libertad de empresa, en una lógica de equilibrio de todos los intereses en juego”.

No se pronuncia sobre la nulidad o improcedencia de la decisión empresarial. Solo apunta que la protección y defensa del empleo se manifiesta en tres fases, siendo la primera la que interesa a los objetos de mi exposición: “el momento inicial de necesidad por la empresa de llevar a cabo un ajuste de plantilla motivado por causas COVID-19, en el que la norma obliga al ajuste temporal, no permitiendo la decisión de despido –otra cuestión es la interpretación de la consecuencia del incumplimiento de esta norma imperativa, ya apuntado”.

Pero no referirse en concreto al art. 2 del RDL 9/2020 no significa que la autora no tome partido. Al contrario, su apuesta por la máxima protección del empleo queda patente en esta tesis: “Desde un punto de vista técnico-jurídico, estas normas excepcionales de salvaguarda del empleo en algunos casos se presentan incompletas, en el sentido de que no van acompañadas de las consecuencias jurídicas específicas para tales reglas especiales, lo que obliga a interpretar el marco normativo ordinario, no previsto para estos nuevos supuestos. Esto lleva a su vez a la judicialización de los despidos COVID-19, a la dilación en tiempos de soluciones rápidas, y a la disparidad de soluciones judiciales –nulidad o improcedencia de los despidos, indemnización ordinaria o disuasoria–. En este contexto, adquiere especial relevancia el criterio judicial de interpretación de las normas que, si bien se debe basar en el sentido propio de sus palabras, éstas se deben poner en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y sobre todo se debe atender fundamentalmente a la finalidad de aquéllas (art. 3 del Código Civil), que en este caso es la protección y mantenimiento del empleo”.

E) Crítico con el legislador, y con la tesis de la nulidad, es el magistrado Jaime Segalés, en su artículo “A la búsqueda de la nulidad perdida. Bagatelas a propósito del art. 2 RDL 9/2020”<sup>15</sup>. El autor efectúa una cuidada reflexión sobre la nulidad ex art. 6.3 del Código Civil, aproximándose a la jurisprudencia de la Sala Civil del TS y busca posteriormente aquellos que califica de “supuestos asimilables en el ET”, argumentando que “la proyección de la nulidad civil ex art. 6.3 CC al ámbito de la relación obligatoria laboral no puede hacerse a costa de despojarle del carácter que le atribuye la propia doctrina de la Sala 1ª del TS, cuando la toma como un remedio excepcional para expurgar aquellos actos y negocios jurí-

<sup>15</sup> JURISDICCIÓN SOCIAL Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia, núm. 219, febrero 2021, págs. 34 a 45. <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/03/Revista-Social-FEBRERO-2021.pdf>

dicos que afecten de forma sustancial al orden público, con la habitual intención de anularlos y no de mantenerlos vivos”.

El artículo dedica un apartado específico a la nulidad “como predicado excepcional en la extinción de la relación laboral” e inmediatamente aborda la polémica sobre la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020. Para el magistrado, “Los términos escogidos por la norma no ayudan en absoluto (para defender la pretendida nulidad), y resulta extraño que el legislador, sabedor de la doctrina manejada por la Sala 4ª, no decidiera citar de forma expresa esa consecuencia en el momento de redactar el artículo 2 del RDL 9/2020”. Es contundente en su crítica al afirmar en las conclusiones que “la intención del legislador de remitir a la solución suspensiva el factor COVID –un elemento que admite poca discusión– constituye un argumento débil para alterar el resultado que se obtiene a partir del enfoque natural del caso, basado en el enunciado por implicación “déficit causal, luego improcedencia”. Y ello tras aceptar que nada impedía al legislador el haber señalado de forma explícita a la nulidad, teniendo en cuenta la trascendencia sustantiva, no meramente formal, que tiene la alusión expresa a aquel resorte. Asimismo, los indicados propósitos pueden satisfacerse desde una consecuencia distinta a la nulidad, tal y como los mismos operadores que hoy se alinean en la defensa de aquel resultado han venido entendiendo a propósito de los supuestos contemplados por el ET en sus artículos 39.3 y 12.4 e), mucho más discretos, como ocurre con los genuinos unicornios, dicho sea de paso. Es muy posible que ese anonimato haya reducido su capacidad para forjar el interés mediático, presupuesto que ha incidido fatalmente sobre su capacidad para dar cobertura a posiciones como las que aquí sometemos a nuestra humilde crítica”.

F) Otro muy interesante debate sobre el despido en la COVID-19<sup>16</sup>, y esta vez referido específicamente al art. 2 del RDL 9/2020 se lle-

vó a cabo en la web net21.org, con intervenciones del profesor Faustino Cavas y la profesora Carolina Martínez; el primero, con su artículo “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”, y la segunda reflexionando sobre “Calificación del despido contrario a la normativa COVID-19”.

Para la profesora Martínez, tanto el art. 2 RDL 9/2020 como la DA6ª RDL 8/2020 “se trata de unas reglas cuya factura técnica, por desgracia, viene provocando serias dudas interpretativas y problemas aplicativos prácticos que ya están dando lugar a pronunciamientos judiciales en dispar sentido. Se augura, por tanto, una inevitable doctrina en casación unificadora, de sentido no fácil de pronosticar”.

La autora diferencia entre lo que parece claro que era el objetivo del gobierno, potenciar y reforzar la flexibilidad interna, y la dicción literal del art. 2, que dice que “es que las causas –fuerza mayor y causas empresariales (ETOP)– que pueden prestar amparo a las suspensiones de contratos y reducciones de jornada (arts.22 y 23 RDL 8/2020), “no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Se mueve esta regla, pues, en el estricto plano de la causalidad y de la justificación de una eventual extinción; y, por ello, de su procedencia o improcedencia. Cosa distinta será delimitar con la suficiente claridad y precisión lo que son causas relacionadas o no relacionadas con la COVID”.

Tímida en sus planteamientos, sabedora del terreno movedizo en el que se mueve, y tras repasar diversas sentencias dictadas al respecto, se detiene en la del TSJ del País Vasco de 26 de enero de 2011, que justifica la nulidad, se trataba de un despido colectivo, por “la intención declarada del legislador de configurar la suspensión de contratos y la extinción por las mismas causas como esferas excluyentes; y la existencia de fraude de ley en los estrictos términos del art.6.4 CC”, y aña-

<sup>16</sup> <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/>

de inmediatamente a continuación que “En verdad la nulidad de los despidos en fraude de ley desapareció de nuestro escenario jurídico hace años, relegándose la nulidad a los supuestos expresamente tasados del art.55.5 ET. Pero no es menos cierto que –al igual que ha ocurrido respecto de los despidos colectivos, pese a haber desaparecido del tenor literal del art.124 LRJS la referencia al fraude [STS de Sala General de 17 de febrero de 2014 (Rec.142/2013)]– la regla común sobre los efectos de las conductas o decisiones en fraude de ley del referido art.6.4 CC sigue siendo plenamente susceptible de ser invocada y aplicada”.

Para el profesor Cavas, la posible justificación del art. 2 del RDL 9/2020 radica en el que elevado coste para las arcas públicas que suponen las ayudas económicas para enfrentarse a la Covid-19, tanto para empresas como para personas trabajadoras lleva a cerrar el paso a “la posibilidad de apelar a la crisis del coronavirus para justificar, sobre esta misma línea y excepcional causalidad, ajustes estructurales de plantilla”. Defiende el autor la tesis de la improcedencia y no de la nulidad, en sintonía con la mayoría de sentencias que se han dictado hasta el presente, en cuanto que la norma, que no contiene una previsión expresa de nulidad, “no contiene una genuina prohibición de despedir que garantice la indemnidad del vínculo, (sino) un encarecimiento del coste del despido para la empresa”. Trae también a colación la STC 185/2014 en la que se recoge que “no existe “la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad”, de tal manera que “Si el Gobierno-legislador pretendía garantizar la estabilidad real del empleo durante la pandemia, tendría que haber sido más explícito y haber recogido el efecto de la nulidad en la formulación del art. 2 del RDL 9/2020 para los despidos injustificados por covid”.

En fin, también le suscita duda la DA6ª del RDL 8/2020 y en concreto la calificación de los ceses que supongan un incumplimiento

de esta, y expone que estas discrepancias se dan “a pesar de que la norma ha circunscrito los efectos de tal infracción al ámbito de las medidas de Seguridad Social, sin contemplar impacto alguno sobre la relación de trabajo ni sobre la calificación de la extinción determinante del incumplimiento, que será así procedente, improcedente o nula, en función de la causa alegada y, en su caso, acreditada, o de la concurrencia de alguno de los supuestos determinantes de nulidad de la decisión extintiva, con arreglo a la normativa vigente”.

G) Una reflexión muy interesante, y de alcance mucho más general es la efectuada por el profesor Jaime Cabeza en su artículo “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”<sup>17</sup>, para quien las distintas, y positivas, medidas adoptadas por el gobierno español durante la crisis sanitaria no han impedido, o o mejor dicho han permitido, dejar al descubierto “no pocas carencias del modelo español de protección del empleo”. La tesis del autor es la siguiente: “Como ponderación expresada apriorísticamente, pero muy evidente, la técnica del «ERTE» –se utilizará esta expresión de forma elíptica y de síntesis– ha ganado centralidad en el contexto de la normativa laboral interna. Sin duda, las circunstancias han determinado este nuevo protagonismo, pero también han tenido un papel fundamental las adaptaciones normativas que se han introducido, además de sus relaciones novedosas con los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. Es decir, sin negar importancia al contexto, da la impresión de que se han producido los ajustes legales necesarios para que verdaderamente sirva de forma decisiva a la finalidad para la que ha sido concebida, de mantenimiento del empleo”. El autor es muy claro al respecto, en tesis que comparto por ERT): se trata de una normativa que ha establecido “unas

<sup>17</sup> Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF. Núm. 456, marzo 2021. Su resumen se encuentra en <https://www.laboral-social.com/erte-garantia-ocupacion-incertidumbres-certezas.html>

limitaciones particularmente intensas para la extinción del contrato, que establecen una clara preferencia por la flexibilidad interna – en este caso ERTE – frente a la flexibilidad externa”.

En línea con la tesis antes expuesta del profesor Cavas, el profesor Cabeza defiende que la regulación de la DA6ª sobre la garantía del empleo “no afecta a una hipotética calificación del despido, a cuyo efecto habrá que recordar la prohibición que se contiene en el art. 2 del RDL 9/202”.

H) El profesor Jesús Cruz Villalón también se ha manifestado al respecto, con un artículo publicado en su blog el 22 de enero y titulado “El despido injustificado por COVID”<sup>18</sup>, que en un análisis muy riguroso y casi exhaustivo de las sentencias dictadas hasta ese momento y que se han pronunciado sobre los efectos del despido que se han producido durante la crisis sanitarias y que eran injustificados, considera que la improcedencia es el efecto jurídico más conforme a derecho, sin dejar de apuntar que “con ello, no pretendemos defender que al legislador no le cabía otra alternativa que la declaración de improcedencia por tratarse de un supuesto donde no concurren las causas justificativas. Se encontraba dentro del poder legislativo ordinario la capacidad de haber introducido la nulidad y la obligatoriedad inexorable de la reincorporación, que se ha hecho en Italia”.

## 5. RECAPITULACIÓN FINAL

Llega el momento de concluir este artículo, aunque se trate de un texto inacabado. En efecto, además de las nuevas aportaciones doctrinales que sin duda verán la luz hasta su publicación, seguirán dictándose sentencias por JS. TSJ y, aquello que es más importante, deberemos esperar a la resolución del primer recurso de casación para la unificación de doc-

trina presentado ante la Sala Social del Tribunal Supremo para que el alto tribunal, muy probablemente en Pleno por la importancia de la temática abordada, se pronuncie sobre los efectos jurídicos de una extinción que se haya efectuado vulnerando el art. 2 del RDL 9/2020 en relación con los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020), es decir si cabe la declaración de nulidad o bien de improcedencia.

He tratado de poner encima del tapete jurídico las diversas tesis, y por supuesto la mía propia avanzada en la primera parte del texto, que se han acogido por las resoluciones judiciales más relevantes a mi parecer dictadas hasta la fecha de cierre del texto, así como de las ya numerosas y rigurosas aportaciones de la doctrina laboralista española, con independencia ahora de que se pueda estar o no de acuerdo con los contenidos y afirmaciones de algunas o de muchas de ellas.

De lo que no cabe la menor duda, este es mi parecer, es de cuál era la intención del legislador en el momento de dictar la norma en el inicio de la crisis, y las manifestaciones de la Ministra Yolanda Díaz en el trámite de convalidación del RDL 9/2020, que he transcrito ampliamente en el segundo bloque del artículo, son claras e indubitadas al respecto. Cuestión distinta es que la redacción del precepto objeto de estudio no haya permitido lograr esa unanimidad alrededor de la tesis expuesta por la Ministra, pero no es menos cierto que quienes se han alineado con la tesis de la nulidad de la decisión empresarial han aportado argumentos consistentes respecto a la toma en consideración de la situación de emergencia en que se dicta la norma y cuál era su finalidad, que quedaría vacía de contenido, así lo he defendido por mi parte en más de una ocasión, si finalmente fuera posible la extinción definitiva de la relación contractual laboral. No creo que se pueda “mirar” a las normas del Derecho del Trabajo en la emergencia con los mismos ojos, es decir con la misma “mirada jurídica” anterior a la crisis, y ello debe ser relevante para llegar a una u otra conclusión.

<sup>18</sup> <https://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>

En cualquier caso, y siendo conscientes de que la realidad de marzo de 2020 es bastante diferente, en el terreno económico y social, de la de mayo de 2021, no estaría de más plantearse, si se desea fortalecer la medida no extintiva, si es necesario algún cambio normativo que de respuesta a las críticas efectuadas por quienes sostienen, como uno de sus argumentos para rechazar la tesis de la nulidad, aclarando ese objetivo. Si bien, y con ello concluyo, aquello más importante sería, será sin duda, introducir este debate sobre la calificación jurídica del despido injustificado o sin causa, y por supuesto también el de la cuantía de la indemnización para que sea

efectivamente proporcionada al daño causado y suficientemente disuasoria, en la elaboración del tan necesitado Estatuto del trabajo del siglo XXI, que se ajuste a las nuevas realidades laborales, al cambio tecnológico y su impacto en las condiciones de trabajo, y al pleno acogimiento por la normativa interna de la internacional y europea. Desde luego, no le faltará trabajo al equipo ministerial y a todas las personas expertas que participen en la elaboración y redacción del nuevo Estatuto, y por supuesto tampoco les faltará, ni mucho menos, a sus señorías en el Parlamento una vez que se presente como Proyecto de Ley. Pero de todo ello, ya habrá tiempo para su análisis.

**RESUMEN**

Desde el inicio de la crisis sanitaria, con sus claras y evidentes repercusiones económicas y sociales, se han dictado numerosas normas tendentes a posibilitar el mantenimiento de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo, potenciándose las medidas de flexibilidad interna para contener los efectos de aquella crisis. Una de las más importantes ha sido sin duda la de evitar que se produzcan despidos cuando se pueda acudir a medidas de suspensión de los contratos de trabajo. El artículo aborda la regulación de la llamada “prohibición de despedir” y su interpretación por la doctrina judicial y la académica, poniendo de manifiesto las diversas dudas e interrogantes que ha surgido para su efectiva aplicación, y subraya cuál era, y sigue siendo, la voluntad del sujeto legislador.

**Palabras clave:** Crisis; Flexibilidad; Suspensión; Despido; Contrato de trabajo.

**ABSTRACT**

Since the onset of the health crisis, with its clear and evident economic and social repercussions, numerous regulations have been enacted to make it possible to maintain business activity and jobs, and internal flexibility measures have been strengthened to contain the effects of the crisis. One of the most important of these has undoubtedly been to prevent dismissals from occurring when measures to suspend employment contracts can be used. The article deals with the regulation of the so-called “prohibition of dismissal” and its interpretation by judicial and academic doctrine, highlighting the various doubts and questions that have arisen for its effective application, and underlines what was, and still is, the will of the legislator.

**Keywords:** Crisis; Flexibility; Suspension; Dismissal; Employment contract.





# Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo

Measures of suspension of contracts and reduction of working hours linked to COVID-19. Study of furlough and short-time work schemes aimed at the priority objective of maintaining employment

FRANCISCA MARÍA FERRANDO GARCÍA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19<sup>1</sup>, ha venido acompañada de un vasto conjunto de previsiones de carácter extraordinario encaminadas a proteger a las personas trabajadoras, las familias y los colectivos vulnerables, a apoyar la continuidad de la actividad productiva y a mitigar el impacto negativo en el empleo de las restricciones impuestas por las autoridades competentes a fin de lu-

char contra la pandemia. El presente estudio se centra, particularmente, en el análisis de la incidencia de esta normativa de emergencia en el régimen jurídico de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), para la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Las previsiones objeto de estudio, cuyas líneas generales son el resultado de los acuerdos tripartitos alcanzados en el marco del diálogo social, responden al objetivo de evitar la destrucción masiva de empleos, otorgando prioridad absoluta a las referidas medidas de ajuste temporal del empleo frente a las decisiones extintivas. Esta solución, coherente con el carácter coyuntural de la crisis sanitaria, supone un cambio sustancial respecto de la filosofía que preside la vigente legislación laboral, resultante de las reformas estructurales introducidas, con vocación de permanencia,

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

<sup>1</sup> Declaración efectuada mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, en virtud de la habilitación otorgada al Gobierno por la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y prorrogada sucesivamente por RD 476/2020, de 27 de marzo; RD 487/2020, de 10 de abril; RD 492/2020, de 24 de abril; RD 514/2020, de 8 de mayo; RD 537/2020, de 22 de mayo; RD 555/2020, de 5 de junio; RD 926/2020, de 25 de octubre y RD 956/2020, de 3 de noviembre.

con el pretexto de la pasada crisis financiera y económica<sup>2</sup>.

Con el propósito antedicho, la normativa de pandemia procede a flexibilizar la tramitación de los ERTE, a incentivar a las empresas para que introduzcan las referidas medidas de flexibilidad interna, mediante la exención –total o parcial– de las cotizaciones a la Seguridad Social, y a facilitar el acceso a la protección por desempleo por parte de las personas afectadas por los aludidos expedientes.

El recurso a las medidas de ajuste temporal del empleo como instrumento para evitar la pérdida generalizada de puestos de trabajo constituye una estrategia compartida por la mayoría de los países de nuestro entorno, y cuenta con la ayuda económica de la UE, a través del instrumento de Apoyo Financiero para mitigar los Riesgos del Desempleo en caso de Emergencia (SURE, del inglés *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*), creado por el Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020, para amortiguar las graves consecuencias socioeconómicas de la pandemia de COVID-19<sup>3</sup>.

Ahora bien, no es la primera vez que en nuestro país se incentivan los mecanismos de ajuste temporal del empleo ante situaciones extraordinarias que lo ponen en riesgo: se recurrió a los mismos en 2009 y 2010, también

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, J. «Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ante la emergencia sanitaria: incentivos al retorno del empleo y sanciones frente a la resolución contractual». AA.VV., GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (Ed.), RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (coord.). Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 591.

<sup>3</sup> El informe detallado de la Comisión Europea al Parlamento y al Consejo Europeos, sobre su aplicación en los Estados miembros e impacto positivo en el mantenimiento del empleo, puede consultarse en el "Report on the European instrument for Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak pursuant to Article 14 of Council Regulation (EU) 2020/672. SURE: Taking Stock After Six Months", Brussels, 22.3.2021 COM(2021) 148 final ([https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/com2021\\_148\\_en\\_act\\_part1\\_v6.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/com2021_148_en_act_part1_v6.pdf)).

de forma coyuntural, con ocasión de la crisis económica iniciada en 2008, que supuso un grave menoscabo del nivel de empleo<sup>4</sup>; y, en la actualidad, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, contempla medidas específicas en materia de cotización y acceso a prestaciones por desempleo respecto de las decisiones de suspensión del contrato o de reducción de la jornada de trabajo adoptadas por las empresas en una zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil [art. 24.2.b). 1<sup>º</sup>].

El análisis del régimen específico de los ERTE de pandemia plantea, sin embargo, una mayor complejidad, nacida de la dificultad de prever el alcance temporal de la crisis sanitaria y de su evolución incierta, de los lógicos problemas de técnica legislativa derivados de una legislación de urgencia impuesta por la necesidad de abordar de forma sobrevenida esta situación, y de la multiplicidad de normas que se han sucedido en la regulación de estos instrumentos, con continuos cambios en función del devenir de la pandemia. A la aludida complejidad que entraña la interpretación de este conjunto normativo, se añaden las dificultades aplicativas originadas por la tramitación del aluvión de solicitudes y por la necesidad de coordinación de las diversas administraciones implicadas. Todas estas circunstancias han contribuido, en mayor o menor medida, a generar inseguridad en los operadores jurídicos, empresas y personas trabajadoras solicitantes de las prestaciones por desempleo aparejadas a los expedientes.

Señalado lo anterior, procede abordar el estudio de los principales interrogantes suscitados por la regulación excepcional de las medidas de ajuste temporal del empleo, en aras de una mejor comprensión de su dinámica y

<sup>4</sup> Véanse, el RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

efectos en el contexto originado por la pandemia, y de una configuración estructural de este instrumento de flexibilidad interna de las empresas más eficaz y justa.

## 2. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DEL EMPLEO POR FUERZA MAYOR LIGADA AL COVID-19

### 2.1. Análisis de las medidas de ajuste temporal basadas en el art. 22 del RDL 8/2020

#### 2.1.1. La noción de fuerza mayor derivada del COVID-19

El supuesto de hecho que posibilita el recurso al ERTE por fuerza mayor regulado en el art. 22 del RDL 8/2020, aparece delimitado en el apartado 1 del citado precepto –conforme a la redacción dada por el RDL 15/2020 de 21 de abril–, a cuyo tenor, se considerarán provenientes de una situación de fuerza mayor, *“las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”*.

Como advierte el preámbulo del RDL 15/2020, la noción de fuerza mayor contenida en este precepto, *“no está configurada por referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediablemente vinculado en exclusiva a la situa-*

*ción de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes (...)”*<sup>5</sup>. También, la doctrina judicial ha afirmado que el concepto de fuerza mayor por la situación derivada de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, recogido en el art. 22 del RDL 8/2020, “no se corresponde con la definición jurisprudencial (acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable)”<sup>6</sup>. En este punto, distingue entre la noción tradicional de fuerza mayor, relacionada con fenómenos naturales de efectos catastróficos, incendios y destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público<sup>7</sup>, que se podría calificar como fuerza mayor propia, “en la medida que se trata de un concepto vinculado a la existencia de un acontecimiento extraordinario ajeno a la voluntad humana, y que, impide la realización del trabajo, bien temporal, bien definitivamente”; y la fuerza mayor impropia o derivada de una situación de *factum principis*, en la que quedaría subsumido el supuesto regulado en el art. 22 del RDL 8/2020, en cuanto alude a “decisiones que hacen inviable o dificultan la actividad productiva, en la que se incardina la causa covid-19”<sup>8</sup>.

En otro orden de consideraciones, si bien el art. 22.1 del RDL 8/2020 enuncia los supuestos justificativos de las medidas de ajuste temporal por fuerza mayor, la aplicación de este precepto ha suscitado numerosas dudas interpretativas para cuyo esclarecimiento, la Dirección General de Trabajo ha emitido

<sup>5</sup> En el mismo sentido, véase la STS 25 enero 2021, rec. 125/2020.

<sup>6</sup> SJS/2 Salamanca de 29 mayo 2020 (núm. 103/2020). Dicho concepto de fuerza mayor “propia”, se recoge también en la STS de 27 de noviembre de 2019 (rec. 95/2018).

<sup>7</sup> Recogida en el art. 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Por su parte, el art. 1575 CC, entiende “por casos fortuitos extraordinarios: *el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacomunado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever*”.

<sup>8</sup> STSJ Valencia de 21 julio 2020 (rec. 13/2020).

diversos criterios interpretativos de naturaleza no vinculante<sup>9</sup>, que resultan de consulta imprescindible en la concreción de los casos amparados por esta medida de ajuste temporal y de los incentivos y limitaciones que las acompañan, razón por la que se ha afirmado que nos hallamos ante un concepto de fuerza mayor “de creación legal y concreción administrativa”<sup>10</sup>.

Del precitado art. 22.1 se deduce que las circunstancias impeditivas de la actividad laboral no necesariamente han de ser consecuencia del estado de alarma, sino de las circunstancias involuntarias, perentorias y obstativas resultantes de la crisis sanitaria derivada del COVID-19<sup>11</sup>. De ahí que la doctrina judicial haya concluido que no es preciso que la actividad aparezca entre las actividades suspendidas por la declaración del estado de alarma, enunciadas en el art. 10 y Anexo del RD 463/2020<sup>12</sup>, que no pueden considerarse un *numerus clausus*, sino que basta con que la pérdida de actividad tenga su causa directa en la pandemia<sup>13</sup>. En suma, la empresa debe acreditar la existencia de una relación directa o inmediata de causalidad entre la pérdida de

actividad y el COVID-19<sup>14</sup>, cuya concurrencia se habrá de valorar en función de las circunstancias del caso concreto<sup>15</sup>.

En aplicación de estos criterios, se ha estimado la existencia de fuerza mayor, en caso de descenso de actividad productiva en empresas dedicadas a la prestación de servicios auxiliares de limpieza<sup>16</sup>; explotación de centros de educación infantil de titularidad pública, desarrollados a través de contratos públicos con las Administraciones titulares de los centros<sup>17</sup>; prestación de servicios de desarrollo tecnológico<sup>18</sup>; fabricación de ventiladores y sistemas de ventilación<sup>19</sup>; la prestación de servicios logísticos<sup>20</sup>; transporte público y de mercancías<sup>21</sup>; tratamientos estéticos<sup>22</sup>; actividad de procura<sup>23</sup>; y contabilidad y asesoramiento de empresas<sup>24</sup>, entre otros supuestos.

### 2.1.2. Prórroga de los ERTE por fuerza mayor ex art. 22 del RDL 8/2020 en las fases de desconfinamiento y de “nueva normalidad”: prioridad de la reincorporación de la plantilla y protección de los sectores más afectados

**Aún durante la fase de confinamiento, la prestación de los servicios considerados como básicos o esenciales no suspendidos por el RD**

<sup>9</sup> Entre otros, DGE-SGON-81 1 bis CRA, de 19 de marzo de 2020, y la Nota posterior que lo completa, DGE-SGON-841-CRA, de 28 de marzo de 2020; y DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril de 2020. Para un estudio detallado de los distintos supuestos contemplados por el art. 22 RDL 8/2020, a la luz del art. 10 y del Anexo del RD 463/2020, véase ORTEGA LOZANO, P.G. «ERTE por fuerza mayor: antes y después del SARS-COV-2». AA.VV., VILA TIerno, F. (dir.), FERNANDEZ RAMIREZ, M. La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19. Murcia: Laborum, 2020, pp. 55-60.

<sup>10</sup> CAVAS MARTINEZ, F. «Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.1 (2020), p. 111.

<sup>11</sup> STSJ Castilla y León, de 24 septiembre 2020 (rec. 1132/2020).

<sup>12</sup> Con criterio más restrictivo, la SAN de 30 octubre 2020 (núm. 97/2020), rechaza la concurrencia de fuerza mayor, por no tratarse de una actividad (servicios auxiliares en parkings) recogida en dichos preceptos.

<sup>13</sup> SJS/1 Zamora de 2 junio 2020 (núm. 107/2020); SJS/1 Murcia de 1 junio 2020 (núm. 72/2020); SSJS/1 Salamanca de 5 y 25 mayo 2020 (núms. 110/2020 y 113/2020).

<sup>14</sup> SSTSJ Castilla y León de 24 septiembre 2020 (rec. 1132/2020); y de 19 octubre 2020 (rec. 1295/2020); SAN de 30 octubre 2020 (núm. 97/2020).

<sup>15</sup> SJS/3 Pamplona de 10 diciembre 2020 (núm. 297/2020).

<sup>16</sup> SJS/6 Oviedo de 8 junio 2020 (núm. 166/2020).

<sup>17</sup> SAN de 15 junio 2020 (núm. 38/2020).

<sup>18</sup> SJS Avilés de 20 julio 2020 (núm. 147/2020).

<sup>19</sup> STS de 11 noviembre 2020 (rec. 3052/2018).

<sup>20</sup> STSJ Madrid de 27 noviembre 2020 (rec. 271/2020).

<sup>21</sup> STSJ Valencia de 21 julio 2020 (rec. 13/2020).

<sup>22</sup> STSJ Madrid de 27 octubre 2020 (rec. 375/2020).

<sup>23</sup> La STSJ Madrid de 27 octubre 2020 (rec. 410/2020), considera justificada por fuerza mayor la suspensión del contrato de trabajo de una trabajadora dedicada a tareas auxiliares administrativas para una procuradora; igualmente, la SJS Ávila de 28 mayo 2020 (núm. 130/2020). Por el contrario, la SJS Oviedo de 31 julio 2020 (núm. 259/2020), niega la concurrencia de fuerza mayor en el Colegio de Procuradores de Oviedo.

<sup>24</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid, de 24 septiembre 2020 (rec. 1132/2020).

463/2020, determinó que las empresas encargadas de su atención mantuvieran total o parcialmente su actividad<sup>25</sup>, razón por la que el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, modificó el art. 22.1 del RDL 8/2020, para introducir el supuesto de fuerza mayor parcial o que afecta a una parte de la actividad y de la plantilla, de forma que la medida de ajuste temporal se limitara a las personas trabajadoras que no tenían encomendado el mantenimiento de la actividad considerada como esencial.

Los ERTE parciales cobran mayor protagonismo tras la finalización del confinamiento, momento que marca el inicio de una normativa orientada a la recuperación gradual de la actividad empresarial, cuya primera manifestación en el ámbito que nos ocupa es el RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, fruto del *Acuerdo Social para la Defensa del Empleo* (I ASDE), alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno, el día 8 de mayo de 2020.

Dicha norma, que desvinculaba la vigencia de las medidas previstas en materia de ERTE de la situación del estado de alarma<sup>26</sup>, prorrogando los ERTE por fuerza mayor autorizados al amparo del art. 22 del RDL 8/2020, hasta el 30 de junio de 2020 (art. 1.1)<sup>27</sup>, establecía la obligación de las empresas de reincorporar a

<sup>25</sup> De conformidad con el Anexo del RDL 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

<sup>26</sup> En un primer momento, los ERTE regulados en el art. 22 del RDL 8/2020 tenían efectos retroactivos desde la fecha en que se produjo el hecho causante de la fuerza mayor [art. 22.2.c)], es decir, la fecha de la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 de marzo, estableciéndose su prolongación durante el tiempo y en las condiciones en que permaneciera vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y durante las prórrogas del mismo que, en su caso, pudieran acordarse, según la Disp. Adic. 1ª del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

<sup>27</sup> Prórroga de la que quedaron excluidas las empresas y entidades que tuvieran su domicilio fiscal en países o territorios

las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo<sup>28</sup>, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad (art. 1.2)<sup>29</sup>, al tiempo que incentivaba dicha reincorporación con un régimen más beneficioso de exoneración en las cotizaciones.

En esta fase, se da prioridad a “*los ajustes en términos de reducción de jornada*”, esto es, que implican la sustitución de la medida suspensiva inicialmente planteada por otra de reducción de jornada o la disminución del porcentaje inicial de reducción de jornada; y ello, porque, como razonaba el preámbulo del RDL 18/2020, y reitera el Criterio de la DGT de 1 de mayo de 2020, esta medida tiene un menor impacto económico sobre la persona trabajadora, permite atender “a la creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas”, en el proceso de desescalada, y reduce los tiempos de exposición al virus.

Ya, en el escenario de “nueva normalidad”, que se abre tras la conclusión del proceso de desescalada en numerosos sectores de actividad, las diversas restricciones horarias, de reunión y de movilidad han continuado limitando, cuando no impidiendo, la actividad empresarial, y justificando, por ello, el mantenimiento de una normativa específica para los ERTE por fuerza mayor ligada al COVID-19. En este entendimiento, el 25 de junio de 2020, los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y los interlocutores sociales, suscribieron el *II Acuerdo Social para la Defensa del Empleo* (II

que puedan ser considerados paraísos fiscales conforme a la normativa vigente (art. 5 RDL 18/2020).

<sup>28</sup> Aunque no se trate “de una regla jurídica perfecta al carecer de mecanismos de control de su cumplimiento” [CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo». *Diario La Ley*, N<sup>o</sup> 9640 (2020), p. 2].

<sup>29</sup> El RDL 18/2020 recoge, en este punto, el Criterio de la Dirección General de Trabajo de 1 de mayo de 2020, cuyo texto íntegro puede consultarse en [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CRITERIOINTERPRETATIVOODGTERTEDESCONFINAMIENTO\\_0.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CRITERIOINTERPRETATIVOODGTERTEDESCONFINAMIENTO_0.pdf)



ASDE), que se tradujo normativamente en el RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

El art. 1.1 del RDL 24/2020 contemplaba la prórroga de los ERTE basados en el art. 22 del RDL 8/2020, como máximo, hasta el 30 de septiembre de 2020, siempre que hubieran sido solicitados con carácter previo a la entrada en vigor de la propia norma. No obstante, el régimen de exenciones en la cotización a la Seguridad Social variaba durante esta última prórroga de julio a septiembre de 2020, estableciéndose porcentajes decrecientes en función del mes y de la plantilla del centro de trabajo afectado (Disp. Adic. 1ª.1 RDL 24/2020). El RDL 24/2020 reitera la obligación de las empresas de reincorporar a las personas trabajadoras en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, cuando la flexibilización de las medidas de restricción así lo permitiera (art. 1.2), otorgando prioridad a los ajustes en términos de reducción de jornada, y estableciendo un régimen de exoneración de cuotas más beneficioso respecto de las personas reincorporadas que el previsto para las que permanecían en ERTE (art. 4.1 RDL 24/2020).

En el contexto de una situación pandémica de complejidad creciente, el *III Acuerdo Social en Defensa del Empleo* (III ASDE), alcanzado en el seno de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y los agentes sociales, afirmó la necesidad de continuar acudiendo a medidas de flexibilidad interna para hacer frente a las modulaciones de actividad derivadas de las medidas de restricción sanitaria adoptadas por las autoridades competentes. El RDL 30/2020, de 29 de septiembre, articuló normativamente el contenido del III ASDE, prorrogando, hasta el 31 de enero de 2021, los ERTE por fuerza mayor vigentes basados en el art. 22 del RDL 8/2020 (art. 1), aunque limitando la exoneración en las cotizaciones a aquellas empresas en las que la pan-

demia había tenido mayor incidencia, ya fuera por pertenecer a sectores de actividad con una elevada tasa de cobertura por ERTE y reducida tasa de recuperación de actividad —que se relacionaban en el Anexo de la norma<sup>30</sup>—, o por su dependencia de las precitadas empresas, o por formar parte de la cadena de valor de estas (Disp. Adic. 1ª RDL 30/2020). Simultáneamente, el RDL 30/2020 prorrogaba los ERTE por rebrote ya autorizados, e introducía dos nuevos supuestos de ERTE, por impedimento y por limitación de la actividad desarrollada, tramitados conforme al art. 47.3 ET, a los que se hará referencia oportunamente.

Tras la suscripción, el 19 de enero de 2021, de la cuarta entrega del *Acuerdo Social en Defensa del Empleo (IV ASDE)*, el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, contempla una nueva extensión temporal de los ERTE por fuerza mayor basados en el art. 22 del RDL 8/2020, vigentes en la fecha de entrada en vigor del propio RDL 2/2021. Estos expedientes fueron prorrogados automáticamente hasta el 31 de mayo de 2021 (art. 1.1), por tanto, con posterioridad a la de finalización del estado de alarma<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> El posterior RDL 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, revisó los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas – CNAE-09– con base en los criterios acordados en el seno del diálogo social.

<sup>31</sup> La Disp. Adic. 1ª de la posterior Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, rectificó esta previsión, al señalar que la duración de los expedientes de regulación de empleo autorizados al amparo del art. 22 del RDL 8/2020, "no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la misma norma, entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus posibles prórrogas". Dicha disposición venía a suponer la pérdida de vigencia de los ERTE el 9 de mayo de 2021, fecha de finalización del estado de alarma declarado por el RD 956/2020. Con todo, el 19 de abril 2021, dando respuesta a una consulta planteada, la DGT



La última entrega (hasta la fecha de cierre de este estudio) de la cadena de prórrogas de los ERTE autorizados al amparo del art. 22 del RDL 8/2020, aparece recogida en el art. 1.1 del RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Esta norma, producto del *V Acuerdo Social en Defensa del Empleo (V ASDE)*, alcanzado el 26 de mayo de 2021, pocos días antes de la expiración de la prórroga prevista por el anterior RDL 2/2021, prorroga, hasta el 30 de septiembre de 2021, los ERTE vigentes en la fecha de su entrada en vigor, introduciendo algunas novedades respecto de los sectores de actividad “ultra protegidos”<sup>32</sup>, a los que se aplican las máximas exoneraciones.

### 2.1.3. Aplicación de los ERTE en el sector público y en las empresas adjudicatarias de contratos y concesiones públicas

La normativa de pandemia no ha afectado a la Disp. Adicional 17 ET que establece la inaplicación de los ERTE “a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos”<sup>33</sup>. Ahora bien, puesto que dicha disposición permitía la aplicación de medidas de ajuste temporal del empleo, en aquellas en-

tidades financiadas “mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”, la doctrina judicial ha afirmado que pueden acogerse a los ERTE basados en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, las sociedades mercantiles cuyo capital es íntegramente público, en cuanto no son una Administración Pública, ni una entidad de derecho público vinculada a la misma<sup>34</sup>.

En lo que concierne a las empresas contratistas y concesionarias de obras y servicios públicos, el RDL 8/2020 contempla determinadas medidas “para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos”, impidiendo, de un lado, la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público, y, de otro, estableciendo un régimen específico de suspensión de los mismos (Preámbulo del RDL 8/2020). Concretamente, el art. 34 de la citada norma prevé que, cuando la ejecución de la actividad por parte de las empresas adjudicatarias de contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, o de las concesionarias de contratos públicos de concesión de obras, resultara imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las autoridades públicas para combatirlo, y dicha circunstancia fuera constatada, a instancia del contratista o concesionario, por el órgano de contratación, la entidad adjudicadora tendrá la obligación de abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este durante el período de suspensión, entre los que se menciona expresamente los gastos salariales, o de restablecer el equilibrio económico del contrato de concesión mediante la compensación por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado.

afirmaba que “la fecha hasta la que están prorrogados los ERTE por Fuerza Mayor es el 31 de mayo de 2021”.

<sup>32</sup> Sectores cuyas empresas, entre finales de abril de 2020 y finales de mayo, recuperaron la actividad en porcentaje inferior al 75 % y tenían un porcentaje de afiliados cubiertos por los ERTE igual o superior al 15 %. El RDL 11/2021 incluye en este listado tres nuevos sectores: 1419 –Confección de otras prendas de vestir y accesorios–, 4637 –Comercio al por mayor de café, té, cacao y especias– y 7420 –Actividades de fotografía–; y retira del mismo cinco sectores: 1811 –Artes gráficas y servicios relacionados con las mismas–, 2670 –Fabricación de instrumentos de óptica y equipo fotográfico–, 4741 –Comercio al por menor de ordenadores, equipos periféricos y programas informáticos en establecimientos especializados–, 5122 –Transporte espacial– y 7734 –Alquiler de medios de navegación–.

<sup>33</sup> Razón por la cual, un Ayuntamiento no puede acudir a un ERTE por fuerza mayor ex art. 22 RDL 8/2020 [SSTSJ Castilla y León/Valladolid, de 4 diciembre 2020 (rec. 1806/2020)].

<sup>34</sup> SSTSJ País Vasco de 16 octubre 2020 (rec. 1008/2020) y de 15 septiembre 2020 (rec. 822/2020).

La existencia de esta concreta previsión ha suscitado la duda sobre la posible aplicación de los ERTE por fuerza mayor directamente ligados al COVID o por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas relacionadas con el mismo en las empresas adjudicatarias de contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, y en las concesionarias de contratos públicos de concesión de obras; y, de admitirse dicha aplicación, sobre su compatibilidad con la vía establecida en el art. 34 del RDL 8/2020. La aplicación de uno u otro mecanismo jurídico no resulta inocua para las personas trabajadoras, ya que la cuantía de las prestaciones por desempleo derivadas del ERTE es inferior a la retribución que perciben en condiciones normales.

Sobre la primera cuestión, conviene recordar que la Disp. Adic. 17ª ET se refiere a las actividades directamente ejecutadas por la Administración pública y entidades de derecho público a las que alude la citada disposición, pero no las sociedades mercantiles de titularidad pública que prestan servicios a terceros a cambio de un precio, ni menos a las empresas de titularidad privada que contratan con la Administración. Igualmente, la posibilidad de acudir a una u otra medida parece deducirse del documento de propuestas conjuntas presentado por los agentes sociales al Gobierno, en marzo de 2020<sup>35</sup>, según el cual “cuando la Administración pública adopte la decisión de suspender el contrato deberá comunicarlo, previamente y de manera fehaciente, a las adjudicatarias. En este caso concurrirá la causa de fuerza mayor que justifica el ERTE. No concurrirá esta causa justificativa cuando la administración continúe abonando la prestación de los servicios”.

<sup>35</sup> El citado acuerdo recoge las “Propuestas conjuntas de las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, y empresariales, CEOE y CEPYME para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus” ([https://www.ugt.es/sites/default/files/propuestas\\_conjuntas\\_coronavirussindicato-empre\\_0.pdf](https://www.ugt.es/sites/default/files/propuestas_conjuntas_coronavirussindicato-empre_0.pdf)).

En cualquier caso, la cuestión ha sido zanjada por la STS de 25 de enero de 2021<sup>36</sup>, que declara la compatibilidad del ERTE por fuerza mayor y el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. El Tribunal confirma la doctrina judicial ya recaída en la materia, con fundamento en la inexistencia de obligación respecto de las empresas contratistas y concesionarias de acudir al mecanismo del art. 34 del RDL 8/2020<sup>37</sup>, y en la falta de prohibición expresa de recurrir al ERTE por fuerza mayor<sup>38</sup>, cuya posibilidad infiere la doctrina judicial de la referencia a la compensación de los gastos salariales que “efectivamente hubiera abonado” la empresa, de la que cabe deducir que la empresa puede optar por acogerse a un ERTE a fin de eximirse del abono de dichos salarios, en cuyo caso, no se habría generado un gasto por tal concepto indemnizable por la entidad adjudicadora, correspondiendo a la Administración valorar el posible enriquecimiento injusto, en caso de solicitarse la indemnización<sup>39</sup>.

En todo caso, dicha compatibilidad tendrá sentido respecto de aquellas actividades en las que, pese al cierre del servicio, el ERTE no haya afectado a toda la plantilla, porque una parte del personal (*v.gr.* el dedicado a servicios de mantenimiento o a tareas administrativas y de información) ha continuado en activo, y respecto del cual la empresa concesionaria

<sup>36</sup> Rec. 125/2020. La reciente STS de 17 marzo 2021 (rec. 14/2021), ha reiterado que el hecho de que una empresa contratista pueda acudir al resarcimiento del art. 34.3 RDL 8/2020 no impide que pueda promover un ERTE conforme al art. 23 de la misma norma.

<sup>37</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid de 15 de octubre 2020 (rec. 1230/2020).

<sup>38</sup> SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 21 enero 2021 (rec. 1844/2020), y 30 noviembre 2020 (rec. 1665/2020); y SSTSJ Castilla y León/Burgos de 16 julio 2020 (rec. 199/2020), y 20 octubre 2020 (rec. 332/2020).

<sup>39</sup> SJS/1 Ponferrada de 29 junio 2020 (núm. 93/2020). Como razona la SJS/3 Pamplona, de 10 de diciembre de 2020 (núm. 298/2020), difícilmente se va a producir tal enriquecimiento injusto, pues “la indemnización a reclamar no se devenga de forma automática, sino que exige la “previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista”.

podría solicitar a la entidad adjudicadora el reintegro de los salarios abonados en concepto de daños y perjuicios efectivamente sufridos durante el período de suspensión.

#### 2.1.4. Peculiaridades aplicables a la tramitación de los ERTE previstos en el art. 22 del RDL 8/2020

La especial naturaleza de la fuerza mayor como causa justificativa de las medidas de ajuste temporal del empleo requiere de la articulación de procedimientos ágiles, tanto en lo que concierne a la tramitación de la necesaria autorización de la autoridad laboral, como a la impugnación de la medida que, en su caso, se plantee en vía judicial. Tal necesidad se hace aún más patente cuando estalla la pandemia, razón por la que el RDL 8/2020 procede a introducir ciertas especialidades respecto del régimen ordinario, contenido en los arts. 47.3 y 51.7 ET y en los arts. 16 y siguientes del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Así, mientras que la normativa general obliga a la autoridad laboral a recabar el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social de forma preceptiva<sup>40</sup>, el art. 22.2.d) del RDL 8/2020 establece su carácter facultativo. La naturaleza potestativa del informe es relevante a efectos del cómputo del plazo para dictar la resolución, pues la posibilidad de suspender dicho cómputo se prevé “cuando se soliciten informes preceptivos” [art. 22.1.d) Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)]; de ahí que la doctrina de suplicación haya concluido que la solicitud del informe previsto en el art. 22.2.d) del RDL 8/2020, no suspende el plazo del que dispone la autoridad laboral

<sup>40</sup> Art. 33.1 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

para resolver<sup>41</sup>. Tampoco resulta de aplicación la suspensión de los plazos administrativos prevista en la Disp. Adic. 3ª RD 463/2020, por indicación expresa de la Disp. Adic. 9ª del RDL 8/2020<sup>42</sup>.

El plazo ordinario de cinco días<sup>43</sup>, inicialmente previsto en el art. 22.2.c) del RDL 8/2020 para la resolución del ERTE por parte de la autoridad laboral, se manifestó claramente insuficiente como consecuencia de la falta de medios personales y técnicos para atender la avalancha de solicitudes presentadas por las empresas, por lo que fue ampliado en otros cinco días por la Orden EEI/334/2020 de 30 de marzo. En muchos supuestos, tampoco la autoridad laboral ha podido pronunciarse en el plazo de diez días, resultante de dicha ampliación, determinando la resolución de la solicitud por silencio administrativo.

Como ha afirmado la STS de 25 de enero de 2021<sup>44</sup>, puesto que el art. 22.2 del RDL 8/2020 no establece ninguna referencia específica en esta materia –ni lo hace el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Regla-

<sup>41</sup> STSJ Madrid de 11 diciembre 2020 (rec. 710/2020). No obstante, según el documento “Cuestiones de procedimiento sobre la gestión de los ERTE a partir del Real Decreto-ley 30/2020 y del Real Decreto- ley 2/2021”, p. 5, disponible en la web del SEPE (file:///C:/Users/UM/Google%20Drive/MIS%20DOCUMENTOS/TRABAJOS/RMTAS/COVID/Cuestiones-de%20procedimiento-%20RDL30-20-y%2021%20.pdf), la autoridad laboral competente puede comunicar a la empresa la suspensión del plazo para emitir la resolución que constate la existencia de fuerza mayor, cuando haya solicitado informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, según lo previsto en el art. 22.2.d) del RDL 8/2020. En dicho supuesto, la empresa no podrá enviar al SEPE la solicitud colectiva de las prestaciones por desempleo hasta que la autoridad laboral haya notificado la resolución en la que constate la existencia de fuerza mayor, y la empresa haya comunicado su decisión a la autoridad laboral y a los trabajadores afectados, siendo en la fecha de esta comunicación cuando comienza el plazo de 15 días hábiles para la remisión de la solicitud colectiva de prestaciones a través de la sede electrónica del SEPE.

<sup>42</sup> STSJ Madrid de 29 octubre 2020 (rec. 452/2020).

<sup>43</sup> Días hábiles, según lo dispuesto con carácter general en el art. 30.2 LPACAP, al no establecerse norma expresa que los declare naturales.

<sup>44</sup> Rec. 125/2020.

mento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada—, opera la normativa general en materia de silencio administrativo, contenida en el art. 24.1 LPACAP, que concede sentido positivo a la falta de resolución expresa dentro del plazo establecido. En consecuencia, transcurrido el plazo de diez días anteriormente referido sin que haya recaído resolución expresa de la autoridad laboral respecto de la concurrencia de fuerza mayor, se debe entender estimada la solicitud de ERTE formulada por la empresa, careciendo de eficacia enervadora la posterior resolución expresa denegatoria de tal petición [art. 24.3.a) LPACAP]<sup>45</sup>.

Con posterioridad a la autorización, la empresa puede renunciar al ERTE de forma parcial o total, respecto de toda o parte de la plantilla, a medida que vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor<sup>46</sup>. A diferencia de la renuncia total al expediente, que ha de ser comunicada a la autoridad laboral en el plazo de 15 días desde su fecha de efectos, la renuncia parcial y la modificación de las medidas de ajuste inicialmente autorizadas únicamente requieren comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal (art. 1.3 RDL 18/2020)<sup>47</sup>.

### *2.1.5. Impugnación de la resolución administrativa y/o de la decisión empresarial*

La resolución de la autoridad laboral podrá ser impugnada conforme al procedimiento laboral especial de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales, previsto en el art. 151 LRJS, previo agotamiento de la vía administrativa previa, a través del oportuno

<sup>45</sup> SJS/2 Palencia de 8 julio 2020 (núm. 80/2020) y SJS/2 Oviedo de 10 junio 2020 (núm. 115/2020).

<sup>46</sup> Criterio DGT de 1 de mayo de 2020 (DGT-SGON-927CRA).

<sup>47</sup> Criterio DGT de 27 de mayo de 2020 (DGT-SGON-726PGG).

recurso de alzada, de conformidad con los arts. 69 y 151.2 LRJS<sup>48</sup>.

La doctrina judicial se ha planteado si la falta de agotamiento de la vía administrativa previa es excusable, cuando la resolución administrativa desestimatoria de la concurrencia de fuerza mayor no alude a la necesidad de agotamiento previo de la vía administrativa, ni indica los recursos procedentes frente a dicha resolución, o, incluso remite directamente a la jurisdicción social. Sobre la cuestión existe una jurisprudencia y doctrina constitucional consolidada, según la cual la ausencia de indicación de los recursos procedentes frente al acto administrativo no puede perjudicar los derechos a interponer recurso y acceder a la jurisdicción, ni puede la Administración beneficiarse de sus propias irregularidades en detrimento de los derechos de los afectados por la resolución<sup>49</sup>. Aplicando esta doctrina a la resolución de la autoridad laboral sobre ERTE por COVID-19, el TSJ de Castilla y León/Valladolid, en sentencias de 19 de octubre y 24 de septiembre de 2020 y de 18 de enero de 2021<sup>50</sup>, ha concluido que la omisión de información sobre “la forma de agotamiento del trámite administrativo y la explícita referencia a la jurisdicción social condicionaron decisivamente el comportamiento procesal del actor, que confió y se guió por el contenido de la resolución, y no puede ahora la Administración invocar su ilegalidad en su propio interés y en perjuicio del administrado, ya que ello vulneraría la tutela judicial efectiva, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> FALGERA BARÓ, M.A. Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. Albacete: Bomarzo, 2020, p. 129.

<sup>49</sup> Esta doctrina aparece recogida, entre otras, en las SSTC 193 y 194/1992, de 16 noviembre, y 214/2002, de 11 noviembre, y, más recientemente, en la STC 112/2019, de 3 octubre; así como en las SSTS de 17 diciembre 2004 (rec. 6005/2003), 17 septiembre 2009 (rec. 4089/2008), 28 noviembre 2011 (rec. 846/2011), 23 abril 2013 (rec. 2090/2012) y 21 julio 2016 (rec. 3327/2014).

<sup>50</sup> Recs. 1207/2020, 1132/2020 y 966/2020, respectivamente.

<sup>51</sup> Sin embargo, la STSJ Castilla y León/Burgos de 28 julio 2020 (rec. 243/2020), concluye que, puesto que se trata de un

La modalidad procesal regulada en el art. 151 LRJS resulta aplicable, tanto cuando la empresa afectada impugna la resolución administrativa que deniega la concurrencia de fuerza mayor, como cuando la legitimación activa es ejercida por la representación de los trabajadores a fin de impugnar la resolución expresa o presunta que reconoce la existencia de fuerza mayor<sup>52</sup>. Sin embargo, cuando lo que se pretende impugnar es la posterior decisión empresarial en la que se materializa dicha resolución, ha de acudir al procedimiento individual previsto en el art. 138 LRJS<sup>53</sup>, o al procedimiento de conflicto colectivo regulado en los arts. 153 y siguientes LRJS<sup>54</sup>, cuando las personas trabajadoras afectadas por los ERTE superen los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET. Ahora bien, si no se ha impugnado la resolución de la autoridad laboral que autorizaba la medida de ajuste temporal del empleo por fuerza mayor solicitada por la empresa, sino únicamente la decisión empresarial, la sentencia no podrá entrar a valorar la concurrencia de fuerza mayor ya declarada por la autoridad laboral<sup>55</sup>.

requisito de orden público no disponible por las partes, es preciso retrotraer las actuaciones al momento previo a la admisión de la demanda para que, por plazo de cuatro días, se de traslado a la parte actora de la necesidad de subsanar el requisito de agotamiento de la vía administrativa.

<sup>52</sup> La STSJ País Vasco de 20 octubre 2020 (rec. 966/2020), confirma la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para impugnar dicha resolución por parte de la parte social. El tribunal sigue el posicionamiento de la STS de 24 febrero 2015 (rec. 165/2014) en un *obiter dicta*, aplicado por la Audiencia nacional en "sentencias de 15/06/2020 (procedimiento 113/2020) o 29/07/2020 (procedimientos 124/2020 y 147/2020), y hemos acordado seguirla en pleno no jurisdiccional celebrado en esta sala el 13/10/2020 en el concreto sentido expresado".

<sup>53</sup> De conformidad con el criterio sentado por las SSTS de 23 septiembre 2014 (rec. 231/13) y 22 marzo 2018 (rec. 195/17), respecto de la prioridad de permanencia prevista en caso de despido colectivo ex art. 68.b) ET, la STSJ Castilla y León/Burgos de 17 septiembre 2020 (rec. 271/2020), considera aplicable el procedimiento individual cuando la controversia se centra en la garantía de prioridad de los representantes de los trabajadores en empresas afectadas por ERTE.

<sup>54</sup> "(...) en el caso de lo que se discuta sea algo distinto de sí concurre o no fuerza mayor, cabe la vía del conflicto colectivo" (STSJ País Vasco de 20 octubre 2020, cit. *supra*).

<sup>55</sup> VICENTE ANDRÉS, R. «La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19». *Trabajo y Derecho*. N.

Las demandas de conflicto colectivo planteadas con relación a los ERTE por COVID-19 se rigen por las normas generales sobre legitimación, por consiguiente, en aplicación del principio de correspondencia entre el ámbito de actuación de los sujetos legitimados y el ámbito del conflicto, que se deduce de los arts. 17.2 y 154.a) LRJS<sup>56</sup>, el Tribunal Supremo ha concluido que carece de legitimación activa para impugnar la medida de ajuste temporal introducida por causa del COVID-19 en el ámbito de toda la empresa, el sindicato que no cuenta con implantación en todos los centros de trabajo afectados por la medida<sup>57</sup>, no considerándose suficiente para acreditar dicha implantación la constitución de una sección sindical en la empresa que cuenta con un número de afiliados irrelevante<sup>58</sup>.

## 2.2. Expedientes de regulación temporal del empleo por "rebrote", por impedimento y por limitación de la actividad

Junto con la prórroga de los ERTE autorizados (expresa o tácitamente) conforme al art. 22 del RDL 8/2020, el RDL 24/2020 contemplaba la posibilidad de tramitar otra modalidad de ERTE, cuando el agravamiento de la pandemia requiriera la imposición de nuevas restricciones o medidas de contención que impidieran la actividad empresarial, obligando al cierre de uno o varios centros de trabajo, supuesto de hecho que únicamente permite la tramitación de expedientes de suspensión de contratos de trabajo<sup>59</sup>. La tra-

77 (2021), pp. 11 y 12, con cita de la STS de 14 mayo 2020 (rec. 3213/2017).

<sup>56</sup> Sobre el que existe jurisprudencia reiterada, de la que son exponente las STS de 19 diciembre 1994 (rec. 727/1994); 8 noviembre 2017 (rec. 40/2017); 7 junio 2017 (rec. 166/2016); 26 abril 2017 (rec. 432/2015); 25 enero 2017 (rec. 40/2016); y 7 marzo 2018 (rec. 239/2016).

<sup>57</sup> STS de 27 abril 2021 (rec. 159/2020); SAN de 30 diciembre 2020 (rec. 109/2020).

<sup>58</sup> STS de 27 abril 2021, cit., con apoyo en las SSTS de 29 abril 2010 (rec. 128/2009) y 20 marzo 2012 (rec. 71/2010).

<sup>59</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. «Nuevas medidas laborales y de seguridad social, extraordinarias y temporales, tras la finaliza-



mitación de estos expedientes “por rebrote” no se rige ya por el RDL 8/2020, sino por la legislación ordinaria prevista en el art. 47.3 ET y en su normativa de desarrollo. Paralelamente, la Disp. Adic. 1ª.2 del RDL 24/2020 estipulaba un régimen específico de exoneración en las aportaciones empresariales devengadas durante el período del cierre (hasta el 30 de septiembre de 2020), en función de la plantilla de la empresa

Sin perjuicio del mantenimiento transitorio de los ERTE por rebrote ya autorizados al amparo de la Disp. Adic. 1ª.2 del RDL 24/2020, en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias (expresa o por silencio)<sup>60</sup>, a partir del 1 de octubre de 2020, fecha de entrada en vigor del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, las empresas no podían solicitar nuevos ERTE por rebrote. Esta figura es sustituida por otras dos modalidades de ERTE por fuerza mayor, también encauzadas a través del procedimiento previsto en el art. 47.3 ET, y justificadas en la existencia de impedimentos en el desarrollo de la actividad de las empresas, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras (art. 2.1 RDL 30/2020); o en limitaciones al desarrollo normalizado de la actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas (art. 2.2). En ninguna de estas modalidades de ERTE, a diferencia de las reguladas en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, la exoneración de cuotas empresariales se hace depender del sector de actividad de la empresa.

El posterior RDL 2/2021 prorroga, hasta el 31 de mayo de 2021, los ERTE ya autorizados

por rebrote al amparo de la Disp. Adic. 1ª.2 del RDL 24/2020, aunque, desde el 1 de febrero de 2021, se les aplica el nuevo régimen de exenciones en las cuotas previsto para los ERTE por impedimento en el desarrollo de la actividad regulados en el art. 2.1 del RDL 30/2020 (art. 1.2 RDL 2/2021), que también son prorrogados con el mismo límite temporal (art. 1.3 RDL 2/2021). Asimismo, el RDL 2/2021 prorroga automáticamente los ERTE por limitación al desarrollo normalizado de la actividad contemplados en el art. 2.2 del RDL 30/2020, y, con ellos, el mismo esquema decreciente de exenciones en las cuotas previsto en el RDL 30/2020, lógicamente referido a los meses de vigencia de la norma (art. 1.4 RDL 2/2021).

A la prórroga de los ERTE por rebrote, impedimento o limitaciones vigentes en la fecha de su entrada en vigor, el RDL 2/2021 añadía la posibilidad de solicitar la autorización de nuevas medidas de ajuste temporal por impedimento o limitaciones de actividad, a partir del 1 de febrero de 2021 y hasta el 31 de mayo de 2021 (art. 2). En ambos casos, con mantenimiento de los porcentajes de cotizaciones previsto en el RDL 30/2020 (art. 2.4 del RDL 2/2021).

Por último, el RDL 11/2021, de 27 de mayo, ha prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021, tanto los ERTE por impedimento en el desarrollo de la actividad, como los basados en la limitación al desarrollo normalizado de la actividad, amparados en el art. 2.1 del RDL 2/2021, vigentes en la fecha de entrada en vigor del propio RDL 11/2021. Estos expedientes se mantendrán vigentes en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias, expresas o por silencio administrativo. A los ERTE por impedimento, serán de aplicación las mismas medidas extraordinarias en materia de cotización previstas en el artículo 2.1 del RDL 30/2020, durante el período de cierre y hasta el 30 de septiembre de 2021 (art. 1.3 RDL 11/2021); mientras que, en el caso de los ERTE por limitación al desarrollo normalizado de la actividad, se aplicará el ya mencionado esquema decreciente de

ción del estado de alarma y el proceso de “desescalada”». *Diario La Ley*, N° 9680 (2020) (LA LEY 9477/2020), p. 4.

<sup>60</sup> Si bien, desde el 1 de octubre de 2020, y hasta el 31 de enero de 2021, se les aplicaban los porcentajes de exoneración previstos en el art. 2.1 del RDL 30/2020, así como los límites y la cláusula de salvaguarda del empleo a que hacen referencia los arts. 4.2 y 5.2 (Disp. Transitoria Única RDL 30/2020).

exoneración de cuotas adaptado al período de vigencia de la norma (art. 1.4 RDL 11/2021).

Para concluir, conviene advertir la posibilidad de que una empresa tenga en proceso varios ERTE de diverso tipo (*ex art. 22 RDL 8/2020*, de impedimento, de limitación, etc.), en función del sector y de la actividad desarrollada, de la evolución de la pandemia en el ámbito geográfico en el que esté ubicada y de las decisiones adoptadas por las autoridades autonómicas para hacer frente a la crisis sanitaria<sup>61</sup>, de forma que no será preciso que se renuncie al ERTE tramitado conforme al art. 22 del RDL 8/2020, para solicitar otro por impedimento o limitación de actividad<sup>62</sup>.

### 3. LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DEL EMPLEO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN DERIVADAS DE LA CRISIS SANITARIA

Como en el caso de los ERTE por fuerza mayor directamente relacionados con el COVID-19 *ex art. 22 del RDL 8/2020*, el art. 23 del RDL 8/2020 introduce un régimen específico para las medidas de ajuste temporal del empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción ligadas al COVID-19, orientado a facilitar su tramitación, y reducir el coste derivado de las cotizaciones a la Seguridad Social. Dicho régimen, cuyas peculiaridades respecto de la normativa ordinaria se analiza a continuación, ha sido prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021<sup>63</sup>, bien que con ciertas modificaciones en cuanto a los porcentajes de exoneración de las cuotas empresariales.

<sup>61</sup> Criterio DGT de 5 de mayo de 2021 (DGT-SGON-1147CRA definitivo).

<sup>62</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., MERCADER, J.R. «¿Pueden coexistir los ERTE por fuerza mayor y los ERTE por impedimento y/o limitación?». *Foro de Labos*. 10.11.2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/11/pueden-coexistir-los-erte-por-fuerza.html>

<sup>63</sup> Tras sucesivas prórrogas, hasta el 31 de enero de 2021 (RDL 30/2020), hasta el 31 de mayo de 2021 (RDL 2/2021) y, finalmente, hasta el 30 de septiembre de 2021 (RDL 11/2021).

### 3.1. Delimitación del supuesto de hecho del art. 23 RDL 8/2020

La delimitación de las causas económicas, organizativas, técnicas o productivas susceptibles de justificar las decisiones de suspensión de contratos y reducción de jornada conforme al art. 23 del RDL 8/2020, ha de efectuarse a partir de la definición de dichas causas contenida en el art. 47.1 ET, teniendo en cuenta que las mismas han de estar relacionadas con el COVID-19. Ahora bien, a diferencia de lo establecido para los supuestos de fuerza mayor, el art. 23 del RDL 8/2020 no exige que las necesidades de suspensión o reducción de jornada tengan relación directa con la crisis sanitaria, lo que facilita la acreditación de dichas causas por parte de la empresa. En este sentido, la doctrina ha entendido justificada la medida de ajuste temporal del empleo conforme al art. 23 del RDL 8/2020, en los casos de “caída o pérdida repentina de clientes; notoria reducción de la demanda y de la facturación; imposibilidad de prestar los servicios que constituyen el objeto de la empresa; acumulación de producción por falta de salida al mercado; ruptura de la cadena de suministros; cese de actividad de los proveedores; disminución de la actividad de las empresas clientes”<sup>64</sup>, entre otros. Se ha admitido, también, la concurrencia de causas económicas en un supuesto de pérdidas de ingresos y ventas que, aun partiendo de un momento anterior, se han prolongado y agravado tras la declaración del estado de alarma<sup>65</sup>.

El menor grado de exigencia en la conexión causal entre la pérdida de actividad y la crisis sanitaria conduce a la configuración del art. 23 del RDL 8/2020 como la vía residual en la que tienen cabida los ERTE que no encuentran amparo en la causa de fuerza mayor por

<sup>64</sup> COLLADO GARCÍA, L., TRILLO PÁRRAGA, F.J. ERTE por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19. Guía práctica. Albacete: Bomarzo, 2020, pp. 204 y 205.

<sup>65</sup> SJS/2 Burgos, de 1 junio 2020 (núm. 95/2020). VICENTE ANDRÉS, R. «La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19». *Trabajo y Derecho*. N. 77 (2021), p. 5.



no darse ninguno de los concretos supuestos señalados en el art. 22 de la misma norma. Son numerosos los pronunciamientos judiciales que, tras confirmar la resolución de la autoridad laboral que denegaba la existencia de fuerza mayor por no tratarse de una actividad sujeta a las medidas de contención definitivas previstas en el art. 10 RD 463/2020, ni estar incluida entre aquellas cuya apertura al público quedó suspendida, aluden expresamente a la posible concurrencia de una causa económica, productiva u organizativa<sup>66</sup>.

En cualquier caso, la elección de una u otra causa justificativa no es baladí, y ello, no solo porque la tramitación es distinta, sino porque el régimen aplicable en materia de exoneración en las cuotas a la Seguridad Social es más favorable en el supuesto de los expedientes por fuerza mayor.

A efectos de la acreditación de la causa justificativa, es preciso recordar que, cuando el período de consultas finalice con acuerdo, operará la presunción de concurrencia de la causa aducida para la introducción del ERTE conforme al art. 23 del RDL 8/2020, correspondiendo a la parte impugnante que aduce su falsedad la carga de la prueba de tal fraude<sup>67</sup>.

Por último, aunque el art. 23 no establezca expresamente la posibilidad de los ERTE parciales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, dicha posibilidad se encuentra implícita en las previsiones en materia de cotización, que contemplan la exo-

neración de las cuotas empresariales en caso de reincorporación de parte de la plantilla<sup>68</sup>.

### 3.2. Singularidades aplicables a la tramitación de los ERTE ex art. 23 del RDL 8/2020

Respecto de la tramitación de las medidas de ajuste temporal por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas relacionadas con la COVID-19, el art. 23.1 del RDL 8/2020 remite a la normativa reguladora de los ERTE por dichas causas. Por tanto, resultan de aplicación las previsiones contenidas en el art. 47 ET y RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada<sup>69</sup>, excepción hecha de las especialidades que recoge el propio precepto, dirigidas a dotar al procedimiento de mayor celeridad y favorecer la intervención sindical en el mismo.

El acortamiento de los plazos afecta, en primer lugar, a la constitución de la comisión representativa, que deberá efectuarse, en todo caso, en el plazo improrrogable de 5 días desde la comunicación empresarial de la intención de iniciar el procedimiento [art. 23.1.a) RDL 8/2020], frente a los 7 días previstos con carácter general –ampliables a 15 días, cuando sea preciso constituir una comisión *ad hoc* (art. 47.1 ET)–. Asimismo, se reduce la duración máxima del período de consultas, de 15 (art. 20.3 RD 1483/2012) a 7 días [art. 23.1.b) RDL 8/2020]. Por último, el plazo máximo para la emisión del informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social –cuya solicitud para la autoridad laboral ya no es preceptiva, sino potestativa–, pasa de 15 (arts. 47.1 ET y 22.2 RD 1483/2012) a 7 días [art. 23.1.b) RDL 8/2020], desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas.

<sup>66</sup> La STSJ Madrid de 27 noviembre 2020 (rec. 674/2020), contempla tal posibilidad tras negar la concurrencia de fuerza mayor en una empresa dedicada a la custodia, seguridad y protección. El mismo tribunal, en su sentencia de 12 noviembre 2020 (rec. 340/2020), en la que se valora el descenso de la actividad de un despacho de abogados especializado en materia mercantil, concluye que el mismo no está directamente relacionado con la pandemia, por lo que no puede encuadrarse en el art. 22 del RDL 8/2020, aunque sí en el art. 23 del RDL 8/2020. En el mismo sentido, véase la STSJ Castilla y León de 9 noviembre 2020 (rec. 1387/2020), con relación al descenso en la actividad productiva en una clínica de odontología.

<sup>67</sup> SSAN de 5 octubre 2020 (núm. 79/2020) y 17 julio 2020 (núm. 52/2020).

<sup>68</sup> FALGERA BARÓ, M.A. Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. *cit.*, p. 44.

<sup>69</sup> SAN de 20 julio 2020 (núm. 53/2020).

Las previsiones relativas a la composición de la comisión negociadora en el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, merecen una reflexión más detenida, pues su introducción obedece a una reivindicación sindical que data de la reforma laboral de 2010. Como se sabe, la denominada comisión *ad hoc*, regulada en el art. 41.4 ET en sede de modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>70</sup>, está integrada, a opción de los trabajadores del centro de trabajo, por un máximo de tres trabajadores de la propia empresa elegidos por estos democráticamente, o por igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. La doctrina ha subrayado la debilidad estructural de esta solución<sup>71</sup>, en cuanto no garantiza la designación democrática de sus componentes y la autonomía de su actuación en defensa de los intereses de las personas representadas<sup>72</sup>, advirtiendo del riesgo de manipulación empresarial y de la utilización de estas comisiones como un mero instrumento formal para validar una de-

cisión ya tomada por la empresa, sin la existencia de una verdadera negociación<sup>73</sup>.

Frente a la regulación ordinaria, el art. 23 del RDL 8/2020 establece que la comisión representativa de las personas trabajadoras “*estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores*”. Esta regulación plantea, junto a algunas cuestiones interpretativas –como la referencia al número de componentes, que el art. 23 del RDL 8/2020 fija en “tres trabajadores”<sup>74</sup>, mientras que el art. 41.4 ET alude a un máximo de tres) –, la necesidad de contar con suficientes agentes sindicales para atender todos los ERTE ligados al COVID-19, dificultad lógicamente asumida por las organizaciones sindicales que promovieron este cambio en la configuración de la comisión.

<sup>70</sup> Al que remiten diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, respecto de las decisiones de traslado (art. 40.2 ET), suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas, o por fuerza mayor (art. 47.1 ET), sucesión de empresas (art. 44.9 ET), despido colectivo (art. 50.2 ET) e inaplicación en la empresa de determinadas condiciones previstas en convenio colectivo (art. 82.3 ET).

<sup>71</sup> GARRIDO PÉREZ, E. «Representación y participación de los trabajadores en la empresa». AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: 2020, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, N. 24, pp. 310 y 311.

<sup>72</sup> Es particularmente llamativo el silencio legal respecto de la extensión de las garantías previstas en el art. 68 ET a quienes integran la comisión *ad hoc*. Sobre la cuestión, véase ROLDÁN MARTÍNEZ, A.F. «Las comisiones ad hoc en los procesos de reestructuración empresarial». AA.VV., J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.). Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez. Albacete: Bo-marzo, 2017, pp. 398-399.

<sup>73</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. «La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a debate». AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: 2020, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, N. 24, p. 356; CRUZ VILLALÓN, J. «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa». AA.VV., J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.). Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez. Albacete: Bo-marzo, 2017, p. 159.

<sup>74</sup> No obstante, habrá que interpretar esta previsión de forma flexible, cuando la plantilla de trabajadores no alcance dicha cifra (NIETO ROJAS, P. «COVID-19 y ERTE por causas económicas: ¿con quién negocia la empresa? nuevamente más incertidumbres que certezas». *Foro de Labos*, 30.03.2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/covid-19-y-ertes-por-causas-economicas.html>).

Pero, dejando a un lado estas cuestiones, el aspecto más relevante de la norma radica, precisamente, en la desaparición del derecho de opción de los trabajadores, a quienes se retira la facultad de decidir sobre la composición de la comisión, y en la prioridad de interlocución con los sujetos designados por los sindicatos, de suerte que, únicamente en defecto de tal designación, procederá la constitución de una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa o centro de trabajo. Esta previsión constituye una vuelta al modelo previsto por el RDL 10/2010, de 16 de junio<sup>75</sup>, con carácter previo a su convalidación parlamentaria que dio lugar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, cuyos rasgos fundamentales mantiene el vigente art. 41.4 ET. Aunque la composición de la comisión *ad hoc* es una solución coyuntural cuyo ámbito de aplicación se ciñe a los ERTE de pandemia<sup>76</sup>, constituye una solución exportable a la regulación ordinaria de los ERTE y de cualesquiera decisiones empresariales cuya adopción requiera la apertura de un período de consultas con la representación de los trabajadores, que convendría introducir en una futura reforma del Estatuto de los Trabajadores, dada la mejor formación tanto en materia laboral como en técnicas de negociación con la que cuentan los negociadores sindicales, amén de la mayor garantía de autonomía en su actuación respecto de la dirección de la empresa.

Por lo demás, el período de consultas debe adecuarse a la normativa general sobre legiti-

<sup>75</sup> Cuyo art. 5 disponía que, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podían "atribuir su representación para la negociación del acuerdo con la empresa a una comisión de un máximo de tres miembros integrada, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa designados por la Comisión paritaria del convenio colectivo aplicable a ésta".

<sup>76</sup> Advértase que el RDL 10/2020, de 29 de marzo, ha seguido la misma pauta en la regulación de la composición de la comisión negociadora sobre la recuperación del permiso retribuido.

mación de los sujetos negociadores<sup>77</sup>, deber de negociar de buena fe, facilitando la información y documentación necesaria<sup>78</sup>, comunicación de la decisión a la representación legal de las personas trabajadoras<sup>79</sup>, etc.

Para finalizar el análisis de los aspectos procedimentales, conviene hacer referencia a los supuestos de tránsito desde un ERTE por fuerza mayor a otro basado en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción. A fin de agilizar dicha transición y facilitar, de esta forma, la adecuación de las medidas de ajuste temporal a las vicisitudes concurrentes, el art. 2.2 del RDL 18/2020 establece la posibilidad de iniciar la tramitación del ERTE por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, mientras esté vigente un ERTE autorizado al amparo del art. 22 del RDL 8/2020. De otro lado, cuando el ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se inicie tras la finalización del basado en causa de fuerza mayor, la fecha de efectos de aquél se retrotraerá a la fecha de finalización de este (art. 2.3 RDL 18/2020). Todo ello, con el propósito, expresado en el preámbulo de la norma, de evitar interrup-

<sup>77</sup> A efectos de la participación en el período de consultas, las organizaciones sindicales deben acreditar una implantación suficiente en el ámbito afectado por la medida de ajuste temporal del empleo, de suerte que "(l)la llamada a los sindicatos más representativos nivel de CA a conformar la comisión negociadora cuando no existan representantes de los trabajadores en los centros de trabajo afectados, únicamente es preceptiva en el caso de que la totalidad de los centros de trabajo de afectados se ubiquen en la Comunidad Autónoma en las que tales organizaciones ostenten la cualidad de sindicatos más representativos" [SAN de 5 octubre 2020 (núm. 79/2020)].

<sup>78</sup> La ocultación de la información económica relativa a algunas de las empresas que conforman el grupo empresarial, no se ajusta a los más elementales parámetros de la buena fe, procediendo declarar la nulidad del ERTE basado en el art. 23 del RDL 8/2020 [SAN 30 de noviembre 2020 (núm. 109/2020)]. El incumplimiento del deber de facilitar la información y documentación que asevere de forma clara las causas justificativas del ERTE, no puede excusarse en la crisis sanitaria, y determina la nulidad del mismo [SAN de 20 julio 2020 (núm. 53/2020)].

<sup>79</sup> La SAN de 3 julio 2020 (núm. 44/2020), declara la nulidad de la medida, cuando no consta haberse alcanzado acuerdo en el período de consultas, ni comunicación de la decisión empresarial a la representación de los trabajadores.

ciones innecesarias en las medidas de ajuste “que redunden en un perjuicio o desprotección de las personas trabajadoras”.

En lo que concierne a la impugnación judicial de la medida de ajuste temporal basada en las causas del art. 23 del RDL 8/2020, es preciso advertir que el plazo de caducidad de 20 días previsto en el art. 59.4 ET, comienza a contar desde la notificación de la decisión empresarial a los trabajadores afectados y a sus representantes legales. El cómputo de dicho plazo no debe entenderse suspendido, ni por la vigencia del estado de alarma, ni por la interposición de la papeleta de conciliación previa, que, pese a lo dispuesto en el art. 156.1 LRJS, resulta también innecesaria en el procedimiento de conflicto colectivo, pues debe prevalecer la previsión específica recogida en el art. 64.1 de la misma norma que exceptúa de tal requisito los procesos que versen sobre suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor<sup>80</sup>.

#### 4. INCIDENCIA DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE TEMPORAL DEL EMPLEO EN DETERMINADOS COLECTIVOS

##### 4.1. Personas trabajadoras con contrato fijo-discontinuo

La ausencia de mención normativa expresa y clara respecto de la obligación de llamamiento, incorporación a la empresa y afectación al ERTE de las personas con contrato fijo-discontinuo, unida al reconocimiento –en el art. 25.6 RDL 8/2020, tras la modificación introducida por la Disp. final 8.3 del RDL 15/2020– de la situación legal de desempleo a aquellas que no hayan recibido el llamamiento, ha generado controversia en cuanto al ca-

rácter obligatorio o potestativo de su inclusión en el ERTE por parte de la empresa. La doctrina judicial no ha proporcionado una respuesta unánime al respecto: La Audiencia Nacional ha concluido que la empresa está obligada a incorporar de manera efectiva a las personas trabajadoras que habían sido llamadas, aun cuando la actividad no pueda llevarse a cabo por la concurrencia de fuerza mayor<sup>81</sup>. Por su parte, el TSJ de Valencia ha entendido que la empresa no está “obligada, hubiera o no iniciado la campaña, a tramitar un ERTE, dado que en esta irregular y especial situación los trabajadores fijos discontinuos, hubieran iniciado o no su prestación de servicios o tuvieran o no cotización suficiente, no estaban en situación de desigualdad en relación con los otros colectivos afectados por dichos procedimientos de suspensión, ya que el marco desprotección fijados por la norma especial, para unos y para otros, es el mismo”, tras la ya aludida modificación del art. 25.6 del RDL 8/2020<sup>82</sup>.

Finalmente, el RDL 11/2021 ha resuelto la polémica, estableciendo que las empresas deben proceder a la incorporación efectiva de quienes realizan un trabajo fijo discontinuo o un trabajo fijo que se repiten en fechas ciertas, durante el período teórico de llamamiento (Disp. Adic. 3ª.1 RDL 11/2021)<sup>83</sup>. No obstante, cuando, como consecuencia de las restricciones y medidas de contención sanitaria, estos trabajadores no puedan desarrollar su actividad en el periodo de llamamiento indicado, deberán ser incluidos en los ERTE vigentes a fecha de entrada en vigor de dicha norma o autorizados con posterioridad a esta –debiendo ser comunicada a la autoridad laboral dicha afectación en el plazo de quince días

<sup>81</sup> SAN de 14 diciembre 2020 (núm. 125/2020).

<sup>82</sup> SSTSJ Valencia de 2 junio y 29 septiembre 2020 (núms. 2027/2020 y 3414/2020).

<sup>83</sup> Entendido como aquel correspondiente al trabajo efectivo desarrollado por cada una de ellas entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2019. No obstante, en el supuesto en el que la contratación de la persona trabajadora se hubiera producido con posterioridad al 30 de septiembre de 2019, se tomará como referencia el mismo periodo teórico de llamamiento correspondiente al ejercicio 2020.

<sup>80</sup> Así lo han entendido las SSAN de 2 febrero 2021 (núm. 4/2021) y 12 noviembre 2020 (núm. 98/2020), en aplicación de la STS de 16 diciembre 2014 (rec. 263/2013).

–, y mantenerse en esta situación hasta que tenga lugar su reincorporación efectiva o, en su caso, hasta la fecha de interrupción de su actividad, dentro del ya aludido periodo teórico de llamamiento (Disp. Adic. 3ª.2). A efectos de la prestación por desempleo derivada del ERTE, la empresa deberá, además, incorporar a estos trabajadores en la solicitud colectiva de prestaciones por desempleo<sup>84</sup>, en el plazo de quince días desde su afectación al expediente (Disp. Adic. 3ª.2 RDL 11/2021)<sup>85</sup>.

#### 4.2. Efectos del ERTE en la contratación temporal

Las personas sujetas a un contrato temporal son particularmente vulnerables frente a las situaciones de crisis que amenazan el empleo, como es el caso de la ocasionada por el COVID-19. En su caso, la mera inclusión en un ERTE no garantiza el mantenimiento del empleo, puesto que, con carácter general, la suspensión no comporta la ampliación de la duración del contrato<sup>86</sup>, por lo que, llegado el término previsto, la relación laboral tocaría a su fin sin que el contrato hubiera cumplido su objeto, lo que resulta especialmente perjudicial en el caso de los contratos formativos. Por esta razón, el art. 5 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas

complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, estableció que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido<sup>87</sup>. Con dicha previsión, cuya vigencia ha sido ampliada hasta el 31 de mayo de 2021 por el art. 3.6 del RDL 2/2021, y hasta el 30 de septiembre de 2021, por el art. 3 del RDL 11/2021, se pretendía que dichos contratos pudieran “*alcanzar su duración máxima efectiva, desplegando plenos efectos, en cuanto a prestación de servicios, la formación que llevan aparejada y la aportación a la actividad empresarial, durante el tiempo inicialmente previsto*” (Preámbulo).

La interrupción de la duración del contrato opera con relación a todos los contratos temporales vigentes, incluidos los contratos de relevo, interinidad y los formativos, que hayan sido incluidos en expediente de suspensión por las causas previstas en los arts. 22 o 23 del RDL 8/2020, pero no resulta de aplicación a las personas trabajadoras afectadas por un expediente de reducción de jornada por las mismas causas<sup>88</sup>, ni, en general, a quienes no están incluidas en un ERTE.

<sup>84</sup> Ya lo habían entendido así la STSJ Castilla y León de 13 octubre 2020 (rec. 1586/2020), y la SJS/2 Girona de 12 febrero 2021 (núm. 49/2021).

<sup>85</sup> Cuando dejen de estar afectados por la medida de ajuste temporal por alcanzarse la fecha en que hubiera finalizado el periodo de actividad, la empresa habrá de incluirlos en la solicitud colectiva de prestaciones extraordinarias presentada ante el SEPE (art. 9.3 RDL 30/2020). Téngase en cuenta que el art. 4.2 del RDL 11/2021 mantiene la vigencia de la prestación extraordinaria regulada en el art. 9 del RDL 30/2020, que resultará aplicable cuando el periodo teórico de llamamiento no esté comprendido entre el 1 de junio y el 30 de septiembre, y una vez finalizado este, así como durante las interrupciones ordinarias de actividad en aquellos casos en que haya incorporación efectiva, y en las demás situaciones no reguladas en la Disp. Adic. 3ª.3 del RDL 11/2021 que afecten a este colectivo.

<sup>86</sup> Cfr. el art. 7 RD 2720/1998, con relación a los contratos temporales regulados en el art. 15 ET, y el art. 11 ET respecto de los contratos formativos.

<sup>87</sup> Respecto del personal docente investigador de las universidades públicas con contrato temporal (contratos de ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores asociados y profesores visitantes, celebrados conforme a los artículos 49, 50, 53 y 54 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades), cuya duración máxima finalizara durante la vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas, la Disp. Adic. duodécima del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, establece su prórroga por una extensión equivalente a la duración del estado de alarma y, en su caso, sus prórrogas.

<sup>88</sup> CASAS BAAMONDE, Mª.E. «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfiamento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo». *cit.*, p. 13.



Con todo, según ha concluido la Dirección General de Trabajo<sup>89</sup>, dicha previsión no impide la extinción del contrato de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el art. 49.1.c) ET, cuando concurra una circunstancia que determine la pérdida de objeto del contrato. Por ende, el contrato de interinidad por sustitución se extinguirá cuando se reincorpore la persona sustituida; lo mismo ocurrirá en el supuesto del contrato de relevo, cuando el trabajador jubilado parcialmente de forma anticipada cumpla la edad ordinaria de jubilación; a diferencia de otros contratos temporales cuya causa de extinción sea la mera expiración del plazo.

#### 4.3. Garantía de los derechos laborales en la selección de las personas afectadas por la medida de ajuste temporal

Los ERTE motivados por el COVID-19 no constituyen un escenario exento de riesgo de vulneración de los derechos laborales, habiéndose cuestionado, en varias ocasiones, los criterios de selección de los concretos trabajadores afectados por la medida de ajuste temporal.

Sobre la prioridad de permanencia de los representantes legales, la doctrina judicial ha entendido que, pese al silencio de los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, la garantía prevista en el art. 68.b) ET se aplica también a los ERTE ligados al COVID-19<sup>90</sup>, si bien recuerda que no se trata de una garantía ilimitada, de forma que no existe vulneración de la libertad sindical cuando ha quedado acreditada la causa justificativa de la medida, y la misma se ha aplicado a todas las personas que prestaban servicios en la línea de producción, entre las

que se hallaban los representantes sindicales<sup>91</sup>.

De otro lado, se ha planteado si la inclusión en el ERTE de un número elevado de trabajadores en baja por incapacidad temporal relacionada con el COVID-19, comporta una discriminación por razón de la enfermedad. Sobre la cuestión, la Audiencia Nacional ha reiterado la posibilidad de que el estado de salud de la persona trabajadora o su enfermedad constituya un factor de discriminación, por razón de las “circunstancias o condiciones personales o sociales”, a las que alude el artículo 14 de la CE, cuando opere como elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece<sup>92</sup>, por lo que, ante la inclusión de un elevado número de personas en situación de incapacidad temporal en el grupo de las afectadas por el ERTE, la empresa debe desvirtuar tal indicio de discriminación, acreditando que no fue la incapacidad temporal el criterio de selección del ERTE<sup>93</sup>.

Con relación a la incidencia de la inclusión en el ERTE en el ejercicio del derecho a vacaciones, la doctrina judicial ha declarado no ajustada a derecho la decisión de la empresa de incluir al trabajador en el expediente de suspensión de contratos por fuerza mayor en periodo coincidente con las vacaciones que ya habían sido concedidas, debiendo la empresa abonar al demandante los salarios dejados de

<sup>91</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 17 diciembre 2020 (rec. 1927/2020).

<sup>92</sup> STS de 3 mayo 2016 (rec. 3348/2014).

<sup>93</sup> Tal es el caso enjuiciado en la SAN de 17 julio 2020 (rec. 137/2020), en el que el número de trabajadores afectado por el ERTE en situación de IT fue de 267. Con todo, el tribunal concluye que no hubo tal discriminación ya que no se ha acreditado que la enfermedad fuera uno de los criterios de afectación de los trabajadores al ERTE, sino que el de adscripción voluntaria, y tampoco consta que se hubiera causado perjuicio alguno a los trabajadores en situación de incapacidad temporal respecto del resto de empleados en situación de alta, como consecuencia de su afectación al ERTE, ya que la empresa les abonó tanto el complemento de IT, como determinadas mejoras pactadas en el ERTE.

<sup>89</sup> DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril de 2020, en respuesta a la consulta formulada por CEOE (<https://www.graduadosociales.es/wp-content/uploads/2020/07/DIRECCION-GENERAL-TRABAJO-2020-04-07-DGT-SGON-863CRA-oficio-consulta-CEOE.pdf>).

<sup>90</sup> SSTSJ Madrid de 16 julio 2020 (rec. 295/2020) y 11 diciembre 2020 (rec. 703/2020).

percibir durante la suspensión del contrato<sup>94</sup>. Asimismo, ha reconocido el derecho a posponer el disfrute de las vacaciones coincidentes con el período de confinamiento, ya que las restricciones severas a la movilidad conllevan la imposibilidad de disfrutarlas<sup>95</sup>. Por otra parte, se ha afirmado que el derecho a vacaciones se devengará, en proporción al tiempo efectivamente trabajado, durante el ERTE por reducción de jornada horizontal; mas no cuando el ERTE es suspensivo o por reducción de jornada vertical<sup>96</sup>.

Sobre la coincidencia del ERTE por fuerza mayor con el período de permiso retribuido recuperable regulado en el RDL 10/2020, de 29 de marzo, resulta necesario atender a lo previsto en el art. 1.1.c) de dicha norma, que establecía su aplicación a todas las personas trabajadoras cuya actividad no hubiera sido paralizada como consecuencia del estado de alarma, con excepción de las contratadas por aquellas empresas que hubieran solicitado o estuvieran aplicando un ERTE de suspensión y de aquellas a las que les fuera autorizado un ERTE de suspensión durante la vigencia del permiso previsto en la misma norma. La doctrina judicial ha entendido que esta previsión otorgaba prioridad al expediente por fuerza mayor sobre el permiso retribuido, y, por tanto, “nada impide que la extensión temporal de

un ERTE abarque los días afectados por tal permiso retribuido recuperable<sup>97</sup>, siempre que el ERTE estuviera vigente o hubiera sido solicitado con carácter previo al RDL 10/2020, o hubiera sido autorizado durante la vigencia del permiso retribuido, por tanto, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020<sup>98</sup>.

## 5. PREVISIONES COMPLEMENTARIAS EN LOS ÁMBITOS CONTRACTUAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

### 5.1. Medidas en materia de cotizaciones y prestaciones de desempleo

Si bien las medidas en materia de cotización a la Seguridad Social y de prestaciones por desempleo son objeto de un análisis específico y más detallado en otra colaboración de este mismo número, resulta imprescindible efectuar una breve referencia a las mismas en el marco del estudio de los ERTE, toda vez que no constituyen previsiones autónomas, pues se dirigen, precisamente, a lograr la eficacia de las medidas de ajuste temporal del empleo, de suerte que su configuración viene a incidir de forma determinante en la voluntad empresarial de acometer dichos expedientes, en lugar de adoptar decisiones extintivas.

La exoneración total o parcial de las cuotas empresariales a la Seguridad Social constituye un recurso ya utilizado durante la anterior crisis financiera, por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre y el RDL 3/2012, de 10 de febrero, para in-

<sup>94</sup> La SJS/3 de Pamplona de 2 diciembre 2020 (núm. 295/2020). La condena se concreta en el abono de las diferencias entre los salarios que debería haber percibido el demandante en los días señalados y las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión del contrato, sin perjuicio del reintegro que deba realizar la empresa demandada del importe de tales prestaciones al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

<sup>95</sup> SJS/3 Santander de 16 septiembre 2020 (núm. 283/2020); SJS Melilla/1 de 3 noviembre 2020 (núm. 149/2020).

<sup>96</sup> Sobre esta cuestión, véase BELTRÁN DE HEREDIA, I. «Según el derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?». Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/>, con base en la STJUE de 8 noviembre 2012 (C-229/11 y C-230/11), *Heimann y Toltschin*, que rechaza la equiparación a estos efectos de las situaciones incapacidad por enfermedad y de reducción del tiempo de trabajo.

<sup>97</sup> Así lo han entendido, tanto la Audiencia Nacional, en sentencia de 29 junio 2020 (núm. 43/2020), como la DGT, en fecha 31 de marzo de 2020, respondiendo a una consulta planteada (DGE-SGON-849CRA). En el mismo sentido, véase FALGERRA BARÓ, M.A. Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. *cit.*, p. 11.

<sup>98</sup> Por esta razón, la SAN de 6 mayo 2021 (núm. 98/2021) desestima la petición empresarial de que se declare la suspensión de los contratos para el período referido, pues, no estando el ERTE efectivamente autorizado en tal fecha, tiene preferencia el permiso retribuido.



centivar a las empresas a mantener el empleo, bien que con distinto alcance y, únicamente, respecto de los expedientes de suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas o productivas<sup>99</sup>.

En lo que concierne a los ERTE relacionados con el COVID-19, el RDL 8/2020 previó únicamente la exoneración en las cuotas empresariales a la Seguridad Social para los ERTE por fuerza mayor (art. 24.1). La misma exención se aplica, a partir de la entrada en vigor del RDL 24/2020, a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a que se refiere el art. 23 del RDL 8/2020 (art. 4 RDL 24/2020). Con diversos cambios y adaptaciones en función de los objetivos priorizados en cada norma, las sucesivas prórrogas de los ERTE, tanto de los tramitados conforme a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, como de los expedientes por rebrote o por impedimento o limitación de la actividad, se han acompañado de las correspondientes exenciones en las cuotas empresariales. El RDL 11/2021, último (hasta la fecha de publicación de este estudio) de la saga de reales decretos leyes, extiende, hasta el 30 de septiembre de 2021, las medidas en materia de exoneración en las cuotas a la Seguridad Social aplicables a las diversas modalidades de ERTE previstas en el RDL 2/2021.

<sup>99</sup> El RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (convalidado por la homónima Ley 27/2009, de 30 de diciembre) introdujo en su día la bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada autorizadas en expediente de regulación de empleo o tramitadas de conformidad con la legislación concursal, por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas (art. 1.1). El RDL 10/2010 elevó las precitadas bonificaciones al 80 por ciento, cuando el ERTE hubiera concluido con acuerdo, y se hubieran introducido medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como acciones formativas destinadas a aumentar la polivalencia de los trabajadores o incrementar su empleabilidad, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa.

Aunque las características y problemática aplicativa derivada de estas exenciones serán abordadas de forma detallada en otra colaboración de este número, cabe al menos señalar en este momento que el porcentaje de exoneración de las cuotas ha variado según la fase de la pandemia (cierre total, transición, nueva normalidad), y teniendo en cuenta diversos parámetros (trabajadores en plantilla, causas justificativas, sector de actividad), la modalidad de ERTE por fuerza mayor (art. 22 RDL 8/2020, rebrote, impedimento de la actividad, limitación del desarrollo normalizado de la actividad) y los objetivos prioritarios (contención de la pandemia, mantenimiento del empleo o reincorporación de las personas afectadas a la actividad).

En otro orden de consideraciones, con el propósito de facilitar el acceso a las prestaciones por desempleo por parte de las personas trabajadoras privadas, total o parcialmente, de su salario como consecuencia de la suspensión del contrato o reducción de la jornada<sup>100</sup> por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el COVID-19, el RDL 8/2020 exime del requisito de carencia mínima exigido con carácter general para el acceso a la prestación [art. 25.1.a) RDL 8/2020]; y establece que el período de disfrute de las prestaciones derivadas de estos ERTE no computará a efectos de consumir los periodos máximos de percepción de la prestación establecidos [art. 25.1.b)]. Posteriormente, el art. 8.4 del RDL 30/2020 ha fijado la cuantía de la prestación en el 70 por ciento de la base reguladora

<sup>100</sup> Sin que el límite de reducción de la jornada del 70 por ciento, establecido con carácter ordinario en el art. 47.2 ET, pueda entenderse aplicable a los ERTE por COVID-19, a efectos de condicionar la situación legal de desempleo, y, con ello, el acceso del trabajador a la protección por desempleo, pues la privación de la prestación en los supuestos de reducción de jornada que superen dicho porcentaje, máxime cuando han sido autorizados por la autoridad laboral, constituye una consecuencia gravísima e intolerable que contradice abiertamente la finalidad protectora aludida en la exposición de motivos del RDL 8/2020 [SJS/20 Barcelona de 3 febrero 2021 (núm. 48/2021)].

durante todo el período de percepción, de forma que, a diferencia de lo previsto en la normativa ordinaria, no se aplica la reducción de dicho porcentaje al 50 por ciento, a partir del 181 día de la prestación.

El carácter esencial de las referidas medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo de cara al sostenimiento de las personas trabajadoras y de sus familias ha justificado su extensión temporal, de forma paralela a la de las sucesivas prórrogas de los ERTE ligados al COVID-19<sup>101</sup>, operando la última de ellas hasta el 30 de septiembre (art. 4 RDL 11/2021).

## 5.2. Medidas contractuales vinculadas a los ERTE

### 5.2.1. Limitación de las facultades directivas

Para evitar el mantenimiento fraudulento de los ERTE basados en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y el abuso de los de los recursos públicos<sup>102</sup> destinados a su apoyo en supuestos en los que la reactivación de la actividad empresarial permite la reincorporación total o parcial de las personas trabajadoras afectadas por el expediente, el art. 1.3 del RDL 24/2020 introdujo la prohibición de la realización de horas extraordinarias por trabajadores no afectadas por el ERTE –que, en legislación ordinaria, únicamente se refiere a los supuestos de reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47.2 ET)–, así como de la externalización de la actividad y nuevas contrataciones, directas o indirectas (*v.gr.* a través de ETT), durante la aplicación de la medida de ajuste temporal, salvo que quienes presten servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones o externalizaciones no pudieran, debido a su formación, capacitación

u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a dichas contrataciones y externalizaciones, señalando, además, que, de concurrir dichas razones, deberían someterse a información previa a la representación legal de las personas trabajadoras. Las citadas medidas han sido prorrogadas, de forma sucesiva, por el art. 7 del RDL 30/2020, el art. 3.5 del RDL 2/2021, y, finalmente, por el art. 3.5 del RDL 11/2021, hasta el 30 de septiembre de 2021.

Por su parte, el art. 5 del RDL 18/2020 introdujo límites en relación con el reparto de dividendos, estableciendo que las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas que se acojan a los ERTE basados en el art. 22 del RDL 8/2020, y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen dichos expedientes. Esta limitación, que no resulta de aplicación a aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras en situación de alta en la Seguridad Social, ha sido reiterada junto con cada una de las prórrogas de los ERTE vinculados al COVID-19<sup>103</sup>.

### 5.2.2. Restricciones sobre las decisiones extintivas relacionadas con las causas justificativas de los ERTE

A fin de lograr el objetivo prioritario de mantenimiento del empleo, junto a las previsiones ya analizadas destinadas a flexibilizar e incentivar la adopción de medidas de ajuste temporal del empleo y la reincorporación a la actividad, la normativa COVID introduce importantes restricciones a las facultades extintivas. Sin ánimo de efectuar ahora un estudio exhaustivo de dichas restricciones, interesa poner de manifiesto que las mismas vienen a reforzar la eficacia de los ERTE, por cuanto

<sup>101</sup> Cfr. art. 3.1 del RDL 18/2020; art. 3 y Disp. Adic. 1ª del RDL 24/2020; art. 8 RDL 30/2020; y art. 4 RDL 2/2021.

<sup>102</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Cuestiones problemáticas en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo de la emergencia sanitaria COVID-19». *Trabajo y Derecho*, N.12 (2020) (*La Ley* 13554/2020), p. 3.

<sup>103</sup> Véanse, el art. 5 del RDL 24/2020; el art. 4 del RDL 30/2020; art. 3.2 del RDL 2/2021; y, finalmente, art. 3.2 del RDL 11/2021.

aparecen vinculadas a los mismos ya sea de forma directa, en el supuesto de la cláusula de salvaguarda del empleo (Disp. Adic. 6 RDL 8/2020), ya indirectamente, en la medida en que se impide justificar la extinción de los contratos por las causas señaladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 (art. 2 del RDL 9/2020).

En primer lugar, la exoneración aplicable a las cotizaciones empresariales en los centros afectados por una medida de ajuste temporal del empleo – ya sea por fuerza mayor (Disp. Adic. 6 RDL 8/2020), ya por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 6.1 RDL 24/2020)–, tiene como contrapartida el compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad<sup>104</sup>. La parca formulación inicial del compromiso de “salvaguarda del empleo”, recogido en la Disp. Adicional 6.ª del RDL 8/2020, ha requerido ulteriores modificaciones y la emisión de diversos criterios interpretativos por la Dirección General de Trabajo para el esclarecimiento de su ámbito objetivo, subjetivo y temporal. Así, la Disp. Adic. 14.ª del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, introduce una regla de interpretación “auténtica” sobre la aplicación de la obligación de mantenimiento del empleo en aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual<sup>105</sup>. La citada previsión será nuevamente reformada por la Disp. Final 1.ª 3

del RDL 18/2020, que viene a precisar el *dies a quo* del cómputo del plazo de seis meses<sup>106</sup>, y los supuestos extintivos que no constituyen un incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo<sup>107</sup>. Y, en lo que concierne a las consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, a diferencia de lo establecido en el art. 15.2 de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que preveía únicamente el reintegro de las exoneraciones del trabajador despedido, la Disp. Adic. 6 RDL 8/2020 establece que el incumplimiento comportará la obligación de reintegro de “la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes”, como ya había adelantado el Criterio de la DGT de 7 de abril de 2020<sup>108</sup>.

Igual finalidad de mantenimiento de los puestos de trabajo subyace en la previsión recogida en el art. 2 del RDL 9/2020, según la cual la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción vinculadas a la crisis sanitaria, en las que cabe basar un ERTE conforme a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, “no se podrán entender como justificativas de la extinción de los contratos de trabajo ni el despido”. Esta disposición no alu-

<sup>106</sup> En la fecha de “la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”. Esta reforma reduce considerablemente el ámbito temporal del compromiso de mantenimiento del empleo, pues bastará que la empresa reincorpore a un trabajador, para que comience el cómputo del período de 6 meses de garantía de empleo [MOLINA NAVARRETE, C. «Nueva normalidad y 'recortes fases' de las garantías de empleo: ¿más flexibilidad (posibilismo) que seguridad?». CEF-laboral (2020)].

<sup>107</sup> La Disp. Adicional 6.ª 2 recoge en este punto el Criterio de la DGT de 7 de abril de 2020.

<sup>108</sup> En el mismo sentido, se han expresado la TGSS, en su Informe de 10 de noviembre de 2020, y la ITSS, en la Nota Informativa de 6 de diciembre de 2020. Posteriormente, el Criterio DGT de 5 de mayo de 2021 (DGT-SGON-1147CRA definitivo) ha entendido que la obligación de devolución se refiere a “la totalidad de las cuotas exoneradas correspondientes al ámbito del centro de trabajo afectado por el despido de la persona o personas trabajadoras respecto de las cuales se entiende incumplido el compromiso recogido en la Disposición Adicional Sexta”.

<sup>104</sup> Ya, el RDL 10/2010 supeditaba la bonificación en las cuotas a la Seguridad Social prevista para los ERTE al compromiso de mantenimiento del empleo durante un año, período que la Ley 35/2010 redujo a seis meses.

<sup>105</sup> Aunque algunos autores han entendido que, dada la generalidad de esta disposición, más que a clarificar, ha contribuido a generar una mayor confusión [MOLINA NAVARRETE, C. «La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, N. 446 (2020), p. 6].

de, sin embargo, a la concreta calificación de la decisión extintiva motivada por las aludidas causas, lo que ha suscitado un intenso debate doctrinal, del que se da cuenta en otra colaboración de este número. Aunque son mayoría los pronunciamientos que se decantan por la improcedencia del despido, cabe advertir que tal solución no garantiza el objetivo de mantenimiento del empleo al que obedece el art. 2 del RDL 9/2020, ni es coherente con la prioridad “radical” que la normativa de pandemia otorga a las medidas de ajuste temporal sobre las decisiones extintivas<sup>109</sup>.

## 6. BALANCE DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE TEMPORAL DEL EMPLEO RELACIONADAS CON LA PANDEMIA

Han de transcurrir todavía algunos meses hasta disponer de información suficiente sobre la proyección de las medidas de ajuste temporal del empleo en la fase de reactivación de la actividad empresarial. No obstante, es posible ya afirmar su eficacia como medida de contención de la tasa de desempleo durante la crisis sanitaria. Si bien la citada tasa se elevó al 16,13 % en diciembre de 2020 –3.719.000 parados– frente al 13,78 % registrado en diciembre de 2019, es muy inferior al 26,6 % alcanzado durante el primer trimestre de 2013 en el marco de la anterior crisis económica.

Resulta evidente que, sin la cobertura proporcionada por los ERTE, la destrucción de puestos de trabajo hubiera sido considerablemente mayor. Como señalan las estadísticas facilitadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, durante la pandemia, los ERTE han experimentado un incremento sin precedentes. Concretamente, en el año 2020, 1.017.789 trabajadores se vieron afectados por dichos ERTE de ámbito estatal<sup>110</sup>. Lógicamen-

te, la gradual recuperación de la actividad económica se ha traducido en la reincorporación paulatina de trabajadores a la actividad<sup>111</sup> y, por tanto, en una paralela reducción del número de trabajadores afectados por dichas medidas de ajuste temporal del empleo, que en mayo de 2021 se situó en torno a 558.000 trabajadores<sup>112</sup>.

Aún más clarificador respecto de la eficacia del conjunto de medidas adoptadas en lo que se refiere al objetivo de mantenimiento del empleo durante la crisis sanitaria, es el análisis comparativo de la población trabajadora afectada por estas medidas de ajuste temporal y por los despidos colectivos llevados a cabo durante el mismo período, según el cual, en el año 2020, frente a los 1.004.637 trabajadores afectados por medidas de suspensión de contrato o por reducción de jornada, tan solo 8.614 perdieron su trabajo por despidos colectivos. Estas cifras suponen, con respecto a 2019, un incremento del 1.638,3 % en los trabajadores amparados por ERTE, y un descenso del 72,1 % en los trabajadores afectados por despidos colectivos<sup>113</sup>.

Los datos anteriormente expuestos justifican las sucesivas prórrogas de la normativa excepcional aplicable a los ERTE y aconsejan su mantenimiento, con las debidas adaptaciones, durante el lento y difícil camino hacia la recuperación de la actividad empresarial. Y, puesto que, como se ha visto, el éxito de los instrumentos de ajuste temporal está directamente relacionado con las previsiones complementarias en materia de cotización y prestaciones, así como con las restricciones a la finalización de contratos por las causas que pueden justificar dichas medidas de ajuste temporal –derivadas del art. 2 del RDL 9/2020

Disponible en [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/Nota\\_impacto\\_COVID\\_MARZO-2021.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/Nota_impacto_COVID_MARZO-2021.pdf)

<sup>111</sup> A finales de marzo de 2021, más del 80 % de los trabajadores cubiertos por ERTE se habían reincorporado ya a su puesto de trabajo, según el Resiliencia, p. 238.

<sup>112</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2021/260521-acuerdo-ertes.aspx>

<sup>113</sup> Informe “Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social”, *cit.*, p. 7.

<sup>109</sup> BAYLOS GRAU, P. «Editorial. Despidos colectivos en los tiempos del COVID». *Revista de Derecho Social*, N. 92 (2021), p. 8.

<sup>110</sup> Informe “Impacto del COVID-19 sobre las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Economía Social”, marzo 2021, p. 4.

y de la cláusula de mantenimiento del empleo prevista en la Disp. Adic. 6ª del RDL 8/2020–, parece imprescindible que las mismas se prorroguen de forma conjunta.

En la configuración de los incentivos (fundamentalmente, la exención de cuotas y la cobertura del desempleo) que deben acompañar a las futuras prórrogas, inciden factores tan diversos como el coste de dichas medidas para el sistema de Seguridad Social<sup>114</sup>, o la determinación del objetivo pretendido con las mismas: si consiste en el mantenimiento del empleo en aquellas empresas con más dificultades para reactivar la actividad; o, más bien, se trata de priorizar la reincorporación de los trabajadores en ERTE a la actividad, en cuyo caso procede establecer porcentajes más elevados de exoneración en las cuotas respecto de las personas reincorporadas. Esta última cuestión se ha planteado en el curso de las negociaciones que han llevado al V ASDE y a la aprobación del RDL 11/2021, habiéndose optado, con buen criterio, por una combinación de ambos esquemas, en tanto se completa el proceso de vacuación, y persisten, siquiera en menor medida, los impedimentos y riesgos para el normal desarrollo de la actividad económica.

Dado el riesgo de que se produzca una recesión económica, también, en la fase post-COVID será necesario mantener el apoyo público orientado a preservar la continuidad de la actividad económica y el empleo<sup>115</sup>, incluidas las medidas en materia de Seguridad Social que acompañan a estos instrumentos de flexibilidad interna, y ello, sin perjuicio de que se

potencie con mayores incentivos la reincorporación de las personas trabajadoras<sup>116</sup>.

En síntesis, de cuanto se ha expuesto cabe concluir que el análisis y valoración del régimen aplicable a los ERTE por COVID-19 no puede efectuarse de manera aislada, pues forman parte de un complejo y sensible ecosistema normativo, cuya eficacia depende tanto del adecuado equilibrio entre las distintas medidas que lo integran, como del devenir de la situación sanitaria y económica.

Una vez más, resulta obligado aludir al papel esencial que ha representado la concertación social en la configuración de la normativa de pandemia, en la que, junto a los Ministerios implicados, han volcado su experiencia las asociaciones empresariales y los sindicatos más representativos presentes en la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, constituida al amparo de la Disp. Adic. 2ª del RDL 18/2020. Lo anterior no obsta a la conveniente introducción de las oportunas correcciones, en interés de una, siempre posible, mejora técnica de las normas para eliminar aquellas imprecisiones que han requerido el esfuerzo de las Administraciones y entes implicados a fin de solventar las dudas interpretativas surgidas en su aplicación.

Por último, y de cara a una reforma estructural del mercado laboral, convendría trasladar al marco normativo ordinario aquellas previsiones introducidas en el contexto excepcional de la pandemia, que han contribuido a flexibilizar la tramitación de los ERTE<sup>117</sup> –en particular, en lo que se refiere a la transición entre las medidas de suspensión y reducción de jornada, o de los ERTE por fuerza mayor a los basados en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción–, y a dotar de mayores garantías al período de consultas cuando se realiza con las comisiones *ad hoc*.

<sup>114</sup> Según consta en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, p. 237 (disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf)), el coste de las exenciones y prestaciones de Seguridad Social, unido al de la cobertura extraordinaria de la incapacidad laboral de los trabajadores debida a la COVID-19 (incluida la debida a aislamiento), durante 2020, y lo ya acordado para 2021, asciende a 37.000 millones de euros.

<sup>115</sup> Como señala el a. p. 9 de la Comunicación de la Comisión sobre el "Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19" (2020/C 91 I/01).

<sup>116</sup> El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia diseñado por el Gobierno de España, *cit.*, p. 20, contempla el mantenimiento transitorio de los ERTE hasta finales de 2021, con el objeto de impulsar la reincorporación de los trabajadores.

<sup>117</sup> Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España, *cit.*, p. 241.



## BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A. «Editorial. Despidos colectivos en los tiempos del COVID». *Revista de Derecho Social*, N. 92 (2021), pp. 7-15.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I. «Según el derecho de la UE, ¿tengo derecho a las vacaciones durante un ERTE?». Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2020/07/09/segun-el-derecho-de-la-ue-tengo-derecho-a-las-vacaciones-durante-un-erte/>
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E. «La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo». *Diario La Ley*, N. 9640 (2020) (LA LEY 6182/2020).
- «Nuevas medidas laborales y de seguridad social, extraordinarias y temporales, tras la finalización del estado de alarma y el proceso de “desescalada”». *Diario La Ley*, N<sup>o</sup> 9680 (2020) (LA LEY 9477/2020).
- CAVAS MARTINEZ, F. «Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia». *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N.1 (2020), pp. 103– 145.
- «La representación y participación de los trabajadores en la empresa, a debate». AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, núm. 24, Madrid, 2020, pp. 335-381.
- COLLADO GARCÍA, L., TRILLO PÁRRAGA, F.J., ERTE por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19. Guía práctica. Albacete: Bomarzo, 2020.
- CRUZ VILLALÓN, J. «Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa». AA.VV., J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.). Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez. Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 147-175.
- «Las medidas de evitación de la destrucción de empleo ante la emergencia sanitaria: incentivos al retorno del empleo y sanciones frente a la resolución contractual». AA.VV., GOMEZ MUÑOZ, J.M. (Ed.), RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (coord.). Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID19. Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 589-626.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. «Cuestiones problemáticas en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo de la emergencia sanitaria COVID-19». *Trabajo y Derecho*, N.12 (2020) (LA LEY 13554/2020).
- , MERCADER, J.R. «¿Pueden coexistir los ERTE por fuerza mayor y los ERTE por impedimento y/o limitación?». *Foro de Labos*. 10.11.2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/11/pueden-coexistir-los-erte-por-fuerza.html>
- FALGERA BARÓ, M.A. Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. Albacete: Bomarzo, 2020.
- GARRIDO PÉREZ, E. «Representación y participación de los trabajadores en la empresa». AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios, núm. 24, Madrid, 2020, pp. 289-333.
- MOLINA NAVARRETE, C. «‘Nueva normalidad’ y ‘recortes por fases’ de las garantías de empleo: ¿más flexibilidad (posibilismo) que seguridad?», *CEF-laboral*, mayo 2020.
- «La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. *CEF*, N. 446 (2020), pp. 5-30.
- NIETO ROJAS, P. «COVID-19 y ERTE por causas económicas: ¿con quién negocia la empresa? nuevamente más incertidumbres que certezas». *Foro de Labos*, 30.03.2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/covid-19-y-ertes-por-causas-economicas.html>
- ORTEGA LOZANO, P.G. «ERTE por fuerza mayor: antes y después del SARS-COV-2». AA.VV., VILA TIERNO, F. (dir.), FERNANDEZ Ramirez, M. La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19. Murcia: Laborum, 2020, pp. 45-76.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.F. «Las comisiones ad hoc en los procesos de reestructuración empresarial». AA.VV., J. CRUZ VILLALÓN, M.R. MENÉNDEZ CALVO, M. NOGUEIRA GUASTAVINO (coords.). Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez. Bomarzo, 2017, pp. 395-410.
- VICENTE ANDRÉS, R. «La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19». *Trabajo y Derecho*. N. 77 (2021).

**RESUMEN**

El presente estudio analiza la regulación excepcional de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), de suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada, introducida con ocasión de la pandemia de COVID-19. En particular, se examina la delimitación de las causas justificativas, así como las diversas modalidades de ERTE por fuerza mayor (*ex art. 22 RDL 8/2020*, total o parcial, por rebrote, por impedimento y por limitación de la actividad), y los aspectos más relevantes en materia de tramitación de estos expedientes y de impugnación de la resolución administrativa y de la decisión empresarial.

En coherencia con el carácter coyuntural de las circunstancias ligadas al COVID-19, y teniendo como *leitmotiv* el objetivo de mantenimiento del empleo, esta normativa excepcional otorga prioridad absoluta a los mecanismos de ajuste temporal del empleo sobre las soluciones extintivas, lo que se traduce en el paralelo reconocimiento de incentivos en materia de Seguridad Social y en el establecimiento de restricciones a determinadas facultades directivas y extintivas. Todas estas medidas, cuyas líneas generales son producto del diálogo social, materializado en los sucesivos Acuerdos Sociales para la Defensa del Empleo, han de ser valoradas en su conjunto.

Tras el análisis de la normativa aplicable, de la doctrina judicial recaída en su interpretación, y de los datos estadísticos disponibles hasta la fecha, el estudio concluye con una valoración positiva de las medidas analizadas en cuanto a la consecución del objetivo de mantenimiento del empleo, a la vez que propone su prórroga, con las debidas adaptaciones, en la etapa post-COVID, y la traslación de algunos de sus aspectos más novedosos (fundamentalmente, los relativos a la flexibilización de la tramitación y a la composición de las comisiones *ad hoc*) a la legislación ordinaria.

**Palabras clave:** Expedientes de regulación temporal del empleo; COVID-19; Suspensión del contrato; Reducción de jornada; Mantenimiento del empleo; Flexibilidad interna; Fuerza mayor; Causas económicas; Técnicas; Organizativas o de producción.



**ABSTRACT** This study analyses the exceptional regulation regarding short-time work schemes (ERTE), aimed at the suspension of employment contract or reduction of the working hours, introduced on the occasion of the COVID-19 pandemic. In particular, the delimitation of the justifying causes is examined, as well as the various forms of ERTE due to force majeure (*ex art. 22 RDL 8/2020*, total or partial, due to regrowth, impediment and limitation of activity), and the most relevant aspects regarding the processing of these measures and the challenge of the administrative resolution and the business decision.

Consistent with the temporary nature of the circumstances linked to COVID-19, and having as a leitmotiv the objective of maintaining employment, this exceptional regulation gives absolute priority to temporary employment adjustment mechanisms over termination solutions, which translates into the parallel recognition of incentives in matters of Social Security and in the establishment of restrictions on certain executive and extinction powers. All these measures, the general lines of which have their origin in the successive Social Agreements for the Defense of Employment as a result of social dialogue, must be assessed as a whole.

After examining the applicable regulations and judicial doctrine relapse into their interpretation, as well as the statistical data available to date, the study concludes with a positive assessment of the measures analysed in terms of achieving the goal of maintaining employment, at the same time that it proposes its extension, with the due adaptations, in the post-COVID stage, and the transfer of some of its most innovative aspects (fundamentally, those related to the flexibility of the processing of measures and the composition of the ad hoc commissions) to ordinary legislation.

**Keywords:** Short-time work schemes; COVID-19; Furlough; Reduction of working time; Preserving employment; Internal flexibility; Force majeure; Economic; Technical; Organisational or production reasons.

# Las medidas extraordinarias en materia de cotización: función y desarrollo de las exoneraciones empresariales

# Extraordinary measures in terms of contributions: role and development of business exemptions

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**l artículo 41 CE establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social, por ello la Seguridad Social se convierte en una “función del Estado”<sup>1</sup>. Una de las cuestiones más controvertidas de la función del Estado en materia de Seguridad Social es sin duda el importante ámbito en la financiación del Sistema de la Seguridad Social, que implica la necesidad de serios análisis no solo relativos a aspectos financieros o presupuestarios, sino cuestiones jurídicas, como su propia conveniencia y necesidad y sobre todo su relación con la política de empleo tanto en el mantenimiento del empleo existente como en la creación de empleo.

Con la aprobación del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, se establecieron

una serie de medidas flexibilizadoras que desde un punto de vista estrictamente laboral se dirigieron a facilitar la tramitación de los ERTEs tanto por fuerza mayor, como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción previstas en el artículo 47 ET. Medidas destinadas, o con una clara vocación de conseguir el mantenimiento del empleo en una situación creada por la pandemia de la COVID-19 donde la actividad de las empresas se veía impedida o seriamente comprometida, por lo que estas medidas y sus modificaciones, sin duda, estaban concebidas para favorecer una clara alternativa al despido. Cabe destacar que estas modificaciones flexibilizadoras en los ERTEs en otras épocas han sido consideradas como alternativas al despido<sup>2</sup> y como mecanismos que hasta el momento no tenían mucho recorrido pero cuya eficacia había sido reconocida tanto por los interlocutores sociales como por las autoridades europeas<sup>3</sup>.

En íntima relación con estas medidas laborales, se adoptaron otras medidas adicionales

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social UCLM. mariajose.romero@uclm.es

<sup>1</sup> STC 103/1983, de 22 de noviembre. (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1983) “Desde el momento en que la seguridad social se convierte en una función del Estado la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas”.

<sup>2</sup> GONZALEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”. *Temas Laborales* núm. 107/2010, pág. 410.

<sup>3</sup> BAYLOS GRAU, A. “La importancia creciente de los ERTEs como mecanismo de ajuste del empleo ante la crisis: conocer su funcionamiento y problemática”, <https://baylos.blogspot.com/2020/09/la-importancia-creciente-de-los-ertes.html>

en materia de Seguridad Social que venían a complementar el escudo social forjado con los ERTEs y reforzar su configuración como una medida dirigida al mantenimiento del empleo. Se trataba de las exenciones a las obligaciones empresariales contributivas a la Seguridad Social, que complementaban mediante este “aligeramiento de los costes” empresariales<sup>4</sup>, la no ruptura de la relación de trabajo de las personas trabajadoras que pasaban a la regulación temporal de empleo recibiendo una prestación por desempleo, a cambio de lo cual la norma imponía el necesario compromiso de mantenimiento del empleo una vez que la empresa “recuperara” a los trabajadores con la reanudación de la actividad.

Este es el objetivo del estudio, analizar el sistema de exenciones que emana de los distintos Reales Decretos Leyes aprobados desde marzo de 2020 coincidiendo con la declaración del Estado de Alarma, y que tienen como característica común haber sido medidas discutidas y negociadas en el marco del diálogo social. Un marco normativo por cierto en constante evolución y estrechamente unido a la evolución y gestión de la pandemia COVID-19, que ha provocado –como veremos– la necesidad de un proceso de permanente adaptación legislativa, sin precedentes en el marco del ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social, el último de ellos, cerrado esté estudio, el 26 de mayo de 2021 se alcanza el V Acuerdo Social en Defensa del Empleo (V ASDE), cuyo contenido refleja, precisamente, la confianza de las organizaciones y ministerios firmantes en las medidas que, desde el 1 de octubre de 2020 cuyo contenido se refleja en el reciente RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, cubriendo entre uno de sus objetivos, “prorrogar la aplicación de cuantas medidas de flexibilidad se han adoptado desde el comienzo de la crisis

sanitaria y en los términos previstos en el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, incluidas las medidas extraordinarias en materia de exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social de las empresas”<sup>5</sup>.

Desde luego navegar por este marco normativo en movimiento perpetuo, no esta exento de riesgos y complejidades, porque se debe poner en relación directa este aspecto contributivo con la configuración legal, con frecuencia modificada, de los ERTEs, tanto por fuerza mayor como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante ETOP) como mecanismo de ajuste y amortiguamiento social. Los ERTEs por fuerza mayor y posteriormente ETOP, constituyen en consecuencia el instrumento prioritario empleado para lograr el mantenimiento del empleo hasta que se produzca la recuperación económica tras el vencimiento de la pandemia.

## 2. LOS BENEFICIOS EN LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO POLÍTICA DE EMPLEO

La utilización de exoneraciones y beneficios en las contribuciones sociales como instrumento de las políticas activas de empleo viene de lejos. En el ámbito de la Unión Europea, uno de los documentos de base que sirvieron para dicha discusión y posterior configuración<sup>6</sup> de la Estrategia Europea para el Empleo fue, sin duda, el libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo<sup>7</sup>. En dicho libro ya

<sup>5</sup> Vid. Exposición de Motivos del RDL 11/2021, 27 de mayo. Vid. el inmediato y completo análisis realizado por el BAYLOS GRAU A., en <https://baylos.blogspot.com/2021/05/el-nuevo-acuerdo-social-de-prorroga-de.html>

<sup>6</sup> MORENO VIDA M., MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La política de empleo en la Unión Europea (evolución y perspectiva)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9, 2006, pág. 297; GARCÍA RÍOS, J.L.: *Una perspectiva europea y española del Sistema de Garantía Juvenil*. Bomarzo. 2016, pág. 90.

<sup>7</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: “Crecimiento, competitividad, empleo: Retos y pistas para entrar en el siglo XXI”, Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 6/93,

<sup>4</sup> Exposición de motivos del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

se recogía la posibilidad de usar las reducciones de las cotizaciones empresariales como un elemento o instrumento que podía favorecer el mantenimiento del empleo y la creación de este, sin olvidar que este mecanismo de exención debería dirigirse a colectivos específicos y con mecanismos de compensación para nivelar su propio efecto en la disminución líquida y legal de las cotizaciones sociales<sup>8</sup>.

Entre nosotros, ya prácticamente desde el comienzo de la crisis derivada del incremento del precio de los combustibles fósiles en 1973 y 1975, aparecen entre las normas sobre el empleo protegido bonificaciones en las aportaciones a cuotas a la Seguridad Social para trabajadores minusválidos o mayores de 40 años, o subsidiados por desempleo y empleo juvenil, y datan de 1972, 1975 y 1979<sup>9</sup>, y han acompañado a las políticas de empleo desde entonces. El propio Pacto de Toledo en el año 1995 recogía una referencia a dicha circunstancia, al señalar la posibilidad de acudir a estas técnicas de reducción de las cotizaciones sociales para colectivos específicos y especialmente conectada con la política de empleo, aunque en su versión del 2011, el Pacto de Toledo opta por “recomendar” que los beneficios en materia de Seguridad Social se articulen preferentemente a través de bonificaciones y no de reducciones o exenciones, ya que señala que “en todo caso, las políticas activas de empleo que introduzcan bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social deberán efectuarse exclusivamente con cargo a la fiscalidad general. También se financiarán, con cargo a la fiscalidad general cualesquiera actuaciones en materia de anticipación de la edad ordinaria de jubilación o de ayuda a sectores productivos determinados”.

Con ello, se ha señalado que tales beneficios en las cotizaciones sociales agrietan el

principio de separación de fuentes de financiación y ponen en peligro las cuentas de la Seguridad Social<sup>10</sup>, debilitando sus recursos propios al obligarse a financiar el propio coste de las exenciones o beneficios en las cotizaciones. Es cierto también que “la aplicación real del principio de separación de fuentes sigue estando repleta de excepciones que carecen de fundamento, salvo que pensemos que es la Seguridad Social el organismo que supletoriamente debe hacerse cargo de cualquier coste cuya financiación sea controvertida”<sup>11</sup> a lo que debemos añadir la panoplia de diferentes técnicas vinculadas con reducciones, bonificaciones y otro tipo de ayudas incrustadas en la política de empleo en nuestro país y caracterizadas por la concepción clásica de que la creación de empleo de colectivos con dificultades de inserción estable en el mercado laboral, tales como desempleados de larga duración, con escasa formación, jóvenes sin experiencia laboral etc, deben de vincularse con el incentivo de rebaja en cualquiera de sus fórmulas en la Seguridad Social, como vamos a ver enseguida.

Se trata de unas técnicas que han sido aceptadas y valoradas positivamente por los agentes sociales, y por lo tanto se encuentran legitimadas también por el intercambio que se produce entre los intereses empresariales y sindicales en el contexto del diálogo social. Ya el primer Acuerdo Nacional de Empleo de 1981 (ANE) recogía como medida de fomento de empleo la bonificación en el 90 % de la cuota a Seguridad Social en la contratación de desempleados con responsabilidades familiares y de quienes hubiesen agotado la presta-

<sup>10</sup> APARICIO TOVAR, J.: “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, *Revista Cuadernos Relaciones Laborales* núm 2 (2015), págs. 289-309.

<sup>11</sup> GUITIERREZ CASILLAS I.: “ El pacto de Toledo: fundamentos, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 103 (2018), págs. 419-420. Especialmente recomendable son las recomendaciones analizadas del Pacto de Toledo de 2020 en el nuevo contexto que realiza APARICIO TOVAR, J.: “ El Pacto de Toledo en tiempos de la COVID-19” en *Revista de Derecho Social* núm. 91 (2020), págs.31-35.

Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992.

<sup>8</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: “Crecimiento, competitividad, empleo...”, o p. , *cit.*, págs. 152-153.

<sup>9</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 200.

ción por desempleo con una duración mínima de un año<sup>12</sup>, pero podría decirse que es una constante que se repite en las diferentes etapas de la concertación social, que desembocan en los por el momento cuatro Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo efectuados durante el período del Estado de alarma hasta nuestros días.

La utilización de técnicas que suponen un beneficio en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y una consiguiente reducción en las cuotas ingresadas en favor de la Seguridad Social tiene por lo tanto una cierta “tradicción” en nuestro ordenamiento jurídico, configurándose como lo que podíamos denominar “incentivos económicos indirectos” que se materializan en una reducción de cargas económicas a las empresas y que consecuentemente se entienden unidos a las políticas activas de empleo. Por ello el Sistema de Seguridad Social adopta no solo una función protectora, a través de la protección de situaciones de necesidad, sino que despliega una especie de función “incentivadora” en beneficio de ciertas personas o grupos sociales con especiales vulnerabilidades o circunstancias respecto al mercado de trabajo y su incorporación o mantenimiento en el mismo.

Aunque terminológicamente se utilizan varias figuras para referirnos a estas reducciones, las dos técnicas utilizadas de las bonificaciones y reducciones o exenciones a cuotas de la Seguridad Social, son las que se engarzan a las políticas activas de empleo desplegadas por los poderes públicos y están dirigidas a incentivar la contratación laboral pero también con una clara e importante orientación hacia el mantenimiento del empleo, como es el caso que nos ocupa. Y ello sin olvidar su utilización también en el ámbito del trabajo autónomo.

Se trata de técnicas con un resultado idéntico, reducir el gasto para las empresas

en relación a la Seguridad Social de las personas que realizan su prestación de trabajo, diferenciándose –sin perjuicio de una mayor concreción técnica– en una mera cuestión presupuestaria o contable, de tal manera que en unos casos se imputan esos beneficios al presupuesto de la propia Seguridad Social con carácter general<sup>13</sup>, siendo el caso de la exención o reducción de las cotizaciones o, en el caso de las bonificaciones, se atribuyen, con carácter general, al presupuesto del Servicios Público de Empleo Estatal<sup>14</sup>.

La utilización de estas técnicas ha sido continuamente cuestionada por su poca efectividad con el fin perseguido de política de empleo, al no conseguir su objetivo de promover la creación de empleo o el mantenimiento del mismo, especialmente cuando éstas se han utilizado de manera general y no específica para grupos o colectivos determinados y aun en estos casos tampoco no se han mostrado todo lo efectivas que hubiese sido deseable en relación al esfuerzo económico que implican tanto para el presupuesto de la Seguridad Social como para el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Son ya clásicos los estudios del profesor Toharia<sup>15</sup> o de la extinta AEVAL<sup>16</sup> donde se cuestionaban la utilización de estas técnicas como vehículos incentivadores de la creación de empleo, por su excesivo peso muerto

<sup>13</sup> En función del alcance –contingencia comunes, profesionales o conceptos de recaudación conjunta– de la exención o reducción, también se podrían imputar al presupuesto del Servicio Público de Empleo o de las Mutuas de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, como es el caso que nos ocupa y así se estableció en el RDL 8/2020, de 27 de marzo, en su artículo 24, en su redacción dada por la disposición final 1.1 y 2 del RDL 18/2020, de 12 de mayo.

<sup>14</sup> Vid. ROMERO RODENAS, M.J., *El Salario y la cotización a la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019, págs. 249 y ss

<sup>15</sup> TOHARIA CORTÉS, L.: *El efecto de la bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*. MTI, Madrid, 2008.

<sup>16</sup> Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL): *La política de bonificación y reducción de cuotas de la Seguridad Social*. Ministerio de la Presidencia. Madrid. 2009.

<sup>12</sup> ROJO TORRECILLA, E., PEREZ AMOROS, F. "El Acuerdo Económico y Social", *Revista de Política Social* núm. 145 (1985), consulta digital

o efecto sustitución. No es éste sin embargo el contexto en el que se van a desplegar las exenciones recogidas en los distintos Decretos Leyes que van a constituir el eje de esta intervención, puesto que en estos supuestos se trata de insertar la exención o bonificación de las cuotas empresariales como elemento que forma parte de la respuesta pública ante la drástica reducción de la actividad económica por la crisis provocada por la pandemia, con el objetivo exclusivo de mantenimiento del empleo y salvaguarda del mismo en el marco de la regulación temporal de empleo que ha resultado avalada en un proceso de negociación con los agentes sociales.

La subsistencia de estas técnicas al margen de los RDL-COVID-19 para algunos supuestos muy determinados, permite seguir hablando de bonificaciones como medida de fomento del empleo para dichos supuestos, como es el caso de las bonificaciones para los contratos celebrados con personas con discapacidad a través de cuantías fijas por año, o para el caso de los contratos celebrados con personas discapacitadas en los Centros Especiales de Empleo donde se bonifica hasta el 100 % de la aportación empresarial a la Seguridad Social<sup>17</sup>. También se puede traer a colación los contratos en prácticas con una reducción del 50 % de la aportación empresarial por contingencias comunes para personas con discapacidad superior al 33 %<sup>18</sup>. O como para el caso de los trabajadores con 65 años y 36 años y 9 meses o más de cotización efectiva, se produce la exoneración del 100 % de la totalidad de las cuotas a la SS por contingencias comunes (excepto IT), desempleo, FOGASA y formación profesional<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

<sup>18</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>19</sup> Art. 152 y DT 7ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

### 3. ANTECEDENTES

Como hemos visto en el apartado anterior, una de las técnicas o instrumentos utilizados para la obtención por parte de las empresas de beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social son las exenciones al pago de cuotas por parte de las empresas, son por lo tanto técnicas o instrumentos aprobados normativamente y que son conocidos y utilizados desde hace décadas<sup>20</sup>. Es cierto, que existe –a nuestro juicio– una preeminencia de las bonificaciones o reducciones a las cuotas de la Seguridad Social sobre la exención, pero estas últimas también ha sido utilizada con anterioridad a la pandemia y en relación precisamente con los ERTEs por fuerza mayor.

Podemos traer a colación –entre otros– el RDL 2/2014 de 21 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y la costa cantábrica, el cual preveía que en caso de suspensión del contrato de trabajo derivado de un ERTE por fuerza mayor (y así se consideraba a aquellos ERTEs que hubieran tenido causa directa en los daños producidos por los acontecimientos catastróficos señalados en los apartados primero y segundo del artículo 1 del RDL), en el sector marítimo-pesquero, en la hostelería y hospedaje, la TGSS podía exonerar al empresario del abono de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta mientras durase el período de suspensión, manteniéndose la condición de dicho período como efectivamente cotizado por el trabajador.

También y ese mismo año el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación por el Empleo, concreta-

<sup>20</sup> Así lo reconoce la propia exposición de motivos del RDL 8/2020, de 17 de marzo, al señalar que "Hasta ahora, sólo en los casos en los que la fuerza mayor derive de acontecimientos catastróficos naturales que supongan la destrucción total o parcial de la empresa o centro de trabajo impidiendo la continuidad de la actividad el empresario se podría exonerar del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social".



mente en su DA 4<sup>a</sup> se establecía la posibilidad para las empresas que hubiesen acordado la suspensión o reducción de jornada por causa de fuerza mayor y previo reconocimiento de tal circunstancias mediante la correspondiente resolución de la autoridad laboral competente, solicitar a la TGSS una exención de hasta el 100 % del pago de la aportación empresarial, si bien condicionada a la concurrencia de las siguientes circunstancias y compromisos:

- Que la causa de fuerza mayor derive de acontecimientos catastróficos naturales, imprevisibles o previsibles fueran inevitables, como terremotos, incendios, inundaciones, tormentas de viento y mar, siempre que supongan la destrucción total o parcial de las instalaciones de la empresa o centro de trabajo, impidiendo la continuidad de la actividad laboral para los trabajadores afectados.
- Acreditación de que la fuerza mayor es consecuencia de esos acontecimientos catastróficos, mediante el preceptivo informe de la Dirección Especial de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social solicitado por la TGSS, que la fuerza mayor reúne las características mencionadas citadas.
- Que las empresas se hallen al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.
- Que se justifiquen por parte de la empresa los daños sufridos, la imposibilidad de continuar la actividad laboral y las pérdidas de actividad derivadas directamente del supuesto de fuerza mayor.
- Que las empresas, hubieran tenido asegurados los bienes indispensables para realizar la actividad productiva afectada por la fuerza mayor, en el momento de acaecer el hecho constitutivo de la fuerza mayor.
- Compromiso empresarial para la reinversión necesaria para restablecer la actividad afectada por la fuerza mayor, al menos durante el periodo de exoneración.

- Compromiso de mantenimiento del empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 % de los trabajadores afectados por la suspensión de contrato o la reducción de jornada.

Es de destacar que no se establecía una exoneración fija del 100 %, de tal manera que la TGSS establecía el porcentaje de exoneración, en base a circunstancias objetivas y sustantivas, tales como: la situación económica de la empresa, el impacto económico de la empresa en la fuerza mayor sobre otras empresas auxiliares de la empresa afectada, porcentaje de personas trabajadoras indefinidas de la plantilla o las perspectivas de mantenimiento o creación de empleo a medio o largo plazo.

Esta tipo de exención nacían con limitaciones temporales, esto es, con un plazo máximo de aplicación de 12 meses y con la posibilidad de prorrogar por otros 12 meses más. En cualquier caso, lo que interesa retener de esta norma es la conexión directa entre la exoneración de cuotas y los compromisos paralelos de reinversión necesaria para restablecer la actividad afectada por fuerza mayor y el mantenimiento del empleo de la totalidad de los trabajadores afectados durante el año posterior a la finalización de la suspensión.

Ya más recientemente, en el año 2019, se aprueba el RDL 11/2019, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los daños causados por temporales y otras situaciones catastróficas, en cuyo artículo 6 y en línea de los anteriores antecedentes normativos, se establecía la posibilidad de exención del abono de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta mientras dure el periodo de suspensión o reducción de jornada, si bien, dicha exención debía aplicarse en los términos de la Orden Ministerial de desarrollo<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Se trata de la Orden TMS/1175/2019, de 4 de diciembre, por la que se dictan normas para la aplicación de las medidas en materia laboral y de Seguridad Social contempladas en el Real Decreto-ley 11/2019, de 20 de septiembre, por el que se



Así pues, se comprueba que en los casos en los que la fuerza mayor deriva de acontecimientos catastróficos naturales que conlleven la destrucción total o parcial del centro de trabajo, imposibilitando la continuidad de la actividad productiva, se reconoce la posibilidad de aplicar exoneraciones a la Seguridad Social. Hay por tanto una predisposición del legislador a acudir, ante la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada, como consecuencia de un supuesto de fuerza mayor por acontecimientos de los denominados catastróficos, ya con carácter general o para supuestos concretos, a esta técnica de exención del pago de cuotas empresarial y de recaudación conjunta, con el objetivo de favorecer el mantenimiento del empleo. Una tendencia que encuentra un desarrollo mucho más extenso en el período pandémico que se inicia en marzo del 2020 y se continúa en la actualidad.

#### 4. EXENCIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA: FUNCIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO

Como medida integrante de los ERTEs y en sus distintas modalidades se ha configurado por los sucesivos reales decretos leyes un sistema de exenciones a la Seguridad Social como complemento necesario de este instrumento de amortiguación social. Su objetivo claramente es el de contribuir a ese tan buscado y deseado mantenimiento en el empleo<sup>22</sup> para las empresas que se han visto afectadas en su desarrollo normal de su actividad económica y laboral y que han obtenido la autorización del ERTE, primero por fuerza mayor, pero también aplicable con posterioridad a ciertos supuestos de los ERTEs por causas

---

adoptan medidas urgentes para paliar los daños causados por temporales y otras situaciones catastróficas. En septiembre de 2019, una DANA produjo un temporal de lluvias intensas en el sudeste español, en especial en la Vega Baja del Segura donde el desbordamiento del río provocó grandes estragos.

<sup>22</sup> "La crisis del COVID-19 y los cambios en el derecho del trabajo", Editorial, RDS núm. 89 (2020), pág. 1-10.

económicas, técnicas, organizativas o productivas (ETOP)<sup>23</sup>. Es un sistema complejo, al igual que compleja está siendo la evolución de la pandemia y la necesaria adaptación legislativa a esta evolución que ha hecho necesario adaptar los ERTEs y por ende el sistema de exoneración a la Seguridad Social configurado en relación con los mismos, por lo que –a nuestro juicio– se hace conveniente analizarlo desde sus específicos textos normativos para una mejor comprensión de estos.

#### 4.1. RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económicos y social del COVID-19

Con la aprobación del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económicos y social del COVID-19, se inicia un conjunto de medidas en el ámbito laboral dirigidas fundamentalmente a conseguir el mantenimiento del empleo, en una escenario económico-laboral de gran incertidumbre como consecuencia de la pandemia.

Se establece un conjunto de medidas que pretendían adecuar los ERTEs tanto por fuerza mayor y ETOP, sin sustituir a la normativa en vigor a través del artículo 47 del ET y el RD 1483/2012, de 29 de octubre, adaptando el procedimiento a las circunstancias sobrevenidas. Adecuación que básicamente busca una necesaria agilidad en la tramitación de estos ERTEs, que para el caso de los ERTEs de fuerza mayor implicaban una resolución administrativa dictada en el plazo máximo de cinco días, y de la que dependía la posibilidad de suspensión o reducción con la consecuente posibilidad de solicitud de las prestaciones por desempleo. Esta es la razón de la introducción

---

<sup>23</sup> GARCIA RIOS, J.L. "Los ERTEs por rebrote, impedimento o limitación de la actividad de la empresa. tras su regulación en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre y su prórroga en el RDL 2/2021, de 26 de enero" *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240 (2021), pp. 121-160.

de las modificaciones a través de los complejos artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económicos y social del COVID-19<sup>24</sup>.

En dichos preceptos se contiene un conjunto de exenciones a las cuotas de Seguridad Social, que tienen como función principal reducir los costes de las empresas durante el período de duración del ERTE. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo<sup>25</sup>, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económicos y social del COVID-19, aquellos ERTEs por fuerza mayor –tanto por suspensión de contratos, como por reducción de jornada– aprobados en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, la TGSS exonera a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLGSS), así como en lo relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020, distinguiendo dos situaciones:

- Aquellas empresas que tuvieran – con fecha de referencia 29 de febrero– menos de 50 personas trabajadoras, en alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 100 % de la aportación empresarial
- Aquellas empresas que tuvieran –con fecha de referencia 29 de febrero– 50

o más personas trabajadoras en alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial

Es importante destacar respecto a estas exenciones tres matizaciones que se incorporan al propio artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. En primer lugar, se pone de manifiesto que dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 del TRLGSS.

En segundo lugar se señala que la exoneración de cuotas no se aplicará de oficio por la TGSS, sino que se aplicará a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadores y del período de suspensión o reducción de jornada.

Y en tercer lugar, se establece que las exoneraciones serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes, de las mutuas colaboradoras en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales, del Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de la aportación empresarial para desempleo y para la formación profesional y del Fondo de Garantía Salarial en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones<sup>26</sup>.

Hay que destacar que, como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 8/2020, de 17 de marzo, se establecieron una serie de especialidades en la tramitación de los ERTEs por fuerza mayor y ETOP, aplicándose a aquellos tramitados tras su entrada en vigor, es decir el 18 de marzo, aunque en los días previos y tras la declaración del Estado de Alarma se tramitaron ERTEs por fuerza mayor que no

<sup>24</sup> *In extenso*, COLLADO GARCIA, L., TRILLO PÁRRAGA, F.J., *ERTES por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19*, Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 122-129.

<sup>25</sup> Conviene señalar que este artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, fue modificado en su apartado 1º por la disposición final 1.1 y 2 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, si bien sin afectar ni a los meses aplicables, ni a los porcentajes.

<sup>26</sup> Esta "matización" sobre la imputación presupuestaria de las exoneraciones se introduce a través del RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, a través de su Disposición Final primera.

se sujetaron a estas especialidades de tramitación, pero que sí se pudieron beneficiar de las exenciones recogidas en su artículo 24 en virtud de la importante Disposición Transitoria 1ª apartado segundo del RDL 8/2020, de 17 de marzo, que prescribe que “las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones... previstas en el art. 24, serán de aplicación a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, siempre que deriven directamente del COVID-19”.

Recientemente el RDL 11/2021, de 27 de mayo, en el art.1.2 in fine señala que “desde el 1 de junio de 2021 y hasta el 30 de septiembre de 2021, resultarán aplicables a dichos expedientes de regulación temporal de empleo los porcentajes de exoneración recogidos en el apartado 3 de este artículo, para los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento en el desarrollo de la actividad autorizados en base a lo dispuesto en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, o en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo”.

#### **4.2. RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo**

Tras dos intensos y duros meses pandémicos (marzo y abril) su evolución epidemiológica empezó a producir lógicamente una mejora en la situación sanitaria que permitió la relajación de las medidas de contención sanitaria adoptadas por el gobierno, lo que hizo necesario plantear un nuevo escenario jurídico laboral y de Seguridad Social que permitiera compatibilizar la incorporación de parte de las personas trabajadoras –con mayor incidencia en unos sectores que en otros– con la necesidad de mantener las medidas de suspensión y reducción de jornada de otra parte

de éstas. Este escenario obliga a introducir importantes modificaciones legales, como los ERTES parciales, que suponía precisamente la posibilidad de ir reincorporando a las personas trabajadoras a sus puestos de trabajo y la permanencia de otra parte de estas personas trabajadoras en situación de suspensión o reducción de jornadas, o incluso la reincorporación de personas trabajadoras con una reducción de su jornada respecto de la que tenían en el momento de la suspensión. En definitiva, un escenario nuevo –en la evolución de la pandemia– desde el punto de vista laboral que implicaba una “cierta” reordenación de los ERTES, y que en consecuencia necesitaba de una modulación a su vez de las exenciones a la Seguridad Social recogidas en el comentado artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

Ante este nuevo escenario, el nuevo diseño de las exenciones – inteligentemente desde nuestro punto de vista –, pivota sobre dos elementos centrales, por un lado, seguir protegiendo el empleo con estas exenciones – para lo que fueron diseñadas– pero incorporando un segundo elemento que es la necesidad u objetivo de incentivar la reincorporación de las personas trabajadoras que tenían suspendida su relación laboral o reducida su jornada de trabajo, de tal manera que se configura un sistema donde las exenciones son mayores para las personas trabajadoras que se incorporan a su puesto de trabajo que para aquellas que permanecen en situación de suspensión o reducción de jornada en aquellas empresas que en esas fechas habían podido reiniciar sus actividades.

Así con efectos de 1 de mayo de 2020 se configura un sistema de exenciones variado y tipológico, con los siguientes porcentajes y en referencia a los meses de mayo y junio<sup>27</sup>:

<sup>27</sup> Las cotizaciones de los meses de mayo y junio se rigen por el RD 18/2020, que introduce una modificación legal en el número de trabajadores en la empresa, observando injustificadamente un resultado sensiblemente diferente en el porcentaje de las exoneraciones de las cotizaciones empresariales correspondientes a los meses de mayo y junio respecto de los meses de marzo y abril y como señala CASAS BAAMONDE M.E “La primera norma de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

- En aquellas empresas que se encontrasen con un ERTE en vigor de fuerza mayor en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo y no hubiesen reiniciado su actividad económica y laboral (conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 del RDL 18/2020, de 12 de mayo) y que tuviesen menos de 50 personas trabajadoras –con referencia a 29 de febrero de 2020–, se podía producir una exoneración por la TGSS del 100 % del abono de la aportación empresarial y cuotas por conceptos de recaudación conjunta. Si las citadas empresas contaban con 50 personas trabajadoras o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar supondría el 75 % de la aportación empresarial.
- En aquellas empresas (conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del RDL 18/2020, de 12 de mayo), que se encontrasen en fuerza mayor parcial y por ello hayan iniciado la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE a su puesto de trabajo, incluso con una reducción de jornada se establecía en este caso un doble escenario:
  - o Para las personas trabajadoras que reinicien su actividad laboral en empresas que tengan menos de 50 personas trabajadoras<sup>28</sup>, la exención supondrá el 85 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 70 % de la aportación
  - o Para las personas trabajadoras que continúen en la situación de suspensión de su actividad laboral en empresas de menos de 50 trabajadores, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 45 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020. Y para el caso de las empresas que tengan 50 o más personas trabajadoras, la exención supondrá el 45 % de la aportación empresarial devengada en mayo de 2020 y el 30 % de la aportación empresarial devengada en junio de 2020. En este supuesto descrito la exoneración se refiere tanto al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 TRLGSS, como a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

Es importante destacar que, aunque la exoneración se aplica por la TGSS, sigue siendo a instancia de la empresa, con la necesidad de comunicar la situación sobre el ERTE, total o parcial, y las personas trabajadoras afectadas bien en suspensión o reducción de jornada, hecho que se realiza con una mera declaración responsable.

A mayor abundamiento, cabe destacar como la DA Primera del RDL 18/2020, de 12 de mayo recogía la posibilidad, de establecer –mediante acuerdo de Consejo de Ministros– una prórroga de los ERTEs basados en fuerza mayor más allá del 30 de junio y, lo que es más importante para el caso de las exenciones, se abría la posibilidad de prorrogar –mediante el citado acuerdo– las exenciones para estos ERTEs basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de mayo, y plan-

en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo de Medidas Sociales en Defensa del Empleo, en *Diario la Ley* núm. 9648, de 8 de junio de 2020, para quien "hubiera sido deseable que el legislador gubernamental, o previamente los interlocutores sociales, explicasen el sentido de la innovación normativa, aportando de este modo seguridad jurídica".

<sup>28</sup> El cómputo de personas trabajadoras conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del RDL 18/2021, de 12 de mayo se realiza en referencia a 29 de febrero de 2020 y se computan tanto personas trabajadoras en alta, como en situación asimilada al alta.

teaba la posibilidad de extender las exenciones a los ERTEs basados en causas objetivas, como luego efectivamente se produjo.

#### 4.3. RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial

Nuevamente ante los continuos cambios en la situación pandémica, se siguió haciendo necesario la adaptación de las medidas dirigidas al mantenimiento del empleo (ERTEs) y su vinculación con la exoneración a las cuotas de Seguridad Social, si bien y por coherencia con los cambios en los ERTEs se produjeron variaciones en las cuantías de las exenciones y en las situaciones en las que resultaban de aplicación dichas exenciones, configurando un sistema de beneficios a Seguridad Social con una exagerada complejidad.

Con este nuevo RDL 24/2020, se prorrogan los ERTEs de fuerza mayor aprobados en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, hasta el 30 de septiembre de 2020, si bien se elimina la posibilidad de pedir nuevos ERTEs en base a dicho artículo 22.

Respecto a las empresas que se encuentran en ERTE de fuerza mayor total, es decir, que no hubiesen reanudado su actividad económica, y respecto a las personas trabajadoras incluidas en dicho ERTE a partir de 1 de julio, quedaban exoneradas del abono de la aportación empresarial y de las cuotas por conceptos de recaudación conjunta en los porcentajes siguientes<sup>29</sup>:

- Si las empresas tenían menos de 50 personas trabajadoras en alta<sup>30</sup>, el 70 % respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020; el 60 % res-

pecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020 y el 35 % respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020.

- Si las empresas tenían menos de 50 o más personas trabajadoras en alta<sup>31</sup>, el 50 % respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020; el 40 % respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020 y el 25 % respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020.

Las empresas que continuaban en ERTE total a partir de 1 de julio y para el caso de reiniciar esta actividad, se podrían seguir beneficiando de la exención de cuotas, pero en los términos recogidos en el artículo 4.1 del RDL 24/2020, de 26 de junio, con el límite de 30 de septiembre de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª, apartado 4º del RDL 24/2020, de 26 de junio y que vamos a ver a continuación.

Las empresas que ya contarán con un ERTE de fuerza mayor aprobado con anterioridad a 27 de junio de 2020 y que hubiesen reiniciado su actividad desde el 1 de julio, quedaban exoneradas del abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta, en los siguientes porcentajes:

- Para las personas trabajadoras que reinicien su actividad laboral en empresas que, a 29 de febrero de 2020, tenían menos de 50 personas trabajadoras, la exención suponía el 60 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020. Y para el caso de las empresas que contaban a 29 de febrero de 2020, con 50 o más personas trabajadoras la exención llegaba al

<sup>29</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero de la DA 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio, estas exenciones eran incompatibles con las recogidas en el artículo 4 del mismo RDL.

<sup>30</sup> En referencia a 29 de febrero de 2020, conforme a lo dispuesto en la DA1º del RDL 24/2020, de 26 de junio.

<sup>31</sup> En referencia a 29 de febrero de 2020, conforme a lo dispuesto en la DA1º del RDL 24/2020, de 26 de junio. In extenso, BLASCO LAHOZ J.F.: "Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19", *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 12 (2020), consultado en Smarteca.

40 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020.

- Para las personas trabajadoras que continuaban en la situación de suspensión de su actividad laboral en empresas de menos de 50 trabajadores, la exención alcanzará el 35 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020. Y para el caso de las empresas que tengan 50 o más personas trabajadoras, la exención suponía el 25 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020, en referencia tanto al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 TRLGSS como a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

Además, el RDL 24/2020, de 26 de junio, incorpora la posibilidad, antes no prevista, de que aquellas empresas que hubiesen realizado tanto la suspensión de contratos como la reducción de jornada laboral, por causas ETOP, en base al artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo –y que se hubiese realizado antes del 27 de junio de 2020–, así como aquellos ERTEs ETOP que proviniesen de un ERTE previo de fuerza mayor a partir de la fecha indicada anteriormente, también podían acceder a la exención de las cuotas a la Seguridad Social en la aportación empresarial y por conceptos de recaudación conjunta en los mismos términos señalados para el supuesto anterior.

Por último y como consecuencia de la ya citada imposibilidad de solicitar nuevos ERTEs por fuerza mayor, en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, se articula –a través de la Disposición Adicional 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio– la posibilidad para aquellas empresas que estaban viendo impedido el desarrollo de su actividad económica como consecuencia de nuevas restricciones o medidas adoptadas por las autoridades competentes y en relación a sus centros de trabajos afectados, de

solicitar un ERTE por fuerza mayor en base a lo dispuesto en el artículo 47.3 ET, conocidos comúnmente como ERTEs por rebrote. Una vez autorizado dicho ERTE por fuerza mayor por la autoridad laboral competente podían beneficiarse de las siguientes exenciones que se aplicarían sobre la aportación empresarial referida en el artículo 273.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre y por conceptos de recaudación conjunta<sup>32</sup>:

- El 80 % de la aportación empresarial devengada durante el periodo de cierre, y hasta el 30 de septiembre, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras a 29 de febrero de 2020.
- Para el caso de las empresas que hubieran tenido 50 o más personas trabajadoras, la exención alcanzará el 60 % de la aportación empresarial durante el periodo de cierre y hasta el 30 de septiembre.

Para este supuesto, y en caso de reanudación de la actividad con posterioridad a la aprobación de este ERTE por rebrote y con el límite ya citado del 30 de septiembre debían pasar y desde el momento de la reanudación, a aplicarse las exenciones previstas en el artículo 4.1 del RDL 24/2020, de 26 de junio, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª, apartado 4º del RDL 24/2020, de 26 de junio y a las que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Con carácter general y como en los anteriores Reales Decretos Leyes se establecen una serie de pautas comunes respecto a estas exenciones: se mantiene la necesidad de que la empresa inste a la TGSS a la aplicación de las exenciones con la presentación de declaración responsable, así como la necesidad de comunicar la renuncia expresa al ERTE, suponiendo la finalización de la aplicación de

<sup>32</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero de la DA 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio, estas exenciones eran incompatibles con las recogidas en el artículo 4 del mismo RDL.



las exenciones, en ambos casos la comunicación de la declaración responsable se realiza a través del denominado Sistema Red<sup>33</sup>; y por último se vuelve a matizar que estas exenciones se imputarán o bien al presupuesto de la Seguridad Social, Mutuas colaboradoras o del Servicio Público de Empleo Estatal o del Fondo de Garantía Salarial.

#### 4.3.1. *Exenciones a favor de las personas trabajadoras autónomas*

Entre las medidas de apoyo recogidas en el RDL 24/2020, de 26 de junio, y que de acuerdo con la exposición de motivos tenían “por objeto aliviar, en el ámbito de la Seguridad Social, de forma progresiva, la carga que el inicio o continuación de la actividad una vez levantado el estado de alarma debe asumir y que tienen sus consecuencias en la economía familiar”, se recogen en su artículo 8 una serie de exenciones en la cotización a la Seguridad Social y formación profesional a favor de las personas trabajadoras autónomas incluidas en el RETA o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar que el 30 de junio estuviesen de alta y percibiendo la prestación extraordinaria por cese de actividad<sup>34</sup>, con efectos a partir de 1 de julio de 2020: 100 % de las cotizaciones para el mes de julio, 50 % de las cotizaciones para el mes de agosto y el 25 % de las cotizaciones para el mes de septiembre<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> El Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema Red), se regula en la actualidad mediante la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo, por el que se regula Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social.

<sup>34</sup> Prestación extraordinaria por cese de actividad prevista en el artículo 17 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

<sup>35</sup> *In extenso*, CALVO VERGEZ J.: “La prestación extraordinaria diseñada para los trabajadores autónomos a resultas de la reducción de la actividad motivada por la crisis del COVID-19: principales rasgos configuradores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2021, BIB 2021/183.

#### 4.4. **RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo**

Con la aprobación del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, fruto del III Acuerdo Social en Defensa del Empleo entre los agentes sociales y Gobierno, el III ASDE supone un paso más en el proceso de adaptación legislativa a la evolución de la pandemia, y supone una “vuelta de tuerca” a la configuración de los ERTEs y las exenciones unidas a los mismos. Recientemente el RDL 11/2021, de 27 de mayo en su art. 4 prorroga las medidas de protección de las personas trabajadoras recogidas en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo hasta el 30 de septiembre de 2021.

De manera somera, esquemática si se quiere, el escenario dibujado respecto a los ERTEs implicaba la prórroga hasta el 31 de enero los ERTEs de fuerza mayor basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, que estuviesen vigentes. Se prevé igualmente la prórroga de los ERTEs denominados por rebrote y aprobados conforme a la disposición adicional 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio.

Se “crean” dos nuevas modalidades de ERTEs por fuerza mayor al amparo de los dispuesto en el artículo 2 del RDL 30/2020, de 19 de septiembre, distinguiendo entre ERTEs de fuerza mayor por impedimento, cuando y como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes las empresas vean imposibilitado la realización de su actividad económica, y los ERTEs de fuerza mayor por limitación cuando y como consecuencia de las medidas de contención adoptadas por la autoridades competentes las empresas vean limitada el desarrollo normalizado de su actividad económica.

Además, es importante resaltar la “categoría” de empresas creadas por la DA 1ª de este nuevo RDL 30/2020, de 29 de septiembre, denominada empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad,

afectadas por un ERTE de fuerza mayor, mostrándose esta “categoría” determinante para el acceso a exenciones en materia de Seguridad Social.

Respecto a los ERTEs (ETOP) vigentes se seguirán aplicando conforme a la comunicación final empresarial y hasta su término y admitiéndose la prórroga de estos ERTEs (ETOP) que finalicen tras la entrada en vigor del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, prórroga que debe tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, si bien con las especialidades a las que se refiere el artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. Se adopta así una medida de continuidad para la tramitación de estos ERTEs vinculados a la COVID-19 de las especialidades recogidas en el artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

Tras este nuevo escenario de adaptación legislativa de los ERTEs, por coherencia se reorganizan las exenciones a cuotas y conceptos de recaudación conjunta que acompañan a estos ERTEs como garantía de manteniendo de empleo en el que se pueden distinguir dos grandes bloques, las exenciones recogidas en la DA 1ª y las recogidas en el artículo dos.

La DA 1ª establece la exención –con el tramo temporal comprendido desde el 1 de octubre de 2020 a 31 de enero de 2021– del abono de la aportación empresarial a la cotización y por conceptos de recaudación conjunta, para un conjunto de empresas en función de la situación en la que se encontrasen en relación con los ERTEs, tanto de fuerza mayor como ETOP, estableciendo consecuentemente unos porcentajes a aplicar para estos casos descritos. Estas empresas a las que se les podía aplicar las exenciones en virtud de esta DA 1ª eran:

- Las empresas a las que se prorrogue automáticamente el ERTE por fuerza mayor por estar vigente, basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, y que tuviesen la consideración de pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y

una reducida tasa de recuperación de actividad, y que se recogen en el Anexo del citado RDL 30/2020, de 29 de septiembre, a través de distintos códigos de la CNAE-09.

En este supuesto recogido hay que destacar una consecuencia, que generó cierto malestar en algunos sectores económicos, ya que implicaban la no aplicación generalizada de las exenciones a todos los ERTEs por fuerza mayor prorrogados y vigentes tras este RDL 30/2020, de 29 de septiembre, aprobados en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. Ello es así porque las empresas que no estuviesen recogidas en el anexo del RDL 30/2020, de 29 de septiembre o no hubiesen sido declaradas dependientes indirectamente o integrantes de la cadena de valor de las empresas recogidas en el Anexo quedaban fuera de esta posibilidad de aplicarse exenciones recogidas en la DA 1ª.

- Las empresas que transiten desde un ERTE de fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a un ERTE ETOP durante la vigencia del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la CNAE-09 recogidos en el Anexo del citado RDL 30/2020, de 29 de septiembre.
- Las empresas que tuviesen un ERTE (ETOP) en base al artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a las que se refiere el artículo 4.2 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, cuya actividad estuviese incluida en alguno de los códigos de la CNAE-09 recogidos en el Anexo del RDL 30/2020, de 27 de septiembre.
- Aquellas empresas que, hubiesen obtenido la calificación –por la autoridad laboral competente– como dependientes indirectas o integrantes de la cade-

na de valor, transiten de un ERTE de fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a un ERTE (ETOP) conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre.

Los porcentajes que estas empresas se podrían exonerar respecto de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE que reinicien su actividad a partir del 1 de octubre de 2020, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del RDL 18/2020, de 12 de mayo, por los periodos y porcentajes de jornada trabajados a partir del 1 de octubre de 2020 y, respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021 y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, eran, en ambos casos, los siguientes:

- El 85 % de la aportación empresarial devengada entre los meses de octubre del año 2020 y enero del año 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.
- El 75 % de la aportación empresarial devengada entre los meses de octubre del año 2020 y enero del año 2021, cuando la empresa hubiera tenido 50 personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.

Respecto a las dos “nuevas” modalidades de ERTEs por fuerza mayor como son los ERTEs por impedimento o limitación se establecen sus correspondientes exenciones en los siguientes términos:

- a) Para los ERTEs de fuerza mayor por impedimento, previstos en el artículo 2.1 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, –recordemos que son aquellos supuestos en los que la empresa ve impedido el desarrollo de su actividad en el centro de trabajo por las medidas

de contención sanitaria aprobadas<sup>36</sup>– autorizados por la autoridad laboral y respecto de las personas que tengan suspendida su relación laboral podrán beneficiarse respecto del abono de la aportación empresarial referida en el artículo 273.2 TRLGSS y de cuotas por conceptos de recaudación conjunta, por lo siguientes porcentajes y tiempo:

- 100 % de la aportación empresarial durante la duración del cierre del centro de trabajo y hasta el 31 de enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.
- 90 % de la aportación empresarial durante la duración del cierre del centro de trabajo y hasta el 31 de enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.

Respecto a estos ERTEs por impedimento resulta preciso señalar que existen dos momentos en los que se pueden poner fin a las exoneraciones, que vienen a coincidir con los dos momentos de la finalización de estos ERTEs. Por un lado, si llegado el momento del levantamiento de la medida de contención y por ello pudiendo reanudar su actividad el ERTE pierde su vigencia y por ello se dejaría de aplicar las exenciones, sin perjuicio de solicitar un ERTE por limitación –si se daban las circunstancias– y aplicarse las exenciones previstas para dicho supuesto, o bien, la fecha del 31 de enero del 2021 que figuraba en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, como un límite a la vigencia del ERTE y la aplicación de las exenciones, En el caso de los ERTEs de fuerza mayor por limitación previsto en el artículo 2.2 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre – recordemos que son aquellos supuestos en los

<sup>36</sup> Con más detalle, GARCIA RIOS J.L. “Los ERTEs por rebrote, impedimento o limitación de la actividad de la empresa. tras su regulación en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre y su prórroga en el RDL 2/2021, de 26 de enero” ... *o p. cit.*

que la empresa ve limitado (que no impedido) el desarrollo de su actividad en el centro de trabajo por las medidas de contención sanitaria— autorizados por la autoridad laboral, los porcentajes de exoneración, respecto del abono de la aportación empresarial referida en el artículo 273.2 TRLGSS y de cuotas por conceptos de recaudación conjunta, previsto para su aplicación por estas empresas eran:

- Para el caso de las personas trabajadoras que tengan la actividad laboral suspendida como consecuencia de estos ERTEs, la exención para la aportación empresarial devengada entre los meses de octubre del año 2020 y enero del año 2021 supondrá el 100 % para el mes de octubre, 90 % para el mes de noviembre, 85 % para el mes de diciembre y 80 % para el mes de enero, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.
- Para el caso de las personas trabajadoras que tengan la actividad laboral suspendida como consecuencia de estos ERTEs, la exención para la aportación empresarial devengada entre los meses de octubre del año 2020 y enero del año 2021 supondrá el 90 % para el mes de octubre, 80 % para el mes de noviembre, 75 % para el mes de diciembre y 70 % para el mes de enero, cuando la empresa hubiera tenido 50 o más personas trabajadoras en alta en referencia a 29 de febrero de 2020.

Y desde el 1 de junio de 2021, las anteriores exoneraciones se han visto modificadas recientemente a tenor del art. 1.4 RDL 11/2021, de 27 de mayo, respecto de las personas trabajadoras y respeto del abono de la aportación empresarial recogida en el art. 273.2 TRLGS, así como del relativo a las cuotas de recaudación conjunta, aplicables a estos expedientes,

desde el 1 de junio de 2021 hasta 30 de septiembre 2021<sup>37</sup> siendo las siguientes:

- Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que tengan sus actividades suspendidas, y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención respecto de la aportación empresarial devengada en los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2021, alcanzará el 85 %, 85 %, 75 % y 75 %, respectivamente, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.
- Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que tengan sus actividades suspendidas, y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención respecto de la aportación empresarial devengada en los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2021 alcanzará el 75 %, 75 %, 65 % y 65 %, respectivamente, cuando la empresa hubiera tenido cincuenta o más personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.

<sup>37</sup> "Será también de aplicación con relación a las exenciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en el artículo 24 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en el artículo 4 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en el artículo 4, 8 y disposición adicional primera del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, en el artículo 2 y disposición adicional primera del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, en el artículo 7 del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, y en los artículos 1 y 2 y disposición adicional primera del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, desde la correspondiente fecha de entrada en vigor de las referidas disposiciones" DA 4ª. 2 RDL 11/2021, 27 de mayo.

Por último, cabe citar que los denominados ERTEs por rebrote, aprobados conforme a lo dispuesto en el apartado segundo de la DA 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio, se mantenían vigentes en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias, y por ello la DT Única del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, estableció la posibilidad de poder seguir beneficiándose en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2020, y hasta el 31 de enero de 2021, de los mismos porcentajes de exoneración previstos para los ERTEs por impedimento.

Como aspectos comunes a todos los supuestos de exención señalar y de manera reiterativa –respecto a los anteriores RDL– la aplicación de las exenciones por parte de la TGSS responderá a una solicitud de la empresa a través de la presentación de una declaración responsable. Se mantiene la obligación de comunicar a la TGSS –también a la autoridad laboral– la renuncia expresa del ERTEs lo que implica la finalización de la aplicación de las exenciones, en ambos casos la comunicación de la declaración responsable se realiza a través del denominado Sistema Red. Y como no puede ser de otra manera, se mantiene la consideración de que estas exenciones no tengan efectos para las personas trabajadoras, por lo que se mantiene como periodos cotizados a todos los efectos, volviéndose a matizar que estas exenciones se imputarán o bien al presupuesto de la Seguridad Social, Mutuas colaboradoras o del Servicio Público de Empleo Estatal o del Fondo de Garantía Salarial.

#### 4.4.1. Exenciones a favor de las personas trabajadoras autónomas

Con la entrada en vigor del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, y con fecha de referencia a 1 de octubre se reconoce el derecho de las personas trabajadoras incluidas en el régimen especial de trabajadores autónomos una prestación económica de cese de actividad de naturaleza extraordinaria cuando se vean en la obligación de cesar en todas las actividades en

las que estuviesen de alta en dicho régimen, cuando dicha obligación derive de una decisión adoptada por la autoridad competente y en relación al COVID-19.

En este supuesto descrito, mientras permanezca la actividad suspendida y puesto que se mantiene el alta en el RETA, quedan las personas trabajadoras autónomas exoneradas de la obligación de cotizar. Exoneración que se aplica desde el día del cierre y la imposibilidad de desarrollar la actividad económica hasta el último día del mes siguiente al levantamiento de la medida, entendiéndose este periodo como cotizado.

Con la entrada en vigor del RDL 2/2021 de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, y en virtud de su Disposición Derogatoria Única, se deroga el artículo 14 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre donde se recogía esta posibilidad de exención que ha sido contemplada y ampliada en el art. 5 del RDL 11/2021, de 27 de mayo para los trabajadores autónomos incluidos en el RETA, o Autónomos o en Régimen Especial del Mar, que a partir del 1 de junio estuvieran en alta en estos regímenes y que a fecha de 31 de mayo percibieran alguna de las prestaciones por cese de actividad contempladas en los arts. 6 y 7 del RDL 2/2021, de 26 de enero, tendrán derecho a una exención de las cotizaciones a la Seguridad Social y formación profesional en las siguientes cuantías<sup>38</sup>:

- \* 90 % de las cotizaciones correspondientes al mes de junio.
- \* 75 % de las cotizaciones correspondientes al mes de julio.
- \* 50 % de las cotizaciones correspondientes al mes de agosto.
- \* 25 % de las cotizaciones correspondientes al mes de septiembre.

<sup>38</sup> Para que sean aplicables estos beneficios en la cotización los trabajadores autónomos deberán mantener el alta en el correspondiente régimen especial de la Seguridad Social hasta el 30 de septiembre de 2021 Art. 5.1 RDL 11/2021, 27 de mayo.



#### 4.5. RDL 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria

Aunque no puede atribuirse al RDL 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria una revisión de los ERTEs realizada hasta el momento de su aprobación, es necesario referirnos a él, ya que introduce una extensión de las exenciones a determinadas empresas.

A través del artículo 7, el citado RDL 35/2020, de 22 de diciembre, establece exenciones en la aportación empresarial y por conceptos de recaudación conjunta tanto para personas trabajadoras que reinicien su actividad (desde 1 de diciembre o ya la hubiesen reiniciado) o se mantengan en el ERTE respecto de aquellas empresas que tuviesen un ERTE por fuerza mayor aprobado en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, vigente y prorrogado conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre y hasta el 31 de enero, siempre que su actividad económica estuviese incluida en alguno de los siguientes códigos de la CNAE-09: 4634 (Comercio al por mayor de bebidas), 5610 (Restaurantes y puestos de comidas), 5630 (Establecimientos de bebidas), 9104 (Actividades de los jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales) y 9200 (Actividades de juegos de azar y apuestas) en los siguientes porcentajes:

- a) El 85 % de la aportación empresarial devengada en diciembre de 2020 y enero de 2021, para empresas de menos de 50 personas trabajadoras.
- b) El 75 % de la aportación empresarial devengada en diciembre de 2020 y enero de 2021, para empresas de 50 o más personas trabajadoras.

En realidad, lo que supone este artículo 7 del RD es ampliar el anexo recogido en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre respecto de aquellas empresas a las que se refería la

DA 1ª del citado RDL 30/2020, de 29 de septiembre, como así se pone de manifiesto en la exposición de motivos del RDL 2/2021, de 26 de enero, al señalar que el artículo 7 del citado RDL 35/2020, realiza “una revisión de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-09– considerados en el III ASDE en base a los criterios acordados en el seno del diálogo social, incorporándolos a la protección reforzada señalada en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, con el objetivo expreso de establecer medidas para garantizar la sostenibilidad y la protección del empleo en empresas pertenecientes a determinados sectores respecto de los cuales se ha acreditado una especial vulnerabilidad e incidencia sobrevenida de los efectos económicos y sociales de la pandemia”.

#### 4.6. RDL 2/2021 de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo

La continuidad del proceso de adaptación normativa a la evolución de la pandemia tiene un nuevo episodio con la aprobación del RDL 2/2021 de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, fruto del IV Acuerdo Social en Defensa del Empleo (IV ASDE).

De manera concisa se puede afirmar que con un planeamiento similar a anteriores modificaciones de los ERTEs, se produce la prórroga automática y hasta el 31 de mayo de 2021 de los ERTEs por fuerza mayor que fueron aprobados en base al artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, así como los ERTEs denominados por rebrote y aprobados en base a la DA 1ª del RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

También los ERTEs por impedimento se prorrogan y por ello mantienen su vigencia los aprobados en base a lo dispuesto en el 2.1 del



RDL 30/2020 de 29 de septiembre. Se recoge igualmente la posibilidad de solicitar nuevos ERTEs por impedimento en base a lo dispuesto en el artículo 2.1 del RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, entre el 1 de febrero y hasta el 31 de mayo, siempre no tuviesen un ERTE por impedimento en vigor o de limitación, en los términos del artículo 2 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre.

En términos similares se refiere la norma a los ERTEs por limitación, al prorrogarse automáticamente hasta el 31 de mayo de 2021 aquellos ERTEs vigentes por limitación, admitiéndose igualmente la posibilidad de solicitar un nuevo ERTE por limitación siempre que las empresas no tuviesen un ERTE por impedimento en vigor o de limitación, en los términos del artículo 2 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre.

Se recoge respecto a estos ERTEs por impedimento o limitación una importante novedad como es la posibilidad de las empresas para pasar de la situación de impedimento a limitación o viceversa, posibilidad que obedece a la modulación e intensidad de las medidas de contención sanitaria adoptadas por las autoridades competentes.

Como no podía ser de otra manera se produce una nueva regulación –en términos muy similares, aunque no idénticos– de las exenciones a aplicar por las empresas que se encuentran en los ERTEs descritos.

Por lo pronto, la DA 1ª del RDL 2/2021, de 26 de enero, establece la exoneración entre el 1 de febrero y 31 de mayo de 2021 del abono de la aportación empresarial a la cotización a Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta respecto de las personas trabajadoras afectadas por un ERTE que reinicien su actividad a partir del 1 de febrero de 2021, o que la hubieran reiniciado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, así como de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas entre

el 1 de febrero y 31 de mayo 2021, en los porcentajes siguientes:

- El 85 % de la aportación empresarial devengada entre febrero y mayo de 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas trabajadoras de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.
- El 75 % de la aportación empresarial devengada entre febrero y mayo de 2021, cuando la empresa hubiera tenido 50 o más personas trabajadoras de alta a 29 de febrero de 2020.

Sin embargo, estas exoneraciones no afectan a todas las empresas que tuviesen prorrogados los ERTEs por fuerza mayor o accedan a un ERTE (ETOP), sino que podrán beneficiarse las siguientes empresas:

- Las empresas a las que se prorrogue automáticamente el ERTE por fuerza mayor por estar vigente, basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, y que tengan la consideración de pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTES y una reducida tasa de recuperación de actividad, y que se recogen en el Anexo del citado RDL a través de códigos CNAE-09.
- Las empresas que transiten entre el 1 de febrero al 31 de mayo de 2021, desde un ERTE de fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a un ERTE ETOP durante la vigencia del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la CNAE-09 recogidos en el Anexo citado anteriormente.
- Empresas a las que se refieren las letras b) y c) del apartado 3 de la DA 1ª del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, que teniendo un ERTE basado en el artículo 23 del RDL 8/2020, de

17 de marzo que hubieran tenido derecho a las exenciones reguladas en la citada DA 1ª, comprendidas en el Anexo del citado RDL 2/2021, de 26 de enero en referencia a su código CNAE-09– previstos en el anexo de la presente norma, tomando como referencia la entrada en vigor del RDL 2/2021, de 26 de enero.

- Aquellas empresas que, hubiesen obtenido la calificación –por la autoridad laboral competente– como dependientes indirectas o integrantes de la cadena de valor, a las que o bien: se les prorroga el ERTE por fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo; o hayan transitado de un ERTE de fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a un ERTE (ETOP) conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre o que transiten desde el 1 de febrero a 31 de mayo.

En este supuesto es necesario destacar que la calificación de una empresa como integrante de la cadena de valor o con dependencia indirecta respecto de empresas pertenecientes a sectores con elevada tasa de cobertura por ERTE o reducida tasa de recuperación de la actividad económica, son aquellas declaradas por la autoridad laboral conforme al procedimiento y periodo temporal establecido en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, a través de su DA 1ª<sup>39</sup>, no pudiendo fuera de este periodo ser calificadas como tal ninguna empresas.

Los ERTEs por impedimento aprobados en base al artículo 2.1 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, como se ha dicho, se mantienen vigentes de acuerdo con la reso-

lución de la autoridad laboral que los reconoce, y mientras dure el impedimento para desarrollar la actividad económica –pues dicho impedimento se puede levantar antes del 31 de mayo– y como máximo hasta el 31 de mayo del 2021 se mantienen las mismas exenciones que las previstas en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre.

Los ERTEs por limitación basados en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, y siempre que estuviesen vigentes, se prorrogarán automáticamente hasta el 31 de mayo de 2021, siéndoles de aplicación desde el 1 de febrero de 2021 las siguientes exoneraciones:

- Respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, la exención respecto de la aportación empresarial devengada en los meses de febrero a mayo de 2021 alcanzará el 100 % para el mes de febrero, 90 % para el mes de marzo, 85 % para el mes de abril y 80 % para el mes de mayo, cuando la empresa tenga menos de 50 personas trabajadoras de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.
- Respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas, la exención respecto de la aportación empresarial devengada en los meses de febrero a mayo de 2021 alcanzará el 90 % para el mes de febrero, 80 % para el mes de marzo, 75 % para el mes de abril y 70 % para el mes de mayo, cuando la empresa hubiera tenido 50 o más personas trabajadoras de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.

Y, por último, los ERTEs por rebrote aprobados en base a lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera del RDL 24/2020, de 26 de junio, se han prorrogado –siempre que estuviesen vigentes y en los términos de su resolución– y se beneficiarán de

<sup>39</sup> Se estableció por la DA 1ª del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, un periodo comprendido entre el 5 y 19 de octubre de 2020 para solicitar la declaración de empresa dependiente o integrante de la cadena de valor de las citadas empresas.

las exenciones previstas para los ERTEs por impedimento entre 1 de febrero y hasta 31 de mayo 2021.

#### 4.6.1. *Exenciones a favor de las personas trabajadoras autónomas*

El RDL 2/2021, de 26 de enero, establece en su artículo 5 –al igual que su antecesor– la exoneración de cotizar a los trabajadores autónomos durante el periodo de tiempo en el que tenga suspendida su actividad y cobren la prestación extraordinaria de cese de actividad, extendiéndose desde el primer día del mes del cierre de actividad hasta el último día del siguiente mes al que se levante dicha medida o en su defecto hasta 31 de mayo de 2021, si esta es anterior, entendiéndose este periodo como cotizado.

Esta posibilidad es extensible, en virtud de lo dispuesto en la DT 2ª a aquellos trabajadores autónomos que tuvieran reconocida la prestación extraordinaria por cese de actividad reconocida conforme al artículo 13.1 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, al prorrogarse dicha prestación hasta el 31 de mayo, o antes si se reinicia la actividad.

### 5. BONIFICACIONES PARA PERSONAS CON CONTRATO FIJO DISCONTINUO EN EL SECTOR DEL TURISMO Y HOSTELERÍA

Conviene también, finalmente, hacer referencia a este supuesto de bonificación para trabajadores fijos discontinuos, utilizado en pandemia como recurso deducible a las cuotas de la Seguridad Social.

Con la aprobación del RDL 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, se establecen en su artículo 13, unas “Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de

turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística”, tal como anuncia la rúbrica de dicho precepto.

A través de este artículo se ponen a disposición de ciertos sectores especialmente castigados por la pandemia como son el sector turístico, comercio y hostelería –siempre que éste último se encuentre vinculado a la actividad turística– unos instrumentos especialmente dirigidos al mantenimiento del empleo ya que se prevé respecto de los trabajadores fijos discontinuos de las empresa de estos sectores un sistema de bonificación del 50 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como por los conceptos de recaudación conjunta –Desempleo, FOGASA y Formación profesional– de dichas personas trabajadoras que inicien o mantengan en alta durante los meses de febrero a junio de 2020 la ocupación de las personas trabajadoras con contratos de carácter fijo discontinuo<sup>40</sup>.

Con la aprobación del RDL 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, y de acuerdo con lo dispuesto en la propia exposición de motivos por especial afectación del sector de la hostelería y la restauración y –de manera excepcional, según la exposición de motivos– se extienden estas bonificaciones en los términos descritos a los meses de julio a octubre, conforme a lo dispuesto en la DA 4ª. Es en este precepto donde se señala la compatibilidad de estas bonificaciones con las exenciones que puedan aplicarse, sin que in ningún caso pueda suponer la aplicación de bonificación y exención la superación del 100 % de la cuota empresarial a ingresar.

<sup>40</sup> El citado artículo 13 del RDL 7/2020, de 12 de marzo, establecía la matización que, para las comunidades autónomas de Illes Balears y Canarias, durante los meses de febrero y marzo de 2020, “sería de aplicación la bonificación establecida en el Artículo 2 del Real decreto ley 12/2019 de 11 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la apertura de procedimientos de insolvencia del grupo empresarial Tomás Cook”.

Extensión que, en virtud la DA 3ª del RDL 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria se prolonga durante los meses de abril a octubre de 2021 la ocupación de las personas trabajadoras con contratos de carácter fijo discontinuo.

Estas bonificaciones se aplicarán a instancia de las empresas a través de declaraciones responsables que necesariamente deberán identificar a las personas trabajadoras de que se trate, precisando igualmente que las mismas se financiarán con cargo a los presupuestos del SEPE en su partida presupuestaria correspondiente, al considerarse vinculadas al programa de fomento de empleo

## 6. EXENCIONES Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO

Como se ha podido apreciar, la normativa emanada durante el estado de alarma ante la pandemia del COVID-19 ha supuesto un inmenso esfuerzo en términos de financiación pública, no sólo en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo durante la regulación temporal de empleo, sino también y de manera muy importante, respecto a las exoneraciones de las contribuciones sociales por parte de las empresas, que buscaban aliviar la carga contributiva de éstas, evitando por esa vía que se optara por el ajuste de empleo vía despidos como respuesta a la crisis. Por ello, uno de los elementos que acompañan la técnica de la exoneración de cotizaciones sociales es la de condicionar ésta a la finalidad general que busca todo el conjunto de medidas de tratamiento legal frente a la crisis sanitaria y económica derivada del COVID-19, que no es otra que la del mantenimiento del empleo en las empresas beneficiadas de este tratamiento favorable. Por otra parte, algo que ya en algunos antecedentes de la regulación temporal de empleo por fuerza mayor se había venido afirmando, como se ha podido analizar en este mismo escrito.

De esta manera, la redacción inicial de la DA 6ª del RDL 8/2020, de 17 de marzo, establecía la llamada “salvaguarda del empleo” en las empresas acogidas a las medidas de protección establecidas en el ámbito de aplicación del RDL 8/2020. Expresamente se señala que estas empresas se sujetaban al compromiso de “mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”, si bien no se establecía una consecuencia respecto de las exenciones de las que se podían beneficiar las empresas en virtud del artículo 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, por el incumplimiento del mantenimiento del empleo. De manera implícita “planeaba” y así se apuntaba en algunas aportaciones doctrinales, la necesidad de devolución de los posibles beneficios en materia de Seguridad Social, aunque expresamente nada decía sobre tal tema de manera explícita la redacción inicial de la DA 6ª de la citada norma<sup>41</sup>.

Dicha devolución de los beneficios de la Seguridad Social se precisó, con la modificación de la DA 6ª en virtud de la DF 1ª punto 3 del RDL 18/2020, de 12 de mayo, al añadir el apartado 5 a la misma y establecer que las “empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar”.

La salvaguarda del empleo garantizada durante el plazo de seis meses desde la fecha de la reanudación de la actividad que se considera incumplida si se produce el despido o extinción de los contratos salvo en los supuestos previstos en el segundo párrafo de la DA 6ª citada, considerados por tanto nulos por

<sup>41</sup> FALGUERA BARÓ, M. A.: *Los ERTes en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Editorial Bomarzo. Albacete. 2020, pág. 103.

oponerse a lo establecido en la norma, se conecta además directamente con la validez de las exoneraciones del importe de las cotizaciones efectuadas, y como tal se ha recogido en los sucesivos RDLs durante la pandemia. Así, el RDL 24/2020, de 26 de junio, extendía el compromiso de empleo a las empresas que aplicasen un ERTE (ETOP), matizando que “para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del presente real decreto-ley, el plazo de 6 meses del compromiso al que se refiere este precepto empezará a computarse desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley”. El RDL 30/2020, de 29 de septiembre, por su parte, mantiene –a través de su artículo 5– vigentes los compromisos de mantenimiento de empleo y añade que las empresas que “reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de los preceptos a los que se refiere el apartado 1, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado”. Finalmente, el RDL 2/2021, de 26 de enero, se manifiesta en términos similares a como lo ha hecho el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, respecto a este mantenimiento del empleo y que el art. 3.4 del RDL 11/2021, de 27 de mayo conserva al fijar expresamente que “la salvaguarda del empleo será de aplicación de acuerdo con lo previsto en el art. 5 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, en relación con los periodos anteriores y con el que se deriva de los beneficios recogidos en el nuevo marco legal que entra en vigor el 28 de mayo de 2021”.

La relación entre exoneraciones en las cotizaciones y la salvaguarda de empleo pos-

terior ha resultado polémica en varias cuestiones sintetizadas en las siguientes: dudas sobre la extensión de este mantenimiento, si debe ser observado desde un punto de vista individual o colectivo, sobre las consecuencias laborales por el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo –nulidad o improcedencia del despido– y, sobre todo, y es lo que nos interesa en este análisis, sobre el alcance de la obligación de devolución de las cotizaciones dejadas de ingresar en caso de incumplimiento del mantenimiento del empleo. Este último tema es el que se va a abordar a continuación.

Sobre el alcance de la obligación de la devolución de las cotizaciones se planteaban las dudas iniciales en torno a dos posibilidades: por un lado, la necesidad de devolución de la totalidad de las cuotas dejadas de ingresar por el incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo independientemente de si este incumplimiento afectaba a una o varias personas trabajadoras, y por otro lado se planteaba la posibilidad que en aplicación del principio de proporcionalidad se estuviese ante la obligación de devolución de cuotas dejadas de ingresar en referencia exclusiva de la persona trabajadora afectada por el incumplimiento del mantenimiento del empleo.

A este respecto la DG de Trabajo en sendos criterios de interpretación<sup>42</sup> sobre esta cuestión vino a aclarar que la DA 6ª del RDL 8/2020, de 17 de marzo, establece un “vínculo” entre el necesario mantenimiento del empleo y la aplicación de las medidas recogidas para reducir el impacto negativo en la actividad económica y laboral desplegadas por las empresas en esta situación de pandemia. Vínculo que deriva en obligación para las empresas que hayan reducido la jornada de trabajo o suspensión de la relación laboral a través de ERTEs primero por fuerza mayor y luego también por causas ETOP y en las que se haya aplicado o estén aplicándose las posi-

<sup>42</sup> DGT-SGON-863 CRA de 7 de abril de 2020 y DGT-SGON-850 CRA de 11 de abril de 2020.



bles exoneraciones o reducciones de las cuotas a la Seguridad Social. Por lo que en caso de incumplimiento deviene la obligación de reintegrar las distintas aportaciones empresariales y conceptos de recaudación conjuntas dejadas de ingresar por las empresas, si bien, tanto en los Criterios de la DGT de 7 y 11 de abril de 2020 no se establecía, ni se aclaraba el posible alcance de dicha obligación, si total o solo en relación con las personas trabajadoras por el que se había incumplido dicha obligación de mantenimiento.

La necesaria aclaración se produjo a través de una nota informativa del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social-en referencia a la interpretación dada sobre la cuestión por la Dirección General de Trabajo- que afirmaba que, en caso de incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo, se debe producir el reintegro total de los beneficios de la Seguridad Social en forma de exención o reducción, “sin que quepa deducir que alcanza sólo el importe de las exoneraciones correspondientes al trabajador que es despedido”<sup>43</sup>.

Este criterio es en efecto coherente con la salvaguarda del empleo como efecto útil de las exoneraciones de las cotizaciones empresariales, y de manera indirecta dificulta además la adopción de medidas de rescisión unilateral de los contratos de los trabajadores y de las trabajadoras recuperados por las empresas tras hallarse en la regulación temporal de empleo, puesto que más allá de la calificación del despido como nulo o improcedente, la empresa deberá proceder a ingresar las cotizaciones exoneradas de la totalidad del contingente laboral por el que se ha eximido de tales contribuciones. Sin embargo, esta tesis ha sido cuestionada doctrinalmente defendiendo la tesis de la devolución in-

dividual o “devolución nominal” como sostienen Beltran de Heredia<sup>44</sup> o Falguera Baró<sup>45</sup>, pero la dicción literal del precepto no parece permitir una interpretación en ese sentido, que resulta además disfuncional al objetivo central de conservar el empleo en estas empresas en un plazo mínimo de seis meses una vez que recuperan la normalidad productiva al cual está encaminado el mecanismo del ERTE en todas sus variantes.

## 7. MORATORIAS Y APLAZAMIENTOS SOBRE LA COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

La inclusión de este tema como objeto de análisis responde a la necesidad de poner de manifiesto como la búsqueda de medidas de apoyo a empresas y autónomos no se han circunscrito a los ERTES y exenciones en materia de Seguridad Social, sino que también se han buscado fórmulas o instrumentos que han pretendido proporcionar a las empresas y autónomos mecanismos facilitadores para superar la situación económica negativa como consecuencia de la COVID-19.

Entre estas medidas se ha recogido la posibilidad de moratorias y aplazamientos sobre la cotización a la Seguridad Social tanto para empresas como para autónomos. Concretamente, a través de los artículos 34 y 35 del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económicos para hacer frente al COVID-19<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I: “La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6ª RDL 8/20): guía interpretativa para su aplicación.”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>

<sup>45</sup> FALGUERA BARÓ, M. A.: *Los ERTES en la legislación extraordinaria...*, o p., cit., págs. 103-104.

<sup>46</sup> Modificado por los RDL 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, en su artículo 34 y por el RDL 15/2020, de 21



## 7.1. Moratorias

A través de lo dispuesto en el citado artículo 34 del RDL 11/2020, las empresas y las personas trabajadoras por cuenta propia, podrán obtener por parte de la TGSS moratorias de hasta 6 meses sin intereses o recargos, previa solicitud de los mismos y con el cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente<sup>47</sup>, respecto al pago de las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta para el caso de las empresas y para el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia a las cuotas de estas, por el periodo de referencia de los meses de abril y junio del año 2020 y para el caso de las empresas y para el caso de los trabajadores por cuenta propia entre mayo y julio del año 2020, advirtiéndose que las actividades que realicen no se encuen-

de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo en su artículo 35.

<sup>47</sup> Dicho desarrollo reglamentario se ha producido mediante la Orden ISM/2020, de 24 de abril, en cuyo artículo único establece: "La moratoria en el pago de cotizaciones sociales prevista en el artículo 34 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, resultará de aplicación a las empresas y a los trabajadores por cuenta propia cuya actividad económica, entre aquellas que no se encuentren suspendidas con ocasión del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, esté incluida en los siguientes códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-2009):

119 (Otros cultivos no perennes).

129 (Otros cultivos perennes).

1812 (Otras actividades de impresión y artes gráficas).

2512 (Fabricación de carpintería metálica).

4322 (Fontanería, instalaciones de sistemas de calefacción y aire acondicionado).

4332 (Instalación de carpintería).

4711 (Comercio al por menor en establecimientos no especializados, con predominio en productos alimenticios, bebidas y tabaco).

4719 (Otro comercio al por menor en establecimientos no especializados).

4724 (Comercio al por menor de pan y productos de panadería, confitería y pastelería en establecimientos especializados).

7311 (Agencias de publicidad).

8623 (Actividades odontológicas).

9602 (Peluquería y otros tratamientos de belleza).

tren suspendidas como consecuencia del Estado de alarma decretado por Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo.

## 7.2. Aplazamientos

Junto con las moratorias, el artículo 35 del citado RDL 11/2020 establece la posibilidad tanto para empresas como para personas trabajadoras por cuenta propia el aplazamiento –previa solicitud– antes del transcurso de los 10 primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso y con un interés del 0,5 %<sup>48</sup>.

Una cuestión con efectos prácticos importantes es modificación introducida por el RDL 15/2020, de 21 de abril, que fija la incompatibilidad de la moratoria y el aplazamiento, así como el hecho de que la solicitud de aplazamiento supone "la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las deudas afectadas por el mismo y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución".

A mayor abundamiento la DF 43<sup>a</sup> de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuesto General del Estado para el año 2021, establece que: "Las empresas y los trabajadores por cuenta propia incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, siempre que se encuentren al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social y no tuvieran otro aplazamiento en vigor, podrán solicitar a través del aplazamiento regulado en este artículo, directamente o a través de sus autorizados para actuar a través del Sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), la moratoria en el pago de las cuotas con la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta cuyo devengo tenga lugar entre los meses de diciembre de 2020 y febrero de 2021, en el caso de

<sup>48</sup> No se aplica por tanto el interés previsto en el artículo 23.5 TRLGSS.

empresas, y entre los meses de enero a marzo de 2021 en el caso de trabajadores autónomos. Este aplazamiento se ajustará a los términos y condiciones establecidos con carácter general en la normativa de Seguridad Social, con los requisitos señalados en el art. 35 RDL 11/2020 y las particularidades:

- a) El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada, sin que exceda en total de 12 mensualidades. El primer pago se producirá a partir del mes siguiente al que aquélla se haya dictado.
- b) La solicitud de este aplazamiento determinará que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social, respecto a las cuotas afectadas por el mismo, hasta que se dicte la correspondiente resolución.

## 8. CONCLUSIONES

De entre las distintas medidas adoptadas por los poderes públicos íntimamente vinculadas al desarrollo de una política de protección social dirigida a configurar el denominado “escudo social” para proteger a las personas trabajadoras ante esta situación de pandemia creada por la COVID-19 sin duda los ERTEs han cobrado un protagonismo necesario e imprescindible para conseguir ese objetivo fundamental de mantener el empleo y evitar una destrucción del mismo que allá por marzo de 2020 parecía inevitable, pero no podemos obviar que estos ERTEs tanto de fuerza mayor como ETOP no podrían entenderse o incluso no podrían haber desplegado sus positivos efectos sobre el mantenimiento del empleo de no venir acompañados de los distintos beneficios en materia de Seguridad Social que se ha ido configurando y adaptando a lo largo de todo el proceso legislativo mas allá de la pandemia en

términos absolutos, pues el V Acuerdo Social para la Defensa del Empleo que se materializa en el reciente RDL 11/2021, de 27 de mayo ha prorrogado las medidas de ajuste temporal y exenciones (si bien en disminución) hasta el 31 de septiembre de 2021, donde se percibe que la reducción de la pandemia, tras el gran avance en el proceso de vacunación, será una realidad con importantes efectos sociales.

Aunque es evidente que la exenciones entendidas como una ausencia de cotización y por lo tanto una pérdida de recursos del sistema de Seguridad Social ya había sido puesto de manifiesto en el propio Pacto de Toledo, sería conveniente analizar la posibilidad de abandonar esta técnica de exenciones y acudir a otras técnicas menos gravosas para las arcas de la Seguridad Social, como son las bonificaciones ya que éstas se sufragan con los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, lo cierto es que estamos ante una situación excepcional en la que a nuestro juicio ha estado perfectamente justificada la utilización de esta técnica de la exención para aligerar esos gastos de las empresas y contribuir a la consecución de esa tan deseada y precisa garantía del empleo a través del mantenimiento del empleo y que ineludiblemente ha contribuido a la eficacia y eficiencia de los expedientes de regulación de empleo como instrumento dirigido al mantenimiento del empleo.

Es cierto que la configuración de este sistema ha hecho necesaria una evolución respecto a sus cuantías sobre la base de las distintas situaciones que se han ido plateando y que han ido evolucionando en el contexto del proceso de reformulación permanente de los ERTEs. Son por lo tanto dos instrumentos que han ido de la mano y que se han configurado como “compañeros necesarios” en el marco además de un intercambio de posiciones empresariales y sindicales, con la intervención del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que ha permitido un desarrollo de la figura. Se podrán cuestionar los detalles – por qué unos porcentajes en unos momentos dados y no otros, la duración de los períodos en función de las fechas de los acuerdos – pero lo cierto es que ha resultado un complemento inescindible del mecanismo

de regulación temporal de empleo que posiblemente tenga que transformarse ante la recuperación económica post-COVID, pero que ha servido para garantizar los objetivos perseguidos en esta situación excepcional en la que todavía al redactar estas líneas estamos insertos.

## BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J.: “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, *Revista Cuadernos Relaciones Laborales* núm 2, 2015.
- El Pacto de Toledo en tiempos de la COVID-19” en *Revista de Derecho Social* núm. 91, 2020.
- BAYLOS GRAU, A.: “El nuevo acuerdo social de prórroga de los ERTE, el RDL 11/2021, de 27 de mayo”. <https://baylos.blogspot.com/2021/05/el-nuevo-acuerdo-social-de-prorroga-de.html>
- : “La importancia creciente de los ERTES como mecanismo de ajuste del empleo ante la crisis: conocer su funcionamiento y problemática”, <https://baylos.blogspot.com/2020/09/la-importancia-creciente-de-los-ertes.html>
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6º RDL 8/20): guía interpretativa para su aplicación.”. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “Las medidas adoptadas en materia de protección social como consecuencia de la COVID-19”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 12 (2020).
- CALVO VERGEZ, J.: “La prestación extraordinaria diseñada para los trabajadores autónomos a resultas de la reducción de la actividad motivada por la crisis del COVID-19: principales rasgos configuradores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2021, BIB 2021/183.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “La primera norma de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo de Medidas Sociales en Defensa del Empleo, en *Diario la Ley* núm. 9648, de 8 de junio de 2020.
- COLLADO GARCIA, L, TRILLO PÁRRAGA, F.J.: *ERTES por causas de fuerza mayor y ETOP, especial consideración de la incidencia del COVID-19*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, 2º ed., Aranzadi, Pamplona, 1979.
- EDITORIAL: “La crisis del COVID-19 y los cambios en el derecho del trabajo”, *RDS* núm. 89 (2020).
- FALGUERA BARÓ, M. A.: *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Editorial Bomarzo. Albacete. 2020.
- GARCÍA RÍOS, J.L.: *Una perspectiva europea y española del Sistema de Garantía Juvenil*. Bomarzo. 2016.
- GARCÍA RÍOS, J.L.: “Los ERTES por rebrote, impedimento o limitación de la actividad de la empresa. tras su regulación en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre y su prórroga en el RDL 2/2021, de 26 de enero” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, 2021. P p. 121-160
- GONZALEZ ORTEGA, S.: “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”. *Temas Laborales* núm. 107/2010.
- GUTIERREZ CASILLAS, I.: “El pacto de Toledo: fundamento, precedentes, concepto, contenido y revisión parlamentaria” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 103, 2018.
- LÓPEZ TERRADA, E.: “Las bonificaciones y reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como mecanismo de creación de empleo”. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 51, enero-junio 2016.
- MORENO VIDA M., MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La política de empleo en la Unión Europea (evolución y perspectiva)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9, 2006.
- ROJO TORRECILLA E., PEREZ AMOROS F.: “El Acuerdo Económico y Social”, *Revista de Política Social* núm. 145, 1985.
- ROMERO RODENAS, M.J.: *El Salario y la cotización a la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- TOHARIA CORTÉS, L.: *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*. MTI, Madrid, 2008.

**RESUMEN**

Numerosas han sido las medidas extraordinarias que se han puesto en marcha para paliar los negativos efectos que sobre la economía y las relaciones laborales está teniendo la COVID-19, entre ellas, importantes medidas en Seguridad Social que vienen a complementar el escudo social forjado con los ERTES reforzando así su implantación y el compromiso con en el mantenimiento del empleo. A tal fin el estudio desarrolla el conjunto de las exoneraciones empresariales en materia de cotización a través del complejo y laberíntico desarrollo normativo.

**Palabras clave:** Exenciones; Cotizaciones Seguridad Social; Personas trabajadoras; ERTES

**ABSTRACT**

Numerous extraordinary measures have been set in motion to mitigate the negative effects that COVID-19 is causing on economy and labour relationships, including important measures in Social Security that come to complement the social shield shaped with ERTES, thus reinforcing its implementation and the commitment to the maintenance of employment. To this end the study develops the set of business exonerations through the complex and labyrinthine regulatory development.

**Keywords:** Exonerations; Social Security contributions; Workers; COVID-19; ERTES.

# La protección por desempleo y cese de actividad durante el COVID-19

# Protection for unemployment and cessation of activity during COVID-19

JUAN LÓPEZ GANDÍA\*  
MIREIA LLOBERA VILA\*\*

## 1. INTRODUCCIÓN. CRISIS SANITARIA, REGULACIÓN DE EMPLEO Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

**E**n la crisis económica que arrancó en 2008 se adoptaron medidas innovadoras en materia de protección por desempleo que han servido de inspiración para la actual, pero con la diferencia de que mientras que las causas de la crisis de entonces derivaban de la crisis financiera y sus efectos sobre sectores productivos y sobre las cuentas públicas, en la actual son causas derivadas de la crisis sanitaria y la consecuente adopción de medidas directas por fuerza mayor (*factum principis*) que han condicionado la actividad laboral y empresarial, y sus efectos derivados por conexión o vinculación con las medidas y la situación sanitaria. Por ello el alcance y el perfil de las medidas es diferente y la acción protectora ha ido más allá de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada.

Desde la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo sucesivos Reales Decretos Leyes han constituido el marco regulador de la normativa adoptada para hacer frente a los efectos de la pandemia, una legislación de emergencia que aborda los gra-

ves problemas derivados de la misma e incide en numerosos aspectos laborales y de Seguridad Social: los Reales Decretos-Leyes 9/2020 de 27 de marzo, 10/2020 de 29 de marzo, 11/2020 de 31 de marzo, 13/2020 de 7 de abril, 15/2020 de 21 de abril, 17, 18, 19, 21 y 24/2020 de 5, 12 y 26 de mayo, 9 de junio y 24 de junio, 30/2020 de 29 de septiembre y RDL 2/2021 de 26 de enero y RDL 11/2021 de 27 de mayo.

Lo que ha afectado a muchos aspectos de las prestaciones de Seguridad Social y en especial a la prestación de desempleo. Las necesarias medidas de contención adoptadas han tenido un impacto económico y social muy relevante para paliar en parte las consiguientes pérdidas de rentas para trabajadores y hogares, para colectivos vulnerables así como para las diferentes empresas como consecuencia de la paralización o reducción de la actividad en muchos sectores de la economía española.

En efecto, el eje o pilar fundamental de la normativa adoptada por causa del COVID-19, está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE en lo sucesivo), con el objetivo de proteger a los trabajadores con prestaciones de desempleo, estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias e im-

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia.

\*\* Profesora Contratada Doctor. Universidad de Valencia. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

pidiendo los despidos por las causas que dan lugar a los ERTE.

Pero además ha procedido a extender la protección por desempleo a supuestos y situaciones de trabajos atípicos, como el empleo precario, temporal, irregular, discontinuo y a colectivos excluidos ante los efectos sobre la actividad laboral de la pandemia, como los empleados de hogar. Para ello se han ido introduciendo alteraciones o excepciones al propio concepto de situación legal de desempleo y a requisitos contributivos y se han ido creando nuevas prestaciones asistenciales excepcionales, extraordinarias. También se han adoptado medidas que están relacionadas con las compatibilidades entre desempleo y trabajo, como con el trabajo a tiempo parcial y con la gestión de las prestaciones (plazos de solicitud de prestaciones de desempleo, prórroga de los subsidios o presentación de certificados de renta, etc.).

Se trata en primer lugar de medidas de emergencia, de vigencia temporal, que se han ido prorrogando o ampliando y a la vez modificando en algunos aspectos, precisándose, perfeccionándose técnicamente, al no poderse legislar como en circunstancias de normalidad.

La institución “estrella” han sido los ERTE y su traducción en la protección por desempleo, pero también su ligazón a otras medidas para incentivar su utilización: la cuantía de la prestación de desempleo, la cotización durante la misma, el contador a cero cara a futuras prestaciones de desempleo y la exoneración de cotización de las empresas durante los mismos, las contrapartidas de mantenimiento del empleo, todas ellas piezas ensambladas unas con otras. El “laboratorio” del Ministerio de Trabajo ha tenido que elaborar figuras nuevas, crear de manera novedosa y urgente, ante una situación muy compleja, una regulación especial de los ERTE por fuerza mayor más allá de lo contemplado en el art. 47 del ET. Así, por fuerza mayor total o parcial, por rebrote, por impedimento

o limitación, por tránsito de fuerza mayor a causas ETOP, desafección del ERTE, renuncia total. Ha tenido que adaptar la protección por desempleo durante las suspensiones o reducciones de jornada también mediante normas propias, el cómputo como cotizado de estos periodos, la no consunción de prestaciones futuras de desempleo, en una nueva regulación mucho más sencilla que el complejo sistema del derecho de reposición de otras épocas. Y no a golpe de tuit, sino tras negociaciones con los sectores implicados.

El marco jurídico español ya contemplaba antes de la crisis sanitaria que las empresas aplicaran a través de un ERTE medidas de suspensión del contrato de trabajo y de reducción de la jornada (art. 45 del ET, RD 43/1996, de 19 de enero, art. 208 LGSS) pero tales medidas no resultaban muy incentivadas ni eran verdaderas alternativas a los despidos. Un viraje se produjo con la Ley 35/2010 de reforma laboral que no se limitó a introducir retoques en el marco vigente, sino que también añadió algunas novedades de mayor trascendencia como la forma de computar los periodos de desempleo consumidos durante desempleo y en especial en caso de desempleo parcial y los umbrales de reducción de jornada<sup>1</sup>. Se removió el obstáculo de que las cotizaciones que sirvieron para la prestación por suspensión ya no servirían posteriormente en caso de extinción y que los periodos de reducción de jornada o desempleo parcial, que alternan con periodos de trabajo, iban consumiendo ya la prestación de desempleo y además como días enteros. De otra parte, la cotización continuaba a cargo de la empresa durante la suspensión, incluso para desempleo, pero sin que pudiera servir para futuros derechos a esta prestación salvo que se abriera un periodo nuevo, pero en este caso sólo cabía optar entre la prestación pendiente

<sup>1</sup> Véase LÓPEZ GANDÍA, J. “Suspensión del contrato, reducción de jornada y prestaciones por desempleo” en BAYLOS, A. (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete, ed. Bomarzo, 2011, p. 275 y ss.



te de percibir y la nueva generada (art. 214.3 LGSS). Es decir, se aplicaba el régimen propio y común de la relación entre prestaciones por desempleo y trabajos intercurrentes sin tener en cuenta los objetivos y especialidades de estas situaciones de desempleo.

No obstante, más que mejorar la protección por desempleo estas medidas tenían por objetivo aumentar la flexibilidad interna de las empresas para adaptarse a la situación económica, de manera que los ajustes se produjeran sin afectar tan intensamente al volumen de empleo. De ahí el interés por aplicar en España el modelo alemán del “kurzarbeit”, esto es, la reducción de la jornada de trabajo como instrumento de ajuste temporal de empleo. Se trataba de una medida positiva frente a la crisis, pero meramente coyuntural, cuando debería haberse configurado como una medida estructural y de apoyo a la flexibilidad interna como alternativa a los despidos y extenderse también a las trabajadoras y trabajadores del sector público<sup>2</sup>. La suspensión o reducción de jornada fue muy eficaz y muy utilizada mientras se reconoció el derecho de reposición. De 94.119 personas que accedieron a la prestación en 2008 se pasó a 2.131.704 en 2009 habiéndose producido desde entonces hasta 2014 12'5 millones de altas en la prestación por este motivo, más de dos millones al año en promedio.

Sin embargo, la reforma laboral posterior del PP, de 2012, no potenció estas figuras como alternativas a los despidos por causas ETOP o disciplinarios. Al contrario, se ampliaron las causas y se abarataron los costes del despido, con lo que resultaron incentivados los ajustes de mano de obra a través de despidos antes que recurrir a suspensiones de contrato o reducciones de jornada.

<sup>2</sup> Se contemplaba la expresa inaplicación del art. 47 del ET, lo que no podía dar lugar a prestaciones de desempleo pese al encuadramiento en el Régimen general de la Seguridad Social y la aplicación del régimen jurídico común de desempleo. Véase ALFONSO MELLADO, C. “Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganización de la Administración Pública”, Albacete, Bomarzo, 2013.

La normativa durante el COVID-19 apuesta, más claramente que las reformas laborales de 2009 y 2012, por medidas suspensivas y de reducción de jornada como alternativa a la extinción de los contratos que acaban siendo prohibidos-dejemos ahora a un lado la cuestión de la calificación de estos despidos— cuando se alegan las causas del COVID-19 para proceder a despidos como causas de fuerza mayor o ETOP (art. 2 del RDL 9/2020, convertido en ley 3/2021 de 12 de abril) contempladas en los arts.22 y 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo. Téngase en cuenta que el RDL 9/2020 y la ley 3/2021 (art. 5) por su parte limitan también la extinción de los contratos temporales por llegada del término al contemplar la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales incluidos los formativos, de relevo e interinidad, que sean afectados por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. Afecta tanto a la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas.

Y de otro lado la normativa durante el COVID-19 mejora las prestaciones por desempleo durante estas situaciones en cuanto al porcentaje aplicable a la base reguladora y a su duración. Tal protección debería haberse extendido a las demás prestaciones de desempleo, al menos durante la emergencia sanitaria al carecer de justificación y no solo en tal situación los porcentajes aplicables a partir de los seis meses al menos desde la idea de activación. Además introduce prestaciones extraordinarias para los que agoten las prestaciones de desempleo, extiende la protección por desempleo aunque sea de modo excepcional para las situaciones derivadas de la COVID-19 a nuevos colectivos y situaciones. Las medidas de 2009 se limitaron en materia de desempleo a abordar solo la situación de los contratos en fase de suspensión o reducción de jornada por causas ETOP. En cambio, con la crisis sanitaria como fuerza mayor específica la cuestión es más global y afecta y se extiende a otras muchas capas de trabajadores y situa-

ciones contractuales y el ordenamiento vigente no contemplaba instrumentos para proceder a tal protección y mucho menos desde un modelo contributivo.

En cuanto a los supuestos suspensivos de reducción de jornada (ERTE) el RDL 8/2020 introduce una regulación excepcional, especial, propia, tanto respecto de las causas como del procedimiento. El propio título ya indica que se trata de “flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad” tanto para causas de fuerza mayor (art. 22) como de causas ETOP (art. 23).

En cuanto a las causas el art. 22 intenta precisar el concepto de fuerza mayor como *factum principis* no solo a partir del RDL 8/2010 (art. 22) con la declaración del estado de alarma, sino también respecto de hechos causantes anteriores a tal declaración que queden debidamente acreditados. Luego en el art. 23 se contemplan causas de suspensión o reducción de jornada por causas ETOP “relacionadas” con el COVID-19.

La fuerza mayor y las causas ETOP van a ir juntas a lo largo de toda la normativa que seguirá con motivo del COVID-19. Trazar la frontera entre ambas no es una cuestión fácil. Y las repercusiones que se derivan de diferenciar ambas es importante no solo en cuanto a algunos aspectos del procedimiento en relación con la regulación común del RD 1483/2012 sino también en cuanto a las exoneraciones de la cotización durante suspensión o reducción de jornada. En principio las exoneraciones solo se contemplaban para ERTE por fuerza mayor (art. 25 del RDL 8/2020), no para causas ETOP, pero dada la conexión con la crisis sanitaria, más adelante se extienden también a estas causas (RDL 24/2020). Y no solo para la de los trabajadores perceptores de desempleo por ERTE sino también para la de los que reinicien la actividad.

Creemos que esta regulación extiende y prolonga los mismos o, al menos, similares efectos de la fuerza mayor sanitaria a las causas ETOP vinculadas a la misma. El RDL 2/2021 en su art. 3 habla de causas ETOP “vinculadas” al COVID-19 y especialmente cuando se con-

templa la posibilidad de que a un expediente por fuerza mayor del art. 22 le suceda uno por causas ETOP como en el art. 2 del RD 24/2020.

Es más, en ciertos sectores el RDL 24/2020 (Disp. ad. 1<sup>a</sup>), el RDL 30/2020 y el RDL 2/2021 (Disp. ad. 1<sup>a</sup>) recogen medidas de transición y acompañamiento basadas en exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social que se han entendido necesarias para determinadas empresas y entidades que, por características geográficas o sectoriales, o ante situaciones extraordinarias, necesitan de una especial atención y protección que continuaban en situación de fuerza mayor total dado el diferente impacto que la crisis provocada por la pandemia ha ido causando en diferentes sectores productivos más directamente vinculados con los factores asociados a los riesgos epidemiológicos del COVID-19 en sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad por su clasificación en un código concreto de la CNAE, así como aquellas otras que forman parte de la cadena de valor de las anteriores o que presentan una dependencia económica acusada de las mismas por su volumen de operaciones o el tipo de actividad desarrollada. Para estas empresas que podemos considerar afectadas directamente por la fuerza mayor o “vinculadas” a la misma se mantiene una especial protección, mediante el reconocimiento automático de exoneraciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social aplicables tanto a las personas afectadas por ERTE como a las no afectadas.

En cualquier caso en la regulación de los ERTE en esta normativa de fuerza mayor por emergencia sanitaria no se modifica el papel de la autoridad laboral recogido en el art. 47 del ET. La resolución de la autoridad laboral no procede a “autorizar”, sino que se limita a “constatar” la existencia de fuerza mayor, sea cual sea el número de trabajadores afectados. En causas ETOP su intervención a estos efectos es todavía de mucho menor alcance, pues no hay diferencia alguna en relación con las causas ETOP no derivadas del COVID-19 y por tanto no se modifica en este punto el art. 47 del ET para los ERTE acogidos al art. 23

del RDL 8/2010. Es decir, tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos o reducción de jornada y la autoridad laboral se limita a comunicar la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación por desempleo y potestativamente a solicitar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El carácter temporal de los ERTE por fuerza mayor no impide que pese al optimismo inicial al vincularse a la duración del estado de alarma en fuerza mayor del art. 22 del RDL 9/2020 (Disp. ad.1ª), y la intención del RDL 24/2020 de que las empresas fueran reincorporando a la actividad total o parcial a los trabajadores, ya se preveían “posibles prórrogas” y por ello su duración se haya ido alargando. Así el art. 1 del RDL 24/2020 parecía venir a cerrar la posibilidad de nuevos ERTE por fuerza mayor por la crisis sanitaria como si la situación hubiera quedado atrás definitivamente y solo se mantuvieran los solicitados con anterioridad y, como máximo, hasta el 30 de septiembre de 2020. El RDL 30/2020 introduce una nueva prórroga de las medidas contempladas en el RDL 8/2020 hasta el 30 de enero de 2021 introduciendo las figuras de “impedimento” y “limitaciones” para precisar los efectos de la fuerza mayor y de las medidas adoptadas en materia sanitaria. Y lo mismo hace el RDL 2/2021. También se han ido prorrogando las exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social y los compromisos de empleo ligados a las mismas (RDL 8/2020, 18/2020, 24/2020, 30/2020 y 2/2021).

## 2. PRESTACIONES DE DESEMPLEO

### 2.1. Prestaciones en caso de suspensión y reducción de jornada

En cuanto a las prestaciones de desempleo tanto de ERTE por fuerza mayor del art. 22 como de causas ETOP del art. 23 la regulación es la misma, la contemplada en el art. 25. Presenta algunas especialidades en relación con la regulación común de los ERTE.

Se menciona expresamente en el RDL 8/2020, como va siendo habitual en las normas de Seguridad Social, ante el temor injustificado de que de no ser así no tendrían derecho a estas prestaciones, a aquellas personas que tengan la condición de socias trabajadoras de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo. En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria hubiera sido anterior a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley.

Aunque no se les menciona o contempla expresamente en el art. 264 de la LGSS están contempladas en los arts. 14 y 136. d) y e) del propio LGSS respecto de las sociedades laborales además de la normativa específica de estos colectivos. El RDL 2/2021 (Disp. final 1ª) añade una precisión técnica relativa al periodo de ocupación cotizada en el art. 25.2 del RDL 8/2020.

Se reconoce esta prestación incluso para situaciones producidas por el COVID-19 aun antes de la declaración del estado de alarma (RDL 9/2020 en su Disp. trans.1ª.2) lo que extiende la protección a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados, con anterioridad a la entrada en vigor de dicho RDL y siempre que deriven directamente del COVID-19.

Una medida novedosa y trascendental es que se reconoce el derecho a una prestación contributiva por desempleo, la regulada en el título III de la LGSS a las personas trabajadoras afectadas, pero con ciertas alteraciones del sistema contributivo la única forma de acceder a una prestación de este tipo que se exponen a continuación. Así se reconoce aunque carezcan del periodo de ocupación cotizada mínimo necesario para ello. En tal caso la base reguladora de la prestación es también especial: será la resultante de computar el promedio de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, del periodo de tiempo inferior,

inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, trabajados al amparo de la relación laboral afectada por las circunstancias extraordinarias que han originado directamente la suspensión del contrato o la reducción de la jornada de trabajo. Es más se reconoce esta nueva prestación aunque tuvieran un derecho a prestación o subsidio suspendido. Es decir, no se produce la reanudación del mismo.

La duración de la prestación no se hace depender de la ocupación cotizada sino que se extenderá hasta la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo de las que trae causa teniendo en cuenta las fechas contempladas en los sucesivos RRDL 8/2020, 9/2020, 24/2020, 30/2020 y 2/2021.

El porcentaje aplicable a la base reguladora se mantiene siempre en el 70 % sea cual sea la duración de la misma, esto es, sin aplicar el porcentaje común de las prestaciones contributivas del 50 % a partir de los 180 días. Eso sí, sin perjuicio de la aplicación de las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3 de la LGSS, nos recuerda el RDL 30/2020. Es una medida muy positiva pues mantiene una prestación más próxima al salario de activo, lo que repercute en el mantenimiento de la demanda.

El tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias no se computará a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos, ni tampoco cara a futuros periodos, es decir se pone el contador a cero sin necesidad de recuperar la compleja figura del derecho de reposición y sin sus limitaciones y condicionamientos. Tanto en ERTE por fuerza mayor como por causas E/TOP (art. 25.1 b) del RDL 8/2020 y RRDDL posteriores). Incluso para personas trabajadoras aunque no se tenga derecho a la prestación por desempleo se considera que están en alta durante estos periodos que además se consideran como cotizados cara la carrera asegurativa del trabajador (RDL 24/2020, RDL 30/2020, art. 10, y

RDL 2/2021, art. 4.3). También alcanza a los trabajadores que tenían exclusión en la cotización por desempleo. Se refiere claramente a los administradores, pero es difícil identificar otros supuestos.

En este caso se ha planteado si ello supone una excepción al art. 269.2 del TRLGSS según el cual en la regulación normal o común las cotizaciones durante la percepción de desempleo no se computan para futuros periodos de desempleo<sup>3</sup>. Lo cierto es que el art. 24.2 del RDL 8/2020 y los posteriores que contemplan exoneraciones dicen claramente que “dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos”, por lo que teniendo en cuenta además el carácter de regulación excepcional de esta normativa durante el COVID-19, podría entenderse que es una excepción al art. 269.2 de la LGSS. Pero lo cierto es que al regular la prestación de desempleo el art. 25 del RDL 8/2020 no lo contempla cuando podía haberlo hecho.

En cualquier caso el RDL 30/2020 (art. 8.7) fija ciertos límites al no cómputo de las prestaciones por desempleo por ERTE consumidas en cuanto a la duración de futuros periodos máximos de percepción, cuando traigan su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias pues solo se mantendrá vigente hasta el 30 de septiembre de 2020. Luego las consumidas a partir del 1 de octubre de 2020 en los ERTE por estas causas en los que hasta ahora se aplicaba dicha medida sí que supondrán reducción de las prestaciones. Y también se descontarán o reducirán de las prestaciones de desempleo que se generen hasta el 1 de octubre de 2026, salvo en que aquellas en que se acceda a un nuevo derecho, antes del 1 de enero de 2022, como consecuencia de la finalización de un contrato de dura-

<sup>3</sup> ROQUETA BUJ, R. “Los ERTEs asociados a la COVID-19: Modalidades y normativa aplicable” Texto para Seminario on line, Fundación Adeit Universidad de Valencia, 19 de enero de 2021, p. 17, entiende que no computan.

ción determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente. Hay que incluir las extinciones por las causas citadas en situación concursal. Se ha planteado si la fecha de 1 de octubre de 2026 es un error del legislador<sup>4</sup>. El hecho de que la posterior corrección de errores (Boe de 14 de octubre de 2020) no haya afectado a este artículo indica que el legislador se inclina porque los periodos de desempleo posteriores a 1 de octubre de 2020 descuenten de las futuras prestaciones que se generen hasta esta fecha salvo en los supuestos excluidos, de acuerdo con los arts. 266. b) y 269.1 de la LGSS y en todos los supuestos tras el 1 de octubre de 2026. Otra cuestión es si esos periodos posteriores a 1 de octubre de 2020 se computan como cotizados (“a todos los efectos” hemos visto más arriba), lo que podría fundamentarse en que las fechas citadas expresan el periodo de ocupación cotizada que se toma en cuenta para el cálculo de la duración de la prestación. Aun así debería haberse precisado tal cómputo y la exclusión de los anteriores al no “gastar” prestaciones. No gastarían, pero tampoco ampliarían la duración.

El artículo 8.7 del RDL 30/2020 se declara vigente por el art. 4.1 a) del RDL 2/2021.

Cuando se encuentren percibiendo el subsidio por cuidado de menor (art. 190-192 LGSS) y se lleve a cabo un ERTE se mantendrá y se percibirá la prestación por cuidado del menor durante la permanencia del estado de alarma declarado por RD 463/2020, de 14 de marzo. No se verá afectada por la suspensión del contrato y reducción de jornada que tengan su causa en lo previsto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. En estos casos, el ERTE solo afectará al trabajador beneficiario de este subsidio en la parte de la jornada no afectada por el cui-

dado del menor (RDL 11/2020 de 31 de marzo, Disp. ad. 22<sup>a</sup>).

El RDL 2/2021 de 26 de enero prórroga estas medidas extraordinarias como ya lo hizo el artículo 8 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre.

En cuanto al procedimiento el art. 25.4 del RDL 8/2020 se remite a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria, es decir, el RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada y al RD 84/1996 para las cooperativas de trabajo asociado (con las especialidades en época del COVID-19 contempladas en el art. 4 el RDL9/2020).

El art. 3 del RDL 9/2020 concreta más. El procedimiento de reconocimiento de la prestación por desempleo, tanto en ERTE por fuerza mayor como por causas ETOP se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante el SEPE, actuando en representación de aquellas. Esta solicitud se cumplimentará en el modelo proporcionado por el SEPE y se incluirá en la comunicación con información, de forma individualizada por cada uno de los centros de trabajo afectados y especialmente la especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas. En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual. La empresa deberá comunicar cualesquiera variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación, y en todo caso cuando se refieran a la finalización de la aplicación de la medida de todos o solo de algunos trabajadores.

La comunicación debe remitirse por la empresa en el plazo de 5 días desde la solicitud del ERTE en los supuestos de fuerza mayor a los que se refiere el art. 22 del RDL 8/2020 de 17 de marzo, o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su

<sup>4</sup> En este sentido ROQUETA BUJ, R. “Los ERTES asociados a la COVID-19...op. cit. p. 21.



decisión en el caso de los procedimientos regulados en su art. 23.

Todo ello sin perjuicio de la remisión por parte de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones de sus resoluciones y de las comunicaciones finales de las empresas en relación, respectivamente, a los expedientes tramitados por fuerza mayor o por causas ETOP.

En el RDL 30/2020 se contempla la posibilidad de prórroga, de que un ERTE por causas ETOP puede llevarse a cabo por acuerdo en fase de consultas a efectos de tramitación de la causa, pues a efectos de las prestaciones tras el acuerdo debe llevarse a cabo una solicitud colectiva nueva o la comunicación de las personas trabajadoras a las que “desafecten” del ERTE.

Y también se contempla la obligación de la empresa de comunicar al SEPE las variaciones de datos respecto de los trabajadores afectados por recuperación total o parcial que se vayan produciendo (RDL 18/2020 y 24/2020).

Al procedimiento común para ERTE por causas ETOP previsto en el RD 1483/2012, de 29 de octubre se añaden las especialidades del artículo 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo: medidas para la fase de consultas (ausencia de representantes legales de los trabajadores duración, informe de la Inspección de Trabajo).

Según la normativa común la empresa está obligada a comunicar, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada del art. 47 del ET (art. 298 h) LGSS). Lo mismo se establece en la letra 1.d) de la disposición adicional citada del RD 1483/2012.

La comunicación especificará los días concretos en que cada uno de los trabajadores va a quedar afectado por la medida adoptada y, en caso de reducción de jornada, el horario de trabajo afectado por la reducción, durante todo el periodo que se extienda su vigencia. Cuando se produzcan variaciones en los datos

inicialmente contenidos en la comunicación sobre la aplicación de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, la empresa deberá comunicar dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan.

No obstante, a efectos del pago de las prestaciones en el RD 1483/2012 ya se contemplaba que la empresa debía comunicar mensualmente— en el mes natural siguiente— a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo los periodos de actividad e inactividad de todos los trabajadores afectados por la suspensión o la reducción de jornada salvo cuando las empresas comuniquen la aplicación de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada de manera continuada e ininterrumpida durante todo el periodo de vigencia de la misma.

El RDL 24/2020 y también el RDL 30/2020 siguen en esta línea de manera que tal comunicación se debe producir a mes vencido a efectos de la regularización de las prestaciones por desempleo, cuando durante un mes natural se alternen periodos de actividad y de inactividad, así como en los supuestos de reducción de la jornada habitual, y en los casos en los que se combinen ambos, días de inactividad y días en reducción de jornada, los días trabajados en el mes natural anterior. En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad. Para ello se dividirá el número total de horas trabajadas en el mes entre el número de horas que constituyesen la jornada habitual de la persona trabajadora con carácter previo a la aplicación de la reducción de jornada.

De este modo a estos efectos no se obligaría a la empresa a ir comunicando día a día la situación de actividad, sino en el mes siguiente. Ahora bien una cosa es la comunicación a efecto del pago de las prestaciones y otra la obligación de la empresa de comunicar a la entidad gestora, con carácter previo a su efectividad, las bajas y las variaciones de las medidas de suspensión y reducción de jornada, en los términos legalmente establecidos (RDL 24/2020).



De ese modo sobre la base de un control por la Inspección de Trabajo se produce una doble gestión y tramitación a cargo de las empresas.

El RDL 2/2021 de 26 de enero prórroga las medidas previstas en el artículo 10 de dicha norma sobre cobertura de periodos de cotización de aquellas personas trabajadoras incluidas en expedientes de regulación temporal de empleo que no sean beneficiarias de prestaciones de desempleo.

## 2.2. Extensión de la protección a otros sujetos

La acción protectora en esta fase del COVID-19 ha ido más allá de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada y ha procedido a extender la protección por desempleo a supuestos y situaciones que no encajan en el empleo estable y regular sino que afectan también a la protección ante situaciones de empleo precario, temporal, irregular, discontinuo y a colectivos excluidos ante los efectos de la pandemia sobre la actividad laboral.

### 2.2.1. Empleados de hogar

Los empleados de hogar, pese a su integración en el Régimen General de la Seguridad Social aun como sistema especial, no tienen derecho a esta prestación en la acción protectora (art. 251.d) LGSS). El convenio 189 de la OIT sí obliga a contemplar esta prestación pero no ha ido ratificado por España, aunque se prevé hacerlo muy pronto.

Mientras tanto dentro de las medidas excepcionales ante la COVID-19 y teniendo en cuenta la situación de este colectivo, especialmente vulnerable en las circunstancias actuales y con gran presencia femenina, dado que no disponen de derecho a la prestación por desempleo, se crea un subsidio extraordinario temporal (RDL 11/2020 de 31 de marzo, art. 30) con una regulación propia, especial que viene a cubrir la falta de actividad, la reducción de las ho-

ras trabajadas o la extinción del contrato por la causa contemplada en el art. 49-1 k) del ET, o por el desistimiento del empleador o empleadora, en los términos previstos en el artículo 11.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Por eso se aplica también a hechos causantes anteriores a la entrada en vigor del RDL 11/2020, siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Es un subsidio contributivo pero que excepcionalmente no exige un periodo mínimo de cotización al no estar incluida la prestación con anterioridad en su acción protectora, pero sí el alta en la Seguridad Social antes de la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo, lo que deja fuera a un volumen importante de empleados de hogar en situación irregular o en economía sumergida. Pero resultaba difícil adoptar otras medidas de protección de desempleo tanto contributivas como asistenciales para abordar estas situaciones y de alguna manera vincular el COVID-19 a una real y verdadera situación laboral. Si acaso cabía haber aprovechado la pandemia para regularizar previamente estas situaciones modificando la ley de extranjería. Pero no lo decidió así el gobierno.

La cuantía del subsidio extraordinario por falta de actividad en principio parece revestir un aspecto contributivo: el 70 % de la base reguladora diaria de la prestación que es la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30. Si fueran varios los trabajos desempeñados en este sistema especial, se calculará la base reguladora correspondiente a cada uno de los distintos trabajos que hubieran dejado de realizarse.

La cuantía del subsidio, no obstante, reviste también un fuerte y discutible carácter asistencial pues no podrá ser superior al SMI excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias o la parte proporcional en caso de pérdida parcial de la actividad. El SMI

opera como techo o cuantía máxima incluso aun cuando fueran varios los trabajos desempeñados y afectados aplicando la prorrata de reducción a cada una de ellas. Y lo mismo cabe decir cuando se mantuvieran en activo otros trabajos. El subsidio extraordinario por falta de actividad incluso cuando es compatible con las percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o por cuenta ajena que se estuvieran desarrollando en el momento de su devengo, incluyendo las que determinan el alta en el Sistema Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar, encuentra el límite de que la suma de los ingresos derivados del subsidio y el resto de actividades no sea superior al SMI. Nada se contempla respecto de las sobrevenidas pero probablemente haya que aplicar el mismo criterio.

El subsidio se percibe por periodos mensuales, desde la fecha del nacimiento del derecho, es decir desde la declaración responsable del amo de casa cuando el hecho causante consista en la reducción de la actividad, o la fecha de baja en la Seguridad Social, en el caso del fin de la relación laboral supuesto que podrá acreditarse por medio de carta de despido, comunicación del desistimiento de la empleadora o empleador, o documentación acreditativa de la baja en este sistema especial.

### 2.2.2. *Artistas*

El trabajo de los artistas se caracteriza por una intermitencia, heterogeneidad e inestabilidad mucho más acusada que en otros sectores, lo que ha llevado a un sistema especial de facto en materia de encuadramiento, altas y bajas y cotización en los periodos de inactividad (RDL 26/2018, de 28 de diciembre modificado por el RDL 8/2019, art. 6, que añade un nuevo artículo 249 ter, a la LGSS). En tal caso durante los periodos de inactividad la acción protectora comprende una serie de prestaciones pero no la de desempleo.

Si ya de por sí la intermitencia que caracteriza a la actividad artística lleva a que sea

difícil reunir los requisitos para tener derecho a la prestación por desempleo la situación se agrava con el COVID-19. Por ello se introduce una medida de carácter excepcional y transitorio para el ejercicio 2020, prorrogada en 2021 para proteger durante los periodos de inactividad a que se refiere el artículo 249 ter de la LGSS incluyendo en la acción protectora allí regulada también las prestaciones económicas por desempleo.

Dada la situación de estos trabajadores con motivo del COVID-19 se han contemplado también medidas extraordinarias de protección por desempleo respecto de los periodos de actividad que no han podido tener lugar a causa de la pandemia por el cierre de los locales o instalaciones, ya sean abiertos o cerrados, donde desarrollan sus actividades profesionales (RDL 17/2020 de 5 de mayo y el 19/2020 de 26 de mayo) siempre que los artistas no accedan a prestaciones de desempleo a través de procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada.

Protege a aquellos trabajadores que, como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, no puedan continuar realizando la actividad laboral como artistas en espectáculos públicos y por ello a efectos de lo dispuesto en el artículo 266 de la LGSS, se les reconoce estar en situación legal de desempleo, así como tener cubierto el período mínimo de cotización, siempre que no estén percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva por desempleo ordinaria.

Tras el RDL 19/2020 (Disp. final 12ª) no es exigible ya encontrarse en situación de alta o asimilada al alta ni tampoco estar incluido en el Régimen General de la Seguridad Social en los términos previstos en el artículo 249 ter de la LGSS, ni al tiempo de solicitar la prestación ni durante su percepción. No corresponde a los artistas acreditar que su situación concreta de falta de actividad deriva de la misma. Igualmente, se elimina el requisito de encontrarse en el periodo de inactividad voluntaria, suprimiendo el coste que ello supondría para

el trabajador y simplificando la tramitación y reconocimiento de la prestación.

La cotización previa se ha atenuado en relación con el régimen común ante la dificultad de reunirlos y se fija en días de alta en seguridad social con prestación real de servicios en dicha actividad en el año anterior a la situación legal de desempleo, lo que determina también la duración de la prestación: de 20 hasta 54 días, 120 días de prestación, y desde 55 en adelante 180 días. Es decir un régimen similar al de las peonadas exigidas para acceder al subsidio agrario o a la renta agraria del RDL 5/2020 de 25 de febrero, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación.

La base reguladora es la misma base de cotización que se daría en periodos de inactividad, es decir la mínima del grupo 7 de cotización del Régimen General. El tipo será el común ya que nada especial se contempla.

No es una prestación contributiva tras cuya finalización quepa el acceso a los subsidios.

La prestación es incompatible con cualquier percepción derivada de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena, o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública.

En principio se preveía en el RDL 32/2020 (art. 2) que el derecho a esta prestación por desempleo se pudiera seguir percibiendo hasta el 31 de enero de 2021, con independencia de los días de derecho que hasta esa fecha se hubieran consumido. El RDL 2/2021 (Disp. final. sexta) la prorroga hasta el 31 de mayo de 2021 y entendemos que con la misma cuantía, el 70 % de la base mínima del grupo 7 de cotización.

### 2.2.3. Profesionales taurinos

El RDL 32/2020 de 3 de noviembre (art. 4) crea también una prestación extraordinaria de desempleo para los profesionales taurinos en términos muy similares a la de los artistas.

No obstante, flexibiliza más aun algunos requisitos pues se dirige a los que con fecha 31 de diciembre de 2019 figurasen en el censo de activos a que se refiere el artículo 13.2.a) del RD 2621/1986, de 24 de diciembre. Con ello se reconoce la situación legal de desempleo y se cumple el requisito del alta y el de la cotización previa, salvo que estuvieran percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva por desempleo ordinaria.

### 2.2.4. Subsidio de desempleo excepcional para personal técnico y auxiliar del sector de la cultura

El art. 3 del RDL 32/2020 crea un subsidio extraordinario excepcional para las personas trabajadoras que hayan prestado sus servicios temporalmente por cuenta ajena como personal técnico o auxiliar en el sector de la cultura para la realización de un evento, una obra o espectáculo público, cualquiera que sea el medio o soporte de difusión. Se trata de personal excluido de la relación laboral especial del RD 1435/1985 de 1 de agosto y por tanto también de las especialidades de Seguridad Social de los artistas.

El acceso a la prestación se construye con especialidades en relación con las prestaciones comunes de desempleo de la LGSS. Se exige que cumplan los siguientes requisitos:

- No estar trabajando por cuenta propia o por cuenta ajena a jornada completa en la fecha de la solicitud del subsidio ni en la de nacimiento del derecho.
- Haber cesado en el último trabajo en un contrato temporal por cuenta ajena con situación legal de desempleo, sin estar trabajando por cuenta propia en la fecha del cese.
- No cumplir los requisitos para acceder a las prestaciones por desempleo ni a la prestación por cese de actividad previstas en la LGSS, ni haber sido beneficiarios de alguna de las medidas extraor-

dinarias de protección por desempleo aprobadas como consecuencia de la situación de crisis sanitaria derivada de la COVID-19.

- Acreditar, desde el 1 de agosto de 2019 hasta la fecha de entrada en vigor del RDL un periodo de ocupación cotizada en el Régimen General de la Seguridad Social de, al menos, treinta y cinco días, que no haya sido computado para el reconocimiento de un derecho anterior, y durante el cual se haya trabajado por cuenta ajena como personal técnico o auxiliar para empresas del sector de la cultura incluidas en alguna de las actividades previstas en los códigos CNAE 5912, 5915, 5916, 5920, o entre el 9001 y el 9004.

La duración del subsidio excepcional es de tres meses y no podrá percibirse en más de una ocasión.

Al exigir solo 35 días de cotización la cuantía del subsidio es puramente asistencial, el 80 por ciento del IPREM mensual vigente, con independencia de que los días trabajados por cuenta ajena en el sector cultural lo hayan sido a jornada completa o a tiempo parcial.

El subsidio de desempleo tiene un régimen muy similar al subsidio excepcional de los artistas. No obstante, es compatible con la realización de trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, en cuyo caso, se deducirá de su cuantía la parte proporcional al tiempo trabajado.

### 2.2.5. *Fijos discontinuos*

A efectos de las prestaciones de desempleo, en la protección de los fijos discontinuos sean de fechas ciertas o inciertas, se han contemplado tradicionalmente tanto las vicisitudes durante la campaña o temporada como los periodos de inactividad entre campaña y campaña. Y así resulta en la redacción actual del art. 208.1.4 de la LGSS.

Una situación especial de los fijos discontinuos se ha dado durante la fase del COVID-19 y por ello se ha introducido una prestación extraordinaria para personas con contrato fijo discontinuo o que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 por las causas de arts.22 y 23 del RDL 8/2020, o sea fuerza mayor o causas ETOP, durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad y por tanto con la tramitación de ERTE por el tiempo en que la actividad se habría dado de no concurrir estas circunstancias (RDL 8/2020 de 27 de marzo (art. 25.6) con mejora técnica introducida por el art. 9 del RDL 30/2020). Luego se parte de que previamente han accedido a ERTE por fuerza mayor o causas ETOP y la novedad del art. 25.5 del RDL 8/2020 estaría más bien contemplando una ampliación de las prestaciones ya percibidas al amparo del ERTE por una duración máxima añadida de 90 días.

Tales periodos de percepción se consideran además como cotizados a los efectos de determinar la duración del subsidio ordinario por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos a que se refiere el artículo 277.4 de la LGSS (RDL 32/2020, Disp. ad. segunda).

Cuando dejen de estar afectados por el ERTE por alcanzarse la fecha en que hubiera finalizado el periodo de actividad en tal caso las prestaciones por desempleo percibidas por esa situación podrán volver a percibirse, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo aunque no hayan agotado la prestación extraordinaria. También si hubieran agotado la prestación especial antes del 31 de enero de 2021 (RDL 30/2020). Y siempre que no tengan derecho a desempleo de nivel contributivo ni a los subsidios asistenciales específicos o los agoten antes del día 31 de enero de 2021, en la actualidad el 31 de mayo de 2021.

Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efecti-

vamente trabajado por el trabajador durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación.

La prestación se abona por periodos mensuales y en idéntica cuantía que la última prestación contributiva por desempleo que la persona afectada hubiera percibido o, en su caso, la cuantía mínima de la prestación contributiva.

El reconocimiento de esta prestación, para las personas incluidas en el apartado 1, exigirá la presentación por parte de la empresa de una solicitud colectiva de prestaciones extraordinarias, que incluirá a todas las personas con contrato fijo discontinuo o para la realización de trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas que dejen de estar afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo.

Cuando se trate de supuestos del apartado 2, serán las propias personas trabajadoras afectadas quienes deberán solicitar la prestación extraordinaria regulada en este artículo (RDL 30/2020).

La prestación podrá interrumpirse por la reincorporación temporal de la persona trabajadora a su actividad, debiendo en este caso la empresa comunicar a la Entidad Gestora la baja de la persona trabajadora en la prestación extraordinaria. Será la persona trabajadora la obligada a comunicar su baja a la entidad gestora si inicia un trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena en empresa distinta de aquella con la que tiene suscrito el contrato fijo discontinuo. En todos los casos, la prestación extraordinaria podrá reanudarse previa solicitud de la persona trabajadora que acredite el cese involuntario en el trabajo por cuenta propia o encontrarse nuevamente en situación legal de desempleo, siempre que

aquella se presente antes del día 31 de enero de 2021.

Esta prestación será compatible con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial que se mantenga en la fecha del nacimiento del derecho o que se adquiera con posterioridad, previa deducción en su importe de la parte proporcional al tiempo trabajado

El RDL 30/2020 (art. 8) prorroga estas medidas hasta el 31 de diciembre de 2020, el RDL 2/2020 hasta el 31 de enero de 2021 y el RDL 2/2021 hasta el 31 de mayo de 2021.

#### *2.2.6. Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal*

El art. 33 del RDL 11/2020 de 31 de marzo reconoció un subsidio de desempleo excepcional a las personas trabajadoras a las que se les hubiera extinguido un contrato de duración determinada incluidos los contratos de interinidad, formativos y de relevo, de, al menos, dos meses de duración, con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma. Ha de tratarse de contratos de duración determinada durante el cual existiera la obligación de cotizar por desempleo y que se haya extinguido por causas ajenas a la voluntad del trabajador, según interpreta el SEPE (Resolución de 1 de mayo de 2020) aunque el segundo requisito no se deduce tan claramente del RDL 11/2020.

Se trata de reconocer el derecho aun cuando no contaran con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio. Es una excepción a la exigencia de 3 meses de cotización mínima del subsidio contributivo, pero no al requisito de carecer de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 de la LGSS. No se tendría derecho si la duración del contrato hubiera sido de más de dos meses, pero no se reuniera el requisito de carencia de rentas. Tampoco si el contrato que se hubiera extinguido fuera de duración indefinida y no se tuviera derecho a prestación o subsidio.

Pese a la similitud con el subsidio contributivo no se da, en cambio, una proporcionalidad entre lo cotizado y la duración del subsidio pues en todo caso no será más de un mes aunque la cotización sea de dos meses o más. Su cuantía es similar: el 80 por ciento del IPREM mensual vigente.

Téngase en cuenta que en el RDL 9/2020 (art. 5) se establece la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales mencionados cuando se hayan suspendido por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo, es decir, por fuerza mayor y causas ETOP. Ello supone la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas.

Luego el subsidio extraordinario se dará cuando los contratos temporales se extingan sin estar acogidos a un ERTE o tras haber estado acogidos a un ERTE tras la interrupción de su duración. Como se puede haber disfrutado de desempleo aun con carencia inferior a tres meses y éste no agota prestaciones futuras el beneficiario podría solicitar al finalizar la prestación extraordinaria y el periodo de interrupción de la duración, la prestación extraordinaria salvo que se interprete que las cotizaciones durante el ERTE computan para a futuros periodos, como se vio más arriba.

El RDL es aplicable hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma (Disp. ad.6ª RDL 9/2020). No obstante, cabe plantear la duda de si en caso de que la extinción del contrato temporal se produjera con posterioridad por la suspensión del cómputo, se tendría derecho al subsidio extraordinario. A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa.

### 2.2.7. *Subsidio por agotamiento de prestación básica o de subsidio asistencial*

Otro subsidio especial o extraordinario introducido por el RDL 32/2020 de 4 de no-

viembre va destinado a las personas que en el periodo de alarma declarado por RD 463/2020, de 14 de marzo hubieran extinguido por agotamiento la prestación contributiva, cualquier subsidio o el subsidio de la disposición adicional 27ª de la LGSS, es decir, entre el 14 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, no con posterioridad.

La exposición de motivos del RDL 32/2020, parte de la idea de que al haber agotado las prestaciones no tienen acceso a otras ayudas, ni a la jubilación y, lo que es más grave, ni la posibilidad de buscar trabajo y de incorporarse al mundo laboral, tanto por las restricciones impuestas para hacer frente a la emergencia sanitaria durante el estado de alarma como, posteriormente, por la propia paralización de la actividad en determinados sectores que se están encontrando con grandes dificultades para reincorporar a los trabajadores de su plantilla que se encuentran con los contratos suspendidos.

Para acceder al subsidio especial no será exigible cumplir el plazo de espera de un mes ni acreditar la carencia de rentas ni la existencia de responsabilidades familiares regulados en los artículos 274.1 y 275, respectivamente, de la LGSS.

No obstante, quienes estuvieran cumpliendo el mes de espera de acceso al subsidio de agotamiento de la prestación contributiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 274.1 de la LGSS podrán acceder a este subsidio y posteriormente, de forma extemporánea, al subsidio de agotamiento, aplicándose en ese momento las reglas de consumo de días.

En caso de haber trabajado por cuenta ajena tras la extinción del último derecho reconocido, se exige haber cesado en dicho trabajo con situación legal de desempleo.

La duración máxima del subsidio será de noventa días y no podrá percibirse en más de una ocasión.

La cuantía del subsidio será igual al 80 por ciento del IPREM vigente en cada momento.



### 3. OTRAS MODIFICACIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN

#### 3.1. La situación legal de desempleo y el periodo de prueba

En caso de resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario se considera situación legal de desempleo siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a algunos de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción. Es decir, que no cabría— sería una presunción legal de fraude—, un desistimiento en la relación laboral anterior y suscripción posterior de un contrato que se extingue antes de que transcurra el plazo de tres meses (art. 267.1.a) 7º LGSS).

Una excepción a esta regulación se ha introducido en la normativa excepcional sobre el COVID-19 (RDL 15/2020 de 21 de abril, art. 22) de manera que la extinción de la relación laboral durante el período de prueba a instancia de la empresa, producida a partir del día 9 de marzo de 2020, tendrá la consideración de situación legal de desempleo con independencia de la causa por la que se hubiera extinguido la relación laboral anterior.

Asimismo, se encontrarán en situación legal de desempleo y en situación asimilada al alta, las personas trabajadoras que hubieran resuelto voluntariamente su última relación laboral a partir del día 1 de marzo de 2020, por tener un compromiso firme de suscripción de un contrato laboral por parte de otra empresa, si esta hubiera desistido del mismo como consecuencia de la crisis derivada del COVID-19. La situación legal de desempleo se acreditará mediante comunicación escrita por parte de la empresa a la persona trabajadora desistiendo de la suscripción del contrato laboral comprometido como consecuencia de la crisis derivada del COVID-19.

El SEPE interpreta que se trata de supuestos delimitados en el tiempo, lo que dure

el estado de alarma, es decir en el primer caso entre el 9-3-2020 y el día en el que finalice el estado de alarma ambos inclusive, con independencia de la causa de extinción de la relación laboral anterior. Y en el segundo cuando hayan causado baja voluntaria en su última relación laboral entre el 1-3-2020 y el 14-3-2020, por tener un compromiso firme de suscripción de un contrato laboral por parte de otra empresa, cuando ésta haya desistido del mismo. El art. 22, sin embargo, no fija en ninguno de los dos casos una vigencia temporal máxima ni siquiera en la del propio RDL, aunque en la exposición de motivos (punto VI) parece vinculada a la del propio estado de alarma. Lo cierto es que el RDL 24/2020 (art. 3) no ha prorrogado la medida del art. 22 del RDL 15/2020.

#### 3.2. Periodo de carencia o cotización previa

En cuanto al periodo de carencia (art. 269 LGSS) es un requisito de tipo contributivo que como se ha ido viendo se ha relativizado en varios supuestos e incluso se ha prescindido de él con la finalidad de posibilitar el acceso a las prestaciones contributivas extraordinarias que se han ido viendo, como en los casos de ERTE, en el subsidio extraordinario, en el subsidio de desempleo de empleados de hogar, artistas y profesionales taurinos, trabajadores temporales y fijos discontinuos.

#### 3.3. Incompatibilidades. Desempleo y trabajo a tiempo parcial

La regulación común del art. 282.1 de la LGSS de las relaciones entre prestaciones de desempleo y trabajo a tiempo parcial ha encontrado una excepción tras la entrada en vigor de los arts. 11 y 12 del RDL 30/2020 para ERTE que se tramiten con posterioridad a su entrada en vigor.

Mientras que en la regulación común la incompatibilidad se traduce en la deducción

del subsidio de lo percibido por trabajo a tiempo parcial, salvo que se opte por la suspensión de la prestación, en el marco de la normativa excepcional del COVID-19 cuando las prestaciones por desempleo reconocidas en el ámbito de los ERTE a los que se refieren los artículos 1, 2 y 3 y la disposición adicional primera del RDL 30/2020 se compatibilicen con la realización de un trabajo a tiempo parcial no afectado por medidas de suspensión, no se deducirá de la cuantía de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado.

También se ha visto afectado el art. 282.2 de la LGSS en los ERTE por causas ETOP. Según el citado precepto la deducción en el importe de la prestación o subsidio a que se refiere el párrafo anterior se efectuará tanto cuando el trabajador esté percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo como consecuencia de la pérdida de un trabajo a tiempo completo o parcial y obtenga un nuevo trabajo a tiempo parcial, como cuando tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos. Pero el art. 12 del RDL 30/2020 reconoce en este caso el derecho a que la cuantía se haya visto reducida en proporción al tiempo trabajado, en aplicación del artículo 282.1 de la LGSS por mantener en el momento del reconocimiento inicial una o varias relaciones laborales a tiempo parcial no afectadas por procedimientos de regulación temporal de empleo, dé lugar a percibir una compensación económica cuyo importe será equivalente a lo dejado de percibir por la deducción efectuada.

Hay que recordar que en la determinación de la base reguladora computan ambos trabajos a tiempo parcial, aunque se pierda solo uno de ellos (art. 270.4 LGSS). En ese caso la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de las bases por las que se haya cotizado por dicha contingencia en ambos trabajos durante los ciento ochenta días del periodo a que se refiere el artículo 269.1 de la LGSS y las cuantías máxima y mínima a que se refiere el apartado anterior se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas en ambos trabajos.

El RDL 2/2021 de 26 de enero prorroga estas medidas del art. 11 del RDL 30/2020 hasta el 31 de mayo de 2021.

### **3.4. Compatibilidad del trabajo agrario con prestaciones de desempleo**

Ante las dificultades para llevar a cabo las tareas agrícolas por los trabajadores que en temporadas anteriores las venían realizando el RDL 13/2020 de 7 de abril (art. 3), prorrogado por RDL 19/2020, establece una medida excepcional que permite a los perceptores de prestaciones de desempleo percibidas al amparo de los ERTE por fuerza mayor y causas ETOP derivados de la situación sanitaria (arts.22 y 23 del RDL 8/2020), o cualesquiera otras, o del subsidio agrario (RD 5/1997) o renta agraria (RD 426/2003), incluso de cese de actividad, u otros beneficios o ayudas sociales públicas, llevarlas a cabo y percibir las retribuciones percibidas por la actividad laboral que se desempeñe sin por ello dejar de percibir las prestaciones de desempleo, es decir contemplando una compatibilidad excepcional suspendiendo la aplicación del art. 15 del RD 625/1985 y el régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 342 de la LGSS.

Además, los ingresos obtenidos por esta actividad laboral no se tendrán en cuenta a efectos de los límites de rentas establecidos para las prestaciones contributivas o no contributivas de la Seguridad Social, incluidos los complementos por mínimos de las pensiones contributivas.

### **3.5. Reglas de excepción en materia de procedimiento y obligaciones de los perceptores**

#### *3.5.1. Plazo de solicitud de la prestación*

Las reglas comunes en la LGSS establecen que los sujetos que reúnan los requisitos para tener derecho a la prestación de desempleo deben solicitar el reconocimiento del mismo ante

la Entidad gestora en el plazo de quince días a partir de la situación legal de desempleo. La solicitud implicará la inscripción en la Oficina de empleo, si no se hubiera producido antes (art. 269 LGSS). La presentación tardía supone la pérdida diaria del derecho, operando como plazo de caducidad diario (art. 269 LGSS).

No obstante, en las medidas adoptadas con motivo del COVID-19 se contempla una excepción según la cual la presentación fuera de plazo no supondrá tal pérdida (art. 26 del RDL 8/2020 de 27 de marzo). Es una regulación excepcional para las prestaciones de desempleo que como se verá más abajo, no se extiende a las de cese de actividad.

### 3.5.2. *Suspensión temporal del requisito de acreditación de búsqueda activa de empleo en el acceso al programa de renta activa de inserción y al subsidio extraordinario por desempleo*

Para ser beneficiario del programa de renta activa de inserción o del subsidio extraordinario por desempleo se exige a sus solicitantes que acrediten haber realizado previamente acciones de búsqueda activa de empleo (art. 2.1.b) tercer párrafo del RD 1369/2006, de 24 de noviembre y párrafos a) y b) del apartado 4 de la Disp. ad. 27ª de la LGSS). La normativa excepcional durante el COVID-19 exime temporalmente de tal requisito (Disp. ad. 1ª el RDL 32/2020).

### 3.5.3. *Medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas*

Según el RDL 8/2020 (art. 27) durante el período de vigencia de las medidas extraordinarias en materia de salud pública adoptadas por las autoridades para combatir los efectos de la extensión del COVID-19, que conlleven la limitación de la movilidad de los ciudadanos o que atañan al funcionamiento de los ser-

vicios públicos cuya actuación afecte a la gestión de la protección por desempleo, al SEPE y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, se suspende la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 276.2 de la LGSS autorizando a la entidad gestora para que pueda prorrogar de oficio el derecho a percibir el subsidio por desempleo en los supuestos sujetos a la prórroga semestral del derecho, a efectos de que la falta de solicitud no comporte la interrupción de la percepción del subsidio por desempleo ni la reducción de su duración. Esta medida se extienden más allá de la declaración del estado de alarma pues va ligada a limitaciones de movilidad y su vigencia no es la de los artículos anteriores (art. 28 RDL 8/2020).

Y también se suspende la aplicación del tercer párrafo del artículo 276.3 de la LGSS, de modo que, en el caso de los beneficiarios del subsidio para mayores de cincuenta y dos años no se interrumpirá el pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social aun cuando la presentación de la preceptiva declaración anual de rentas se realice fuera del plazo establecido legalmente.

## 4. LA PRESTACIÓN DE CESE DE ACTIVIDAD

### 4.1. Situaciones protegidas comunes

Con ocasión del COVID-19 la prestación viene regulada por normativa especial si bien con algunas remisiones a la LGSS.

Ya la fuerza mayor se contempla genéricamente y sin definir como situación legal de desempleo en el art. 331.1.b) LGSS, pero la normativa especial menciona ya expresamente la que deriva del estado de alarma (RDL 8/2020, art. 17) que en paralelismo con la prestación de desempleo aborda tanto situaciones suspensivas como de reducción de actividad y facturación. Se trata de supuestos de suspensión y reducción de facturación por contracción de la demanda y limitaciones a causa

del COVID-19 por resolución de la autoridad competente de medidas de contención para evitar la propagación del virus. La acreditación de las causas no ha sido tan difícil como en la gestión de la prestación “común” de cese de actividad.

En ambos casos, a diferencia de la regulación común, se prescinde de la exigencia de ciertos requisitos contributivos como el periodo de carencia. La cuantía durante el estado de alarma es la misma que la prestación común de cese de actividad (70 % aplicable a la base reguladora según el art. 339.2 LGSS o a la base mínima, si no se acredita la cotización) y también incluye el abono de la cotización a cargo del autónomo, esto es, a cargo de los Presupuestos de la Seguridad Social, Mutuas o entidades gestoras, precisa el RDL 19/2020 al no decir nada el RDL 8/2020 aunque bastaba con acudir a las reglas comunes del art. 319.1.c) de la LGSS. Y no consume cara a futuras prestaciones de cese de actividad. No parece que se exija el transcurso de 18 meses para acceder a una nueva prestación, requisito exigido en la regulación común. Se aplican las cuantías mínimas y máximas del art. 339.2 de la LGSS pese al silencio del RDL 8/2020. La duración era en principio de un mes, ligada entonces a la del estado de alarma, prorrogándose hasta tres meses de prorrogarse a su vez el propio estado de alarma, como así fue.

Para la fase posterior al estado de alarma el RDL 24/2020 (art. 9) contempla el acceso a la prestación ordinaria de los que estaban percibiendo la extraordinaria durante el estado de alarma, pero a condición de que reunieran los requisitos salvo el de la letra c) (situación legal de cese de actividad, pues en ese caso se da sin más por la fuerza mayor derivada de la crisis sanitaria). Es decir, pasa a exigirse carencia previa, lo que vino a dejar fuera de esta prórroga de prestación extraordinaria a muchos autónomos. Pero en el RDL 30/2020 para suspensión (art. 13.1) vuelve a no exigirse el requisito del periodo de cotización previa para acceder a la prestación ordinaria, sino que basta con estar afiliado y en alta al menos 30 días naturales antes de la resolución.

También se ha ido modificando la cuantificación de la reducción de actividad como situación protegida en cuanto a facturación e ingresos (RDL 8/2020, 24/2020). Lo que se ha puesto en relación claramente con la propia cuantía de la prestación. De la inicial del 70 % de la base reguladora como se ha señalado antes tras el RDL 30/2020 (art. 13.1) pasa a ser inferior, un 50 %, en comparación con el primer trimestre de 2020 si bien tiene en cuenta la situación familiar y los ingresos para incrementarla. Se exige no obtener en el tercer trimestre de 2020 5.815'75 euros y no más de 1939'58 euros mensuales tras prorratearse. Presenta, además, la novedad de que en suspensión la prestación es incompatible con otra actividad por cuenta propia (esté o no en RETA o REMAR) y con el rendimiento de la sociedad afectada por el cierre, pero sí es compatible con el trabajo por cuenta ajena del autónomo hasta el 1'25 del SMI, lo que supone una excepción importante al régimen común de incompatibilidades.

Tras el RDL 2/2021 se mantiene un régimen similar si bien se toman en cuenta la reducción de ingresos del primer semestre de 2021 y se actualizan las cuantías y el periodo de comparación, las fechas de solicitud y renuncia. Para el cálculo de la reducción de ingresos se tendrá en cuenta el periodo en alta en el segundo semestre de 2019 y se comparará con la parte proporcional de los ingresos habidos en el primer semestre de 2021 en la misma proporción.

Esta prestación podrá percibirse como máximo hasta el 31 de mayo de 2021, siempre que el trabajador tenga derecho a ella en los términos fijados en el art. 338 de la LGSS.

A partir del 31 de mayo de 2021 solo se podrá continuar percibiendo esta prestación de cese de actividad si concurren todos los requisitos del art. 330 de la LGSS (estar afiliados y en alta, período mínimo de cotización, encontrarse en situación legal de cese de actividad, no haber cumplido edad ordinaria para causar pensión de jubilación y hallarse al corriente en el pago de las cuotas).

Ha ido apareciendo, desapareciendo y reapareciendo una prestación para los que la habían disfrutado durante el estado de alarma, la del RDL 8/2020. Tras el RDL 24/2020 pueden acceder si no lo hicieron por falta de cotización, si ahora la completan (dis p. ad. 4ª segundo párrafo del RDL 30/2020). Se enmarca en el art. 327 y ss. de la LGSS pero con especialidades. Si no tuvieran derecho a la prestación y procedieran de la prestación del RDL 8/2020 se contempla una exención de sus cotizaciones a la Seguridad Social y formación profesional con las consiguientes cuantías establecidas en el art. 8 RDL 24/2020 para julio, agosto y septiembre de 2020. La cuantía es también del 50 % de la base mínima. En caso de cese definitivo antes del 31 de diciembre de 2020 se calcularán en proporción y computando el mes en que se produzca. Se exigen los requisitos del art. 9 del RDL 24/2020 pero actualizados al cuarto trimestre de 2020. La compatibilidad con el trabajo es diferente. En la del art. 9 solo con ingresos trabajo por cuenta ajena con el límite del 1'25 del SMI. En la Disp. ad. 4ª del RDL 30/2020 cabe con trabajo por cuenta propia más trabajo por cuenta ajena con los mismos límites del 1'25 del SMI en caso de trabajo por cuenta ajena y del 2'25 del SMI para la suma de ambos, no pudiendo superar en trabajo por cuenta ajena el 1'25 del SMI.

Se exige no tener derecho a la prestación extraordinaria de la dis p. ad. 4ª del RDL 30/2020 ni a la prestación ordinaria de cese de actividad por falta de cotización.

El artículo 5 del RDL 2/2021 regula la prestación extraordinaria por cese de actividad de forma similar a la introducida por el artículo 13.1 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre. La duración de la prestación será hasta que se levante la restricción y como máximo hasta 4 meses, y en todo caso no más allá del 31 de mayo de 2021.

También se han ido sucediendo prórrogas de estas medidas y nuevas regulaciones como se ha ido viendo en las diversas prestaciones: RDL 30/2020 (art. 13 y Disp. ad. 4ª) desde el 1

de octubre hasta el 31 de enero de 2021 y RDL 2/2021 en sus artículos 5 a 8, en sus disposiciones transitorias segunda y cuarta y en su disposición derogatoria única prorroga hasta 31 de mayo de 2021.

#### 4.2. La prestación de cese de actividad de los autónomos de temporada

Es una prestación nueva, inexistente en la LGSS, que se crea por el RDL 24/2020 (art. 10) para autónomos de "temporada", esto es, los que no hayan trabajado sino solo desde marzo a octubre en los dos últimos años (2018 y 2019), siempre que hayan estado en alta al menos 5 meses en 2018 y 2019 como autónomo en el RETA o en el REMAR.

En el RDL 30/2020 (art. 14) se mantiene esta prestación de temporada con el mismo régimen jurídico solo que el periodo de temporada es ahora de junio a diciembre de 2020 y se exigen no ya 5 meses de alta sino 4 meses en cada año, 2018 y 2019. En el RDL 2/2021 (art. 8) pasan a ser un mínimo de 4 meses y un máximo de 6 meses en cada uno de los años. Y se exige al menos dos meses durante el primer semestre del año 2021 (art. 8 del RDL 2/2021).

El hecho de trabajar como autónomo durante una temporada no impide que pueda llevar a cabo trabajos por cuenta ajena a la vez o estando de baja en el RETA o REMAR. En este caso el RDL 30/2020 exigía que el alta o la asimilación al alta en trabajo por cuenta ajena no superara los 120 días entre 1 de junio de 2018 y 31 de julio de 2020. El autónomo, además, no debía haber estado en alta ni asimilado al alta ni haber desempeñado actividad entre el 1 de marzo de 2020 y el 31 de mayo de 2020 ni haber percibido prestaciones de Seguridad Social desde enero a junio de 2020. Tras el RDL 2/2021 de haber estado de alta en un régimen de Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, este alta no puede superar los 120 días a lo largo de 2020 y 2019, ni 60 días durante el primer semestre del año 2021.



La definición de autónomo de “temporada” lo es a los solos efectos de esta prestación extraordinaria, aunque alguna sentencia de la doctrina judicial hubiera reconocido esta figura a efectos de alta y cotización de un autónomo habitual por temporada o con periodos de inactividad<sup>5</sup>.

Se condicionaba en el RDL 30/2020 también a no percibir prestación en la temporada de marzo a junio, a no percibir más de 23.275 euros de ingresos en 2020 y en el RDL 2/2021 a no obtener durante la primera mitad del año 2021 unos ingresos netos computables fiscalmente que superen los 6.650 euros (art. 8 del RDL 2/2021). Es incompatible con el trabajo por cuenta propia y con la percepción de rendimientos procedentes de la sociedad cuya actividad se haya visto afectada por el cierre, cuando los ingresos que se perciban en la primera mitad del año 2021 superen los 6.650 euros.

La prestación es un 70 % base mínima de cotización que corresponda por la actividad desempeñada y se percibe por una duración máxima de 4 meses y en todo caso no más allá del 31 de mayo de 2021. Incluye la cotización y no se contempla claramente que no consuma futuros periodos.

#### 4.3. El disfrute de prestaciones de cese de actividad y su cómputo cara a futuros periodos de disfrute

En cuanto al disfrute de prestaciones de cese de actividad durante la normativa excepcional de la COVID 19 y su cómputo o no cara a futuros periodos de disfrute entendemos que depende de que haya sido contemplada en la norma que regula cada derecho y fase del derecho. Así se contempla en las prestaciones de cese de actividad del RDL 8/2020 al no exigir periodo de carencia y no usar cotizaciones anteriores el tiempo de percepción por lo que no reducirá los periodos de prestación de cese de actividad a los que el beneficiario puede tener

derecho en el futuro (art.17). Lo mismo cabe decir de la regulada por el RDL 30/2020 al prorrogar la del art.9 RDL 24/2020 pero ahora sin necesidad otra vez de periodo de carencia. En supuestos en que no se contempla expresamente pero no se exigen periodos de carencia entendemos que la interpretación debe ser la misma.

En cambio en los supuestos como en el RDL 24/2020 (art.9) en que sí precisan reunir carencia ya no se dice que no reduzca los futuros periodos de prestación. Y tampoco en las prestaciones de cese de actividad de autónomos de temporada (RDL 24/2020 y RDL 30/2020) al ser especial en cuanto a requisitos de alta y cotización de cada año.

## 5. FINANCIACIÓN

Ante estas medidas los temores financieros a una quiebra del sistema de Seguridad Social que algunos han expresado<sup>6</sup> creemos que son infundados. En primer lugar, porque el desempleo es una prestación cuya financiación siempre requiere aportaciones estatales por mandato legal y por la propia naturaleza de la prestación (art. 293 LGSS). Y en segundo lugar por la ubicación de estas medidas dentro de las contempladas por la Unión Europea y con una financiación comunitaria que complementa los sistemas nacionales de desempleo (“Next Generation EU”).

En el ámbito de la Unión Europea jamás ha existido un Plan de inversiones como el Instrumento “Next Generation EU”<sup>7</sup>. Se trata un de un macroprograma de inversiones de 1,8 billones de euros para acelerar la recuperación post crisis COVID-19 y reforzar el poten-

<sup>6</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “La Seguridad Social, ¿“bala mágica” frente al riesgo del COVID-19”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.447/2020, p. 11.

<sup>7</sup> Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19. DO L 433I de 22.12.2020, p. 23/27 [en adelante, el Reglamento (UE) 2020/2094].

<sup>5</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2001 (As.2134)



cial de crecimiento de la Unión Europea (UE) a largo plazo. Los ingresos para el Programa “Next Generation EU” provienen de préstamos en los mercados de capitales internacionales contraídos por la Comisión Europea y de otros ingresos. Los fondos Next Generation EU supondrán para España unos 140.000 millones de euros, y están dirigidos a un amplio abanico de finalidades, no solo suplir los costes de las prestaciones de desempleo.

La totalidad de los fondos Next Generation EU y el presupuesto a largo plazo de la UE para el período 2021-2027<sup>8</sup> se canalizarán a través de distintos programas de la Unión. Entre los programas en los que tiene cabida la financiación de las prestaciones de desempleo cabe destacar tres: el nuevo mecanismo europeo de recuperación y resiliencia en el marco del Semestre Europeo, la iniciativa REACT-EU (Ayuda a la recuperación para la cohesión y los territorios de Europa) y el instrumento europeo de apoyo temporal para mitigar los riesgos de desempleo en situaciones de emergencia (SURE).

El nuevo mecanismo europeo de recuperación y resiliencia cuenta con un presupuesto de 672.500 millones euros, distribuido en subvenciones y préstamos. Este Mecanismo entró en vigor el 19 de febrero de 2021 y es la pieza central del Programa Next Generation EU. En este marco presupuestario, son los propios Estados miembros los que elaboran su propios planes nacionales de recuperación a partir de las prioridades establecidas en el Semestre Europeo. Los programas detallan las políticas de cada país en materia de crecimiento económico y empleo, así como las medidas para prevenir o corregir desequilibrios presupuestarios.

En la última actualización del Programa de Estabilidad 2020<sup>9</sup> del Estado español in-

cluyó un sistema completo de protección por desempleo, que ha desarrollado en el Plan Nacional de Reformas del Reino de España 2020<sup>10</sup> a través de la flexibilización de los Expedientes Temporales de Regulación del Empleo (ERTE), que han sido una medida clave para evitar la destrucción de empleo y la pérdida de tejido productivo. En este marco se han adoptado medidas excepcionales para facilitar los ERTE y asegurar el acceso de los trabajadores afectados a prestaciones tal como se ha ido viendo a lo largo de este trabajo. Y también los ETOP. Incluyendo la exoneración de cotización de las empresas a la Seguridad Social durante los ERTES por fuerza mayor.

Por otro lado, para reforzar la capacidad de financiación del sistema de protección por desempleo se desafectaron<sup>11</sup> los fondos de formación para permitir que los ingresos derivados de la cotización por formación profesional pudieran aplicarse a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo, más allá de la formación.

Posteriormente el Consejo europeo emitió una Recomendación, de 20 de julio de 2020, en la que se evalúa el Programa Nacional de Reformas y por la que se emite un dictamen sobre el Programa de Estabilidad de España<sup>12</sup>. El Consejo europeo recomienda que en el siguiente año el Estado español, entre otras cuestiones, adopte normas e instrumentos dirigidos a preservar los puestos de trabajo, reforzar la protección por desempleo especialmente para los trabajadores atípicos y mejorar la cobertura y la adecuación de los regímenes de renta mínima para sostener la economía y respaldar

<sup>10</sup> [https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/enlaces/destacados/20200430\\_PNR.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/enlaces/destacados/20200430_PNR.pdf) [acceso 10/04/2021].

<sup>11</sup> Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

<sup>12</sup> Recomendación del Consejo, de 20 de julio de 2020, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad para 2020 de España (2020/C 282/09), DOUE 26 de agosto de 2020, C 282/54.

<sup>8</sup> Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027. DO L 4331 de 22.12.2020, p. 11/22.

<sup>9</sup> [https://www.hacienda.gob.es/CDI/Programas%20de%20Estabilidad/Programa\\_de\\_Estabilidad\\_2020-2021.pdf](https://www.hacienda.gob.es/CDI/Programas%20de%20Estabilidad/Programa_de_Estabilidad_2020-2021.pdf) [acceso 10/04/2021].

la posterior recuperación de forma eficaz. Estas recomendaciones implican que el Plan de Reformas 2020 presentado por España ha recibido la aprobación del Consejo europeo, en lo que aquí importa, esto es, en lo concerniente al reforzamiento de la protección por desempleo previstas en dicho Plan.

En definitiva, en 2021 el Semestre Europeo se adapta temporalmente a los requerimientos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. El “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española”<sup>13</sup> fue presentado por el gobierno español el 7 de octubre de 2020, contemplando la ejecución de 72.000 millones de euros de fondos europeos desde el 2021 al 2023. Es decir, el 50 % de los fondos con los que cuenta España. En el mismo se plantea la introducción permanente de mecanismos de ajuste interno de las empresas ante shocks (ERTE), que se nutran de la experiencia acumulada durante el periodo de pandemia y que permitan preservar el empleo ante las turbulencias de la economía.

La Ayuda a la recuperación para la cohesión y los territorios de Europa (REACT-EU) es otro de los grandes programas del nuevo instrumento Next Generation EU que contempla fondos para las prestaciones por desempleo. Consiste en un complemento a las ayudas de cohesión, que cuenta con un presupuesto de 55.000 millones EUR. Se trata de fondos en el contexto de las políticas de cohesión dirigida a la convergencia entre regiones, un complemento de los fondos de cohesión 2021-2027, lo que eleva considerablemente la dotación total de los fondos estructurales. Las condiciones de ejecución de estos recursos adicionales son muy generosas y flexibles. No se requiere cofinanciamiento nacional para esta financiación.

Por otra parte, a corto plazo se ha puesto en marcha el nuevo instrumento tempo-

ral para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE), que facilitará 100.000 millones EUR en forma de préstamos para ayudar a que los trabajadores mantengan sus ingresos y asegurar que las empresas puedan seguir a flote y mantener a su personal. La Comisión se basará en este instrumento y en las experiencias de los regímenes de reducción del tiempo de trabajo recientemente establecidos en muchos Estados miembros a la hora de proponer un nuevo instrumento de cara al futuro.

El instrumento SURE proporciona ayuda financiera a los Estados miembros y actúa como una segunda línea de defensa, apoyando planes de trabajo de jornada reducida y medidas similares, para ayudar a los Estados miembros a proteger los puestos de trabajo y, por tanto, a los empleados y autónomos frente al riesgo de desempleo y pérdida de ingresos. Los préstamos concedidos a los Estados miembros en el marco del instrumento SURE están respaldados por un sistema de garantías voluntarias de los Estados miembros. España tiene asignados 21,324 mil millones de euros, de los cuales ya se han desembolsado 17,956 mil millones. El apoyo financiero se proporciona en forma de préstamos concedidos en condiciones favorables por la UE a los Estados miembros. Para financiar el instrumento la Comisión ha estado emitiendo bonos sociales.

## 6. BALANCE Y CONCLUSIONES

La situación generada por el COVID-19 ha afectado a la regulación ordinaria de las prestaciones por desempleo y de cese de actividad con la introducción de medidas excepcionales que han venido a alterar buena parte de los requisitos contemplados para acceder al derecho, como la propia situación legal de desempleo, los periodos de carencia, las compatibilidades con el trabajo, el cómputo de la prestación cara a futuros derechos, entre otros. También ha extendido la protección a colectivos sin derecho a desempleo y a situaciones de trabajos atípicos,

<sup>13</sup> [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020\\_PlanRecuperacion.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf) [acceso 10/04/2021].

de temporada, fijos discontinuos o trabajos irregulares en ciertas profesiones. Ello ha supuesto elevar la tasa de cobertura del desempleo por encima del 100 % durante los tres meses del estado de alarma bajando posteriormente desde el 90 % en julio de 2020 hasta el 64 % en enero de 2021 muy cerca de la anterior a la pandemia (el 65'3 % en diciembre de 2019).

En la prestación de cese de actividad se han introducido figuras nuevas como la parcial y la protección de la situación de los autónomos de temporada.

Se ha tratado con todo ello, de un lado, de conservar el empleo en el caso de ERTES y de proteger situaciones que de otro modo hubieran quedado fuera y sin protección, a través de una interpretación amplia del mandato constitucional del art. 41 y aunque ello haya necesitado alterar las técnicas contributivas e introducir nuevos subsidios. Quizás cabría haber recurrido a técnicas asistenciales como el subsidio contributivo, introduciendo una figura que no dependiera de cotizaciones previas, aunque hubiera encontrado el inconveniente de tener que plantear también el requisito de carencia de rentas. Más que el desempleo ya producido se ha valorado y tomado en cuenta por esta vías los trabajos que no ha podido desempeñarse como consecuencia de la pandemia y por tanto la imposibilidad de acceder a un empleo ya contratado o previsto o de mantener su desempeño a causa del estado de alarma. En cualquier caso la regulación de los ERTE por fuerza mayor debería consolidarse como medida estable y permanente, valorando la experiencia aplicativa durante la COVID-19 e introduciendo las modificaciones que sean necesarias.

Las medidas excepcionales de desempleo han puesto de manifiesto las limitaciones tanto del modelo contributivo que exige siempre la pérdida previa de empleo como del propio subsidio asistencial de desempleo. La prestación asistencial necesita una reordenación y simplificación de los diversos subsidios existentes. Hay que plantear si incorporar de modo estable los aprobados con carácter, en principio, temporal y extraordinario.

De otra parte, el panorama se ha modificado con la probación del ingreso mínimo vital, que puede solaparse y concurrir en algunos casos con el subsidio asistencial de desempleo, aunque en otros supuestos llega a ámbitos de precariedad no cubiertos por las prestaciones de desempleo. Lo cierto es que situaciones que se han cubierto por la vía de subsidios excepcionales durante la fase de la pandemia, podrían abordarse por el ingreso mínimo vital una vez se ha prescindido del requisito de la edad de 65 años para este último, aunque no exige los mismos requisitos que el subsidio. También cabría una reforma y ampliación de los subsidios de desempleo para encauzar estos y otros supuestos coordinándose con la regulación del ingreso mínimo vital. En todo caso es una cuestión compleja que exige un estudio más detenido en la que ahora no podemos entrar y que habrá que abordar después de la pandemia.

## BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO MELLADO, C., *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganización de la Administración Pública*, Albacete, 2013, Bomarzo.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "COVID-19 y delimitación conceptual del ERTE por fuerza mayor y su constatación", en CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. (dirs.) *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Madrid, 2020, Lefebvre, pp. 225-254.
- BLASCO LAHOZ, J.F., *Seguridad Social y COVID-19. Las medidas adoptadas en Seguridad Social como consecuencia de la pandemia en la COVID-19*, Valencia, 2021, Tirant Lo Blanch.
- BLASCO PELLICER, A., LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGAS, F. *Esquemas ERES y ERTES*, Valencia, 2020, Tirant Lo Blanch.
- COLLADO, L., *ERTES por causas de fuerza mayor y ETOP*, Albacete, 2020, Bomarzo
- DE LA FUENTE LAVÍN, M., "Debates durante la pandemia de la COVID 19: Renta Básica Universal, derecho al empleo, servicios públicos garantizados y rentas mínimas contra la pobreza", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, n. 24/2020, pp. 271-291.

- DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Cuestiones problemáticas en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo de la emergencia sanitaria COVID-19", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. Extra 12/2020.
- FALAGUERA BARÓ, A., *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, 2020, Bomarzo
- LÓPEZ GANDÍA, J., "Suspensión del contrato, reducción de jornada y prestaciones por desempleo" en BAYLOS, A. (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete, 2011, Bomarzo, p. 275 y ss.
- MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Cuestiones comunes a los ERTE por fuerza mayor y por causas ETOP" en ARAGÓN GÓMEZ, C., (Coord.) *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid, 2020, Lefebvre, pp. 81-92.
- MOLINA NAVARRETE, C., "La Seguridad Social, ¿'bala mágica' frente al riesgo del COVID-19", *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.447/2020, p. 5 y ss.
- ORTEGA LOZANO, P. G., "Erte por fuerza mayor: Antes y después del SARS-COV-2" en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (coord.) *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, 2020, Laborum, pp. 45-76.
- PÉREZ DEL PRADO, D., "Crisis del Coronavirus y protección por desempleo" en ARAGÓN GÓMEZ, C. (coord.) *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social*, Madrid, 2020, Lefebvre, pp. 171-186
- PRECIADO DOMENECH, C.H., "Derecho Laboral y de Seguridad Social COVID-19. Manual para juristas de trincheras", Albacete, 2020, Bomarzo
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social* n. 1/2020, pp. 73-109.
- ROMERA PASTOR, A., *Crisis del COVID-19. Erte y otras medidas laborales en el Estado español*, Barcelona, 2020, Universitat Autònoma.
- ROQUETA BUJ, R., "Los ERTES asociados a la COVID-19: Modalidades y normativa aplicable" Texto para Seminario on line, Fundación ADEIT Universidad de Valencia, 19 de enero de 2021.
- RUESGA BENITO, S. M., VIÑAS APAOLAZA, A.I., "Desempleo y ERTES [i.e. ERTE]: un dilema para España ante la pandemia de COVID-19" *Economía UNAM* n. 52/2021, pp. 87-106.
- TRILLO GARCÍA, A., "Seguridad Social y COVID 19", *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*. n. 23/2020, p p. 57-174.
- VARGAS SEGURA, J. M., "Real Decreto Ley 30/2020 en el ámbito de la Tesorería General de la Seguridad Social: un tránsito complejo por los ERTE COVID", *Consellobert: Recull informatiu del Consell General de Col·legis de Graduats Socials de Catalunya*, n. 358/2020, pp. 21-23.
- VILA TIERNO, F., "Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial a los conceptos de fuerza mayor total y parcial", *Revista de estudios jurídicos* n. 20/2020, pp. 577-590.

**RESUMEN**

Con la crisis generada por el COVID-19 con la consecuente adopción de medidas directas por fuerza mayor (*factum principis*) que han condicionado la actividad laboral y empresarial, se ha llevado a cabo una intensa acción protectora en materia de desempleo ante suspensiones de contratos y reducciones de jornada y en prestación de cese de actividad para trabajadores autónomos, mediante medidas de emergencia, puntuales, de vigencia temporal, que se han ido prorrogando o ampliando y a la vez modificando en algunos aspectos, precisándose, perfeccionándose técnicamente, al no poderse legislar como en circunstancias de normalidad. Pero, además, ante los efectos sobre la actividad laboral de la pandemia, se ha procedido a extender la protección por desempleo a supuestos y situaciones de empleo atípico, como el empleo precario, temporal, discontinuo, irregular, como los artistas y similares, taurinos, personal técnico y auxiliar del sector de la cultura, y a colectivos excluidos como los empleados de hogar. Para ello se han ido introduciendo alteraciones o excepciones al propio concepto de situación legal de desempleo y a los requisitos contributivos y se han ido creando nuevas prestaciones asistenciales excepcionales, extraordinarias. En cuanto a la prestación de cese de actividad la normativa especial menciona ya expresamente la fuerza mayor que deriva del estado de alarma que en paralelismo con la prestación de desempleo aborda tanto situaciones suspensivas como de reducción de actividad y facturación y se ha introducido una prestación nueva de cese de actividad en los autónomos de temporada. Las medidas excepcionales de desempleo han puesto de manifiesto las limitaciones de la regulación actual de la prestación de desempleo y la necesidad de incorporar de modo estable algunas de las medidas aprobadas con carácter, en principio, temporal y extraordinario. La prestación asistencial necesita una reordenación y más aún tras la creación del ingreso mínimo vital. La financiación del enorme gasto en prestaciones cuenta con novedosos y poderosos instrumentos de la Unión Europea.

**Palabras clave:** COVID-19; Fuerza mayor; Expedientes de regulación temporal de empleo; Prestaciones de desempleo; Trabajadores autónomos; Prestación de cese de actividad; Reducción de actividad; Autónomos de temporada; Unión Europea.

**ABSTRACT**

The crisis generated by COVID-19 and the subsequent adoption of direct measures due to force majeure (*factum principis*) have conditioned labor and business activity. An intense legislative action has been developed as regards unemployment through suspensions of contracts and reductions in working hours and the provision of cessation of activity for self-employed workers. Emergency measures, with punctual or temporary validity have been put in place. Such measures have been modified in some aspects and improved technically, since it has not been possible to legislate as under normal circumstances. In addition to such extension of social protection during the pandemic, unemployment protection has been extended to situations different that stable employment, such as precarious, temporary, discontinuous and irregular employment; including the protection of artists and the like, bullfighting, technical and auxiliary personnel in the culture sector, and groups normally excluded, such as domestic workers. To this end, alterations or exceptions have been introduced into the very concept of the legal unemployment situation and to contributory requirements, and new exceptional, extraordinary assistance benefits have been created. As regards the benefits of cessation of activity, regulations expressly describe the concept of force majeure that derives from the state of alarm, likewise unemployment benefits, which addresses both suspensive situations and reduction of economic activity and sales. In addition, new benefits have been introduced in case of cessation of activity of seasonal self-employed. Such exceptional unemployment measures have revealed the limitations of the current regulation of unemployment benefits and the need to incorporate in a stable way measures approved with a character, in principle, temporary and extraordinary. Welfare provision needs a reorganization and even more so after the creation of the minimum vital income. Funding for huge spending on benefits relies on powerful new instruments from the European Union.

**Keywords:** COVID-19; Force majeure; Temporary employment regulation files; Unemployment benefits; self-employed workers; Termination of activity benefit; Reduction of activity; Seasonal self-employed; European Union.



# Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común

# Legal bases for decent telecommuting: technological innovations and digital work environment as a background for the new common legislation

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA\*

## 1. LA PREFERENCIA DEL TRABAJO A DISTANCIA COMO MEDIDA DE CONTENCIÓN Y DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA DERIVADA DEL COVID-19

El aumento del trabajo a distancia y del teletrabajo ha sido una de las consecuencias más visibles experimentadas en el ámbito de las relaciones laborales con ocasión de la pandemia derivada del COVID-19<sup>1</sup>. El recurso al trabajo en remoto con ocasión de la pandemia ha sido una práctica generalizada en un gran número de países, lo que ha llevado a la OIT a diseñar con premura un instrumento específico al servicio de empresas y personas trabajadoras para su mejor y más adecuada utilización<sup>2</sup>. En nuestro país, la implantación del trabajo a distan-

cia, en particular, del teletrabajo, contaba con una presencia francamente escasa, pero no por ello exenta de interés en el debate científico<sup>3</sup>; sin duda, su utilización ha sido por lo general "residual"<sup>4</sup>, situándose muy por debajo de la media del resto de países de la Unión Europea<sup>5</sup>, lo que explica el reducido nivel de litigiosidad judicial existente al respecto<sup>6</sup>. El tiempo de la pandemia parece haber cambiado las cosas significativamente<sup>7</sup>.

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

<sup>1</sup> En septiembre de 2020, según datos del INE, el teletrabajo había sido utilizado en el 50 % de las empresas durante la crisis del COVID-19. *Vid.* los comentarios al respecto de este significativo avance del teletrabajo en FERNÁNDEZ NIETO, L. A. "El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del COVID-19". *Diario La Ley*, núm. 9708, 2020, pág. 2.

<sup>2</sup> OIT. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica, Ginebra, 2020. Disponible en la web de la OIT.

<sup>3</sup> *Vid.* la obra temprana de THIBAUT ARANDA, J. El teletrabajo: análisis jurídico laboral. Madrid: CES, 2000, donde explora el tratamiento jurídico de esta modalidad de prestar trabajo que, por entonces, era aún poco significativa. Igualmente, recogiendo el comportamiento de determinadas experiencias de teletrabajo, de LAS HERAS GARCÍA, A. El teletrabajo en España: análisis crítico de normas y prácticas. Madrid: CEF, 2016.

<sup>4</sup> ROIG, R. y PINEDA NEBOT, C. "El teletrabajo y la conciliación: dos políticas públicas diferentes". *GIGAPP, Estudios Working Papers*, Vol. 7, núm. 182-189, 2020, pág. 597.

<sup>5</sup> Según los datos ofrecidos por el INE, en 2018 tan solo el 4,3 % de trabajadores teletrabajaba en España; en 2019 menos del 9 % de las personas trabajadoras optaron por esta modalidad de trabajo.

<sup>6</sup> CRUZ VILLALÓN, J. "Teletrabajo y coronavirus, de la emergencia a la permanencia". *Revista de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020, p. 406 y ss.

<sup>7</sup> *Vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H. "Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia". *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020, pp. 175 a 201, quien destaca el excesivo "presentismo" como comportamiento habitual y tradicional en las empresas de nuestro país.

El trabajo a distancia y, en particular, las nuevas formas del teletrabajo, comienzan a aparecer en la década de los noventa del siglo pasado en el contexto de los avances de la sociedad de la información y el conocimiento, de la mano de las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (TICs)<sup>8</sup>. Sin duda, la aparición de internet ha constituido un elemento esencial para que el auge del teletrabajo haya podido extenderse hasta constituir una realidad, en muchas ocasiones asociada con fórmulas de flexibilidad en la gestión del cambio empresarial<sup>9</sup> y las nuevas formas de organización del trabajo<sup>10</sup>.

El trabajo a distancia en todas sus formas incide básicamente, sobre dos grandes áreas, como son la dimensión organizativa del proceso de producción<sup>11</sup>, así como el modo de la prestación laboral derivada del contrato de trabajo<sup>12</sup>. Se ha dicho en el argot de los medios de comunicación, y con razón, que el trabajo a distancia “ha venido para quedarse”, en cuanto nueva forma de prestar trabajo impulsada fundamentalmente por la aceleración de los procesos de innovación tecnológica y de digitalización que han irrumpido con fuerza en la economía y el trabajo. Igualmente, se han exaltado los aspectos positivos de esta

forma de trabajar desde otros puntos de vista, como puede ser el de la sostenibilidad medioambiental<sup>13</sup>. La regulación del trabajo a distancia, sin duda, mantiene su configuración como modalidad de empleo y organización del trabajo que puede contribuir en mayor medida a los objetivos de sostenibilidad medioambiental<sup>14</sup>. En suma, han sido múltiples las ventajas destacadas de la extensión del trabajo a distancia como factor de innovación productiva y de posibilidades para un más amplio desarrollo de la vida personal<sup>15</sup>.

La implantación de un marco normativo de carácter ordinario en relación con el trabajo a distancia y el teletrabajo ha sufrido diversas vicisitudes en el tiempo. Antes del comienzo de la pandemia derivada del COVID-19 ya existía trabajo a distancia, fundamentalmente regulado por medio de la negociación colectiva en diversos sectores y actividades. A su vez, en el origen de la pandemia fue considerado como forma preferente de prestar trabajo (art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo, BOE del 18) y finalmente ha terminado por disponer de un régimen común con vocación de permanencia en el tiempo bajo su carácter de legislación ordinaria (RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a dis-

<sup>8</sup> Un estudio riguroso acerca de las transformaciones del trabajo derivadas de las TICs, profundizando en el avance de la digitalización y los procesos de robótica e inteligencia artificial, en MERCADER UGUINA, J.R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

<sup>9</sup> Destacando la flexibilidad que aporta el teletrabajo a la empresa pudiendo contar con los trabajadores que precisa en cada momento de forma ágil y rápida, BALLESTER PASTOR, I. “Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios”. *Documentación Laboral*, núm. 121, 2020, Vol. III, p. 13.

<sup>10</sup> Sobre los cambios profundos del trabajo a distancia como forma de organizar el trabajo, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020, pp. 1413 y ss.

<sup>11</sup> Se viene prestando particular atención a la relevancia de la dimensión organizativa derivada del contrato de trabajo, por todos, *vid.* NOGLER, L. “Contrato de trabajo y organización”. *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015, pp. 17 y ss.

<sup>12</sup> El teletrabajo, en particular, supone una verdadera ruptura con el modo tradicional de prestar trabajo, ARAGÓN GÓMEZ, C. “El teletrabajo en la negociación colectiva”, Observatorio de la negociación colectiva, nuevas tecnologías y globalización (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.). Madrid: CINCA, 2010, p. 335.

<sup>13</sup> Un reciente informe de Greenpeace refleja las bondades del teletrabajo en los niveles de contaminación, señalando que, en general, participan en esta forma de prestar trabajo personas con formación universitaria, quienes trabajan por cuenta ajena en puestos cualificados, generalmente, con edades comprendidas entre los 35 y 55 años. Destaca igualmente los efectos positivos derivados del abandono de prácticas de movilidad en coche para ir a trabajar, un modo de transporte altamente contaminante.

Ver Informe en: <https://es.greenpeace.org/es/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/informe-teletrabajo-GP-2.pdf>

<sup>14</sup> MIÑARRO YANINI, M. “¿Es el teletrabajo una forma de empleo verde?”. *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 454, 2021, p. 8.

<sup>15</sup> De todas esas bondades dan cuenta las obras más recientemente publicadas en nuestro país en relación con el trabajo a distancia y teletrabajo, *vid.*, entre otros, SALA FRANCO, T. *El Teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *La nueva regulación del trabajo a distancia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2021. THIBAUT ARANDA, X. y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El trabajo a distancia*, Madrid: La Ley, 2021. POQUET CATALÁ, R. *El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico*. Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021.

tancia (BOE del 23). A consecuencia de ello, los problemas de técnica jurídica relativa a la aplicación de dichas normas en el tiempo han pasado a erigirse en uno de los aspectos centrales de la ordenación jurídica del trabajo a distancia y del teletrabajo en España.

En nuestro país, inicialmente, mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 14), el gobierno de España procedió a adoptar un paquete robusto de medidas, particularmente, de carácter sanitario, económico y social para hacer frente a la pandemia. En materia laboral se produjo una rápida reacción, considerando el trabajo a distancia como forma preferente de prestar trabajo debido a las restricciones impuestas por el confinamiento (art. 5 RDL 8/2020). Se estimó en aquel momento que se trataría de una medida excepcional a fin de “garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se [reanudaran] con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria” (art. 5, párrafo primero).

La citada disposición contempló, dentro de las necesidades de ajuste en la dimensión organizativa empresarial, la forma considerada más idónea de prestar trabajo en tiempo de confinamiento: obligó a establecer “*sistemas de organización que [permitieran] mantener la actividad por mecanismos alternativos*” y de hacerlo, además, “*particularmente por medio del trabajo a distancia*”. Ambas medidas se consideraron “*prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad*” (art. 5, párrafo segundo). La preferencia del trabajo a distancia se completaba obligando a las empresas a adoptar las medidas oportunas que facilitaran su realización, con independencia de otras prescripciones específicas relativas a la evaluación de riesgos, llegando a permitirla “*a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora*” (art. 5, párrafo tercero)<sup>16</sup>. Por otra parte,

el carácter voluntario del trabajo a distancia y del teletrabajo quedó “sacrificado” prevaleciendo en todo momento el interés general de protección de la salud pública<sup>17</sup>.

Aquella fue una norma de carácter excepcional y cuya vigencia estaba limitada en el tiempo: hasta un mes después de que finalizara la declaración del estado de alarma, como así inicialmente fue considerado en el primer párrafo de la Disposición final décima del RDL 8/2020); al mismo tiempo, se habilitó al Gobierno para prorrogar en lo sucesivo las medidas establecidas en dicho RDL (Disposición adicional décima, segundo párrafo). Como es sabido, tras la declaración inicial de marzo de 2020, más tarde, debido a la alta incidencia de la pandemia en la población, hubo necesidad de ir a una segunda declaración de estado de alarma y posterior prórroga<sup>18</sup>. Por otra parte, el art. 15 del RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE del 22) abrió la posibilidad de que el Gobierno estableciera sucesivas prórrogas de este régimen excepcional de trabajo a distancia con carácter preferente. Dicho régimen excepcional continúa siendo de aplicación de manera transitoria, conforme dispuso el art. 5 RDL 28/2020 y, además, mientras pervivan las normas dictadas como medidas de contención sanitaria derivada del COVID-19. Y así lo ha establecido el RDL 28/2020, según indica expresamente su Disposición transitoria tercera, párrafo primero, cuya entrada en vigor se produjo 20 días después de su publicación oficial.

---

teletrabajo “forzoso” en España durante la pandemia de la COVID-19. ADAPT, CIELOLABORAL, *Monográfico: Teletrabajo forzoso y consecuencias legislativas, en abierto*, p. 2.

<sup>17</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. “¿La hora del teletrabajo?”. *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 66, p. 4.

<sup>18</sup> Primeramente, tras el tiempo de la denominada “desescalada” y vuelta a la normalidad, mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declara nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE del 25) y, con posterioridad, por medio del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre (BOE del 4), se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre hasta el 9 de mayo de 2021.

<sup>16</sup> Lo que ha puesto bajo sospecha el deterioro de condiciones de seguridad y salud que tal prescripción ha podido llevar consigo, BURRIEL RODRÍGUEZ- DIOSDADO, P. “El impacto del

Recientemente, el gobierno de España ha levantado el estado de alarma, al no establecer prórroga alguna del mismo a partir del 9 de mayo de 2021. Por consiguiente, es de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero de la Disposición final décima del RDL 8/2020, conforme al cual se establece que las medidas adoptadas de conformidad con lo previsto en el mismo, “*mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma*”. Ello supone que la preferencia por el trabajo a distancia en los términos aquí analizados dejará de estar en vigor a partir del 9 de junio del presente año 2021.

## 2. LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA COMO FORMA DE TRABAJO COMÚN: ANTECEDENTES MÁS SIGNIFICATIVOS

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7) modificó mediante su art. 6 el régimen del tradicionalmente denominado “*trabajo a domicilio*”<sup>19</sup>, incluyendo el novedoso “trabajo a distancia” como contenido específico del reformado art. 13 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, BOE del 24, en adelante, LET). Por otra parte, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE del 6) había contemplado ciertos derechos relacionados con los procesos de digitalización en el ámbito laboral, como el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales y el derecho a la desconexión digital (arts. 87 y 88).

Otro precedente se encuentra en el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de

<sup>19</sup> Muchos años antes ya se vislumbró el cambio radical que iba a experimentar el trabajo a domicilio debido a las innovaciones tecnológicas, siendo objeto de un análisis pormenorizado su eventual potencial transformador, *vid.* GALLARDO MOYA, R. El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador. Madrid: Editorial IBIDEM, 1998.

oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE del 7), el cual vino a establecer en su art. 2.8 nuevas medidas dispuestas en relación con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en su art. 2.1, las cuales hoy aparecen reflejadas en lo dispuesto en el art. 34.8 LET. Esta norma introdujo un cambio radical en las medidas previstas hasta entonces para conciliar, constitutivas fundamentalmente de reducciones de jornada con proporcional reducción de salarios, lo que venía a suponer una pérdida de ingresos por el cuidado de hijas e hijos y familiares; la crítica a este modelo de conciliación ha destacado que ha sido uno de los principales factores causantes de la brecha salarial y consiguiente discriminación retributiva de las mujeres, puesto que continúan solicitando mayoritariamente medidas de conciliación<sup>20</sup>. En ese contexto, el RDL 6/2019 introdujo –entre otras medidas, como “*las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación*”–, la posibilidad de que las personas titulares de los derechos de conciliación puedan realizar “*la prestación de su trabajo a distancia*” (actual art. 34.8, párrafo primero LET).

A nivel internacional, la OIT había aprobado el Convenio sobre el trabajo a domicilio (número 177) en el año 1996 (no ratificado por España), complementado con la Recomendación núm. 184, el cual contempla la posibilidad de realización del trabajo en el domicilio o en otros “*locales que escoja*” el trabajador, distintos de los locales de trabajo del empleador (art. 1). Los compromisos asumidos por cualquier Estado que lo haya ratificado consisten en aplicar y revisar periódicamente su política nacional destinada a mejorar la situación de los trabajadores a domicilio, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas (art. 3) y promover la igualdad de trato con el resto de asalariados (art. 4).

<sup>20</sup> RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S. La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico. Albacete: Editorial Bomarzo, 2020, p. 78 y ss.

En el contexto de la UE, la principal referencia ha sido el Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo<sup>21</sup>, el cual vino a reforzar la igualdad de trato en las condiciones de empleo con los trabajadores que realizan el trabajo en la empresa, contemplaba la existencia de medidas para la protección de datos, el respeto a la vida privada, la responsabilidad empresarial de los medios y equipos de trabajo y en materia de seguridad y salud laboral, reconocía un cierto grado de autonomía personal en la organización por el trabajador del teletrabajo, así como derechos de formación y ejercicio de derechos colectivos sin distinción alguna por el mero hecho de trabajar de forma telemática<sup>22</sup>. Con carácter reciente, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DOUE de 12 de julio), ha hecho hincapié sobre un aspecto relacionado con el trabajo a distancia<sup>23</sup>. La citada Directiva establece el uso de formas flexibles de trabajo en el ámbito de las medidas de conciliación (art. 9)<sup>24</sup>, entre

las cuales ha de situarse la posibilidad de la prestación del trabajo a distancia<sup>25</sup>.

En España, al afrontar los cambios y transformaciones en el empleo impuestos por una primera desescalada, tras el inicial estado de alarma, así como los ajustes exigidos en el progresivo regreso a lo que se ha denominado "la nueva normalidad", el trabajo a distancia se situó tempranamente en un escenario de prioridad en los procesos habidos de diálogo social. Fruto de dicho proceso, que tan buenos resultados ha venido arrojando en nuestro país, se alcanzó un acuerdo previo para la regulación de aquel. De ese modo, fue impulsada la aprobación del RDL 28/2020, de 22 de septiembre de trabajo a distancia el cual ha cumplido la función de rellenar un vacío normativo hasta entonces existente en la legislación laboral española<sup>26</sup>, al tratarse de legislación de carácter ordinario cuya vigencia pervivirá más allá del tiempo de la pandemia. La nueva norma se erige, por tanto, en norma estructural que contiene la regulación básica de esta forma de prestar trabajo. De ella se ha dicho que obedece a "una lógica de principios más que de reglas"<sup>27</sup>, pero no cabe duda de

<sup>21</sup> Alcanzado en julio de 2002 (revisado en 2009) con la finalidad de aportar más seguridad a quienes teletrabajan y suscrito entre la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

<sup>22</sup> "Este Acuerdo entendió esta modalidad del trabajo a distancia como un medio para modernizar la organización del trabajo para las empresas y organizaciones de servicios públicos, y para dar una mayor autonomía en la realización de sus tareas a las personas trabajadoras", *cfr.* EM del RDL 28/2020, párrafo segundo. Un análisis de sus contenidos puede encontrarse en SERRANO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. "Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002". *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, pp. 441-462.

<sup>23</sup> Analizando las innovaciones más relevantes de la misma, CABEZA PEREIRO, J. "La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional". *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, pp. 41-80.

<sup>24</sup> *Vid.* la lectura crítica de sus contenidos, en particular, con el ejercicio de los derechos de conciliación y las adaptaciones del tiempo de trabajo, en BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> A. "De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento

español". *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019, pp. 1109-1131. Destacando la promoción por la citada Directiva de la "presencia" en el trabajo mediante sistemas flexibles de organización del tiempo de trabajo, FERNÁNDEZ PRIETO, M. "Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158". *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 12 (monográfico), 2020, pp. 1-30, especialmente, pp. 23-24.

<sup>25</sup> Así lo venía proponiendo una corriente de opinión con señaladas voces en nuestro país. Por todas, MELLA MÉNDEZ, L. "El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral", *Ius Labor*, núm. 2, 2017, p. 2. Igualmente, de la misma autora y como Directora de obra colectiva en *El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés*. Madrid: La Ley, 2016, en su aportación individual titulada "Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español", p. 30 y ss.

<sup>26</sup> Un análisis inicial del contenido del RDL 8/2020 puede seguirse en DE LAS HERAS GARCÍA, A. "Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 452, 2020, pp. 171-193.

<sup>27</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. "La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020, p. 13-20; cita textual en p. 14.



que ha sentado las bases jurídicas indispensables para afirmar un trabajo a distancia con derechos laborales, incluidos los colectivos, asegurando condiciones de seguridad y salud laboral y sin discriminación, lo que equivale a decir en la conocida categoría de la OIT, un “trabajo decente a distancia”. En suma, la innovadora regulación común del trabajo a distancia en España se erige en norma llamada a sobrevivir y permanecer dentro del marco de la legislación laboral ordinaria, norma de origen negociado, de carácter estructural y cuya regulación está llamada a ser complementada en gran medida por la negociación colectiva.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RDL 28/2020 Y DEFINICIONES NORMATIVAS: EL TELETRABAJO COMO SUBTIPO DEL TRABAJO A DISTANCIA

El RDL 28/2020 presenta una clara orientación, como se ha dicho, de norma “básica”, cuyo mayor grado de concreción podría decirse que queda circunscrito en torno a tres aspectos: a) la definición del trabajo a distancia, amplia y abierta que pretende superar la fórmula establecida en 2012 en el art. 13 LET<sup>28</sup>, b) la voluntariedad de la prestación de trabajo a distancia como característica intrínseca a la misma, c) un marco de condiciones de trabajo basado en la aplicación del principio de igualdad de trato con el trabajo presencial. El carácter básico de dicha regulación normativa viene determinado, fundamentalmente, por la amplitud y extensión con que la norma invoca a la autonomía colectiva para que asuma la función de complementar múltiples aspectos establecidos, pero no desarrollados en la misma. De hecho, la Disposición final tercera. Uno del RDL 28/2020 ha modificado en profundidad lo dispuesto en el antiguo art. 13 LET, quedando redactado en la actualidad de ma-

nera lapidaria y con una técnica de remisión normativa al nuevo marco legal establecido: “*Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*”.

La determinación del ámbito de aplicación de la norma reguladora del trabajo a distancia viene condicionada por dos elementos sustanciales: uno, de carácter subjetivo, por cuanto sus destinatarias lo serán tan solo “*personas trabajadoras asalariadas*” (art. 1.1) –llama la atención el cuidado del lenguaje inclusivo en todos los pasajes del RDL, una norma ejemplificadora al respecto–, una acotación que plantea interrogantes acerca del desplazamiento excluyente de la norma en relación a los denominados “falsos autónomos” que prestan servicios en sectores de fuerte prevalencia de trabajo a distancia o de teletrabajo; dos, de carácter objetivo, susceptible de ser cuantificado, ya que es la “regularidad” del trabajo prestado a distancia lo que condiciona la aplicación de este corpus normativo. Es preciso que alcance el 30 % de la jornada en tres meses o porcentaje proporcional equivalente en función de la duración del contrato de trabajo (art. 1.2). Este elemento cuenta con un régimen específico para personas trabajadoras menores de edad y contratos en prácticas y para la formación en los que debe darse un mínimo de un 50 % de trabajo presencial y el tiempo dedicado a la formación puede cubrirse de forma telemática (art. 3).

La idea medular con que funciona el RDL 28/2020 es la construcción de una categoría de carácter general: el trabajo a distancia, entendido como la actividad laboral que se presta en el domicilio o en el lugar elegido por la persona trabajadora, con carácter regular (art. 2). Como subtipo de esta categoría queda delimitado el teletrabajo, de tal modo que así se le debe considerar cuando es realizado mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Cerrando las definiciones anteriores, se considera “trabajo presencial” aquel

<sup>28</sup> Una norma- la de 2012- considerada “incompleta” y “desfasada”, BALLESTER PASTOR, I. “Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios”, *op. cit.*, p. 20.



que es realizado en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa<sup>29</sup>.

#### 4. IGUALDAD DE TRATO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO: UNA CRÍTICA AL TRABAJO A DISTANCIA COMO MEJOR OPCIÓN PARA CONCILIAR LA VIDA PRIVADA Y PROFESIONAL

Este principio representa la orientación axiológica central de toda la regulación normativa del trabajo a distancia. El art. 4 RDL 28/2020 contiene una serie de prescripciones a fin de asegurar su aplicación efectiva y delimitar su radio de alcance. El trato igualitario se extiende tanto al ámbito de los derechos individuales de quienes trabajan a distancia como a los colectivos. En particular, la igualdad de condiciones de trabajo rige con respecto a la retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional (ar. 4). Si se atiende a lo dispuesto de forma complementaria en el art. 19 RDL 28/2020 en relación con los derechos colectivos es posible observar la misma orientación normativa, cruzada por una igualdad radical en el ejercicio de los mismos, si bien con una especial y cuidada protección de los derechos de representación legal, pudiéndose hablar de una “representación legal virtual” y del principio de no obstrucción del legítimo ejercicio de derechos como los relativos a las elecciones a órganos de representación legal<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Obsérvese que el último Convenio aprobado por la OIT, como es el número 190 sobre Violencia y acoso igualmente opera con este mismo concepto, admitiendo que el “lugar de trabajo” pueda ser el lugar establecido por la empresa u otro lugar donde tenga lugar la prestación de servicios, comprendiendo por tanto la realización de trabajo a distancia y extendiendo hasta él su radio de acción y de protección.

<sup>30</sup> Sobre el ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo a distancia, *vid.* CABEZA PEREIRO, J. “Trabajo a distancia y relaciones colectivas”, en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir) El teletrabajo en España. Aspectos teórico-prácticos de interés, *op. cit.*, pp. 179-214.

El valor de la igualdad<sup>31</sup> queda sustanciado en la norma mediante la remisión homónima a una serie de deberes impuestos a la parte empresarial para combatir discriminaciones de género que son fuente de desigualdad de oportunidades y encierran desventajas para las mujeres<sup>32</sup>. La empresa deberá evitar cualquier discriminación por causa del sexo, directa o indirecta, incluir el trabajo a distancia en los planes de igualdad (atender a las circunstancias y características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad) y finalmente, prestar atención a las particularidades del trabajo a distancia, y en concreto al teletrabajo, para la adopción de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral<sup>33</sup>. Asimismo, se deberá tener en cuenta a las víctimas de violencia de género y su particular situación al ordenar la realización del trabajo a distancia<sup>34</sup>.

Particular atención merece la tan asociada idea del trabajo a distancia con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Es indispensable no abandonar el análisis crítico de

<sup>31</sup> Un análisis riguroso de la igualdad como “valor ético” y “normativo”, en ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. El valor de la igualdad y el Derecho del trabajo. Granada: Comares, Colección Crítica del Derecho, 2020, especialmente, pp. 20-25.

<sup>32</sup> Sobre la necesaria atención a la igualdad por razón de género en la regulación normativa de los procesos de digitalización de la economía, FERNÁNDEZ PROL, F. “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”. *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, pp. 91-120.

<sup>33</sup> Profundizando en las nuevas formas de violencia en el teletrabajo y trabajo digital, RAMOS QUINTANA, M. I. “El trabajo de las mujeres en la economía digital: desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia europea para la igualdad” en RAMOS QUINTANA (Dir), La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio interdisciplinar. Albacete: Editorial Bomarzo, 2020, especialmente, pp. 35-39.

<sup>34</sup> Para un análisis en profundidad de la violencia de género en el ámbito específico del trabajo a distancia, *vid.* LEÓN LLORENTE, C. (Edit.) Teletrabajo y conciliación en el contexto de la COVID-19. Nuevos retos en el marco de la prevención de la violencia de género y la calidad de vida de las mujeres (PEVG-2020). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

esta cuestión desde una perspectiva de género: el gran riesgo que presenta esta asociación diabólica es la cronificación y reproducción a ultranza de estereotipos sociales y culturales que devuelvan a las mujeres al trabajo a distancia, al teletrabajo, en suma, al trabajo en el hogar. Un riesgo de estigmatización de su “bondad” porque –se considere que– permitirá a las mujeres atender con mayor comodidad las responsabilidades familiares. Dos son los grandes riesgos de esta cuestión: el primero, ya se ha dicho, una nueva segregación horizontal en el mercado de trabajo, conforme a la cual el trabajo presencial mayoritariamente sea desarrollado por hombres y el trabajo a distancia por mujeres; el segundo, estrechamente vinculado con el anterior, que las mujeres continúen asumiendo mayoritariamente, casi en solitario, la responsabilidad de los cuidados del hogar y de hijos o familiares en una clara posición de total desventaja para la promoción profesional, la relaciones de liderazgo o el empoderamiento laboral y profesional. Si las relaciones entre trabajo a distancia y responsabilidades familiares no se formulan en términos de corresponsabilidad, incluidas medidas de acción positiva inversa para que los hombres teletrabajen y asuman los trabajos de los cuidados que la familia no puede externalizar (avaladas por la jurisprudencia del TJUE), la desigualdad de género en el trabajo, la adquisición de rentas y la emancipación de las mujeres recibiría otro golpe certero. El trabajo a distancia y el teletrabajo en particular representarán fórmulas de trabajo habituales en el futuro de las relaciones de trabajo, influidas por los avances tecnológicos, la digitalización de procesos productivos y la robotización o los avances de la inteligencia artificial. Por consiguiente, es indispensable romper el estereotipo con sesgo de género masculino que trata de asociar de forma refleja y automática trabajo a distancia con mujeres y cuidados<sup>35</sup>.

Unir teletrabajo o trabajo a distancia con cuidado del hogar y la familia es un dardo envenenado para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El teletrabajo está poniendo de manifiesto que los problemas de la hiper conectividad, el fuerte aumento de encargos de trabajo, el teoestrés asociado al uso continuo y simultáneo de múltiples dispositivos electrónicos, el trabajo en condiciones de aislamiento, unido al atendimento de las hijas e hijos, otros familiares y el propio hogar, está produciendo en las mujeres una sobrecarga de trabajo desconocida: todo el tiempo de las mujeres se vuelve tiempo de trabajo (productivo y no productivo; remunerado y no remunerado; laboral y familiar). Teletrabajo y responsabilidades familiares es un asunto que requiere de medidas para la corresponsabilidad: en este punto, las advertencias de segregación y de discriminación se encuentran expresadas en la norma básica del trabajo a distancia (particularmente en su art. 4), pero será la negociación colectiva la que deba jugar todas sus bazas para evitar la cronificación de la desigualdad de género ante el peligro del “retorno al hogar” de la “mujer trabajadora”.

## 5. EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA: ENTRE LA LEY Y LA AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL

### 5.1. La voluntariedad como requisito esencial del acuerdo del trabajo a distancia y su carácter reversible

Indispensable resulta precisar el carácter voluntario del trabajo prestado a distancia, con independencia de que lo sea por iniciativa de la empresa, a petición de la persona trabajadora<sup>36</sup> o porque así se haya contemplado desde el inicio de la relación de trabajo entre ambas partes. Esta exigencia relativa al acuerdo de

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ PROL, F. “Teletrabajo en clave de género: ¿Herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?” en AA.VV. El futuro del trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la

Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 575 ss.

<sup>36</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. La nueva regulación del trabajo a distancia, *op. cit.*, p. 52.

voluntades entre las partes del contrato de trabajo guarda coherencia con la voluntariedad de la prestación de trabajo asalariado, requisito indispensable en toda relación contractual a la que resulte de aplicación la legislación laboral (art. 1.1 LET). La flexibilidad en la adopción de dicho acuerdo permite que pueda suscribirse tanto al inicio de la celebración del contrato de trabajo como durante el tiempo de su realización (art. 5 RDL 28/2020). Por consiguiente, el acuerdo de trabajo a distancia (ATD) se convierte en epicentro de una regulación normativa mínima, sin perjuicio de determinados aspectos de los que deberá ocuparse complementariamente la negociación colectiva.

Caracteriza la formalización voluntaria del ATD el atributo de "indemnidad" que le acompaña, a fin de establecer una barrera de protección ante las posibles opciones que pueda escoger la persona trabajadora, ya que no podrá sufrir ningún tipo de conducta empresarial a modo de represalia por negarse a trabajar a distancia o por pretender revertir dicha modalidad (art. 5). Ya ha habido algún pronunciamiento judicial sobre la reversibilidad de los pactos/acuerdos para trabajar a distancia, por lo que constituye un acierto del legislador haber establecido este nivel de protección o indemnidad en todo ATD de forma expresa<sup>37</sup>.

## 5.2. El carácter constitutivo del requisito de la forma escrita del ATD

El ATD debe formalizarse por escrito (art. 6), un requisito razonablemente exigible por cuanto modaliza la prestación de trabajo<sup>38</sup>. Y ello con independencia de qué parte de la relación de trabajo promueva su reali-

zación, o como resultado de la voluntad conjunta de ambas o, incluso, por aplicación de lo dispuesto en la negociación colectiva. El deber de formalización ha de cumplirse con carácter previo al inicio del trabajo a distancia, asegurando el carácter constitutivo que la escritura representa en este caso, de modo que, de no establecerse por escrito, ha de entenderse que dicha iniciativa o acuerdo nunca existió.

La documentación por escrito del acuerdo viene acompañada de otros deberes legales relativos a su conocimiento por parte de la representación legal de los trabajadores: la empresa debe comunicar el ATD a la representación legal para su firma en los 10 días siguientes a su formalización, quedando excluidos aquellos datos que pudieran afectar a la privacidad, conforme a lo previsto en el artículo 8.4 LET. Del mismo remitirá copia a la Oficina de empleo correspondiente (art. 6). De no existir representación legal, tal obligación decae quedando circunscrita a la sola remisión a la Oficina de empleo.

La forma escrita no es solo requisito constitutivo del modo de la prestación de trabajo, sino que representa un deber legal cuyo incumplimiento es susceptible de sanción de carácter administrativo: se modifica en su redacción el art. 7.1 LISOS para recoger como infracción grave no formalizar por escrito el ATD en los términos y con los requisitos legal y convencionalmente establecidos. La sanción se aplica no solo ante la falta de escritura, sino también ante las insuficiencias constituidas por déficit de su contenido mínimo (y adicional, en caso de que la negociación colectiva lo estipulara), lo que sometería a graduación la misma en función de la mayor o menor entidad del incumplimiento.

## 5.3. El contenido mínimo del ATD y su carácter modificable

A fin de asegurar unos elementos mínimos que confieran especial grado de certeza

<sup>37</sup> Véase la sentencia del TSJ de Madrid, 352/2020, de 21 de mayo, la cual rechazó la pretensión empresarial de modificar/revertir un acuerdo de trabajo a distancia de forma completamente unilateral, obligando a ambas partes a suscribir un nuevo acuerdo si fuera preciso cambiar los términos del inicialmente establecido entre ellas.

<sup>38</sup> *Vid.* diversas consideraciones sobre el requisito de la escritura en SELMA PENALVA, A. "Propuestas y reconsideraciones

sobre teletrabajo" *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 28, 2010, págs. 42-43.

sobre las condiciones bajo las cuales se realiza el trabajo a distancia, el art. 7 RD 28/2020 contiene una exhaustiva regulación de lo que se califica como “*contenido mínimo*” del ATD. Hasta veintidós ítems desarrolla el citado precepto estableciendo una serie de materias que forzosamente deben incluir las partes al negociar el ATD, o bien el convenio colectivo al regularlo. Dada su naturaleza de mínimo indisponible para las partes de la relación de trabajo y para la negociación colectiva (que podrá fijar “*contenidos adicionales*”), el precepto se erige en norma de derecho necesario tratando de asegurar un marco mínimo de condiciones estipuladas bajo las cuales se ha de prestar el trabajo a distancia.

Aun cuando el marco de determinación del ATD resulta exhaustivo y predecible en sus “*mínimas*” condiciones laborales, no es menos cierto que resulta modificable. Del mismo modo que pudo ser suscrito en unos términos específicos, estos pueden sufrir modificaciones a lo largo del tiempo de su duración (art. 8 RDL 28/2020).

Por razones de extensión, el contenido mínimo del ATD no puede ser objeto de desarrollo en este ensayo, pues excedería con mucho el alcance del espacio disponible, pero no cabe ninguna duda de la relevancia de su negociación y determinación final. Si se atiende al contenido de la prestación de trabajo, realizar servicios a distancia, especialmente bajo fórmulas de teletrabajo, producirá la emergencia de nuevas tareas o cambios en el desarrollo de algunas anteriores como pueden ser: el manejo intensivo de nuevas aplicaciones informáticas, mayor relevancia de actividades cognitivas, cambios en las actividades relacionales (equipos de trabajo, superiores, clientes, etc.), mayor peso de la capacidad de gestión del estrés; importancia de la capacidad organizativa del tiempo y del espacio de trabajo en el domicilio, etc<sup>39</sup>. Por todo ello, el contenido

<sup>39</sup> Así es destacado ante los procesos de digitalización en el (renovado) Informe del CES: La digitalización de la economía. Informe núm. 01/2021, Madrid: CES, p. 57-58.

mínimo y adicional del ATD constituye uno de los instrumentos más relevantes a la hora de establecer condiciones dignas de trabajo con respeto a la fijación de condiciones esenciales como jornada y salario, pero también en relación con la igualdad y no discriminación o las condiciones relativas a la protección de la seguridad y salud laboral.

La relación de complementariedad que se establece entre la ley y la autonomía colectiva en este punto, obliga al convenio o acuerdo colectivo a, por una parte, respetar (no invadir) los “*mínimos*” establecidos en el art. 7 RDL, sin perjuicio de la capacidad de producción de contenidos adicionales, espacio en el cual adquiere verdadero protagonismo el papel de los sujetos negociadores: en el ámbito de “*adicionalidad*” es donde la negociación colectiva puede desplegar un deseable rol de adaptación de los elementos inherentes al ATD a las características del puesto de trabajo a distancia, así como a las necesidades de la empresa o sector.

## 6. DERECHOS PROFESIONALES EN EL TRABAJO A DISTANCIA: FORMACIÓN Y PROMOCIÓN PROFESIONAL

La formación en el trabajo y la promoción profesional son derechos que no pueden quedar al margen de la vasta realidad del trabajo a distancia. El RDL 28/2020 desarrolla estos aspectos al considerar que ambos derechos profesionales constituyen una pieza fundamental de la dignificación del trabajo y que, como es sabido, encuentran en el art. 23 LET una cobertura jurídica general o básica susceptible de ser desarrollada por la negociación colectiva (art. 23.2). De estos derechos profesionales se ha dicho que encuentran cobertura constitucional en lo dispuesto en el art. 35 y 40. 2 CE (con su diferenciado nivel de tutela) requiriendo en todo caso de una necesaria y adecuada concreción legal<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> REQUENA MONTES, O. La formación continua de los trabajadores. Madrid: AEDTSS-Ediciones CINCA, 2020, p. 104.

En este nivel de concreción, la formación continua de personas ocupadas a distancia es objeto de especial reconocimiento en su norma reguladora específica, consciente de que la falta de presencialidad habitual en el centro de trabajo pudiera inducir a prácticas de abandono del deber empresarial de formación o la minoración de su alcance. Lejos de ello, se configura en el art. 9 RDL 28/2020 el deber empresarial de “*garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia*”. Tal participación ha de serlo “*en términos equivalentes*” a quienes prestan servicios en los centros de la empresa. Por consiguiente, rige la regla de “*equivalencia*” en la formación, si bien, en todo caso, atenderá en el desarrollo de las acciones formativas “*a las características*” de la prestación de servicios a distancia. Ello plantea el interrogante de si todas o parte de las acciones formativas igualmente se desarrollarán a distancia, bajo propuesta formativas *on line* o de similares características, puesto que para quien trabaja regularmente de forma remota y en general lo hace a tiempo completo difícilmente se justificaría la imposición de forma exclusiva y con carácter obligatorio de una formación presencial. No obstante, estos son aspectos que la negociación colectiva puede contemplar y delimitar en función del volumen de plantilla que presta servicios a distancia y del porcentaje de dicho trabajo. El apdo. 2 del art. 9 precisa que la formación de la persona que trabaja a distancia le debe ser ofertada en dos momentos diferenciados: al formalizar el ATD (especialmente orientada a conocer el uso y manejo de dispositivos de trabajo) y “*cuando se produzcan cambios en los medios y tecnologías utilizadas*” (al sobrevenir cambios de carácter tecnológico que requieran de nuevas destrezas y competencias para afrontar las innovaciones con solvencia técnica). Muy relevantes resultan estas advertencias por cuanto guardan relación con eventuales causas de despido objetivo por ineptitud conocida o sobrevenida (art. 52, a) LET), de modo que los déficits de formación continua ante innovaciones tecnológicas o digitales serían factores impeditivos del despido objetivo. En cuanto a la promoción profesional, se en-

cuentra presidida por el principio de igualdad de oportunidades con respecto a quienes prestan servicios de forma presencial (art. 10). Para asegurarla y hacerla efectiva, dos obligaciones legales se atribuyen a la parte empresarial: a) la de “*informar*” de las posibilidades de ascenso que se produzcan en la empresa y b) la de atender ciertas formas al hacerlo, como es el deber de transmitir la información “*de manera expresa y por escrito*”. Hay que presumir que las posibilidades de ascenso para quien trabaja a distancia abarcan tanto una oferta de promoción presencial como no presencial, y viceversa; de lo contrario, se produciría una desventaja difícilmente compatible con el principio de igualdad y de equivalencia que preside las reglas de trato para quienes prestan servicios a distancia y quienes lo realizan de forma presencial.

## 7. INSTRUMENTOS DE TRABAJO Y GASTOS DEL TRABAJO A DISTANCIA: OBLIGACIONES EMPRESARIALES Y REGLA FUNDAMENTAL RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD DE SU COSTE

Un aspecto esencial del trabajo a distancia es la asunción de los deberes relativos a la portabilidad de los instrumentos de trabajo (dotación y mantenimiento de medios con que se trabaja), así como el coste vinculado al mismo (abono y compensación de gastos).

Especial atención se ha prestado a este tema en el RDL 28/2020 por cuanto que en el teletrabajo como forma preferente de prestar trabajo regulado en el art. 5 RDL 8/2020, la ordenación jurídica dejó un espacio de indeterminación –tal vez, justificada por la respuesta inminente ante la situación de confinamiento–. Sin embargo, tal indeterminación no es posible mantenerla en una norma que pretende acuñar el régimen ordinario y básico del trabajo a distancia como opción de prestar trabajo por cuenta ajena.

Si bien en el teletrabajo “preferente” los medios para trabajar y los gastos ocasionados por el mismo fueron obviados en la norma que le daba cobertura (art. 5 RDL 8/2020), un



aspecto tan relevante no podía quedar fuera del marco de regulación ordinario. Su régimen jurídico se yergue sobre algunos caracteres específicos recogidos en los arts. 11 y 12 RDL 28/2020, cuya ordenación sistemática podría quedar expresada en los siguientes términos:

Uno. La aportación de medios (equipos informáticos, dispositivos electrónicos u otro tipo de herramientas informáticas como dominios, webs, blogs, etc.) y su mantenimiento (reparaciones, actualizaciones, etc.) serán objeto de “dotación” por parte de la empresa, quedando establecida, por tanto, como obligación principal de esta la de aportar los instrumentos de trabajo.

Dos. Tal dotación y responsabilidades de mantenimiento han de ajustarse al inventario de bienes incorporado al ATD (art. 7, a), lo que comporta un deber de determinación de los equipos y dispositivos u otro tipo de herramientas informáticas facilitados para la prestación de trabajo. La responsabilidad queda pues ceñida a los medios que figuren en el inventario.

Tres. Este marco de ordenación de deberes y responsabilidades empresariales puede encontrar en la negociación colectiva aspectos añadidos que resultarían exigibles en tal caso (art. 11.1).

Cuatro. Además de los instrumentos de trabajo, la empresa ha de ofrecer “la atención precisa” cuando surjan “dificultades técnicas” (art. 11.2). Este deber adquiere un significado distinto de los anteriores, porque no se refiere tanto a la aportación y mantenimiento de los medios de trabajo como de una obligación específica, añadida, de ofrecer apoyo técnico para poder acometer el trabajo a distancia de forma adecuada. No es gratuito que la norma aluda a dicha atención “especialmente en el caso del teletrabajo” (art. 11.2), ya que operar con herramientas telemáticas, informáticas o digitales está continuamente expuesto a dificultades técnicas, así como a innovaciones continuas, lo que hace imprescindible el apoyo o soporte técnico. El apoyo puede consistir en responsabilidades de asesoramiento como de

formación para una correcta adaptación a los retos en el trabajo que las innovaciones tecnológicas imponen permanentemente.

El abono y la compensación de los gastos ocasionados por el trabajo a distancia constituye una pieza esencial en esta forma de prestar trabajo por contraste frente a la forma presencial. El art. 12 RDL parte de una regla general en el trabajo a distancia: “deberá ser sufragado o compensado por la empresa”; dicha regla viene acompañada de una prohibición: “no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral” (art. 12.1). Comprende un principio de atribución patrimonial en exclusiva a la empresa de los gastos que se producen con ocasión de realización de trabajo a distancia y cuya aplicación se puede llevar a cabo bajo dos modalidades diferenciadas: una, la empresa sufraga directamente los gastos ocasionados, ocupándose de la adquisición de medios y herramientas o útiles necesarios para el trabajo; dos, la empresa desplaza a la persona que trabaja a distancia la responsabilidad de abonar inicialmente los gastos referidos, pero con el deber de compensar tales gastos posteriormente.

La compensación no puede confundirse, bajo ninguna circunstancia, con la retribución genérica derivada del contrato de trabajo que puede incluir compensaciones por gastos ocasionados a la persona a causa o por consecuencia del trabajo realizado. Una compensación de gastos a quien trabaja ante la necesidad de soportar patrimonialmente la adquisición de útiles, herramientas, dispositivos, etc. no puede llevar a confusión con determinado tipo de complementos que puedan pactarse por acuerdo o convenio colectivo o contrato de trabajo con el objeto de compensar lo que, bajo otro concepto, son gastos personales y que generalmente suelen adquirir la condición de percepciones extrasalariales. La norma del trabajo a distancia ha querido establecer una auténtica línea de separación entre la compensación de gastos por la adquisición de equipos, herramientas y medios vinculados a la actividad laboral en sentido es-



tricto, por cuanto tales gastos pertenecen a la responsabilidad patrimonial empresarial (admitiendo eventualmente un desplazamiento inicial hacia el patrimonio de la persona trabajadora respecto del deber genérico empresarial), y que claramente no forma parte del concepto de salario/retribución en la relación de trabajo, frente a una figura retributiva diferente como es la relativa a compensaciones de gastos personales ocasionados por causa o como consecuencia del trabajo, frecuentemente creadas por la negociación colectiva o mediante pacto individual (art. 26.2 LET).

Los sistemas y mecanismos que puedan establecerse para fijar la “determinación, y compensación o abono de estos gastos” en el trabajo presencial es una materia que ha de ser desarrollada en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, siendo susceptibles de ser acordadas en “acuerdos o convenios colectivos” (art. 12.2).

## 8. LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO BAJO FORMAS DE TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO: EL HORARIO FLEXIBLE COMO PRINCIPIO ESENCIAL DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

La ordenación del tiempo de trabajo se rige en el trabajo a distancia por un principio esencial, que no se encuentra como tal en la regulación ordinaria del tiempo de trabajo contemplada en la LET (arts. 34 a 38): existe un derecho subjetivo al horario flexible. (art.13 RDL 28/2020). De hecho, el precepto legal de referencia se titula “Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo”. Como principio de organización del tiempo de trabajo, comporta una variable fundamental que caracteriza la organización y distribución de la jornada de trabajo<sup>41</sup>: caracteriza al trabajo a

distancia la realización de trabajo con horario flexible.

La flexibilidad del horario de trabajo no es en modo alguno un principio absoluto establecido en la ley a modo de mandato imperativo. El precepto legal establece que “la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido”, algo que no aparece previsto en la legislación ordinaria del tiempo de trabajo ni en los elementos, cuantificación y estructura de la jornada de trabajo y sus límites. Por consiguiente, el horario flexible no opera en el trabajo a distancia con los esquemas propios de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, pudiendo la empresa unilateralmente imponerlo o suprimirlo, sino como facultad atribuida a la persona que trabaja con esta modalidad y que, en cualquier caso, conlleva alcanzar un acuerdo entre las partes. Se contempla en el precepto de referencia un doble límite a la determinación del horario flexible: el primero de ellos viene dado por el respeto a “los tiempos de disponibilidad obligatoria”, esto es, aunque no haya trabajo efectivo, pero sí un deber de estar localizado, conectado, en contacto con la empresa, etc. y deberá ser considerado como tiempo de trabajo en los términos establecidos reglamentariamente (y de conformidad con la jurisprudencia establecida), sin que en ningún caso pueda suponer una puesta a disposición permanente<sup>42</sup>; el segundo lo constituye el respeto a “la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso”, que rige como ordenación aplicable y es, básicamente, la de la LET y sus normas de desarrollo en esta materia. Sobre este segundo límite ha de señalarse la relevancia de las normas de derecho necesario que incluye la LET sobre la regulación y distribución de la jornada: jornada máxima legal, descanso diario, semanal,

<sup>41</sup> Precisamente por el carácter flexible del horario de trabajo en esta modalidad de trabajo, se ha considerado excesivamente rígido que en el “acuerdo de trabajo a distancia” se exija la determinación del horario de trabajo como parte de su

contenido mínimo, *vid.* SALA FRANCO, T., TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 180.

<sup>42</sup> *Vid.* al respecto, THIBAUT ARANDA, J. “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”. *Trabajo y Derecho, Monográfico, número 12, 2020, p. 12.*

anual, festivos laborales, permisos retribuidos y, por supuesto, las reglas que regulan el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral.

El segundo aspecto abordado en el RDL 28/2020 en relación con el tiempo de trabajo a distancia viene referido al “registro horario”. El trabajo a distancia entra en el sistema de registro de la jornada que figura en el art. 34.9 LET<sup>43</sup> el cual, en síntesis, obliga a garantizar “el registro diario de jornada” debiendo incluir el horario de inicio y finalización de la de cada persona trabajadora. No obstante, la norma específica reguladora del trabajo a distancia ha introducido una serie de particularidades: el registro horario “deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que desarrolla trabajo a distancia dedica a la actividad laboral” (art. 14); por tanto, las franjas horarias en las que hay trabajo a distancia deben quedar reflejadas en el registro. Asimismo, tales franjas se recogerán sin perjuicio de la “flexibilidad horaria” que, como se ha dicho, es elemento esencial en la ordenación de esta modalidad de trabajo. En suma, el registro horario ha de mostrar por fuerza el horario flexible que se utiliza y “deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada” (art. 14), reproduciendo en este punto igual mandato que el que figura respecto de la jornada en el trabajo presencial (art 34.9 LET).

## 9. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO A DISTANCIA Y EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN: ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN CON EL TRABAJO PRESENCIAL

Un interés particular relativo a la seguridad y salud laboral presta el RDL 28/2020, integrante de uno de los deberes empresariales

principales en la relación contractual de trabajo. Algo que se explica dado que convergen, al menos, dos aspectos específicos que demandan un tratamiento particular o de modulación<sup>44</sup>: uno, de “deslocalización” de la actividad laboral, pues no se desarrolla en el “centro de trabajo”, sino que se realiza en un lugar físico que no pertenece a la empresa, en otro que puede ser el propio domicilio de la persona trabajadora o en cualquier otro espacio elegido por ella; b) de aislamiento en el trabajo, lo que genera riesgos para la salud psicofísica y psicosocial ya de carácter específico (riesgos psicosociales) ya comunes, pero de diferente dimensión (sedentarismo crónico, uso excesivo de pantallas con riesgos visuales y trastornos músculo esqueléticos, tecnoestrés debido al uso continuo de dispositivos electrónicos, etc.)<sup>45</sup>.

El art. 15 RDL 28/2020 proclama el “derecho a una adecuada protección de seguridad y salud en el trabajo” de las personas que trabajan a distancia. Aparece configurado no solo como derecho a la protección de ambos bienes jurídicos –seguridad y salud– sino que la misma ha de ser “adecuada”. Difiere esta exigencia de la requerida por el homónimo precepto contenido en el art. 19 LET, que establece igual derecho, pero utilizando una expresión diferente, al exigir una protección “eficaz”<sup>46</sup>, como igualmente establece el art. 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). Sin embargo, el contenido de la protección de la seguridad y

<sup>44</sup> Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F. “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género; riesgos de exposición a pantallas de visualización)”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 14, febrero, 2021, pp. 1-25.

<sup>45</sup> Vid. DE VICENTE PACHÉS, F. “Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo”. *Documentación Laboral*, núm. 121, 2020, Vol. III, pp. 29-48, quien se centra especialmente en los “riesgos emergentes” en el ámbito del trabajo digital, pp. 31-34.

<sup>46</sup> Sobre el alcance de la eficacia de la protección de seguridad y salud, vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> L. El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo. Madrid: CES, 2006, pp. 35 y ss.

<sup>43</sup> Precepto introducido por el art. 10 del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo (BOE del 12).

salud laboral en el trabajo a distancia –y su adecuada dimensión– son objeto de remisión a lo dispuesto en esta materia en la LPRL “y su normativa de desarrollo” (art. 15 RDL 28/2020). Por consiguiente, la fórmula escogida ha sido establecer el derecho propiamente dicho en la parcela particular del trabajo a distancia para someter los términos de su ejercicio a lo dispuesto en la producción normativa propia de la seguridad y salud con carácter general.

Ahora bien, puesto que era necesario abordar los riesgos de padecer alteraciones de la salud y patologías asociadas al trabajo a distancia, aún más acentuadamente cuando se trata de teletrabajo<sup>47</sup>, el legislador no ha pasado por alto intervenir en torno a un elemento en particular del deber de protección de la salud en la relación de trabajo, objeto en numerosas ocasiones de discusión y debate: la evaluación de los riesgos para la salud derivados del puesto de trabajo. La LPRL en su art. 15.1, a) considera la evaluación de riesgos del puesto de trabajo como elemento indispensable de los “*principios de la acción preventiva*”. Al mismo tiempo, establece que los “*instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales*” son dos: “*la evaluación de riesgos laborales*” y “*la planificación de la actividad preventiva*”. El art. 16.2, a) precisa el contenido de la obligación de evaluar los riesgos, indicando que se deberá efectuar “*teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos*”. Este precepto aporta cobertura legal suficiente como para que en el deber de evaluación queden integrados los denominados “nuevos riesgos” o “riesgos emergentes”: los riesgos psicosociales, tan

propios del trabajo a distancia (aislamiento de la persona trabajadora, dificultades de comunicación próxima y directa), como del teletrabajo (tecnoestrés asociado a múltiples factores como la hiper conectividad, la sobrecarga de trabajo, el uso simultáneo de múltiples dispositivos que demandan respuestas rápidas y eficaces<sup>48</sup> o, en otro orden, soportar las formas novedosas de violencia y acoso en los entornos telemáticos y digitales<sup>49</sup>).

El RDL 28/2020 ha incorporado un precepto específico dedicado a “*la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia*” (art. 16). De ese modo, junto al marco legal ordinario de la prevención de riesgos laborales se añade uno, propio, que señala las particularidades que ha de revestir la evaluación de riesgos, así como la planificación derivada de la misma en relación con puestos de trabajo a distancia o cubiertos mediante teletrabajo. La especificidad del marco de prevención de riesgos en el trabajo a distancia establecido en el precepto antecitado se basa en los siguientes extremos:

Primero. Una consideración de “*los riesgos característicos de esta modalidad de trabajo, poniendo especial atención ante los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos*” (art. 16. 1, primer apartado). Por consiguiente, desde el punto de vista legal, los riesgos indicados se producen con mayor incidencia e intensidad en el trabajo a distancia y teletrabajo, por lo que en relación con cada uno de ellos se ha de tener en cuenta “*la distribución*

<sup>48</sup> Vid. un análisis pormenorizado de los factores y riesgos debidos al uso de dispositivos de carácter digital, algo habitual en el teletrabajo, DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*. Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017, pp. 63-95. De la misma autora, “Riesgos psicosociales y tecnoestrés en el teletrabajo desde casa”. *Trabajo y Derecho, monográfico 12, 2020, en original, pp. 1-24*.

<sup>49</sup> Ampliamente, sobre estas nuevas formas y manifestaciones de violencia en el trabajo, MOLINA NAVARRETE, C. *El ciberracismo en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

<sup>47</sup> Ampliamente, sobre condiciones específicas de seguridad y salud en el teletrabajo, MELLA MÉNDEZ, L. “La seguridad y salud en el teletrabajo” en VILLALBA SÁNCHEZ, A. y MELLA MÉNDEZ, L. *Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*. Pamplona: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2015, pp. 171-208.

de la jornada, los tiempos de disponibilidad y la garantía de los descansos y desconexiones durante la jornada". ¿Qué relación guarda la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad, así como los tiempos de descanso y la desconexión con los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo a distancia? Es evidente que hay una relación muy estrecha entre la organización y distribución del tiempo de trabajo, su correlativa articulación con los tiempos de descanso y, en consecuencia, con la salud laboral. Muchos años hace que se estableció esa relación indisoluble entre ambas categorías jurídicas: "jornada de trabajo" y "salud laboral"<sup>50</sup>, dos variables indisolubles que permiten concluir que el tiempo de trabajo es tiempo de exposición a riesgos para la seguridad y la salud de la persona, y aun el quebrantamiento del tiempo de descanso por reclamos de la empresa es fuente añadida de factores de riesgo físico y psíquico. Esta relación de riesgo se agudiza en el trabajo a distancia, especialmente por el mayor padecimiento de riesgos psicosociales. Una gran mayoría de ellos deriva de jornadas excesivas de trabajo, incumplimiento de los deberes de respetar los descansos mínimos, hiperconectividad e imposibilidad de desconexión fuera del horario de trabajo pactado, trabajo a demanda, trabajo a llamada, difuminación de los tiempos de trabajo y los tiempos para la conciliación de la vida personal y familiar (que son tiempos de otro trabajo, aun cuando no esté reconocido ni sea remunerado)<sup>51</sup>. Se trata de sobrecargas de trabajo cuyo origen común reside en un desajuste entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, causando de múltiples trastornos físicos y psíquicos para la salud. Cierto es que hay otros factores

potentes de riesgo en el trabajo a distancia, como el trabajo en condiciones de aislamiento, la realización de trabajo con pantallas de visualización que producen enfermedades de la visión y trastornos musculoesqueléticos, la exigencia de trabajar en condiciones de sedentarismo continuado, asociado a enfermedades puntuales y crónicas, etc. y que dan lugar a los denominados riesgos ergonómicos, igualmente objeto del deber de evaluación. En cuanto a los organizativos, guardan relación con los sistemas de organización del trabajo, así como de la inexistencia de dichos sistemas: órdenes continuas de realización de trabajos, exigencias de obtención de resultados en tiempo récord, respuestas inmediatas a requerimientos planteados en cualquier momento, atención de necesidades urgentes, respuestas ante imprevistos, etc.

Segundo. La determinación de los lugares habilitados para practicar la evaluación de riesgos laborales: una limitación propia del trabajo a distancia es la determinación del espacio físico en que se ha de realizar la evaluación. El RDL 28/2020 ha venido a precisar que solo será posible en "*la zona habilitada para la prestación de servicios*", puesto que el lugar de trabajo elegido por la persona trabajadora para hacer su trabajo puede ser su propio domicilio o bien en otros entornos de trabajo como lugares de trabajo compartido (*coworking*). En consecuencia, existe una prohibición de realizar actividades de evaluación en el "*resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia*" (art. 16.1 segundo apartado).

Tercero. La información necesaria para realizar la evaluación incluyendo los riesgos a que el puesto de trabajo expone a la persona trabajadora ha de ser obtenida por la empresa. El principal obstáculo para dicha obtención radica en el acceso al domicilio particular o al lugar donde se trabaja a distancia. Sobre este aspecto, el art. 16.2, segundo párrafo RDL 28/2020 establece dos elementos indispensables para poder recabarla: uno, cuando

<sup>50</sup> Por todos, ALONSO OLEA, M. "¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?", *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, número 87, 1998, pp. 5-19.

<sup>51</sup> El ejercicio de los trabajos de cuidados familiares realizado abrumadoramente por una mayoría de mujeres obliga a repensar las claves del trabajo a distancia con perspectiva de género, DE LA PUEBLA PINILLA, A. "Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género". *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social (en abierto)*, Vol. 1, núm. 3, 2020, pp. 4-11.

resulte necesaria la visita de personal técnico o con competencias en prevención de riesgos laborales se requiere informe escrito que justifique la misma (para ser entregado a quien trabaja a distancia y a las delegadas y delegados de prevención); dos, exige la prestación del consentimiento por parte de quien trabaja a distancia, si es en su domicilio o en el de una tercera persona (el lugar de trabajo forma parte del contenido mínimo del ATD, art. 7, f) y, en caso de que no se otorgue el correspondiente permiso a tal fin, la empresa utilizará la información que le ofrezcan los servicios de prevención para la determinación de los riesgos existentes (art. 16.2, párrafos tercero y cuarto).

#### 10. DERECHOS DIGITALES EN EL TRABAJO A DISTANCIA: INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y DESCONEJIÓN DIGITAL

En el trabajo a distancia, tres derechos relacionados con el uso de los medios digitales pueden verse expuestos a posibles lesiones u obstáculos a su legítimo ejercicio, como son, el de intimidad, protección de datos y desconexión digital. Se trata de derechos que están llamados a convivir de forma segura y eficaz para avanzar hacia una auténtica *"ciudadanía digital"* dentro y fuera del lugar de trabajo<sup>52</sup> y en los que la ley busca una colaboración de la negociación colectiva para modular los términos del ejercicio de los mismos<sup>53</sup>.

El derecho a la protección de la intimidad, así como el de la protección de datos en su dimensión de derechos fundamentales (arts. 18.1 y 18.4 CE –ver EM de la Ley 3/2018) son objeto de tratamiento normati-

vo en el precepto recogido en el art. 17 RDL 28/2020 con la finalidad de garantizar su efectividad en las formas de trabajo que se realizan fuera del lugar físico empresarial. Su efectividad ha de quedar garantizada adecuadamente, como al igual sucede con la protección de datos personales cuando se trabaje con *"utilización de medios telemáticos"*, así como cuando se ejerza por la empresa *"el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos"* (art. 17.1). Los términos del ejercicio de tales derechos se ajustarán a lo dispuesto *"en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales"*, conforme indica el precepto antecitado, y siempre con respeto a los *"principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados"*.

Los riesgos más elevados de vulneración de estos derechos provienen fundamentalmente del uso de dispositivos, mecanismos de vigilancia e instrumentos de control y seguimiento de carácter digital respecto de la correcta prestación laboral<sup>54</sup>. Al tratarse de una prestación de trabajo donde puede verse implicado el domicilio familiar, la norma básica de esta modalidad laboral utiliza una técnica basada en el recurso a una norma imperativa de derecho necesario absoluto: *"La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia"* (art. 17.2). El límite, básicamente, viene determinado por la imposibilidad de valerse de los dispositivos de titularidad personal del trabajador o trabajadora para introducir en ellos aplicaciones informáticas de vigilancia y control, lo que es coherente con la imprescindible barrera de protección de los

<sup>52</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J. "Capitalismo de la vigilancia y organización del trabajo: En busca del derecho a la ciudadanía digital de la persona trabajadora, dentro y fuera del lugar de trabajo, en tiempos del Coronavirus". *Trabajo y Derecho*, núm. 11 (monográfico), 2020, pp. 1-9.

<sup>53</sup> Sobre la función necesaria de la negociación colectiva en el desarrollo de los derechos digitales, BAYLOS GRAU, A. "Los derechos digitales y la negociación colectiva". *Diario La Ley*, 19 de diciembre, 2018, pp. 1-2.

<sup>54</sup> Sobre la penetración de los dispositivos digitales en las relaciones laborales y su especial impacto en las medidas de vigilancia y control, GOÑI SEIN, J. L. "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral". *Trabajo y Derecho*, núm. 11 (monográfico), 2020, pp. 1-24.



dispositivos personales a fin de preservar los espacios de la privacidad y los datos personales que normalmente en ellos se alojan.

Por consiguiente, el poder de vigilancia y control solo es posible ejercitarlo con los medios propios de la empresa. Únicamente a través de medios telemáticos y dispositivos de titularidad empresarial pueden ser configurados sistemas de vigilancia y control de geolocalización, de control remoto, de visualización de tareas, etc. Más allá de que sea precisa la exigencia anterior, existen otros límites relativos a su uso y funcionamiento: es preciso establecer “*criterios de utilización*” y tales criterios han de respetar “*los estándares mínimos de protección de [la] intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente*” (art. 17.3, párrafo primero). Hay una cierta indeterminación en la fórmula utilizada para precisar tales límites puesto que los usos sociales son cambiantes y la remisión a los derechos reconocidos, sin duda, deja abierta la puerta a una potencial litigiosidad en la preservación de los límites en cada caso concreto. Además, los “*criterios de utilización*” habrán de someterse a dos exigencias legales: a) deberán ser objeto de negociación con la representación legal de las personas trabajadoras, b) en consecuencia, deberán ser objetivos y de conocimiento previo por parte de la persona trabajadora.

La negociación colectiva es invocada también en esta parcela de regulación para precisar los términos dentro de los cuales quienes prestan servicios a distancia podrían hacer uso “*por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa*” para el desarrollo de su trabajo. A efectos de ofrecer un marco que permita dar cabida a esta posibilidad, la norma señala dos límites a tener en cuenta: uno, que esa utilización a título personal se ha de realizar de acuerdo con “*los usos sociales de dichos medios*”, una nueva expresión indeterminada que necesitará un grado de precisión por parte de acuerdos y convenios colectivos; dos, el uso que se haga debe tomar en consideración

“*las particularidades del trabajo a distancia*” (art. 17.3 párrafo segundo), aspecto que la propia negociación colectiva habrá de precisar.

Por lo que al derecho a la desconexión digital se refiere, recibe una proclamación expresa en la norma del trabajo a distancia precisando que ha de producirse “*fuera [del] horario de trabajo*” (art. 18.1, párrafo primero) advirtiendo que se ejercerá en esta modalidad de trabajo de acuerdo con los términos que contempla el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre<sup>55</sup>. Se establece un “*deber empresarial de garantizar la desconexión*” (art. 18.1, párrafo segundo) y se delimita el doble contenido de dicho deber: a) una “*limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso*” (que a su vez comporta un deber de doble carácter, uno relativo al tipo de medios y otro, al umbral temporal susceptible de ser aplicado); b) respeto a la duración máxima de la jornada, así como “*cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables*” (en este caso, la ordenación del tiempo de trabajo y la jornada máxima legal y convencional actúan como límites específicos al poder de dirección empresarial obligando a que la desconexión sea una categoría jurídica directamente vinculada con la ordenación del tiempo de trabajo).

Cuestión diferente es la relativa a “*las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión*”, así como “*las acciones de formación y de sensibilización*” del personal para conseguir “*un uso razonable de las herramientas*

<sup>55</sup> Sobre la configuración y alcance del derecho a la desconexión, *vid.* CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B. “Los perfiles del derecho a la desconexión digital”, *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2020, pp. 109-126. Asimismo, atendiendo especialmente a la función de la negociación colectiva en este ámbito, TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E. “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”. *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019, pp. 1-32. IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup> T. “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 452, 2019, pp. 61-87.



tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática” (art. 18.2, párrafo primero). El derecho a la desconexión digital aparece reforzado cuando se trata de personas que realizan de forma total o parcial el trabajo a distancia y, asimismo, cuando se utiliza el domicilio de la persona trabajadora “vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas” (art. 18. 2 párrafo primero).

## 11. DERECHOS COLECTIVOS EN EL TRABAJO A DISTANCIA: NI TRATOS DESIGUALES NI OBSTÁCULOS A SU LEGÍTIMO EJERCICIO

Como eje inspirador de todos aquellos ámbitos en los que se ejercitan los derechos colectivos de las relaciones de trabajo, la igualdad entre quienes prestan servicios por cuenta ajena de forma presencial y a distancia se erige en un derecho laboral indisponible, de modo que el solo hecho de realización de trabajo a distancia no puede justificar tratos diferentes o diferenciados.

El art. 19.1 RDL 28/2020 explicita esta voluntad de prohibir tratos diferentes y mucho menos discriminatorios por el solo hecho de modalizar la prestación laboral bajo fórmulas de presencialidad o a distancia: “Las personas trabajadoras a distancia tendrán derecho a ejercitar sus derechos de naturaleza colectiva con el mismo contenido y alcance que el resto de las personas trabajadoras del centro al que están adscritas”. La rotundidad de la norma imperativa evita considerar la posibilidad de aplicar límites, excepciones o restricciones al ejercicio de tales derechos por la sola prestación de trabajo a distancia. En todo caso, la negociación colectiva va a ser invocada por la norma legal para desarrollar una función complementaria sometida a la imperatividad del mandato de trato igualitario “con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa” (art. 19.1, párrafo segundo); dicha función consiste en “establecer

las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación” (art. 19.1, párrafo segundo).

Dos son los ámbitos de intervención negociada en esta materia. El primero de ellos, desarrollando una función de “garantía” del ejercicio efectivo de los derechos colectivos, esto es, precisando las condiciones bajo las cuales se ejercitan los derechos de libertad sindical, especialmente, los de titularidad individual, así como los de representación legal en la empresa y en su caso, las condiciones de ejercicio del derecho de huelga (cuya dimensión individual –al tratarse de personas que trabajan en condiciones de total o frecuente aislamiento– podría ser objeto de atención en la negociación colectiva). El segundo alude a la necesidad de atender “a las singularidades de la prestación” de trabajo a distancia: dichas “singularidades” no pueden ser invocadas con el fin de establecer limitaciones, restricciones o excepciones de los derechos colectivos –que no se admiten por aplicación del principio igualitario–, sino su “modulación” al ejercer tales derechos. En este punto, la negociación colectiva y los procedimientos conducentes a alcanzar acuerdos colectivos cuentan con un elevado grado de autonomía para diseñar los procedimientos y los mecanismos que permitan hacer efectivos los derechos de libertad sindical (afiliación y acción sindical en la empresa), elecciones a órganos de representación unitaria y facultades vinculadas a este tipo de representación, o asegurar el legítimo ejercicio de acciones de conflicto y, en particular, la huelga.

No deja de resultar relevante que el propio RDL 28/2020 haya dedicado especial atención al ejercicio de los derechos de representación colectiva en la empresa, sobre los que ha decidido incluir ciertos mandatos imperativos dirigidos a los sujetos negociadores: a) sobre los medios indispensables para el desarrollo de tales derechos, aspecto sobre el que pesa un deber empresarial de “suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras

los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa” constitutivo de un deber genérico de información: dichos elementos, entre otros que pudiera contemplar la negociación colectiva, comportan “el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual”, si bien el suministro de esta información está sometida a unos límites, esto es, “cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia” (art. 19.2, párrafo primero); b) sobre la comunicación que ha de existir entre quienes trabajan a distancia y sus representantes legales: se establece un deber empresarial de vigilancia consistente en asegurarse de que no se producen “obstáculos” en relación con dicha comunicación (art. 19.2, párrafo segundo), por lo que conlleva exigencias materiales como facilitar esos canales de comunicación, que por naturaleza deberían ser canales telemáticos o informáticos o por medio de dispositivos digitales habilitados a tal efecto; c) sobre la comunicación que ha de existir entre quienes trabajan a distancia (total o parcialmente, de forma integral o en alternancia) y el resto de personas que lo hacen de forma presencial: un deber empresarial cuya finalidad primordial es evitar el aislamiento relacional. Este nivel de comunicación resulta indispensable especialmente cuando se funciona con equipos de trabajo y cuando la organización del trabajo parte del principio de división de tareas. Trabajar a distancia en condiciones de aislamiento constituye, como se ha expresado, un factor de riesgo para la salud, produce mayor vulnerabilidad y expone a mayor precarización en las condiciones de trabajo, e impacta igualmente sobre los niveles de productividad y de rendimiento; d) sobre la participación en la empresa por medio de acciones colectivas, especialmente, actividades de representación de intereses colectivos en la empresa: la participación “efectiva” de quienes trabajan a distancia “en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales” ha de quedar “garantizada” (art. 19.3), lo que implica su incorporación plena a actividades de re-

unión puesto que forman parte de la asamblea (art. 77 LET); e) de forma particular, se asegura la participación “efectiva presencial” con la finalidad de permitir “el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales” (art. 19.3): la norma no deja constancia de que las personas que trabajan a distancia pueden igualmente ser elegibles, pero se trata de un aspecto que no puede ser ni limitado ni restringido por el solo hecho de trabajar de forma no presencial, conforme se desprende, por una parte, del principio de igualdad que inspira el reconocimiento de los derechos colectivos en esta modalidad de trabajo (art. 19.1 RDL 28/2020) y por otra, de lo dispuesto con carácter general en el art. 61 LET y de forma más precisa, en el art. 69.2 LET.

## 12. FACULTADES DE ORGANIZACIÓN, DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

El ejercicio del poder de dirección en su doble vertiente organizativa y de vigilancia y control del cumplimiento de la prestación laboral aparece teñido en el trabajo a distancia de una serie de elementos que admiten su “modalización” respecto de lo que con carácter general y para el trabajo presencial dispone el art. 20 LET. A estas cuestiones dedica el RDL 8/2020 su Ca p. IV: “Facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia”, cuyos arts. 20, 21 y 22 contienen el régimen de aplicación.

En primer lugar, por lo que a las facultades de dirección se refiere, la empresa dictará las instrucciones relativas a la realización del trabajo a distancia, que deberán ser cumplidas por quienes prestan servicios a través de esta modalidad. En este caso, se incide sobre dos aspectos diferenciados: a) el marco de la legislación sobre protección de datos; b) las relativas a la conservación y uso de los dispositivos informáticos. Por lo que al primero de ellos se refiere, el poder de dirección cuenta con límites específicos: por una parte, se en-

cuentra acotado a una materia concreta, como es la protección de datos –cuya naturaleza de derecho autónomo no le priva de estrechos vínculos con la preservación de la intimidad de la persona trabajadora<sup>56</sup> y, por otra, no es ilimitado, ya que tales instrucciones deben ser “participadas”, por cuanto que antes de ser emitidas por la empresa deben contar con la intervención “de la representación legal de las personas trabajadoras” (art. 20.1). No se trataría tan solo de mera información, un mero traslado de las mencionadas instrucciones con carácter previo para su conocimiento; el término “participación” sugiere considerar la existencia previa de un proceso de diálogo y consulta tendente a alcanzar un consenso en torno a cuáles serán las instrucciones que deben cumplir quienes trabajan a distancia para preservar la debida protección de datos (propios, de la empresa, de usuarios, clientes, etc.). El poder de dirección así delimitado se encuentra acompañado del correspondiente deber de obediencia que adquiere igualmente perfiles específicos por el solo hecho de trabajar a distancia, particularmente en el teletrabajo y se extiende a “las instrucciones sobre seguridad de la información específicamente fijadas por la empresa” (art. 20.2). Por consiguiente, se trata de un deber de obediencia de carácter específico, propio de estas modalidades de trabajo y requiere, a su vez, de un deber auxiliar: quienes trabajan a distancia deben “informar” a su representación legal en la empresa de las instrucciones recibidas sobre “seguridad de la información”. Conclusivamente, dos son las funciones diferenciadas de la representación legal en relación con este primer ámbito del ejercicio del poder de dirección empresarial en el trabajo a distancia: de *participación* en la elaboración de las instrucciones a seguir en la empresa sobre protección de datos y de *in-*

*formación* respecto del cumplimiento de tales instrucciones por parte de las personas trabajadoras representadas.

En lo que se refiere a las instrucciones empresariales relativas a la conservación y uso de dispositivos informáticos, el art. 21 RL 28/2020 impone un deber de cumplimiento de las “condiciones e instrucciones” emitidas por la empresa al respecto “en relación con los equipos e útiles informáticos”. Sobre este aspecto confluyen distintas vicisitudes empresariales y laborales, unas relativas al deber de mantenimiento y conservación de los mismos, otras específicamente referidas a su debido “uso” y “conservación”, donde los posibles usos a título personal, así como los deberes de diligencia en su manejo y la debida conservación en buen estado de los mismos es un aspecto contemplado en el marco legal, pero entregado a la negociación colectiva para la determinación de sus contenidos y alcance. Por lo que a los límites del ejercicio del poder disciplinario se refiere, es necesario indicar una cuestión nada irrelevante: al establecerse por mandato legal un deber de “uso y conservación” de los materiales informáticos que la empresa pone a disposición, ello supone que su incumplimiento podrá ser susceptible de sanción empresarial. Las fronteras difusas entre lo que puede ser un mal uso o un mal sistema de conservación del material informático y lo que realmente supone el desgaste por el uso del mismo, el carácter desfasado y su inutilidad con el paso del tiempo, etc. es algo que la negociación colectiva deberá precisar<sup>57</sup>, a fin de evitar excesos en el poder disciplinario que abocarían a múltiples supuestos de litigiosidad judicial.

En último lugar, el poder de vigilancia y control empresarial regulado en el art. 22 RDL 28/2020, respecto de lo estipulado con carácter general en el art. 20.3 LET, es fiel reflejo de lo establecido en la norma estatutaria,

<sup>56</sup> Vid. ampliamente sobre protección de datos en la relación de trabajo, GOÑI SEIN, J. L. “Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, p. 191 y ss. Igualmente, MERCADER UGUINA, J. R., *Protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid: Francis y Taylor, 2018.

<sup>57</sup> Vid. VALLE MUÑOZ, F.A. “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, núm. 148, 2019, pp. 15 y ss.

con un único añadido: la posibilidad de que la vigilancia y control puedan ser realizados a través de “*la utilización de medios telemáticos*”. Realmente, la Ley Orgánica 3/2018 (en su Disposición final decimotercera) introdujo el art. 20 bis LET, adelantando en parte este régimen novedoso. En dicho precepto estatutario se especifica el marco en el cual el derecho a la intimidad personal funciona como límite específico al ejercicio del poder de vigilancia y control empresarial. Entre otros núcleos de imputación, tal límite se proyecta sobre el “*uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización*”, cuya concreción se realizará “*en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”, que no es otra que la propia Ley Orgánica 3/2018.

Los dispositivos digitales de videovigilancia y geolocalización habrán de preservar la privacidad del trabajador<sup>58</sup>, especialmente en lo que se refiere a dos aspectos esenciales, como son el espacio y el tiempo en que se presta el trabajo a distancia: los espacios de su domicilio o lugar de trabajo que no constituyan “*zonas habilitadas*” para el trabajo a distancia, en coherencia con lo establecido en el art. 16 RDL 28/2020; los tiempos de descanso y de desconexión digital, que deben ser respetados en todo momento. Espacios y tiempo, en suma, en los que no cabe expandir el poder de vigilancia y control empresarial. En fin, los límites legales a estas facultades empresariales en el trabajo a distancia son los mismos que los previstos para el trabajo presencial: respeto a la dignidad de las personas, esto es, respeto al legítimo ejercicio de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, y respeto a la capacidad real de las personas que padecen algún tipo de discapacidad (art. 22

RDL 28/2020 en consonancia con lo dispuesto en el art. 20.3 LET).

Es probable que el trabajo a distancia y, en particular, el teletrabajo, debido al uso de medios telemáticos y digitales, dé lugar a extralimitaciones en el ejercicio de las facultades empresariales, lo que abrirá nuevos escenarios de litigiosidad probablemente<sup>59</sup>. La cultura del trabajo se ha basado hasta ahora en un control presencial, de modo que la adaptación de los sistemas tradicionales de vigilancia –aún por medio de dispositivos telemáticos y digitales– en relación con la extensión del trabajo a distancia constituirá uno de los puntos álgidos de conflictividad en el futuro por cuanto en ellos se encuentra implícita la preservación de la dignidad humana en el trabajo.

### 13. ÁMBITOS DE INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRABAJO A DISTANCIA: POTENCIALES DIFICULTADES PARA UN DESARROLLO EFICAZ DEL MARCO NORMATIVO

Numerosas son las ocasiones en que la norma básica reguladora del trabajo a distancia remite a la negociación colectiva –ya sea en forma de convenios o de acuerdos colectivos– con el fin de que ocupe relevantes espacios de regulación de condiciones de trabajo en esta modalidad específica<sup>60</sup>. La llamada a la negociación colectiva es “indistinta” y

<sup>59</sup> Es ampliamente conocida la construcción jurisprudencial efectuada por el TEDH sobre los límites del ejercicio del poder empresarial de vigilancia y control en sentencias que han resultado ser muy significativas, especialmente referidas a procedimientos de videovigilancia con cámaras (Asunto *López Ribalda*, sentencia de 17 de octubre de 2019, que rectifica la de 9 de enero de 2018) e interceptación y transcripción de contenidos del correo electrónico de la persona trabajadora (Asunto *Barbulescu I y II*, sentencias respectivamente de 12 de enero de 2016 y de 5 de septiembre de 2017).

<sup>60</sup> Un análisis específico del papel que ha venido desempeñando la negociación colectiva antes de la entrada en vigor del RDL 28/2020, así como del potencial regulador que el mismo le ofrece, en GALLEGO MOYA, F. “El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real De-

<sup>58</sup> Las posibles medidas de vigilancia y control en el trabajo a distancia corren el riesgo de resultar, incluso, más invasivas de la privacidad de la persona, ALEMÁN PÁEZ, F. “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”. *Temas Laborales*, núm. 153, 2020, p. 33.

“genérica”, acogiendo una acepción “amplia”, lo que incluye todo fruto del proceso de negociación entre los “sujetos con legitimación para ello”<sup>61</sup>. En varias ocasiones se ha llamado la atención sobre el potencial que encierra la negociación colectiva para regular con especial grado de adaptación el trabajo realizado a distancia y, en particular, el teletrabajo, denunciando el déficit de regulación apreciado hasta ahora<sup>62</sup>.

Por orden secuencial de presentación de sus contenidos, el RDL 28/2020 comienza por invocar un eventual “derecho al trabajo a distancia” configurado a partir de lo dispuesto conforme establece el marco legal o mediante la negociación colectiva (art. 5.1), lo que no empecerá en ningún caso el carácter voluntario del trabajo a distancia. Una llamada que advierte de su obligada configuración en su sola condición de “derecho”, alejada de todo “deber” de realizarlo a distancia.

Es indudable el peso que la negociación colectiva encuentra en el marco normativo regulador del RDL 28/2020. Realmente, el soporte normativo resulta en muchas ocasiones abierto y orientado a encontrar, unas veces una función de concreción y otras, de desarrollo, en los convenios y acuerdos colectivos un marco nada desdeñable desde el punto de vista de las materias que se le atribuyen, de modo que la autonomía colectiva se erige en una fuente de regulación relevante en torno a múltiples aspectos relativos a la ordenación del trabajo a distancia y las condiciones bajo las cuales este se ha de prestar.

En síntesis, el diálogo y la negociación serán instrumentos imprescindibles para lograr acuerdos que permitan producir la necesaria concreción de aspectos normativos, básicamente apuntados en el texto legal a modo de garantía, pero no desarrollados. Por consiguiente, el papel de adaptación de los convenios colectivos a la realidad sectorial o de la empresa, al definir y concretar determinado tipo de condiciones del régimen del trabajo a distancia y del teletrabajo, convierte a la negociación colectiva en instrumento “sumamente flexible”<sup>63</sup>. Otra cosa es que la experiencia negocial ponga de manifiesto el interés indispensable para llevar a buen puerto la configuración de un marco completo, adaptado y adecuado de regulación. O que no se incurra en la mera transcripción de los preceptos legales que, por su propia naturaleza, al configurar expectativas y mandatos de desarrollo por los negociadores, no alcanzan a definir condiciones específicas de ejercicio de los derechos de quienes prestan servicios bajo fórmulas de trabajo a distancia. De no ocuparse debidamente la negociación colectiva de cubrir los espacios normativos cedidos por la ley pudiera producirse un resultado final no deseable, como es la entrada final de la autonomía individual en la determinación de las condiciones específicas de trabajo. Esta última opción abriría la puerta a situaciones de inseguridad, desprotección y desequilibrio entre las partes del contrato de trabajo y constituiría una fuente relevante de litigiosidad laboral. Algo que, al parecer, la norma básica de regulación del trabajo a distancia pretende evitar a toda costa impulsando la intervención de soluciones negociadas y convencionalmente establecidas.

Un primer error consistiría en que la negociación colectiva sitúe la ordenación del teletrabajo en el ámbito específico de los contenidos relativos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Ello significaría que se estaría operando una reducción drás-

creto-Ley 28/2020”. *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 457, 2021, pp. 71-106.

<sup>61</sup> CAIRÓS BARRETO, D. M<sup>a</sup>. “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”. *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021, p. 9 y ss. *Las comillas en pp. 10 y 11.*

<sup>62</sup> MELLA MÉNDEZ, L. “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: contenido general y propuestas de mejora”. *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, p. 1 ss. Más recientemente, GOERLICH, J. M<sup>a</sup>. “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras el RDL 28/2020”, *Blog Foro de Labos*, entrada 12.4.21

<sup>63</sup> GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras el RDL 28/2020”, *op. cit.*, p. 1.



tica del alcance y posibilidades de ordenar las formas de realizar trabajo a distancia o teletrabajar. Eso, dicho al margen de que tras la tan manoseada fórmula de lo positivo que resulta el teletrabajo para conciliar se puede ocultar una odiosa pervivencia de roles tradicionales de género femenino: del mismo modo que las normas de conciliación originariamente fueron consideradas como especialmente indicadas para las mujeres (ellas eran las llamadas a conciliar) pudiera ocurrir que el teletrabajo termine por quedar asociado a “trabajo de mujeres”, mientras que los hombres permanezcan mayoritariamente prestando trabajo presencial.

Un segundo obstáculo para obtener un adecuado y amplio marco de regulación convencional de los derechos laborales relativos al trabajo a distancia sería asociarlo y regularlo de forma vinculada con el derecho a la desconexión digital, como si de un derecho específico y excluyente del teletrabajo se tratara<sup>64</sup>. Si bien es cierto que la desconexión digital forma parte indispensable de las condiciones de trabajo propias del teletrabajo (art. 18 RDL 28/2020), ya que uno de los factores para la salud y para el derecho al descanso efectivo lo constituye, precisamente, la garantía de la desconexión con la empresa y la realización del trabajo, no quiere ello decir que la regulación convencional se limite a aspectos tan estrictamente puntuales como éste. Téngase en cuenta, además, que la interacción entre lo dispuesto en el art. 88 de la LO 3/2028 y el art. 18 RDL 28/2020 produce “un llamativo doble juego de remisiones en virtud del cual corresponde a la negociación colectiva tanto la garantía del derecho a la desconexión de los trabajadores a distancia como la excepción de su aplicación. Es

decir, la definición de las situaciones en las que cabe imponerles su reconexión fuera de la jornada de trabajo”<sup>65</sup>.

Otro tanto podría producirse en relación con la ordenación del registro de jornada, anudando el teletrabajo a este otro deber específico (art. 14). O lo que sería peor aún, limitarse a reproducir los pasajes legales que sobre el primer asunto aborda el art. 88.3 de la Ley orgánica 3/2018 y sobre el segundo, el art. 34.8 LET, así como lo dispuesto en el art. 34.9 LET (aplicable igualmente a quienes realizan trabajo a distancia o teletrabajo).

No menos preocupante sería detectar que en los procedimientos de negociación colectiva las partes negociadoras se limiten a crear expectativas de futuro constituyendo órganos de desarrollo del convenio colectivo en esta materia, sin llegar a lograr concreción alguna sobre los aspectos que la ley le encomienda abordar con una regulación pactada y de forma específica. Se observa con frecuencia que las innovaciones legislativas producen en los destinatarios de las mesas negociadoras una especie de desplazamiento de responsabilidades remitiendo los temas novedosos a órganos de creación futura: comisiones *ad hoc*, comisiones de desarrollo del convenio, observatorios específicos, etc. Prácticas de esta naturaleza no solo se avienen mal con el protagonismo que la ley atribuye a la autonomía colectiva en la ordenación del trabajo a distancia, sino que perjudican claramente las condiciones de certeza y de predictibilidad que sobre esta forma de prestar trabajo se precisan, a fin de no arrojar un insoportable grado de incertidumbre sobre determinados extremos que afectan a quienes trabajan bajo esta modalidad. En suma, certeza y predictibilidad de condiciones de trabajo para un trabajo decente a distancia.

Esta forma de prestar trabajo es de carácter voluntario, una característica que tal

<sup>64</sup> El papel protagonista de la negociación colectiva en la delimitación y alcance del derecho a la desconexión digital a partir de lo dispuesto en el art. 88 de la Ley orgánica 3/2028 fue objeto de recepción crítica, *Vid.* BAYLOS GRAU, A. “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivadas de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”. *Ciudad del Trabajo*, nº 14, 2019, pp. 154-159.

<sup>65</sup> SANGUINETI RAYMOND, W. “El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia”. *Blog NET.21.org*, entrada 22.4. 2021.



vez lleve a considerar que para la negociación colectiva no reviste preocupación esencial regularla, pero ello dependerá del sector productivo; en particular, el sector servicios, con importantes avances tecnológicos en sus prestaciones y el avance de los procesos de digitalización puede ser uno de los potencialmente llamados a escenificar prácticas negociales más robustas en esta materia. Por otro lado, la negociación de convenios de empresa eventualmente podría erigirse en un ámbito funcional especialmente apto para regulaciones específicas, pero se corre el riesgo de que aquellos convenios empresariales que no son objeto de publicación a nivel estatal tengan un difícil seguimiento, por lo que resultará difícil conocer debidamente y comprender qué se está haciendo y qué no en la negociación colectiva a este respecto.

Como idea conclusiva cabe señalar que, dado el juego de relaciones normativas establecidas entre el RDL 28/2020 y la negociación colectiva, lo peor que podría ocurrir es que esta no lleve a buen término las encomiendas de desarrollo complementario que le han sido asignadas. La consecuencia más grave de ello sería la generación de un marco de incertidumbre de condiciones de trabajo, condiciones que la ley sí contempla, pero no precisa, y el agrandamiento de los espacios de la autonomía individual en una clara posición de desventaja para las personas contratadas bajo modalidad. El momento presente es, sin duda, el de un tiempo de fuertes y profundos cambios de carácter tecnológico y digital en el que probablemente, el trabajo a distancia y sus formas telemáticas de prestarlo no solo se consoliden, sino que pasen a ser prioritarias, al menos, en determinados sectores productivos.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PAÉZ, F. “Especialidades de las facultades de control en el trabajo a distancia. Aspectos materiales, institucionales y valorativos”. *Temas Laborales*, núm. 153, 2020.

ALONSO OLEA, M. “¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, número 87, 1998.

ÁLVAREZ CUESTA, H. “Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia”. *Lan Harremanak*, núm. 43, 2020.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. El valor de la igualdad y el Derecho del trabajo. Granada: Comares, Colección Crítica del Derecho, 2020.

ARAGÓN GÓMEZ, C. “El teletrabajo en la negociación colectiva”, Observatorio de la negociación colectiva, nuevas tecnologías y globalización (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.). Madrid: CINCA, 2010.

BALLESTER PASTOR, I. “Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios”. *Documentación Laboral*, núm. 121, 2020, Vol. III, p. 13.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> A. “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2019.

BAYLOS GRAU, A. “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, *Diario La Ley*, 19 de diciembre, 2018.

– “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivadas de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”. *Ciudad del Trabajo*, n<sup>o</sup> 14, 2019.

BAZ RODRÍGUEZ, J. “Capitalismo de la vigilancia y organización del trabajo: En busca del derecho a la ciudadanía digital de la persona trabajadora, dentro y fuera del lugar de trabajo, en tiempos del Coronavirus”. *Trabajo y Derecho*, núm. 11 (monográfico), 2020.

BURRIEL RODRÍGUEZ– DIOSDADO, P. “El impacto del teletrabajo “forzoso” en España durante la pandemia de la COVID-19”. ADAPT, CIELOLABORAL, *Monográfico: Teletrabajo forzoso y consecuencias legislativas, en abierto*.

CABEZA PEREIRO, J. “Trabajo a distancia y relaciones colectivas”, en MELLA MÉNDEZ, L. (Dir) El teletrabajo en España. Aspectos teórico-prácticos de interés. Madrid: La Ley, 2016.

– “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional”. *Revista de Derecho Social*, núm. 92, 2020, pp. 41-80.

CAIRÓS BARRETO, D. M<sup>a</sup>. “El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia”. *Trabajo y Derecho*, núm. 75, 2021.

- CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup> B. “Los perfiles del derecho a la desconexión digital”, *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2020.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “El Derecho del Trabajo, la digitalización del trabajo y el trabajo a distancia”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2020.
- CES: Informe del CES: La digitalización de la economía. Informe núm. 01/2021, Madrid: CES, p. 57-58.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Teletrabajo y coronavirus, de la emergencia a la permanencia”. *Revista de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2020.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. “Incidencia de las tecnologías digitales en la salud psicosocial de los trabajadores”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.) Riesgos psicosociales y organización de la empresa. Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- “Riesgos psicosociales y tecnoestrés en el teletrabajo dese casa”. *Trabajo y Derecho*, monográfico 12, 2020.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social (en abierto)*, Vol. 1, núm. 3, 2020.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. El teletrabajo en España: análisis crítico de normas y prácticas. Madrid: CEF, 2016.
- “Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 452, 2020.
- DE VICENTE PACHÉS, F. “Teletrabajo y salud laboral en la era COVID: el nuevo marco normativo de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo”. *Documentación Laboral*, núm. 121, 2020, Vol. III.
- FERNÁNDEZ NIETO, L. A. “El teletrabajo: de actor secundario a protagonista en el escenario del COVID-19”. *Diario La Ley*, núm. 9708, 2020.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 12 (monográfico), 2020.
- FERNÁNDEZ PROL, F. “Teletrabajo en clave de género: ¿Herramienta de corresponsabilidad o foco de segregación?” en AA.VV. El futuro del trabajo: Cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019.
- “Relaciones de trabajo ante el proceso de digitalización de la economía: análisis desde una óptica de género”. *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020.
- GALLARDO MOYA, R. El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador. Madrid: Editorial IBIDEM, 1998.
- GALLEGRO MOYA, F. “El trabajo a distancia en los convenios colectivos. Primeras experiencias tras el Real Decreto-Ley 28/2020”. *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 457, 2021.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. “La regulación del trabajo a distancia, un modelo en construcción”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 237, 2020.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>, “El trabajo a distancia en la negociación colectiva: primeras experiencias tras el RDL 28/2020”, *Blog El Foro de Labos*, entrada 12.4.21.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. La nueva regulación del trabajo a distancia. Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.
- GOÑI SEIN, J. L. “Vigilancia empresarial y protección de datos: doctrina jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019.
- “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”. *Trabajo y Derecho*, núm. 11 (monográfico), 2020.
- IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup> T. “El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 452, 2019.
- LEÓN LLORENTE, C. (Edit.) Teletrabajo y conciliación en el contexto de la COVID-19. Nuevos retos en el marco de la prevención de la violencia de género y la calidad de vida de las mujeres (PEVG-2020). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género; riesgos de exposición a pantallas de visualización)”. *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 14, febrero, 2021.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> L. El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo. Madrid: CES, 2006.
- MELLA MÉNDEZ, L. “La seguridad y salud en el teletrabajo” en VILLALBA SÁNCHEZ, A. y MELLA MÉNDEZ, L. Trabajo a distancia y teletrabajo: estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado. Pamplona: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2015.
- “Configuración general del trabajo a distancia en el derecho español” en El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés. Madrid: La Ley, 2016.

- “El trabajo a distancia como medida de flexibilidad y conciliación laboral”, *Ius Labor*, núm. 2, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R. El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Protección de datos en las relaciones laborales. Madrid: Francis Lefebvre, 2018.
- MIÑARRO YANINI, M. “¿Es el teletrabajo una forma de empleo verde?”. *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 454, 2021.
- MOLINA NAVARRETE, C. El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- NOGLER, L. “Contrato de trabajo y organización”. *Trabajo y Derecho*, núm. 11, 2015.
- OIT. El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella. Guía práctica, Ginebra, 2020. Disponible en la web de la OIT.
- POQUET CATALÁ, R. El teletrabajo: análisis del nuevo marco jurídico, Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2021.
- RAMOS QUINTANA, M. I. “El trabajo de las mujeres en la economía digital: desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia europea para la igualdad” en RAMOS QUINTANA (Dir), La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio interdisciplinar. Albacete: Editorial Bomarzo, 2020.
- REQUENA MONTES, O. La formación continua de los trabajadores. Madrid: AEDTSS-Ediciones CINCA, 2020
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico. Albacete: Editorial Bomarzo, 2020.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- ROIG, R., y PINEDA NEBOT, C. “El teletrabajo y la conciliación: dos políticas públicas diferentes”. *GIGAPP, Estudios Working Papers*, Vol. 7, núm. 182-189, 2020.
- SALA FRANCO, T. El Teletrabajo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, A. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A. *El teletrabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- SANGUINETI RAYMOND, W. “¿La hora del teletrabajo?”. *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 66.
- “El derecho a la desconexión digital y sus límites en el trabajo a distancia”. *NET.21.org entrada 22.4.21*
- SELMA PENALVA, A. “Propuestas y reconsideraciones sobre teletrabajo” *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 28, 2010.
- SERRANO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. “Tratamiento del teletrabajo en el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002”. *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, M. E. “El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”. *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.
- THIBAUT ARANDA, J. El teletrabajo: análisis jurídico laboral. Madrid: CES, 2000.
- “Toda crisis trae una oportunidad: el trabajo a distancia”. *Trabajo y Derecho, Monográfico, número 12*, 2020.
- y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. El trabajo a distancia, Madrid: La Ley, 2021.
- VALLE MUÑOZ, F.A. “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”. *Temas Laborales*, núm. 148, 2019.

**RESUMEN**

Este artículo aborda el nuevo marco de regulación ordinaria y común del trabajo a distancia en España. Hasta el año 2020 esta forma de prestar trabajo carecía de regulación normativa en nuestro país. Por ello, el análisis jurídico del nuevo marco legal es susceptible de ser realizado atendiendo a distintas variables de las condiciones del trabajo a distancia: la reafirmación de la igualdad de condiciones de trabajo con los trabajadores presenciales, la ruptura de estereotipos de género que consideran el trabajo a distancia como la mejor fórmula para facilitar la conciliación de la vida privada y laboral, los riesgos específicos de la seguridad y salud en el trabajo a distancia, la mayor exposición a eventuales lesiones de los derechos fundamentales digitales, el ejercicio de los derechos colectivos en iguales condiciones que los trabajadores presenciales y, en fin, la relevancia de la negociación colectiva para desarrollar el marco legal.

La metodología utilizada parte del análisis de la norma relativa al trabajo a distancia mediante el recurso a fuentes bibliográficas, fuentes estadísticas e informes oficiales. Dada la novedosa regulación en esta materia, la jurisprudencia como fuente de interpretación aún carece de entidad para ser manejada. Los resultados y las conclusiones obtenidas indican que el régimen del trabajo a distancia en España ha puesto las bases para asegurar un trabajo digno, con derechos individuales y colectivos para las personas que trabajan bajo esta modalidad. Sin embargo, la negociación colectiva habrá de completar múltiples aspectos previstos, pero poco o insuficientemente desarrollados legalmente. Al final de este trabajo se plantean algunas de las dificultades con que puede tropezar la negociación colectiva para poder cumplir eficazmente la función de desarrollo que le ha sido encomendada por la ley.

**Palabras clave:** Trabajo a distancia; Teletrabajo; Nuevas formas de trabajo; Conciliación de la vida privada y laboral; Seguridad y salud en el trabajo; Derechos digitales; Negociación colectiva.

**ABSTRACT**

This article addresses the new framework of the ordinary and common regulation of remote work in Spain. Until the year 2020 this form of providing work lacked legal regulation in our country. For this reason, the legal analysis of the new framework can be carried out taking into account different variables of remote working conditions: the reaffirmation of equal working conditions with face-to-face workers, breaking gender stereotypes that consider remote work as the best way to facilitate the reconciliation of private and working life, the specific risks of health and safety in distance work, the greatest possible exposure to infringements of digital fundamental rights, the exercise of collective rights on equal terms with face-to-face workers and, finally, the relevance of collective bargaining to develop the legal framework.

The methodology used is based on the analysis of the distance work regulation through the use of bibliographic and statistical sources and official reports. Given the new regulation in this area, jurisprudence as a source of interpretation still lacks entity to be managed.

The results and conclusions obtained indicate that the regime of remote work in Spain has laid the foundations to ensure decent work, with individual and collective rights for people working under this modality. However, collective bargaining will have to complete many intended aspects, little or insufficiently legally developed. At the end of this work, there have been raised some of the difficulties that collective bargaining may face in order to effectively fulfil the development function entrusted to it by law.

**Keywords:** Remote work; Telecommuting; New forms of work; Balance between work and family life; Occupational health and safety; Digital rights; Collective bargaining.

# Impacto discriminatorio de la crisis COVID-19 y protección de las personas trabajadoras vulnerables

## Discriminatory impact of COVID-19 crisis and protection of vulnerable workers

CARMEN SÁEZ LARA\*

---

### 1. DIAGNÓSTICO SOBRE EL IMPACTO DISCRIMINATORIO DE LA CRISIS COVID-19

Una preocupación común a nivel internacional, europeo y nacional es el impacto discriminatorio de la crisis de la COVID-19 y su efecto adverso sobre los colectivos de personas vulnerables. La ONU identificaría como poblaciones que afrontan problemas particulares frente a la actual pandemia, los niños, las personas mayores, las mujeres (también en su calidad de víctimas de la violencia), las personas con discapacidad, los refugiados, los migrantes y los desplazados internos<sup>1</sup>. Este impacto negativo especialmente intenso sobre determinados grupos de personas ha derivado de la propia enfermedad y de las medidas destinadas a evitar su propagación. Si la crisis sanitaria ha tenido mayor impacto en atención a la edad y a las previas situaciones patológicas, las medidas destinadas a actuar sobre los factores que inciden en su propagación están teniendo también un impacto negativo, especialmente

grave, sobre determinados colectivos de personas.

Desde una perspectiva general, el impacto discriminatorio de la pandemia se ha hecho patente, por ejemplo, por razón de nacionalidad en la aplicación de las restricciones a la libre circulación<sup>2</sup>, por razones de vulnerabilidad social y económica entre consumidores<sup>3</sup> o personas arrendatarias<sup>4</sup>, o a través de la brecha digital en el acceso a la educación<sup>5</sup>.

Desde la perspectiva laboral, la OIT ha venido destacando los efectos devastadores y sin precedentes sobre el empleo<sup>6</sup>, recibiendo especial atención por este organismo el impacto de la pandemia sobre los trabajadores de la economía informal, los jóvenes, y las mu-

---

\* Catedrática de DTSS. Universidad de Córdoba.

<sup>1</sup> Respuesta Integral del Sistema de Naciones Unidas a la COVID-19: Salvar vidas, proteger sociedades, lograr la recuperación y mejorar el mundo, septiembre 2020.

<sup>2</sup> Recomendación (UE) 2020/1475, de 13 de octubre, Un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19.

<sup>3</sup> Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

<sup>5</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2020, sobre el futuro de la educación en Europa en el contexto de la COVID-19.

<sup>6</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición, 7/4/2020, p. 2.

jeros. La pérdida de ingresos provenientes del trabajo está siendo relativamente mayor, en efecto, en el caso de las personas trabajadoras jóvenes, mujeres, por cuenta propia y de media y baja cualificación y la pérdida de empleos ha afectado, de forma desproporcionada, a los empleos con menor remuneración y baja cualificación<sup>7</sup>. En este contexto, hemos de destacar que la crisis de la COVID-19, por su triple dimensión sanitaria, social y económica, incide particularmente sobre las mujeres. Además de que entre las ocupaciones más afectadas por la crisis se encuentran aquellas con elevada presencia de empleo femenino, las mujeres continúan realizando la mayor parte del trabajo doméstico y de los cuidados de personas dependientes y, por último, se ha observado una mayor incidencia de la violencia de género en una situación de confinamiento<sup>8</sup>.

En definitiva, la presente crisis, con efectos heterogéneos en las empresas, en los trabajadores y en sus familias, presenta como denominador común el agravamiento de las disparidades existentes. Por ello, es necesaria una especial atención a los siguientes colectivos: las mujeres (sobrerrepresentadas en sectores como asistencia sanitaria y social, en primera línea de respuesta a la crisis, en el sector de los servicios informales y en el sector manufacturero), los trabajadores de la economía informal, los trabajadores ocasionales y temporales y de la economía de las plataformas digitales, los trabajadores jóvenes, los trabajadores de edad, los refugiados y trabajadores migrantes (sobrerrepresentados en el trabajo doméstico y en la agricultura) y los trabajadores por cuenta propia<sup>9</sup>. En definitiva, la pandemia ha extendido a otras causas, más allá de las legalmente establecidas, su impacto discriminatorio; junto al impacto adverso

sobre mujeres y jóvenes, también existen colectivos de trabajadores vulnerables, afectados especialmente por la pandemia. Un efecto adverso, finalmente, que es imprevisible en su extensión e intensidad.

### 1.1. Impacto adverso de la pandemia y nuevas causas de discriminación

Como acaba de señalarse, la pandemia evidencia con claridad que junto a las causas de discriminación vedadas legalmente (género, edad o discapacidad) se alzan otras, como la vulnerabilidad social y económica y la propia enfermedad<sup>10</sup>.

La vulnerabilidad se califica de económica y social porque engloba problemas de subsistencia que desbordan el ámbito del trabajo y la falta de protección de la seguridad social<sup>11</sup>. Por su parte, la enfermedad, como causa de discriminación en el ámbito empresarial, se ha consumado, en su forma más drástica, mediante la decisión de despido por causa de la COVID-19. Su consideración necesaria como un despido nulo por vulneración de la prohibición de discriminación debe ser avalada legalmente a través de integrar la enfermedad como criterio vedado de discriminación. En efecto, como se sabe, algunas sentencias han declarado la nulidad del despido que, bajo una causa ficticia, por ejemplo, el bajo rendimiento, estaba realmente fundado en la enfermedad de la trabajadora, apreciándose discriminación al ser tomada en consideración la enfermedad (COVID-19) como un elemento de

<sup>7</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo, séptima edición enero de 2021.

<sup>8</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición 30/6/2020, p. 1

<sup>9</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19, Mayo de 2020, p. 3

<sup>10</sup> Un ejemplo de discriminación por razón de edad es el resuelto por la SJS núm.1 de Ourense de 5/10/2020 (JUR 2020\289696) donde se condena a una Universidad que obliga, a un profesor de 69 años, que padece una diabetes tipo dos, a impartir clases en modalidad presencial, durante la pandemia.

<sup>11</sup> Requiriendo nuevos instrumentos de *welfare* públicos y privados, como, por ejemplo, el RDL 11/2020 en materia de vivienda, *vid.*, CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de COVID-19". Revista Derecho de las Relaciones Laborales. N. 4 (2020) p. 342.



segregación y de estigmatización<sup>12</sup>. Es por lo tanto necesaria, insistimos, la incorporación de la enfermedad (sea o no posible su asimilación a la discapacidad y al margen de su efecto segregador o estigmatizante) al listado legal de causas prohibidas de discriminación.

En definitiva, y es importante destacarlo, la pandemia ha evidenciado el carácter intolerable de la desigualdad de las personas por su enfermedad y podría así haber acelerado el proceso de incorporación de la enfermedad como causa de discriminación prohibida legalmente<sup>13</sup>.

## 1.2. Los “amortiguadores sociales” frente al impacto discriminatorio de la pandemia

Tras la declaración de la pandemia provocada por la COVID-19, los estados establecieron medidas de emergencia para proteger la salud de la ciudadanía y evitar el colapso de la economía y adaptaron con urgencia la normativa en materia de teletrabajo. Los denominados por T. TREU “amortiguadores sociales”<sup>14</sup> han sido, fundamentalmente, las suspensiones contractuales y reducciones de jornadas, insertas en planes de sustitución de ingresos y las medidas de protección social (prestaciones de enfermedad y desempleo, y medidas para facilitar el acceso a esas prestaciones)<sup>15</sup>. En términos generales, estas medidas extraordi-

narias han sido una respuesta rápida e históricamente amplia y han sido valoradas positivamente por su atención a las personas<sup>16</sup>. La cuestión que suscitan estos amortiguadores sociales es si habrían atendido suficientemente a los trabajadores más vulnerables.

A estos efectos, la OIT ha establecido un marco general para abordar la crisis de la COVID-19, de conformidad con las normas internacionales del trabajo, con cuatro pilares fundamentales, y cuyo tercer pilar está dirigido a proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; estableciendo como objetivo prevenir la discriminación y la exclusión<sup>17</sup>. En igual sentido, entre los retos para el futuro, la OIT ha establecido el apoyo a los grupos vulnerables y a los más afectados; la pandemia ha aumentado la concienciación pública sobre la labor, a menudo infravalorada, de determinados grupos que integran la fuerza de trabajo, en particular, los trabajadores de los sectores sanitario y de atención social y los servicios de limpieza, así como los trabajadores domésticos. En consecuencia, los procesos de recuperación deben hacer hincapié de forma explícita en la mejora de la situación de los grupos más desfavorecidos y vulnerables<sup>18</sup>.

Efectivamente, la crisis ha dejado al descubierto las ya denunciadas desigualdades en materia de protección laboral y social, derivadas de la situación contractual de las personas trabajadoras. Serán precisos, después de la crisis, cambios en el sistema de protección social que garanticen la protección de las personas trabajadoras, independientemente de su situación contractual. Pero la OIT también considera esencial proteger durante la pandemia a los trabajadores de la economía infor-

<sup>12</sup> SJS núm. 9 de Murcia de 10/12/2020, JUR 2021\1928.

<sup>13</sup> Tal y como se comprueba en el art. 2.1 del Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2021. En este sentido, a mi juicio, es positiva la previsión jurídica de cláusulas discriminatorias abiertas, que faciliten la especial protección de nuevas formas de discriminación, auspiciando el desarrollo de una mayor conciencia social hacia desigualdades intolerables, como las que afectan a los enfermos, o las personas vulnerables económicamente.

<sup>14</sup> “Derecho y políticas de trabajo entre dos crisis”. Derecho de las Relaciones Laborales. N. 4 (2020) p. 370.

<sup>15</sup> Para una compilación de ejemplos de intervenciones normativas de 35 países, *vid.* OIT, Proteger la vida y la salud de los trabajadores durante la pandemia de COVID-19: Panorama general de las respuestas nacionales en materia legislativas y de política, enero de 2021.

<sup>16</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19, mayo de 2020 p. 9. Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021 Bruselas, 17.9.2020, COM (2020) 575 final, p. 9.

<sup>17</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición 30/6/2020, p. 15.

<sup>18</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición 30/6/2020, p. 18.

mal, (pues ha aumentado la probabilidad de que sean pobres al no poder acogerse a planes de sustitución de ingresos y de protección social) y tener en cuenta a trabajadores migrantes a efectos de prestación de apoyo socioeconómico<sup>19</sup>. Consecuentemente, es necesario un enfoque dual que combine la respuesta a la situación inmediata de emergencia y soluciones a medio plazo para la recuperación; un enfoque que exige adoptar medidas dirigidas específicamente a los grupos vulnerables<sup>20</sup>. En una crisis sin precedentes, Naciones Unidas propone una respuesta, a corto y a largo plazo, desde la óptica de la protección de los derechos humanos, centrada en su afectación sobre los grupos más débiles<sup>21</sup>, pues, efectivamente, las limitaciones en derechos fundamentales, que implican algunas medidas, deben ajustarse a los principios de proporcionalidad y no discriminación.

Por ello, el objeto de este trabajo es analizar, en primer lugar, si las normas laborales frente a la COVID-19 han sido sensibles al impacto discriminatorio de la actual crisis. Dentro de este concepto de impacto discriminatorio incluiremos, en un sentido amplio, el efecto negativo de la crisis sobre los colectivos de personas trabajadoras vulnerables<sup>22</sup>. En segundo lugar, será necesario testar si existen, y son suficientes, las medidas o normas a favor de los trabajadores vulnerables, en la determinación de las políticas públicas que deban generarse para la llamada etapa de reconstrucción. En tercer lugar, los rasgos

propios del efecto discriminatorio de esta crisis sobre las trabajadoras han determinado su tratamiento diferenciado en el presente trabajo. Con carácter previo, analizaremos la actuación de la Unión Europea.

## 2. RESPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA AL IMPACTO DISCRIMINATORIO DE LA PANDEMIA

Frente a los efectos de la crisis COVID-19 sobre el empleo, la respuesta europea se ha articulado a través de orientaciones para las políticas estatales, medidas de apoyo financiero y directrices en relación con algunos grupos de trabajadores vulnerables, como los trabajadores transfronterizos y de temporada, o los trabajadores más jóvenes. El impacto discriminatorio de la pandemia ha sido destacado por las instituciones de la Unión Europea, que han establecido algunas medidas a favor de las personas trabajadoras más vulnerables. Desde una perspectiva más amplia, en el ámbito de respuestas de la UE a esta crisis no puede dejar de recordarse el fortalecimiento de la ayuda a personas vulnerables, a través de la modificación del Fondo de ayuda europea para los más necesitados o desfavorecidos (FEAD), introduciendo más flexibilidad y liquidez para los Estados miembros<sup>23</sup>.

A continuación, tras describir las orientaciones a las políticas de empleo frente al impacto discriminatorio de la pandemia, centraremos nuestra atención en las medidas de apoyo financiero al mantenimiento del empleo durante la pandemia y a la recuperación futura, establecidas, respectivamente, por el instrumento SURE<sup>24</sup> y por el Mecanismo de

<sup>19</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19, mayo de 2020, p. 14.

<sup>20</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19, mayo de 2020, p. 13.

<sup>21</sup> ONU, La COVID-19 y los derechos humanos. En esto estamos todos juntos, abril de 2020.

<sup>22</sup> Las personas trabajadoras temporales, a tiempo parcial o prestadoras de servicios a través de plataformas digitales o las que trabajan en la economía informal y ello con independencia de la concurrencia de eventuales discriminaciones indirectas, pues, en gran medida, existirá un efecto adverso sobre los jóvenes o las mujeres, derivado de su sobre representación en estos colectivos de trabajadores vulnerables.

<sup>23</sup> La Comisión propone enmiendas al Reglamento sobre disposiciones comunes y al Reglamento FEAD con recursos adicionales para el FEAD, 2020, 2021 y 2022. Comunicación de la Comisión relativa al Semestre Europeo de 2020: Recomendaciones específicas por país, Bruselas, 20.5.2020 COM (2020) 500 final, p. 13.

<sup>24</sup> Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una

Recuperación y Resiliencia<sup>25</sup>. Para finalizar, se abordarán específicamente las directrices sobre trabajadores fronterizos, temporeros y desplazados y sobre los trabajadores jóvenes. Comprobaremos que el acierto del diagnóstico, como tantas veces, contrasta con la insuficiencia de las repuestas de protección a las personas trabajadoras más vulnerables.

### 2.1. Las orientaciones para las políticas de empleo

La UE, desde sus iniciales orientaciones para una respuesta coordinada a la pandemia de la COVID-19, ha destacado la urgente necesidad de abordar cuestiones inveteradas que afectan a la equidad en la sociedad<sup>26</sup> y la importancia, a fin de atender las necesidades de los trabajadores más afectados, de reconocer que muchas personas que trabajan en primera línea (en posiciones críticas frente a la pandemia de la COVID-19) se encuentran entre esas categorías de personas vulnerables<sup>27</sup>. La Comisión, que ha valorado positivamente las políticas estatales de apoyo a los ingresos de los trabajadores, ha señalado guías u orientaciones en su actuación, pues es preciso tener en cuenta que la recuperación también debe tomar en consideración las cuestiones de género y aliviar el efecto discriminatorio de la crisis; las tres dimensiones del pilar europeo de derechos sociales y entre ellas, la igualdad de oportunidades, siguen sirviendo de guía a la actuación de la UE y de los estados miembros<sup>28</sup>. Además, a largo plazo, la Comisión

insiste que los estados miembros deben respaldar cambios estructurales, proporcionando unas prestaciones de desempleo adecuadas e ingresos de sustitución a todos los trabajadores, con independencia de su estatus laboral, sin dejar de prestar la debida atención a los trabajadores autónomos<sup>29</sup>.

Como ha podido comprobarse a lo largo de los documentos comunitarios señalados, las orientaciones de la UE a la respuesta estatal coordinada no han ignorado la protección de las personas trabajadoras (incluidas por cuenta propia) más vulnerables.

### 2.2. Las medidas de apoyo financiero: el instrumento SURE y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

El apoyo económico proporcionado por la Unión Europea a las empresas y a los trabajadores, para la conservación de los puestos de trabajo, está respaldado por los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, y por el nuevo Instrumento de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia, el instrumento SURE<sup>30</sup>. La valoración del ya citado Reglamento SURE ha sido positiva por su volumen, porque deja a la discreción de los estados utilizar los fondos para apoyar a las personas más afectadas por la emergencia y por la novedad de que, entre sus beneficiarios están, no solo los trabajadores asalariados, sino también los autónomos;

emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19. DOUE de 20 de mayo de 2020.

<sup>25</sup> Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. DOUE de 18 de febrero de 2021.

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión sobre una respuesta coordinada al brote de COVID-19, del 13 de marzo de 2020.

<sup>27</sup> Comunicación presentada por la Comisión Europea el 20/5/2020, en la que se proponen recomendaciones de general aplicación para todos los Estados miembros.

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión relativa al Semestre Europeo de 2020: Recomendaciones específicas por país, Bruse-

las, 20.5.2020 COM (2020) 500 final, p. 10. Orientación 8 de la Decisión (UE) 2020/1512, del Consejo de 13/10/2020, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L344/23).

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021 Bruselas, 17.9.2020 COM (2020) 575 final, p. 9. Considerando 9 de la Decisión (UE) 2020/1512, del Consejo de 13/10/2020, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DOUE L344/23).

<sup>30</sup> Un instrumento de apoyo temporal al empleo a corto plazo que ayuda, en definitiva, a los estados miembros a cubrir los costes de los planes nacionales de reducción de jornada de trabajo y medidas similares que permiten a las empresas proteger los puestos de trabajo.

novedad que lo distingue de la configuración tradicional de las ayudas sociales. Por tales caracteres puede ser una medida adecuada para apoyar a los grupos de trabajadores más desfavorecidos, a los efectos de paliar los ya destacados efectos negativos o adversos de la pandemia.

Pero también se ha señalado que el programa SURE solo proporciona apoyo financiero y perpetua las deficiencias estructurales de los sistemas nacionales. En este sentido, se ha propuesto que la Comisión Europea, al formular sus directrices para la aplicación correcta de este instrumento, indique que los planes nacionales de reducción de jornada y medidas similares deben abarcar todos los sectores, empresas y categorías de trabajadores; deben cubrir al menos el 80 % del salario original (con protección especial para los trabajadores con bajos salarios); deben extender su aplicación más allá del estado de emergencia; deben estar condicionados a la prohibición a las empresas del pago de dividendos, primas y recompra de acciones o tener sede o filiales en paraísos fiscales y finalmente deben basarse en el acuerdo social<sup>31</sup>.

Las medidas de apoyo financiero culminan con el citado Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que es el eje central del Instrumento de Recuperación de la UE (*Next Generation EU*). Sin embargo, se trata de un documento que no atiende o considera la perspectiva de la igualdad de oportunidades para colectivos discriminados o grupos vulnerables en la UE y donde ni tan siquiera resulta especialmente relevante la garantía de la igualdad, entre mujeres y hombres, una de las señas de identidad de la UE. Lo analizaremos más tarde, al abordar las propuestas a largo plazo, pues este instrumento de recuperación de la UE es

el marco para elaborar los planes nacionales de recuperación y resiliencia.

### 2.3. Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación

Los jóvenes se han visto afectados de forma desproporcionada por la crisis COVID-19 y padecen sus consecuencias adversas en diversos ámbitos, desde la interrupción de los programas de formación, la pérdida de empleo y de ingresos y las mayores dificultades para encontrar trabajo. Trabajan en los sectores más afectados al surgir la crisis y están sobre representados en el sector informal de la economía<sup>32</sup>. Según la OIT la pandemia está teniendo un impacto devastador y desproporcionado en el empleo juvenil.

Para compensarlo la Comisión propuso en julio de 2020 la iniciativa “Apoyo al empleo juvenil: un puente hacia el empleo para la próxima generación”. El 30 de octubre de 2020, el Consejo adoptó la Recomendación propuesta, reforzando la Garantía Juvenil existente<sup>33</sup>. El plan de apoyo al empleo juvenil consta de cuatro elementos: una garantía juvenil reforzada; educación y formación profesional adaptada para el futuro; impulso renovado para el aprendizaje y medidas adicionales para apoyar el empleo juvenil. En virtud de la nueva Recomendación, la Garantía Juvenil llega a un grupo objetivo más amplio de edades comprendidas entre los 15 y los 29 años. También adopta un enfoque más personalizado, al proporcionar a los jóvenes, en particular, a grupos vulnerables, como las minorías y los jóvenes con discapacidad, una orientación especialmente adaptada a sus necesidades individuales. Igualmente proporcionará formación para

<sup>32</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Cuarta edición, 27/5/2020, p. 2

<sup>33</sup> Recomendación del Consejo de 30/10/2020, sobre un puente hacia el empleo: refuerzo de la Garantía Juvenil y sustitución de la Recomendación del Consejo de 22/3/2013, sobre el establecimiento de una Garantía Juvenil.

<sup>31</sup> MULLER, T., SCHULTE, T., “Ensuring fair short-time work – a European overview”. European Economic, Employment and Social Policy, ETUI Policy Brief. N. 7 (2020), p. 12.

la transición ecológica y digital de nuestras economías, pues hay que asegurar que los jóvenes tengan las habilidades digitales adecuadas es una prioridad absoluta.

#### 2.4. La necesaria protección de los trabajadores fronterizos, y trabajadores desplazados o temporeros

La pandemia de la COVID-19 ha determinado limitaciones de la circulación de personas, controles en las fronteras y restricciones a los desplazamientos no esenciales, que han afectado negativamente los trabajadores que deben trasladarse a otro Estado miembro, como es el caso de los trabajadores fronterizos, y también a los trabajadores desplazados o temporeros. Además, la crisis COVID-19 ha exacerbado la conocida precariedad que padecen muchos de estos trabajadores móviles de los sectores agroalimentario, de la construcción y de la salud de la UE.

Aunque los derechos de los trabajadores transfronterizos y temporeros pueden variar dependiendo de que sean ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros países, y, en la UE, están amparados por el principio de igualdad de trato, por la naturaleza temporal y por las particulares circunstancias en las que trabajan, son más vulnerables a sufrir condiciones de trabajo y de vida precarias. Los trabajadores móviles tienen contratos a corto plazo con poca seguridad laboral y cobertura de seguridad social insuficiente o nula. Además, viven en alojamientos grupales donde las reglas de distanciamiento social son más difíciles de mantener. Pues bien, la pandemia COVID-19 ha hecho más visibles esas condiciones, y en algunos casos las ha agravado, y ha demostrado que en ocasiones esas condiciones de vida pueden dar lugar a una mayor propagación de las enfermedades infecciosas y aumentar el riesgo de grupos de brotes de COVID-19.

Esta situación de precariedad contrasta con su carácter en muchos casos de trabajadores esenciales. Muchos trabajadores móviles

son esenciales para la provisión de bienes y servicios críticos en sectores económicos clave, como la agricultura y la producción de alimentos, servicios sociales y de salud, construcción y transporte.

Al nivel de la Unión Europea, la Comisión, desde el comienzo de la pandemia ha proporcionado medidas de coordinación y orientación, aplicables a estos trabajadores, pero con el fin de garantizar el funcionamiento del mercado interior<sup>34</sup>. En efecto, en los instrumentos citados, la Comisión Europea establece una serie de directrices destinadas a flexibilizar algunos efectos de las medidas limitativas adoptadas, para trabajadores durante la crisis. El enfoque ha sido mantener el flujo de estos trabajadores, pero sin ofrecerles ninguna protección significativa; los instrumentos de la UE se han centrado en la prestación de servicios seguros a los ciudadanos y consumidores, más que en la protección de estos trabajadores.

Pero también han existido otros instrumentos. La Comisión ha adoptado medidas para la protección de los trabajadores transfronterizos y temporeros, en respuesta a la petición del Parlamento Europeo formulada en su Resolución del 19 de Junio de 2020, sobre la situación de los trabajadores transfronterizos y estacionales en el contexto de la crisis COVID-19 y las condiciones de trabajo precarias y la falta de medidas de seguridad. El Parlamento urgió a salvaguardar la salud, la seguridad y las condiciones laborales de los trabajadores transfronterizos y temporales en el contexto de la pandemia y concretamente

<sup>34</sup> Vid. Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores durante la pandemia de COVID-19, de 30/3/2020 (2020/C 102 I/03); Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo, de 30 de junio de 2020, sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción; Recomendación (UE) 2020/1475, de 13 de octubre, modificada con fecha de 28/1/2021 sobre "Un enfoque coordinado de la restricción de la libre circulación en respuesta a la pandemia de COVID-19". Esta última afirma que para limitar la perturbación del mercado interior y de la vida familiar durante la pandemia, no debe imponérselos la obligación de cuarentena (Vid. apartados 18 y 19).



solicitaría: más inspecciones laborales nacionales y transfronterizas; condiciones de alojamiento dignas, desvinculadas del salario y que la Comisión evalué si la legislación vigente es adecuada, también ante la pandemia.

La Comisión mediante la Comunicación de 16/7/2020 adoptaría estas directrices aplicables tanto a los trabajadores temporeros de la UE como a los que provienen de terceros países<sup>35</sup>. En esta Comunicación, aunque se insta a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para combatir el trabajo no declarado de trabajadores temporeros y a hacer amplio uso de la Plataforma europea de lucha contra el trabajo no declarado, sorprende la naturaleza simplemente propositiva de las llamadas a la actuación de los Estados en temas de seguridad y salud laboral de estos trabajadores. En términos más imperativos si se expresa la Comisión cuando insta a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias para garantizar unas condiciones dignas de vida y de trabajo para los trabajadores de temporada. La Comisión también pone el acento en la necesaria información sobre los derechos y obligaciones de los trabajadores temporeros y sus empleadores a efectos de garantizar su protección. Y ya con perspectiva de futuro, la Comisión afirma que reflexionará sobre acciones específicas relacionadas con la seguridad y la salud de todos los trabajadores, incluidos los temporeros, en el contexto del próximo marco estratégico de la UE, en materia de salud y seguridad en el trabajo.

En definitiva, la pandemia de COVID-19 ha demostrado que estos trabajadores insustituibles están menos protegidos y son más vulnerables; ni la legislación preexistente de la UE ni las antes citadas orientaciones y medidas políticas adoptadas por la Comisión Europea les han protegido. Hubieran sido necesarias medidas de protección a nivel de la

UE, que debería intervenir estableciendo límites adecuados para el tiempo de trabajo, y normas decentes y suficientemente precisas sobre las condiciones de vida y de trabajo<sup>36</sup>. En relación con la situación de este grupo vulnerable de personas trabajadoras, volveremos más adelante al establecer propuestas frente al impacto discriminatorio de la pandemia.

### 3. NORMATIVA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA FRENTE AL IMPACTO DISCRIMINATORIO DE LA PANDEMIA

La normativa laboral y de seguridad social para paliar los efectos de la pandemia, cuyos objetivos son la protección de la salud y del empleo, contiene algunas medidas para paliar los efectos discriminatorios detectados sobre las personas trabajadoras. Las diversas medidas laborales y de seguridad social anti-COVID-19, (desde la suspensión del contrato o la reducción de jornada a la protección extraordinaria por desempleo y por cese de actividad o el ingreso mínimo vital) se analizarán en estas páginas exclusivamente, desde la perspectiva objeto de este trabajo: la protección de colectivos de personas trabajadoras vulnerables, es decir, a los efectos de testar si las mismas han prestado atención específica a sus necesidades de tutela.

Si repasamos las exposiciones de motivos de las normas laborales frente a la pandemia, podemos comprobar la referencia a colectivos vulnerables, como destinatarios de las medidas de protección y concretamente a las personas trabajadoras vulnerables. Así, por ejemplo, se refuerza la protección de los trabajadores autónomos, en el RDL 8/2020<sup>37</sup>,

<sup>35</sup> Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a los trabajadores de temporada en la UE en el contexto de la pandemia de la COVID-19, Bruselas, 16.7.2020 C (2020) 4813 final.

<sup>36</sup> RASNACA Z., "Essential but unprotected: highly mobile workers in the EU during the COVID-19 pandemic". European Economic, Employment and Social Policy. N. 9 (2020), p. 7.

<sup>37</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.



o se da, en el RDL 11/2020<sup>38</sup>, una respuesta al colectivo de las empleadas del hogar, o al de las personas trabajadoras cuyo contrato temporal llega a su fin con posterioridad a la declaración del estado de alarma. Abordaremos a continuación por separado las medidas de protección de los trabajadores vulnerables en las diversas normas y medidas anticovid-19.

### 3.1. Tutela de trabajadores vulnerables en las medidas de protección del empleo

Como se sabe, la nueva regulación de los ERTES de la crisis ha sido la medida estrella de la regulación laboral en favor del mantenimiento del empleo de las empresas<sup>39</sup>. Aunque se trata obviamente de una medida de tutela general del mantenimiento del empleo, desde la perspectiva que nos ocupa, hay que señalar que en su regulación no habría olvidado a ciertos colectivos de trabajadores vulnerables, como es el caso de los fijos discontinuos, ni ignorado a los temporales. Esta medida de protección de los trabajadores se ha extendido efectivamente a los fijos discontinuos<sup>40</sup> y su aplicación determina la interrupción de la duración de los contratos temporales<sup>41</sup>.

Una medida a favor de trabajadores especialmente vulnerables podría ser considerada

<sup>38</sup> Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

<sup>39</sup> CABEZA PEREIRO, J. "ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas" Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. N. 456 (2021) p. 11.

<sup>40</sup> La DF 8ª RDL 15/2020 solventa las dudas derivadas de la redacción inicial del RDL 8/2020.

<sup>41</sup> Aunque el RDL 8/2020 no hacía mención del respecto, el art. 5 del RDL 9/2020 establece en el caso de ERTES suspensivos (no parece pues en los de reducción de jornada) todos los contratos temporales (con inclusión expresa de los formativos, de relevo e interinidad) se interrumpen mientras dure la suspensión contractual. Sin embargo, el Criterio de la Dirección General de Trabajo del 1 de abril de 2020 (DGT-SGON850CRA) ha interpretado que en los contratos sometidos a condición y no a término (obra o servicio o interinidad) no se produce la referida interrupción de su duración.

la contratación temporal extraordinaria en el sector agrario<sup>42</sup>, pues en la misma se flexibiliza la contratación de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, como el caso de desempleados, extranjeros cuyo permiso de trabajo y residencia esté a punto de caducar o extranjeros jóvenes de terceros países con residencia legal y, en especial, de aquéllas que sean beneficiarias de cualquier tipo de prestación o subsidio de desempleo o ayudas asimiladas, con la singularidad de permitirse la compatibilidad con el salario. Ya nos hemos referido a los trabajadores transfronterizos, temporeros y desplazados y a su doble condición de trabajadores esenciales y especialmente vulnerables en el contexto de la actual crisis. Pues bien, en una dirección semejante a lo ya denunciado a nivel de la UE, la finalidad declarada de esta medida fue el abastecimiento de alimentos de la población, tal y como el legislador, "confesaría" en la exposición de motivos.

En definitiva, vista la regulación en materia de empleo, puede afirmarse que ha sido la regulación de Seguridad Social, dictada durante el estado de alarma la que en mayor medida se ha centrado en algunos de los colectivos más vulnerables, a través de la concreción de un régimen excepcional de prestaciones de desempleo, respecto a varias situaciones y colectivos de personas asalariadas, así como de la prestación por cese en la actividad de las autónomas. Además, se ha creado para su permanencia futura un nuevo subsidio asistencial, el ingreso mínimo vital.

Antes de abordar esas medidas, hemos de destacar también el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal a favor de personas especialmente sensibles frente a la exposición al SARS-Cov-2, aunque se trate de un reconocimiento que carece de una previsión,

<sup>42</sup> Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario y Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19.

cobertura o regulación legal. En efecto, junto a la regulación legal sobre la extensión de la incapacidad temporal a las situaciones de aislamiento o contagio, ha concurrido, por lo que interesa destacar, en la práctica, otra situación causante, no prevista legalmente: la de aquellas personas trabajadoras calificadas como “especialmente sensibles”, es decir, las afectadas por cardiopatías, diabetes, hepatopatías e insuficiencias renales crónicas, EPOC, inmunodeficiencias, cáncer, mayores de sesenta años, obesidad mórbida y trabajadoras embarazadas<sup>43</sup>.

### 3.2. El refuerzo de la protección de desempleo en favor de colectivos vulnerables

Centrando ya nuestra atención sobre el refuerzo de la protección por desempleo como medida anti-COVID-19, esta opción legislativa de mantenimiento de los ingresos ha estado referida, desde su inicio, no solo a las personas asalariadas sino también a las autónomas; habiéndose establecido, además, prestaciones extraordinarias para ciertos colectivos laborales vulnerables. En primer lugar, debemos hacer referencia a una nueva prestación de desempleo extraordinaria para personas trabajadoras fijas discontinuas y fijas periódicas, creada por el art. 9 RDL 30/2020<sup>44</sup> y el establecimiento de un subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal (art. 33 RDL11/2020), pues se dirige a proteger a aquellas personas trabajadoras cuyo contrato temporal llega a su fin con posterioridad a la declaración del estado de alarma<sup>45</sup>. Igualmen-

te, atendiendo a la vulnerabilidad económica de sus destinatarios, se establecería un subsidio especial de desempleo de carácter extraordinario por agotamiento previo de una prestación o subsidio<sup>46</sup>.

En segundo lugar, a los efectos de nuestro análisis, destacaríamos la fijación de un subsidio extraordinario por falta de actividad en el sistema especial de personas empleadas del hogar. La cobertura de la prestación de desempleo ha constituido una antigua reivindicación de este colectivo, tradicionalmente marginado en derechos laborales y de seguridad social y que ha sido reconocida por el citado RDL 11/2020, a través de un subsidio extraordinario por falta de actividad a las personas de alta, en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social<sup>47</sup>.

En tercer lugar, hemos de destacar que el acceso a la prestación de desempleo se ha flexibilizado en aras de la protección de colectivos de trabajadores de ciertas actividades, como es el caso de los artistas en espectáculos públicos. La protección de este colectivo no ha consistido pues en una prestación extraordinaria sino en lo que se califica como un acceso extraordinario a la prestación de desempleo<sup>48</sup>.

---

tratos de interinidad, formativos y de relevo, cuya duración mínima hubiera sido de dos meses (la Resolución SEPE de 1 de mayo, ampliaría esta previsión a que a lo largo de dicho contrato existiera la obligación de cotizar por la contingencia de desempleo). b) La extinción del contrato debía de ser posterior a la entrada en vigor del RD 463/2020, por tanto, al 14 de marzo.

<sup>46</sup> El art. 1 RDL 32/2020, (en cumplimiento de la DA 4ª RDL 24/2020) vino a reconocer el derecho a un subsidio especial para quienes entre el momento de declaración del estado de alarma y el 30 de junio hubieran finalizado el derecho a la prestación de desempleo en su nivel contributivo, asistencial o extraordinario, así como a la renta activa de inserción. Para este nuevo subsidio no se exige la carencia de rentas ni la existencia de responsabilidades familiares.

<sup>47</sup> Este subsidio, sin embargo, estaría limitado por tres exigencias: a) concurrencia de alta en el sistema anterior al momento de la declaración del estado de alarma; b) vigencia temporal limitada a la situación de urgencia sanitaria; y c) nexo directo entre el hecho causante de la falta de actividad y la crisis sanitaria.

<sup>48</sup> Regulado por el art. 2 del RDL 17/2020, precepto que fue modificado por la DF 12ª RDL 19/2020 y cuya vigencia am-

<sup>43</sup> Esta medida procedería en aquellos casos en los que no sea posible la adaptación del puesto de trabajo al riesgo derivado de los factores existentes y concurriera informe de los servicios de prevención al facultativo de atención primaria para que cursara la baja. *Vid.* anexos IV y V del "Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2" editado por el Ministerio de Sanidad.

<sup>44</sup> Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

<sup>45</sup> El art. 33.1 RDL 11/2020 establecería dos requisitos: a) Existencia previa de un contrato temporal incluidos los con-

Los profesionales taurinos también han sido protegidos a través de un acceso extraordinario a la prestación por desempleo<sup>49</sup>. Más tarde fue el reconocimiento de un subsidio por desempleo excepcional para el personal técnico y auxiliar del sector de la cultura, por el RDL 32/2020<sup>50</sup>, con el claro objetivo de ayudar a un colectivo que, por las peculiaridades del desempeño ordinario de su profesión, tienen dificultades para acogerse a los mecanismos generales de cobertura.

La protección, vía prestaciones sociales, de algunos de los colectivos más vulnerables se ha realizado también a través de la prestación por cese en la actividad de las personas trabajadoras autónomas. Además, se ha creado para su permanencia futura un nuevo subsidio asistencial, el ingreso mínimo vital. A ambas medidas nos referiremos en los siguientes epígrafes.

### 3.3. Protección social de personas trabajadoras autónomas

La pandemia ha mostrado la fragilidad del trabajo autónomo, vinculada precisamente a su mayor exposición a las turbulencias del mercado<sup>51</sup>. La garantía de cobertura de prestaciones públicas, que se ha conectado con la decisión gubernamental de paralizar gran parte de las actividades económicas y productivas, también ha sido aplicada desde los inicios de la pandemia al trabajo autónomo. Se han establecido así

---

plió el art. 2 RDL 32/2020. El RDL 17/2020 reconoce el acceso a una prestación excepcional y temporal de desempleo sin que sea exigible el alta, y exige encontrarse en situación legal de desempleo e inscripción como demandante de empleo, una carencia mínima de veinte días de alta con actividad y tener cubierto el período mínimo de cotización, siempre que no estén percibiendo o hayan optado por la prestación contributiva por desempleo ordinaria.

<sup>49</sup> *Vid.* artículo 4 del RDL 32/2020.

<sup>50</sup> Real Decreto-ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural.

<sup>51</sup> En Italia el Decreto 18/2020 incluye un apoyo específico a los ingresos de los trabajadores por cuenta propia, aunque en menor medida y configurados de forma diferente a los empleados, T. TREU, *op. cit.*, p. 372.

prestaciones de cese de actividad para quienes se vieron obligados a suspender su actividad o vieron afectados sus negocios, por una reducción considerable en la facturación, de modo que se ponía en riesgo no solo la permanencia de su actividad, sino también la propia estabilidad económica de sus familias.

A lo largo de esta crisis su situación se está viendo agravada, pues junto con las iniciales medidas frente a la pandemia se han ido sucediendo otras nuevas, más restrictivas, que han tenido un especial impacto en los ámbitos de la hostelería, la restauración y el ocio, donde la mayor parte de los empresarios integrantes de dichos sectores son autónomos. Ello ha determinado un panorama dinámico y cambiante; una sucesión de diversas prestaciones por cese de actividad para las personas trabajadoras autónomas. En primer lugar, el legislador reconoció así, con carácter excepcional y vigencia limitada, una prestación autónoma y diferenciada de la general por cese en la actividad para las personas autónomas<sup>52</sup>. Posteriormente, tras finalizar la vigencia de esta prestación extraordinaria, se reconocería una prestación temporal por cese de actividad a la que se aplica el marco ordinario de la LGSS<sup>53</sup>, y una prestación temporal extraordinaria de “autónomos de temporada”. Ambas medidas, establecidas por el RDL 24/2020<sup>54</sup>, fueron prorrogadas por el ya citado RDL 30/2020, que a su vez regularía nuevas prestaciones extraordinarias. Efectivamente, se han reconocido dos nuevas prestaciones extraordinarias por suspensión de la actividad; una prestación extraordinaria por suspensión de la actividad, consecuencia de resolución de contención de la propagación del virus (art. 13.1 RDL 30/2020) y una prestación

---

<sup>52</sup> Con vigencia temporal hasta el 30/6/2020, dicha prestación fue contemplada en el art. 17 RDL 8/2020, modificado sucesivamente por la DF 1ª 8 RDL 11/2020, por la DF 2ª RDL 13/2020 y por la DF 8ª RDL 15/2020.

<sup>53</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>54</sup> Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

extraordinaria para las personas autónomas, que no tuvieran derecho a la ordinaria (bien sea por falta de carencia, bien porque aún no hayan formalizado la integración en la prestación ordinaria) (art. 13.2 RDL 30/2020).

Estas medidas, que se configuraron en su mayoría para permanecer hasta el 31 de enero de 2021, han debido ser ampliadas y prorrogadas por la gravedad de la incidencia de la pandemia. Así, el RDL 2/2021<sup>55</sup> llevo a cabo nuevas modificaciones, que afectarían a la prestación extraordinaria por cese de actividad, la prestación extraordinaria para trabajadores autónomos de temporada y la ampliación de la prestación ordinaria de cese de actividad, compatible con el trabajo por cuenta propia<sup>56</sup>. Finalmente, el RDL 3/2021 también ha facilitado el acceso de las personas trabajadoras autónomas a las prestaciones<sup>57</sup>.

### 3.4. Ingreso mínimo vital para la población vulnerable

Como medida en favor de colectivos vulnerables hemos de citar el ingreso mínimo vital, establecido por el citado RDL 20/2020, de 29 de mayo. La protección de los más desfavorecidos se presenta como un objetivo inaplazable, sobre todo, en estos momentos en los que crisis sanitaria ha derivado en una crisis económica. Se trata de un mecanismo a favor de quienes carecen de unos ingresos mínimos o de cobertura de prestaciones o subsidios, con la finalidad de

<sup>55</sup> Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

<sup>56</sup> En favor de las personas trabajadoras autónomas que no hubiesen accedido a ella con arreglo al Real Decreto-ley 24/2020, incluyendo el mantenimiento del acceso a la prestación de cese de actividad de aquellos trabajadores que, por tener carencia, la vienen percibiendo hasta el 31 de enero de 2021.

<sup>57</sup> Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que modifica el art. 5.9 del RDL 2/2021, para facilitar a las personas trabajadoras autónomas que tributen por estimación objetiva la prueba de la caída de ingresos estableciéndose una presunción al efecto.

prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. Con una finalidad más social que laboral, este mecanismo de lucha contra la pobreza se configura como una prestación económica en su modalidad no contributiva, inserta dentro del sistema de la Seguridad Social (art. 41 CE), de conformidad con el art. 2.2 RDL 20/2020. Será precisa, como admite la exposición de motivos del citado RDL, una progresiva reorganización de las prestaciones no contributiva con el objetivo de permitir una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país. El periodo de puesta en marcha de la prestación ha hecho evidente la necesidad de mejorar algunos aspectos de esta, para permitir que se dé cobertura al mayor número de personas y se puedan incluir algunas situaciones que no se contemplaban y que permitan incorporarlas correctamente a la prestación. Esta mejora se ha realizado a través del ya citado RDL 3/2021.

### 3.5. Prevención de riesgos laborales y protección de grupos sensibles frente a la COVID-19

Por lo que respecta a las medidas de prevención de riesgos laborales, estando en el contexto de esta crisis sanitaria la salud laboral vinculada con la salud pública, la regulación de la prevención de riesgos laborales ha de adoptar medidas preventivas de determinados colectivos profesionales, con mayor peligro de contagio (especialmente cuando el riesgo epidemiológico no se incluía en preceptos previos)<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Sobre medidas adoptadas para protección de trabajadores pertenecientes a grupos de riesgo *vid.*, OIT, Proteger la vida y la salud de los trabajadores durante la pandemia de COVID-19: Panorama general de las respuestas nacionales en materia legislativa y de política, enero de 2021, p. 9.

En el ámbito comunitario<sup>59</sup> puede destacarse la Directiva (UE) 2020/339<sup>60</sup>, por su inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos, que son patógenos humanos conocidos, pero que, sin embargo, no introduciría previsión alguna sobre colectivos vulnerables, por razón de edad o enfermedad, como acontece en relación con la COVID-19. Ciertamente en su considerando número seis si reconoce que el SARS-CoV-2 representa, en particular, un grave peligro para los trabajadores de mayor edad y para los que tienen un problema médico o una enfermedad crónica subyacente.

La empresa en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas habría de adoptar medidas específicas para las personas especialmente sensibles. A estos efectos, el Ministerio de Sanidad ha definido como grupos vulnerables para la COVID-19 las personas con enfermedad cardiovascular, incluida hipertensión, enfermedad pulmonar crónica, diabetes, insuficiencia renal crónica, inmunodepresión, cáncer en fase de tratamiento activo, enfermedad hepática crónica severa, obesidad mórbida (IMC>40), embarazo y mayores de 60 años. Por ello, el servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales debe evaluar la presencia de personas trabajadoras especialmente sensibles, en relación con la infección de coronavirus SARS-CoV-2, establecer la naturaleza de especial sensibilidad de la persona trabajadora y emitir un informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección y teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones, que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo

propio de la condición de salud de la persona trabajadora<sup>61</sup>.

### 3.6. Valoración de las medidas, desde una perspectiva antidiscriminatoria

El anterior análisis nos lleva a concluir que la normativa laboral y de seguridad social no ha ignorado a los colectivos de personas trabajadoras más vulnerables. De una parte, es preciso destacar positivamente la atención prestada a las personas trabajadoras autónomas, pero, de otra parte y negativamente, resaltar la falta de atención legal prestada a la protección de trabajadores transfronterizos y desplazados.

El impacto discriminatorio de la crisis se ha tratado de combatir fundamentalmente con prestaciones extraordinarias de desempleo. Ello es así, aunque la crisis desencadenada por la COVID-19 evidencia las sombras del sistema protección social para las personas trabajadoras vulnerables, autónomas, temporales, a tiempo parcial y migrantes, entre otras. En España, la Seguridad Social se ha extendido a trabajadoras vulnerables, así los subsidios extraordinarios excepcionales por pérdida de actividad para las personas empleadas de hogar y por fin de contrato, para trabajadores temporales, sin la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio. Desde un primer momento, el citado RDL 8/2020 previó una prestación extraordinaria por cese de actividad para los trabajadores autónomos que, sin embargo, no constituye una medida positiva para un colectivo de personas trabajadoras especialmente vulnerable.

Ahora bien, de otra parte, los trabajadores transfronterizos y desplazados han quedado fuera de las medidas estatales de protección durante esta crisis de salud pública, incre-

<sup>59</sup> Declaración de la Comisión tras la presentación de la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en lo que respecta a la prevención y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos o que puedan estar expuestos al SARS-CoV-2.

<sup>60</sup> Directiva por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos. Esa modificación de la Directiva ha sido traspuesta en nuestro ordenamiento por la Orden TES/1180/2020 siguiendo idéntica lógica.

<sup>61</sup> Recomendaciones del Ministerio de Sanidad relativas al Procedimiento de Actuación de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, de 8 de junio de 2020.

mentándose su marginalidad, lo que se agrava cuando proceden de terceros países fuera de la UE. Ya hemos destacado, además, que tampoco durante la pandemia de COVID-19, la legislación preexistente de la UE ni las orientaciones y medidas políticas adoptadas por la Comisión Europea les ha protegido. Tanto en la UE, como en nuestro país, se ha favorecido la apertura de la frontera sin ningún cambio en el sistema de protección de la seguridad social; estando las medidas adoptadas más orientadas a proteger a la población local de la propagación del virus que a los propios trabajadores. Son precisas pues medidas de emergencia específicas, que incluyan tanto normas de apoyo, como de protección para este grupo de trabajadores, idealmente a nivel de la de la UE o, si no es posible, a nivel nacional<sup>62</sup>.

Por ello, hemos de valorar positivamente la regulación establecida en el RDL 7/2021<sup>63</sup>, en la medida que favorece la aplicación de la mayor parte de la legislación laboral española a los desplazamientos superiores a 12 meses, en concreto, a las condiciones de alojamiento y a los complementos o reembolso de gastos de viaje, alojamiento y manutención previstos para las personas trabajadoras; la exigencia de transparencia en cuanto a la naturaleza del complemento por desplazamiento y la presunción de la naturaleza extrasalarial; y la tipificación de las infracciones que se derivan de tales incumplimientos legales.

### 3.7. Respuestas a largo plazo al impacto discriminatorio de la crisis: algunas propuestas

Como decíamos en las páginas iniciales de este trabajo, a largo plazo, deben solventarse

los defectos estructurales del sistema de protección social, a través de una redefinición de estos, que los haga más inclusivos de los colectivos laborales vulnerables. Esta crisis ha evidenciado, con especial crudeza, algunas deficiencias estructurales, como el desajuste entre el mercado de trabajo y el sistema de protección social, que deja fuera de cobertura a una parte significativa de trabajadores, cuyo calificativo de no convencionales o atípicos, cada día, resulta menos acertado dado el incremento constante en su número y diversidad. Es preciso seguir insistiendo en la configuración del sistema de protección que incluya todas las personas trabajadoras, con independencia del tipo de trabajo prestado (asalariado, autónomo, temporal, a tiempo parcial, trabajo en plataformas..) y examinar el sistema de apoyo a ingresos del estado del bienestar, a la luz de los cambios que definirán el escenario postcrisis. En este contexto, la insuficiencia del sistema de protección social frente al riesgo de pobreza ha llevado al reconocimiento del ingreso mínimo vital, que debe estar vinculado a la incentivación del trabajo decente, al valor del trabajo en la sociedad pospandemia<sup>64</sup>.

La pregunta es si existen y son suficientes las medidas a favor de los trabajadores vulnerables en la determinación de las políticas públicas que deben generarse para la llamada etapa de reconstrucción. Por ello, debemos hacer referencia, en primer lugar, al Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que es el eje central del Instrumento de Recuperación de la UE (*Next Generation EU*). Se trata de un documento, como ya adelantamos, que, a nuestro juicio, no atiende o considera la perspectiva de la igualdad de oportunidades para colectivos discriminados o grupos vulnerables en la UE y donde no resul-

<sup>62</sup> RASNACA Z., *op. cit.*, p. 8.

<sup>63</sup> Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril (BOE del 28 de abril) que incorpora al derecho español, entre otras, la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

<sup>64</sup> T. TREU (*op. cit.*, p. 372) señala que la revisión de los amortiguadores sociales es uno de los temas más conflictivos del *welfare* en Italia donde a pesar de los intentos de racionalizar el sistema sigue con fuertes desigualdades entre las diversas categorías de trabajadores incluso subordinados.



ta especialmente relevante la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres.

En la exposición de motivos, si pueden encontrarse algunas referencias a reformas necesarias en cohesión social (que deben contribuir a la lucha contra la pobreza o el desempleo a la creación de puestos de trabajo estables y de calidad) a la inclusión e integración de los grupos desfavorecidos, así como al refuerzo de los sistemas de protección social (Considerando 14). Más concretamente, se apela a las inversiones en la juventud, al programa de integración de desempleados, a las políticas de inversión para mejorar las oportunidades de acceso al empleo, y a la reducción de la brecha generacional, en consonancia con los objetivos de la Garantía Juvenil (Considerando 16). Y, finalmente, también se afirma que la igualdad de género e igualdad de oportunidades deben tenerse en cuenta y fomentarse a lo largo de la preparación y la ejecución de los planes de recuperación y resiliencia presentados en virtud del presente Reglamento (Considerando 28). Sin embargo, en el texto del Reglamento, falta una referencia a la igualdad de oportunidades, a la inclusión y a la integración de los grupos más desfavorecidos, en sus primeros artículos, así entre los seis pilares definidos por el artículo 3, donde solo se incluye la cohesión social; o entre los objetivos del art. 4, donde, de nuevo, sólo se alude al fomento de la cohesión social, mitigando el impacto social y económico de dicha crisis, en particular en las mujeres, contribuyendo a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales.

Pues bien, esta omisión puede resultar relevante, toda vez que los Estados elaborarán los planes de recuperación y resiliencia nacionales<sup>65</sup>, dentro del ámbito de aplicación establecido en el artículo 3, y para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 4 (art. 17.1).

<sup>65</sup> Entre nosotros, los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTEs) previstos por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Por ello, es preciso buscar argumentos que adjuren una recuperación que desatienda las graves consecuencias derivadas del impacto discriminatorio de la pandemia. En este sentido, a favor de la inclusión de la perspectiva de la igualdad de oportunidades, debe tenerse presente que estos planes de recuperación y resiliencia serán coherentes con los retos y prioridades específicos de cada país, determinados en el marco del Semestre Europeo (art. 17.3). Y en el marco del Semestre Europeo, el Consejo ha formula a España, entre otras recomendaciones, reforzar la protección por desempleo, especialmente para los trabajadores atípicos y mejorar la cobertura y la adecuación de los regímenes de renta mínima y de apoyo a la familia<sup>66</sup>. En definitiva, es preciso que la igualdad de género y la inclusión de los trabajadores vulnerables se sitúe entre los objetivos de los planes de recuperación y resiliencia.

Y desde esta perspectiva hemos de valorar positivamente el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España de 13/4/2021, cuyo cuarto eje se centra en la igualdad de género a través de medidas transversales dirigidas a elevar la tasa de empleo femenino, mejorar y reorganizar el sistema de cuidados de larga duración y alcanzar la igualdad de oportunidades. Y esta primera valoración positiva obedece a que el plan introduce la dimensión de género y de igualdad de oportunidades en todos los procedimientos que se desarrollen en el marco de las reformas e inversiones de este plan de recuperación. El principio de transversalidad de género se extiende ahora a la igualdad de oportunidades, lo que al margen de la necesaria reflexión teórica resulta un objetivo acertado, atendiendo a los destacados efectos de la pandemia.

Finalmente, queda pendiente de resolver la situación de precariedad de los trabajadores

<sup>66</sup> Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2020 de España Bruselas, 20.5.2020 COM (2020) 509 final.

transfronterizos, que precisarían de una red de seguridad social europea, para situaciones de crisis, y con cobertura como mínimo de una licencia por enfermedad pagada, en cualquier país de acogida, que les proteja frente a la pérdida de su empleo. En segundo lugar, es también precisa una regulación que garantice unos estándares mínimos sobre las condiciones de trabajo y de vida en toda la UE, cuyo cumplimiento garantice la Autoridad Laboral Europea. Además, a largo plazo, para mejorar la protección de los trabajadores con gran movilidad, es necesario lograr una mayor convergencia de las normas sociales y laborales entre países y para los distintos grupos de trabajadores y una convergencia de remuneración y condiciones de trabajo en toda la UE<sup>67</sup>. Solo así estos trabajadores podrán alcanzar una cobertura de protección social adecuada contra todos los riesgos, incluida la enfermedad y el desempleo y unas condiciones de trabajo y de vida dignas, independientemente de que se produzca o no una nueva crisis.

#### 4. IGUALDAD DE GÉNERO Y LA CRISIS COVID-19

Como ya se ha destacado, la crisis de la COVID-19, por su triple dimensión sanitaria, social y económica, incide particularmente sobre las mujeres. Según la OIT, en lo relativo a la disparidad de género en el mercado de trabajo, la crisis ha incidido en cuatro esferas de forma desproporcionada sobre las mujeres<sup>68</sup>. En primer lugar, una gran proporción de mujeres trabaja en sectores muy afectados por la crisis<sup>69</sup>. En segundo lugar, las mujeres que trabajan en el sector de los servicios domésticos han sido muy vulnerables frente a las medidas de contención<sup>70</sup>. En tercer lugar,

las mujeres son mayoritarias en el sector sanitario y de asistencia social<sup>71</sup>. En cuarto lugar, el aumento de la demanda de servicios de atención social se ha distribuido de forma dispar, incidiendo desproporcionadamente sobre las mujeres<sup>72</sup>, que continúan realizando la mayor parte del trabajo doméstico y de los cuidados de personas dependientes, lo que las posiciona en una situación de mayor riesgo y dificulta la conciliación familiar. En efecto, una de las características de esta pandemia (y de otras que la precedieron) es la centralidad de la tarea de cuidados, que las mujeres continúan asumiendo en mayor medida que los hombres.

Ante los datos sobre el empeoramiento de la situación laboral de la mujer, la OIT alerta sobre el retroceso en los avances en igualdad de género logrados y las tendencias negativas susceptibles de exacerbar la disparidad de género. En anteriores crisis se ha comprobado que la pérdida de empleo para las mujeres conllevó un aumento de carga de trabajo no remunerado; con el consiguiente retroceso en la distribución del trabajo de prestación de cuidados no remunerados<sup>73</sup>. Igualmente, las enseñanzas de otras crisis por pandemias han demostrado sus efectos profundos y de larga duración sobre la igualdad de género, y el error de adoptar un enfoque neutro al género en su abordaje<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> En puestos menos cualificados y peor remunerados: *vid.*, World Health Organisation "Gender equity in the health workforce: analysis of 104 countries", Health Workforce Working paper, N. 1 (2019); World Health Organisation, "Delivered by women, led by men: a gender and equity analysis of the global health and social workforce", Human Resources for Health Observer Series, N. 24 (2019).

<sup>72</sup> El tiempo de prestación de cuidados no retribuidos o no remunerados ha aumentado, siendo más compleja la situación para las familias monoparentales. Encuestas a nivel europeo señalan, por ejemplo, que un 10,6 % de las encuestadas afirmaba la imposibilidad de trabajar por las responsabilidades familiares frente al 6,7 % de los hombres encuestados. *Vid.* Eurofound, Living working and COVID-19, 2020.

<sup>73</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición 30/6/2020, p. 12.

<sup>74</sup> Como el Ébola en 2014, el Zika en 2015-2016 y las más próximas del SARS: SMITH, J., "Overcoming 'the tyranny of the

<sup>67</sup> RASNACA, Z., *op. cit.* p. 9.

<sup>68</sup> Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición 30/6/2020, p. 10.

<sup>69</sup> Hostelería, comercio y también en artes y espectáculos, o en sectores como la confección también frágil por la interrupción de las cadenas de suministro.

<sup>70</sup> Especialmente en el caso de ser migrantes con mayor riesgo de pérdida de empleo y de ingresos y restricciones de movilidad).

Pero, de otra parte, en relación con la actual pandemia también existen análisis que destacan otros datos que pueden actuar en favor de la igualdad de género en el mercado laboral, pues, como en la mayoría de las crisis, la alteración del *statu quo* también ofrece a las organizaciones oportunidades de un cambio positivo. En primer lugar, las empresas están adoptando rápidamente acuerdos de trabajo flexible, que probablemente persistirán. A medida que el trabajo a distancia se generaliza, podría reducirse el estigma asociado al trabajo a distancia, para muchas mujeres como medida para conciliar, lo que puede ser positivo para las madres trabajadoras. En segundo lugar, también hay muchos padres que ahora han asumido la responsabilidad principal del cuidado de los hijos, lo que puede erosionar las normas sociales (que actualmente conducen a una distribución asimétrica de la división del trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos)<sup>75</sup>. Con el aumento de la importancia de las cuestiones relacionadas con la familia y el trabajo y la mayor visibilidad de los cuidados no retribuidos es probable que los hombres estén más dispuestos a participar en la política empresarial sobre conciliación entre la familia y el trabajo.

Además, las redes de conexiones personales derivadas de la comunicación directa o personal que, frecuentemente, perjudican la promoción profesional de las mujeres también se han visto afectadas por la pandemia pues el trabajo a distancia expone la fragilidad de las conexiones personales en las redes; lo que

puede favorecer la creación de redes más inclusivas. La reducida frecuencia de la comunicación cara a cara en este periodo, junto con el potencial de aumento de los conflictos entre trabajo y familia y el debilitamiento de las conexiones personales de la red, pueden tener un impacto diferenciado en las carreras de los hombres y las mujeres<sup>76</sup>.

En definitiva, la crisis COVID-19 ha puesto de manifiesto las desigualdades de género y ha planteado los posibles retrocesos en los avances en materia de igualdad, si las mujeres soportan el peso de las pérdidas de empleo y siguen enfrentándose a una mayor carga de cuidados; pero, al mismo tiempo, la crisis ha demostrado el potencial de cambio y de desarrollo de nuevas políticas. La pandemia no sólo ha provocado la rápida difusión del teletrabajo (incluso en estados en los que antes era infrecuente) sino que también ha planteado cuestiones relativas a la equidad de las estructuras salariales existentes y la necesidad de que la recuperación no se dirija a restaurar los anteriores sistemas de protección social, sino a hacerlos más inclusivos<sup>77</sup>. Para Naciones Unidas, y para la OIT las mujeres están en el epicentro de la respuesta a la crisis, pues la pandemia ha puesto de manifiesto que el trabajo de cuidados (remunerado y no remunerado) y una sólida economía de prestación de cuidados son vitales y lo serán en el futuro<sup>78</sup>. Igualmente, desde la Comisión de la Unión Europea se ha afirmado que, para la cohesión social, es necesario luchar contra las elevadas y persistentes brechas laboral y salarial entre mujeres y hombres<sup>79</sup>. Todo ello evidencia

---

urgent': integrating gender into disease outbreak, preparedness and response". *Journal of Gender and Development*. N. 20 (2019); LEWIS, H., "The coronavirus is a disaster for feminism". *The Atlantic*. N. 19 (2020).

<sup>75</sup> La caída del empleo relacionada con las medidas de distanciamiento social tiene un gran impacto en los sectores con altas cuotas de empleo femenino y los cierres de escuelas y guarderías han aumentado masivamente las necesidades de cuidado de los niños, lo que tiene un impacto especialmente grande en las madres trabajadoras: MULLER, T., SCHULTE, T. "Ensuring fair short-time work – a European overview". *European Economic, Employment and Social Policy, ETUI Policy Brief*. N. 7 (2020), p. 1.

---

<sup>76</sup> MILLIKEN, F.J., KNEELANDB, M.K., FLYNNA, E., "Implications of the COVID-19 Pandemic for Gender Equity Issues". *Work, Journal of Management Studies*. N. 57 (2020), pp. 1767 a 1771.

<sup>77</sup> RUBERY, J., TAVORA, I. *The COVID-19 crisis and gender equality: risks and opportunities: AAVV, Social Policy in the European Union: State of play*, 2020, p. 88.

<sup>78</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19, mayo de 2020, p. 13.

<sup>79</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021 Bruselas, 17.9.2020 COM (2020) 575 final, p. 9.

la necesidad de incorporar la perspectiva de género como un eje transversal en el diseño de las actuaciones, para hacer frente a la crisis económica y social, y así evitar que se profundicen las desigualdades de género<sup>80</sup>.

Ante la unanimidad del anterior diagnóstico sobre la necesidad de integrar esta perspectiva en las respuestas a la pandemia, analizaremos, en primer lugar, las medidas adoptadas, entre nosotros, frente a este impacto de género de la pandemia y, en segundo lugar, las políticas necesarias a largo plazo para adjuar las predicciones negativas sobre la igualdad entre los hombres y las mujeres en el mundo del trabajo. La cuestión clave es si los estereotipos y roles de género se verán reforzados por la crisis; si las medidas frente a la crisis determinan su continuación o impulsan cambios en esta distribución desigual entre hombres y mujeres, cuestionando esos roles de género asentados socialmente. En todo caso, es preciso seguir insistiendo en la necesidad de que los datos recopilados, incluso los relativos a la pandemia, estén desglosados por género, a fin de comprender cómo distintos factores afectan de manera diferente a los hombres y a las mujeres.

#### 4.1. Respuestas a corto plazo frente al impacto de género de la pandemia

Como hemos analizado en el anterior epígrafe del presente trabajo, las medidas adoptadas para abordar la pandemia y su respuesta no han incorporado, de manera explícita, medidas a favor de las mujeres, aunque analizaremos en este epígrafe medidas dirigidas a favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional, así como el complemento de las pensiones contributivas, para reducir la brecha de género<sup>81</sup>. Una cuestión diversa sería com-

probar el impacto de género de las diversas medidas laborales frente a la pandemia, que analizamos en el epígrafe tercero, atendiendo a la proporción de mujeres que trabajan en empleos temporales, a tiempo parcial o en la economía irregular o son trabajadoras autónomas. Ya hemos destacado la novedad de los planes nacionales de apoyo a ingresos a los trabajadores, al extenderse más allá de los trabajadores tradicionalmente incluidos, e igualmente, a nivel teórico, hemos de valorar positivamente esa extensión, desde una perspectiva de género. En la práctica, habrá de realizarse en el futuro una valoración final sobre los datos del impacto en las mujeres trabajadoras de esta pandemia.

Analizaremos ahora, entre las respuestas normativas a la pandemia, el denominado Plan MECUIDA, dirigido a facilitar la conciliación entre la vida profesional y familiar y la priorización del trabajo a distancia, una medida que, aunque estuvo dirigida fundamentalmente a alcanzar objetivos de salud de los trabajadores y de continuidad de la actividad productiva, puede favorecer la conciliación. Previamente, analizaremos la modificación del complemento por maternidad en las pensiones contributivas<sup>82</sup>, ahora llamado para la reducción de la brecha de género, establecida en el ya citado RDL 3/2021.

##### 4.1.1. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

Aunque se trate de un complemento que había sido cuestionado desde la normativa de la Unión Europea, y el RDL 3/2021 respondió a la STJUE de 12/12/2019, que declararía la anterior regulación contraria a la normativa europea<sup>83</sup>, es también necesario destacar la

durante la pandemia: el caso de la Comunidad de Madrid". Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 58 (2021).

<sup>82</sup> Art. 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS, en adelante).

<sup>83</sup> La STJUE de 12/12/2019 (asunto WA), declararía el art 60 LGSS, sobre el complemento por maternidad en las pen-

<sup>80</sup> Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Presidencia del Gobierno Madrid, octubre de 2020, p. 8.

<sup>81</sup> Un análisis sobre las principales normas en materia de conciliación y corresponsabilidad aprobadas por las comunidades autónomas, a raíz de la crisis sanitaria de la COVID 19, en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., "Conciliación y corresponsabilidad

oportunidad de su mantenimiento y de su reconfiguración como medida de acción positiva a favor de la mujer, en el contexto de una crisis, que, por su impacto negativo de género, precisa de la adopción de respuestas de esta naturaleza<sup>84</sup>. Como afirma la exposición de motivos del RDL 3/2021, no es exagerado afirmar que la brecha de género constituye la principal insuficiencia en la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de las pensiones, como reflejo de una discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo, por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas. Por ello, este complemento se redefine como un instrumento para la reducción de la brecha de género. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía (art. 60.1 LGSS).

Se trata de una medida de acción positiva, apelándose así, en la exposición de motivos del RDL 3/2021, al Auto del Tribunal Constitucional 119/2018, de 13 de noviembre, relativo a la constitucionalidad de las acciones positivas,

---

siones contributivas del sistema era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Resulta discriminatorio, se afirma, reconocer un derecho a un complemento de pensión por aportación demográfica para las mujeres (con al menos dos hijos), "mientras que los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento".

<sup>84</sup> Pues la citada STJUE de 12/12/2019 ha puesto de manifiesto la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica.

en favor de la mujer. Considero oportuno recordar que, en este Auto, en primer lugar, el TC ha señalado sobre la constitucionalidad de acciones positivas en favor de la mujer, las siguientes notas definitorias: a) su fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE, y su límite el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; b) una necesaria concreción normativa previa; c) su proporcionalidad; d) su vigencia temporal hasta que desaparezca la situación de desigualdad material que la propició. En segundo lugar, el citado auto se ha basado en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre acción positiva, centrada en el acceso al empleo público<sup>85</sup>, y que ha declarado que una acción positiva es compatible con el Derecho comunitario, cuando no conceda una preferencia a la mujer de modo automático e incondicional, concurra igual capacitación y las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva, que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

A mi juicio, sin embargo, esta resolución constitucional ha sido una oportunidad perdida para construir de forma más amplia la doctrina constitucional sobre las acciones positivas. Se sigue manteniéndose una concepción de las acciones positivas como derogaciones del principio de igualdad de trato cuando, tras la concepción de la igualdad ya formulada por el Tratado de Ámsterdam, las acciones positivas son también herramientas para alcanzar la igualdad, de conformidad con el vigente art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El TC debería haber realizado un análisis de las medidas de acción positiva que actualizará la doctrina del TJUE, de conformidad con el vigente marco normativo europeo. No se trataría de conceptualizar estas

---

<sup>85</sup> Sentencia de 17 de octubre de 1995, Eckhard Kalanek contra Freie Hnasestadt Bremen (asunto C-450/93); Sentencia Marschall contra LandNordrhein-Westfalen, (asunto C-409/95); Sentencia Badeck y otros (asunto 158/97); Sentencia Abrahamsson y Anderson contra Fogelqvist (asunto C-407/98); Sentencia Lommers contra Minister Van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (asunto C-476/99); Sentencia Briheve contra Ministre de L'Interieur (asunto C-319/03).

medidas positivas solo como medidas temporales en favor de las mujeres, en tanto permanezcan la realidad de desigualdad real de las mismas en el empleo, sino también como medidas estructurales para la participación paritaria de hombres y mujeres, exigencia derivada del principio de igualdad entre hombres y mujeres.

En todo caso, es preciso concluir con una valoración positiva del mantenimiento de esta medida de acción positiva para la mujer, en el contexto de la actual crisis, pues su impacto negativo de género hace necesaria la adopción de respuestas de esta naturaleza.

#### 4.1.2. *Teletrabajo como medida de conciliación y su impacto de género*

El cambio histórico en el modo de trabajar que implica el desarrollo generalizado de fórmulas de trabajo a distancia está ya indisolublemente unido a la crisis COVID-19. La humanidad, ha afirmado la OIT, está en medio del primer experimento mundial de teletrabajo masivo, pues, de forma generalizada, entre las respuestas nacionales a la pandemia se encuentra la promoción del teletrabajo. Conceptualmente el teletrabajo ha sido, fundamentalmente, un medio de modernizar la organización del trabajo y, entre nosotros, desde 2019, también es considerado una medida de conciliación entre trabajo y familia<sup>86</sup>.

En la fase inicial de la pandemia, el ya citado RDL 8/2020 estableció el carácter preferente del trabajo a distancia, frente a las medidas de regulación temporal de empleo, al margen del principio de voluntariedad (si bien de forma temporal,

<sup>86</sup> El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modificó el art. 34.8 LET, anticipándose al contenido de la Directiva 2019/1158 (UE) del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en la cual se establece un auténtico derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar a través del uso de las formas flexibles de trabajo, incluidas las fórmulas de trabajo a distancia.

vinculada a la situación de crisis sanitaria y a la declaración del estado de alarma)<sup>87</sup>. Garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales y reducir la expansión del COVID-19 son las dos finalidades declaradas de la priorización del trabajo a distancia<sup>88</sup>. Finalmente, hemos también de considerar la regulación establecida en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia pues puede considerarse como una norma inserta en el contexto de la crisis de la COVID-19<sup>89</sup>. Como justifica en su preámbulo, la crisis sanitaria ha hecho que el trabajo a distancia se mostrara como el mecanismo más eficaz para asegurar el mantenimiento de la actividad durante la pandemia y para garantizar la prevención frente al contagio<sup>90</sup>.

En definitiva, es una medida que durante la pandemia se ha mostrado como un eficaz instrumento para prevenir contagios y mantener empleo, pero el trabajo a distancia también puede y debe ser analizado desde una perspectiva de género.

De partida, hemos de recordar que en el Plan MECUIDA (al igual que en la regula-

<sup>87</sup> Durante la pandemia, la mayoría de los países han permitido que los empleadores impongan el teletrabajo unilateralmente, el "teletrabajo obligatorio", por ejemplo, en Bélgica, Bulgaria, Croacia, España, Georgia, Hungría, Italia, Indonesia, Panamá, Portugal, Rumania y San Marino, entre otros países. OIT, Proteger la vida y la salud de los trabajadores durante la pandemia de COVID-19: Panorama general de las respuestas nacionales en materia legislativas y de política, enero de 2021, p. 11.

<sup>88</sup> *Vid.*, Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

<sup>89</sup> Aunque Disposición transitoria tercera establezca que al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria.

<sup>90</sup> Según la encuesta de Eurofound "Living, working and COVID-19", casi cuatro de cada diez personas trabajadoras (un treinta y siete por ciento) empezaron a teletrabajar a causa de la pandemia (un treinta por ciento en España). Esto ha contribuido a que el número de horas trabajadas haya disminuido menos en aquellos países en que el teletrabajo ha aumentado en mayor proporción.



ción común) el derecho a la adaptación de la jornada incluye el cambio desde el trabajo presencial al trabajo a distancias. Dadas las circunstancias previstas en el art. 6 del citado RDL 8/2020, el trabajador podría exigir la adaptación incluido el trabajo a distancia y el empresario podría oponerse si la medida no está justificada o resulta irrazonable o desproporcionada, resolviéndose la discrepancia judicialmente<sup>91</sup>. También el RDL 28/2020, en su exposición de Motivos, apela a las ventajas que el teletrabajo ofrece para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la necesidad de evitar que la regulación del teletrabajo en los acuerdos y convenios colectivos perpetúen los roles de género. En el texto de la norma, igualmente, evitar un impacto adverso sobre las mujeres es un objetivo implícito en sus preceptos (arts. 4 y 8.3, por ejemplo).

En efecto, la generalización del trabajo a distancia por la pandemia ha avivado el debate sobre su impacto de género. De hecho, el teletrabajo está determinando, desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres, análisis contradictorios que tanto alertan sobre los eventuales perjuicios para la igualdad de género, como ven una oportunidad de cambio a favor de la mujer. Así, se ha afirmado que si las mujeres siguen siendo quienes hacen un uso mayoritario del trabajo a distancia y de los derechos de conciliación; el riesgo es evidente, pues el teletrabajo puede impactar de forma especialmente negativa, poniendo en riesgo los avances conseguidos durante las últimas décadas en materia de igualdad de género<sup>92</sup>. Sin embargo, el dato de mayor presencia de la mujer en formas de trabajo a distancia no parece que conecte con las trabajadoras más vulnerables y con mayores dificultades para la concilia-

ción o aquellas en las que la conciliación tenga mayor impacto sobre su carrera profesional, si atendemos a algunas cifras sobre el teletrabajo. La tasa de utilización del teletrabajo varía según los sectores, las ocupaciones, las regiones y el tamaño de las empresas; siendo los trabajadores de menor nivel educativo y en empleos de menores ingresos los que prestan servicios en ocupaciones no aptas para el trabajo a distancia<sup>93</sup>. Junto con las mujeres, son las personas trabajadoras blancas con un alto nivel de cualificación y de altos ingresos las que poseen mayores índices de cambio al teletrabajo<sup>94</sup>.

Como ha señalado la OIT, el mundo del trabajo, incluso el teletrabajo, se divide según el género y, a mi juicio, el impacto de género del teletrabajo se conecta con sus efectos sobre la conciliación y la corresponsabilidad. Como nos recuerda la OIT, las consecuencias que genera el teletrabajo en la conciliación de vida laboral y personal depende de muchos factores, entre ellos el marco jurídico y normativo establecido, la división del trabajo en función del género que predomina, la cultura organizativa, las políticas y las prácticas de su empleador<sup>95</sup>. Por ello, son los planes de igualdad los instrumentos centrales en las empresas para medir el impacto de género del teletrabajo. Será preciso, con carácter previo a su elaboración, realizar un diagnóstico y analizar la proporción de mujeres y hombres, en relación con las necesidades de conciliar de ambos grupos, así como su incidencia sobre la promoción profesional y salarial de los mismos.

#### 4.1.3. *Plan MECUIDA frente al impacto de género de la pandemia*

Desde el inicio de la pandemia se establecieron medidas para favorecer la conciliación

<sup>91</sup> Esta regulación contrasta con el carácter prioritario y obligatorio del trabajo a distancia para todos los trabajadores, con independencia de sus responsabilidades familiares. Desde una interpretación sistemática de estas previsiones tendrían prioridad las personas trabajadoras con responsabilidades familiares de acceder al trabajo a distancia.

<sup>92</sup> DE LA PUEBLA, A., "Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género". Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social. N. 3 (2020), p. 8.

<sup>93</sup> MONGEY, S., WEINBERG, A. *Characteristics of workers in low work-from-home and high personal-proximity occupations*: Becker Friedman Institute for Economic, 2020.

<sup>94</sup> BICK, A., BLANDIN, A., MERTENS, K., *Work from Home After the COVID-19 Outbreak*: Federal Reserve Bank of Dallas, 2020.

<sup>95</sup> OIT, *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella*, 2020.

laboral de los trabajadores por cuenta ajena, que acreditasen deberes de cuidado a personas dependientes, por las circunstancias excepcionales relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19. En concreto, se ampliarían los derechos a acceder a la adaptación o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario. La pandemia evidenciaría las denunciadas insuficiencias de las medidas de conciliación ante necesidades no regulares; la ausencia, entre nosotros, de un cuadro completo de derechos de conciliación, frente a las diversas exigencias familiares que pueden plantearse a los trabajadores (ordinarias, extraordinarias y de emergencia).

El art. 6 RDL 8/2020, ante la crisis de la COVID-19, establecería una regulación especial de los derechos a acceder a la adaptación de la jornada y/o a la reducción hasta el 100 % de la misma. Estos derechos recibieron la nueva rúbrica de Plan MECUIDA y fueron prorrogados por el RDL 15/2020<sup>96</sup>. Según este precepto, las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, tendrán derecho a acceder a la adaptación de su jornada y/o a la reducción de esta, cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19.

Se trata de medidas de carácter excepcional de vigencia temporal sobre las medidas de conciliación ordinarias y cuya utilidad para conciliar en tiempos de pandemia ha estado cuestionada. Desde una primera valoración son medidas insuficientes pues los desafíos para las familias durante la crisis actual no tienen precedentes, son graves y recaen de manera desproporcionada sobre los que tienen menor

capacidad de respuesta, como las madres solteras con bajos ingresos. Abordar los desafíos específicos de esta crisis hubiera exigido, a corto plazo, otras medidas entre las que se encuentran, por ejemplo, subsidios gubernamentales para sustituir el salario de los trabajadores que necesiten cuidar de sus hijos durante la crisis, unido a la suspensión y posterior continuidad de la relación laboral o ampliar las prestaciones de desempleo a los trabajadores que se separen voluntariamente de su empleo para dedicarse al cuidado de los niños<sup>97</sup>. En definitiva, siguen faltando un régimen completo de medidas de conciliación ante necesidades extraordinarias y de emergencia con base en la negociación colectiva e individual.

#### 4.2. Respuesta a largo plazo desde una perspectiva de género

El impacto negativo de género de la anterior crisis económica de 2008, ya destacado desde la OIT, y el efecto adverso sobre las mujeres de anteriores pandemias, también documentado por numerosos análisis, deben impulsar una respuesta diversa a la actual crisis, una respuesta con perspectiva de género<sup>98</sup>. Esta crisis, que será global y duradera en el tiempo, es una oportunidad, pues podría ser la primera pandemia en la que los impactos distintos en hombres y mujeres sean tenidos en cuenta por parte de las decisiones políticas<sup>99</sup>. A largo plazo, se afirma desde la OIT, es preciso dedicar mayor inversión presupuestaria en infraestructuras y servicios asistenciales y

<sup>97</sup> MULLER, T., SCHULTE, T., *op. cit.*, p. 25.

<sup>98</sup> Algunas políticas prioritarias en materia de igualdad quedaron "canceladas" en crisis anteriores, generando efectos de larga duración, difíciles de revertir en el corto o el medio plazo: ONU Mujeres (2020), "Atender las necesidades y el liderazgo de las mujeres fortalecerá la efectividad de la respuesta frente al COVID-19", 19/III/2020

<sup>99</sup> Para ello, será necesario asegurar la disponibilidad de datos desagregados por sexo de los impactos económicos, la carga de cuidados diferenciados y la incidencia de violencia de género; incluir personas expertas de género en los planes de respuesta. SOLANAS CARDÍN, M. La crisis del COVID-19 y sus impactos en la igualdad de género: Real Instituto Elcano, 2020.

<sup>96</sup> A la fecha de entrega de este trabajo el referido plan sigue vigente pues la D.A. 3ª del RDL 2/2021 prorroga, hasta el 31 de mayo de 2021, el artículo 6 RDLL 8/2020, de 17 de marzo, en el que se regula el Plan MECUIDA.

mejorar condiciones de trabajo de los trabajadores del cuidado (con contratos temporales o de cero horas)<sup>100</sup>. Igualmente, desde la Comisión de la Unión Europea se ha afirmado, que para la cohesión social, es necesario luchar contra las elevadas y persistentes brechas laboral y salarial entre mujeres y hombres; es fundamental apoyar adecuadamente políticas eficaces de conciliación de la vida familiar y la vida profesional, garantizar el acceso a guarderías de calidad, reformas del sistema de protección social y del sistema tributario que desplacen la presión fiscal sobre el trabajo hacia impuestos menos distorsionantes<sup>101</sup>.

En consecuencia, es necesario integrar activamente la perspectiva de género en el programa de recuperación de la Unión Europea, aplicando los cuatro ejes de la Estrategia de Igualdad de Género de la UE 2020-2025, ya conocidos: el aumento del empleo femenino, la igualdad salarial, la igualdad de género en los cuidados y la mayor independencia económica para las mujeres<sup>102</sup>. En este sentido, es preciso aprovechar el potencial de cambio que la crisis COVID-19 ha demostrado, en materia de igualdad. Ya hemos destacado que, además de la rápida difusión del trabajo a distancia, se han establecido esquemas de ayuda económica o protección social a favor de trabajadores tradicionalmente excluidos (como los autónomos); es decir se ha avanzado, en pocos meses, hacia sistemas de protección social más inclusivos. Igualmente existen datos favorables, ya destacados, para promover un reparto más equilibrado del trabajo remunerado y del trabajo de cuidados no remunerado.

<sup>100</sup> OIT, Marco de políticas para mitigar el impacto económico y social de la crisis causada por la COVID-19 mayo de 2020, p. 13.

<sup>101</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021 Bruselas, 17.9.2020 COM (2020) 575 final, p. 9.

<sup>102</sup> En cuanto a la independencia económica de las mujeres, sigue siendo necesario avanzar en la ampliación del acceso a la protección social, pues las sombras en la protección social siguen asociadas a la concentración de mujeres en los empleos con pocas horas de trabajo, con bajos ingresos y en la economía irregular.

De esta forma, va surgiendo la idea y la propuesta de que la experiencia de los planes nacionales de trabajo reducido, utilizados en la pandemia (entre nosotros el sistema de los ER-TES) pueden ser exportables para avanzar en la conciliación y en la igualdad de género. Estos sistemas de trabajo a tiempo reducido, con apoyo salarial o de protección social por parte de los estados, deberían ser un instrumento para avanzar hacia un trabajo a tiempo completo más corto y flexible, que permita una mayor participación en el cuidado de personas dependientes, tanto de mujeres como de hombres, al tiempo que se crean las condiciones para avanzar hacia una jornada laboral más larga para los que tienen trabajos más ocasionales y a tiempo parcial, con el fin de promover una mayor independencia económica de las mujeres, que suelen estar sobrerrepresentadas en estos empleos<sup>103</sup>.

En definitiva, es preciso que la igualdad de género esté en la agenda, no solo en tiempos de crecimiento sino, sobre todo, en momentos, como el presente, de recuperación frente a una crisis, sin precedentes, para que no se perpetúe su impacto negativo sobre la igualdad de género en el mundo del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BICK, A., BLANDIN, A., MERTENS, K., Work from Home After the COVID-19 Outbreak: Federal Reserve Bank of Dallas, 2020.
- CABEZA PEREIRO, J. "ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas". Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. N. 456 (2021) p. 11.
- CASAS BAAMONDE, M.E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. "Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social excepcionales en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria de COVID-19". Derecho de las Relaciones Laborales. N. 4 (2020).
- DE LA PUEBLA, A., "Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género". Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social. N. 3 (2020).

<sup>103</sup> RUBERY, J. TAVORA, I., *op. cit.* p. 92.

- LEWIS, H., "The coronavirus is a disaster for feminism", *The Atlantic*. N. 19 (2020).
- MILLIKEN, F.J., KNEELANDB, M.K., FLYNNA, E., "Implications of the COVID-19 Pandemic for Gender Equity Issues". *Work, Journal of Management Studies*. N. 57 (2020).
- MONGEY, S., WEINBERG, A. *Characteristics of workers in low work-from-home and high personal-proximity occupations*: Becker Friedman Institute for Economic, 2020.
- MULLER, T., SCHULTE, T. "Ensuring fair short-time work – a European overview". *European Economic, Employment and Social Policy, ETUI Policy Brief*. N. 7 (2020).
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., Conciliación y corresponsabilidad durante la pandemia: el caso de la Comunidad de Madrid, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58 (2021).
- RASNACA Z., "Essential but unprotected: highly mobile workers in the EU during the COVID-19 pandemic". *European Economic, Employment and Social Policy*, N. 9 (2020).
- RUBERY, J., TAVORA, I., *The COVID-19 crisis and gender equality: risks and opportunities: AAVV, Social Policy in the European Union: State of play*, 2020.
- SMITH, J., "Overcoming 'the tyranny of the urgent': integrating gender into disease outbreak, preparedness and response". *Journal of Gender and Development*. N. 20 (2019).
- SOLANAS CARDÍN, M. *La crisis del COVID-19 y sus impactos en la igualdad de género*: Real Instituto Elcano, 2020.
- TREU, T. "Derecho y políticas de trabajo entre dos crisis". *Derecho de las Relaciones Laborales*. N. 4 (2020).

**RESUMEN**

Una preocupación común a nivel internacional, europeo y nacional es el impacto discriminatorio de la crisis de la COVID-19 y su efecto adverso sobre los colectivos de personas vulnerables. Desde la perspectiva laboral, la OIT ha venido destacando el impacto de la pandemia sobre los trabajadores de la economía informal, los jóvenes, y las mujeres. Las personas trabajadoras temporales, a tiempo parcial o prestadoras de servicios a través de plataformas digitales y las migrantes integran también colectivos vulnerables. La pandemia evidencia con claridad que junto a las causas de discriminación vedadas legalmente (género, edad o discapacidad) se alcanzan otras, como la vulnerabilidad social y económica y la propia enfermedad.

El objeto de este trabajo es analizar, en primer lugar, si las normas laborales frente a la COVID-19, han sido sensibles al impacto discriminatorio de la actual crisis. Dentro de este concepto de impacto discriminatorio incluiremos, en un sentido amplio, el efecto negativo de la crisis sobre los colectivos de personas trabajadoras vulnerables. En segundo lugar, será necesario testar si existen, y son suficientes, las medidas o normas en favor de los trabajadores vulnerables, en la determinación de las políticas públicas que deban generarse para la llamada etapa de reconstrucción. En tercer lugar, los rasgos propios del efecto discriminatorio de esta crisis sobre las mujeres han determinado su tratamiento diferenciado en el presente trabajo. Con carácter previo, hemos analizado la actuación de la Unión Europea. En este análisis comprobaremos que el acierto del diagnóstico, como tantas veces, contrasta con la insuficiencia de las respuestas de protección a las personas trabajadoras más vulnerables.

**Palabras clave:** Crisis COVID-19; Impacto discriminatorio; Personas trabajadoras vulnerables; Igualdad de género.

**ABSTRACT**

A common concern at the international, European and national levels is the discriminatory impact of the COVID-19 crisis and its adverse effect on vulnerable groups. From a labor perspective, the ILO has been highlighting the impact of the pandemic on workers in the informal economy, youth, and women. Temporary workers, part-time workers or service providers through digital platforms and migrants are also vulnerable groups. The pandemic clearly shows that in addition to the legally prohibited causes of discrimination (gender, age or disability), there are others, such as social and economic vulnerability and the disease itself.

The purpose of this paper is to analyze, firstly, whether labor regulations in the face of COVID-19 have been sensitive to the discriminatory impact of the current crisis. Within this concept of discriminatory impact we will include, in a broad sense, the negative effect of the crisis on vulnerable groups of workers. Secondly, it will be necessary to test whether measures or regulations in favor of vulnerable workers exist and are sufficient when determining the public policies to be generated for the so-called reconstruction stage. Thirdly, the specific features of the discriminatory effect of this crisis on women workers have determined its differentiated treatment in this paper. Previously, we have analyzed the actions of the European Union. In this analysis we will see that the correctness of the diagnosis, as so often, contrasts with the inadequacy of the responses to protect the most vulnerable workers.

**Keywords:** COVID-19 crisis; Discriminatory impact; Vulnerable workers; Gender equality.





# Medidas de Economía Social durante el estado de alarma (Cooperativas y Sociedades Laborales)\*

# Social economy measures during the estate of alarm (Cooperatives and Worker-owned Companies)

ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ\*\*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La pandemia protagonizada por el coronavirus ha tenido en España, como en el resto de los países de la Unión Europea, un impacto enorme en todos los sectores económicos. La rapidez de su expansión y el parón en la actividad económica provocado por el confinamiento –sobre todo durante la primera ola, pero también en las sucesivas– ha lastrado las cuentas de muchas empresas y ha incidido de manera desalmada en el mercado de trabajo, en especial del sector servicios y de la industria<sup>1</sup>. No obstante, como

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto titulado "Empresas de economía social y nuevos modelos de negocio" (DER2017-87895-R), del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad (convocatoria 2017).

\*\* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia.

<sup>1</sup> Según datos del Banco de España, la disminución del número de empresas ha sido mucho más pronunciada en las actividades productivas y en las áreas geográficas más afectadas por el COVID-19. Por ramas, los descensos más acusados se han observado en los servicios más directamente perjudicados por las diferentes medidas de contención de la pandemia. En concreto, la reducción del número de empresas con respecto al nivel precrisis supera actualmente el 8 % en la hostelería y en las actividades artísticas y recreativas. De modo análogo, se observan también pautas muy dispares por comunidades autónomas, con una disminución del número de empresas mucho mayor en

normalmente todo tiene su cara y su cruz, la situación también ha tenido efectos beneficiosos en algunos escenarios, como en el comercio electrónico y las plataformas digitales, los servicios de paquetería y logística y todo lo relacionado con las actividades y servicios esenciales.

Por otro lado, y desde otra perspectiva, la pandemia ha servido para poner a prueba (de nuevo, como en tantas otras crisis) algunos modelos de negocio y validarlos o ponerlos en cuestión. En este sentido, el modelo propio de las empresas de economía social se ha reafirmado pues éstas, en general, han resistido en este contexto mejor que otras empresas del mismo sector de actividad pero pertenecientes a un modelo de gestión distinto. Esta es una conclusión que cabe extraer a la vista de los diversos informes que van siendo publicados<sup>2</sup>.

---

determinadas regiones, como las insulares, con caídas del 6,7 % y del 6,6 % en las Islas Baleares y en Canarias, respectivamente, en consonancia con el mayor peso en su estructura productiva de las actividades de servicios más afectadas. Véase Recuadro 7 del *Informe Trimestral de la Economía Española, Boletín Económico 1/2021*, del Banco de España, elaborado por IZQUIERDO, M., "La creación y destrucción de empresas desde el principio de la pandemia", pp. 36-39.

<sup>2</sup> FIORELLI, J./GAFFORIO, L., "The impact of COVID-19 on Social Economy Enterprises", *2020 Report / Social Economy Europe*, June 2020, 20 páginas.

En general, cabría afirmar que las empresas de economía social parecen haber reaccionado bien a la crisis del COVID-19, trabajando de una manera eficiente y comprometida. Son varios los ejemplos en los que la economía social ha sido claramente protagonista durante la alarma sanitaria. Así, las cooperativas de consumo y alimentación han respondido a un desafío sin precedentes: garantizar el abastecimiento de la población superando los problemas logísticos, garantizar la protección de los trabajadores y mantener las tiendas como espacios seguros y libres de transmisión<sup>3</sup>. Por su parte, el sector del comercio de frescos, por ejemplo, tuvo que adaptarse a las necesidades de muchos de sus clientes, que no podían salir de casa, e innovaron para poder distribuir sus productos a domicilio y mantener los puestos de trabajo (y, en ocasiones, incluso realizar nuevas contrataciones para ofertar este servicio)<sup>4</sup>. A la resiliencia de las cooperativas agroalimentarias ha contribuido el hecho de su diversidad; no hay un único modelo empresarial, hay grandes entidades dedicadas a la exportación y otras más pequeñas encaradas al producto de proximidad, al consumidor final. Y en ambos modelos se ha trabajado para hacer llegar los productos a los destinatarios finales<sup>5</sup>. Destacable es también su colaboración en la desinfección de instalaciones y calles en diversas localidades<sup>6</sup>. Desde el sector industrial, la red de cooperativas de la Corpo-

ración Mondragón ha desempeñado un papel muy importante durante la crisis. A petición del gobierno español, ha producido 340 millones de mascarillas para profesionales sanitarios durante el año 2020<sup>7</sup>. Las cooperativas de crédito, por su lado, no sólo han sabido responder a los problemas transitorios de liquidez de las empresas vinculadas al sector turístico y les han ayudado a mitigar su situación, suscribiendo líneas del Instituto de Crédito Oficial (ICO), como por ejemplo Cajamar<sup>8</sup>. Pero, también por la pandemia, las cooperativas de crédito han activado y acelerado sus proyectos y planes de digitalización, llegando a resultados para los que se hubieran necesitado dos o tres años (caso de Caixa d'Enginyers<sup>9</sup>). La finalidad era (y es) ayudar a los clientes a quedarse en casa y ofrecerles la opción de usar para sus consultas y transacciones canales remotos, ya sea banca electrónica, *app*. banca telefónica. Desde otra perspectiva, la pandemia también ha evidenciado la importancia de las empresas dedicadas a la llamada economía de los cuidados, ese trabajo invisible que, sin embargo, sostiene a toda la sociedad, y en cuyo sector están presentes muchas empresas de economía social<sup>10</sup>. Y, en fin, las cooperativas eléctricas, las de energías renovables, y,

<sup>7</sup> Véase [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/14/companias/1592170599\\_185639.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/14/companias/1592170599_185639.html)

<sup>8</sup> Véase [https://www.lespanol.com/invertia/20200509/cajamar-propone-creditos-prestamos-recuperar-normalidad-posible/487702043\\_0.html](https://www.lespanol.com/invertia/20200509/cajamar-propone-creditos-prestamos-recuperar-normalidad-posible/487702043_0.html)

<sup>9</sup> Véase, <https://revistas.eleconomista.es/catalunya/2021/enero/las-cooperativas-muestran-sus-fortalezas-ante-el-covid-EH5845215>

<sup>10</sup> ESPINEL VALLEJO, M., "Geografía política de los cuidados (O por qué la pandemia del coronavirus confinó a buena parte del Norte global)", *Geopolítica(s): revista de estudios sobre espacio y poder*, Vol. 11, Nº. Extra 0, 2020 (Ejemplar dedicado a: Geopolítica de la pandemia de COVID-19), pp. 127-140. OIT: "El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente", *Resumen ejecutivo. Rescatado de* [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_633168.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf). En España, durante la pandemia, el trabajo de los cuidados a personas se ha considerado actividad esencial, primero por el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo (ya derogado), y ahora por la Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin

<sup>3</sup> Informe HISPACOP: *Medidas adoptadas por las cooperativas de consumidores y usuarios ante el COVID-19*, Confederación Española de Consumidores y Usuarios, rescatado de [http://cooperativesdeconsum.coop/wp-content/uploads/2020/09/Medidas\\_Cooperativas\\_Consumo\\_COVID.pdf](http://cooperativesdeconsum.coop/wp-content/uploads/2020/09/Medidas_Cooperativas_Consumo_COVID.pdf)

<sup>4</sup> Informe HISPACOP: *Medidas adoptadas por las cooperativas de consumidores*, cit.

<sup>5</sup> MONTORIOL, J., "Resiliencia y crecimiento del sector Agroalimentario durante la pandemia" *Resumen ejecutivo. Informe de Caixabank sobre la situación del sector agroalimentario*. Rescatado de [file:///D:/Mis%20documentos/Trabajo/KINGSTON-1/ART%20C3%208DCULOS%20MIOS/2021%20Revista%20del%20MTrabajo%20y%20Eco%20Social/informe\\_sector\\_Agroalimentario\\_20243.pdf](file:///D:/Mis%20documentos/Trabajo/KINGSTON-1/ART%20C3%208DCULOS%20MIOS/2021%20Revista%20del%20MTrabajo%20y%20Eco%20Social/informe_sector_Agroalimentario_20243.pdf)

<sup>6</sup> Informe CEPES: *Iniciativas y actuaciones de las empresas de economía social ante la COVID-19*, Confederación Empresarial Española de la Economía Social. Rescatado de [file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/archivo\\_600014b-3b625a.pdf](file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/archivo_600014b-3b625a.pdf)

lógicamente las sanitarias, han trabajado sin descanso para garantizar el bienestar de los ciudadanos.

Son diversos los informes, bases de datos y sitios web en los que se ha reflejado la actuación de las empresas de economía social durante la pandemia<sup>11</sup>. Con relación a España, ya hemos hecho referencia, entre otros, al Informe de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social sobre las “Iniciativas y actuaciones de las empresas de economía social ante la COVID-19”. En el ámbito europeo, destaca la Carta Abierta de *Social Economy Europe* a las instituciones europeas, titulada “Una crisis sin precedentes que requiere una respuesta sin precedentes de la UE para restablecer el progreso económico y social”<sup>12</sup>, y desde la perspectiva institucional, la Dirección General de Mercado Interior, Industria, Emprendimiento y PYME de la Comisión Europea, activó en su web “*Social Economy Community*” un espacio para el intercambio de experiencias e información sobre el coronavirus<sup>13</sup>. A nivel internacional, destaca la web de la Organización Internacional del Trabajo dedicada a la “Respuestas de las cooperativas y de la economía social ante la crisis del COVID-19 y medidas gubernamentales que se están desplegando”<sup>14</sup>.

Las cuestiones precedentes evidencian la actitud proactiva de las empresas de eco-

nomía social en tiempos de coronavirus en pro del bienestar general. No obstante, como sujetos de derecho, como personas jurídicas y como empresas actuantes en el mercado se han visto precisadas (como el resto de formas sociales) de medidas excepcionales que les permitieran, desde diversas perspectivas, enfrentarse a los efectos negativos de la crisis sanitaria y económica. El legislador, sin embargo, no disponía de un plan previo de política jurídica racionalmente articulado para una situación como la presente y su reacción normativa se caracteriza por la urgencia, la excepcionalidad y la temporalidad, materializada a través del recurso al Real Decreto-ley<sup>15</sup>. El repertorio normativo de la época COVID-19, pues, no está elaborado con sosiego pero –aún así– pretende e intenta servir de remedio a la situación crítica a la que se enfrenta. Además, el legislador se ve obligado a un ajuste constante de las normas a las circunstancias que éstas deben regular<sup>16</sup> y que se suceden y prolongan en el tiempo, habida cuenta que desde la declaración del primer estado de alarma el 14 de marzo de 2020 han transcurrido ya más de dieciséis meses<sup>17</sup>.

En el presente trabajo nos detendremos, tan sólo, en las medidas excepcionales de mantenimiento del empleo a las que se han podido acoger las cooperativas y sociedades laborales así como en las previsiones relacio-

de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19.

<sup>11</sup> Sobre el particular, CHAVES ÁVILA, R., “Crisis del COVID-19: Impacto y Respuesta de la Economía Social”, *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 63, 2020, pp. 28-51, pp. 32-36.

<sup>12</sup> Carta fechada el 6 de abril de 2020. Rescatada de <https://www.socialeconomy.eu.org/wp-content/uploads/2020/04/Carta-abierta-de-SEE-a-los-10%C3%ADderes-Europeos-Tiempo-para-la-solidaridad-1.pdf>

<sup>13</sup> El espacio se denomina “*Social economy in the fight against coronavirus*”. De interés también la sección “*Social Economy Diaries*” de la web. Véase <https://webgate.ec.europa.eu/fpfis/wikis/display/SEC/Social+Economy+Community>.

<sup>14</sup> Para el acceso a la web, indicar el título en inglés “*Cooperatives and wider SSE enterprises respond to COVID-19 disruptions, and government measures are being put in place*”, [https://www.ilo.org/global/topics/cooperatives/news/WCMS\\_740254/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/cooperatives/news/WCMS_740254/lang-en/index.htm)

<sup>15</sup> En palabras de EMBID IRUJO, J.M. (“Derecho “de” la crisis y derecho “para” la crisis”, *Rincón de Commenda*, 11-5-2020, pp. 1-5) “una reacción intensa del legislador con aportación de instrumentos y técnicas diversos, no siempre congruentes”. Rescatado de <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/derecho-de-la-crisis-y-derecho-para-la-crisis/>

<sup>16</sup> ZAPATERO MIGUEL, P., “El Real Decreto Ley 16/2020: legislar en tiempos de pandemia”, *Diario La Ley*, nº 9679, 2020.

<sup>17</sup> Como es sabido, el Gobierno español ha declarado el estado de alarma para todo el territorio del Estado en dos ocasiones, la primera mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (para la gestión de la situación de crisis sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19) y la segunda a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2), prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta el 9 de mayo de 2021.

nadas con el mantenimiento de la actividad societaria interna.

## 2. SOBRE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO EN COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES

Ha sido un gran desafío para las empresas de economía social, aunque no exclusivo de éstas, el hecho de seguir funcionando pese a la situación sanitaria y económica y proteger a todas las partes implicadas (socios, trabajadores y comunidad en la que se asientan) y, como vemos, muchas lo han conseguido.

Pero también hemos de asumir que en muchos sectores (los no esenciales), no sólo los trabajadores de las empresas de economía social sino también los propios socios trabajadores (y de trabajo, en su caso) de cooperativas y sociedades laborales<sup>18</sup>, se han visto expuestos a expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs). Así, por ejemplo, con relación al ejercicio 2020, la Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado afirma que el sector servicios ha sido uno de los más afectados, perteneciendo a dicho ámbito el 90 % de las cooperativas de trabajo que solicitaron ERTEs, aunque (afortunadamente) un 76 % había salido ya de esa situación a finales de año sin realizar despidos posteriores<sup>19</sup>.

Por el momento desconocemos estadísticas que arrojen datos sobre el volumen de estos expedientes que puedan haber afectado a las empresas de economía social en comparación con los que se hayan producidos en otros

modelos de empresa, por lo que no es posible aún extraer conclusiones objetivas al respecto<sup>20</sup>. Se ha de tener en cuenta, además, que en fechas recientes se ha concedido la quinta prórroga respecto de esta medida excepcional (con vigencia hasta el 30 de septiembre de 2021), a través del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos, por lo que todavía es pronto para el estudio de la incidencia de esta medida en las empresas de economía social.

En cualquier caso, el Servicio Estatal Público de Empleo (SEPE) dejó claro desde el primer momento que las mismas medidas excepcionales que estaban previstas para los trabajadores afectados por un ERTE se aplicarían a los socios trabajadores de sociedades laborales y de cooperativas que hubieran cotizado por desempleo<sup>21</sup>. En tal sentido, las asociaciones del sector han prestado asesoría y acompañamiento a las empresas que se han encontrado en estas situaciones.

Una de las cuestiones más conflictivas ha tenido que ver con la competencia para acordar un ERTE en el caso de las cooperativas pues, salvo previsión estatutaria en contra, es la Asamblea General la competente para acordar la suspensión total o parcial de la actividad de los socios trabajadores o de trabajo en caso de fuerza mayor (o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción)<sup>22</sup>. Sin embargo, el Real Decreto-ley

<sup>18</sup> En el presente trabajo el sustantivo masculino "socio" se emplea para designar la clase que corresponde a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos, y no solo para referirse a los individuos de ese sexo (*Gramática*, RAE, 2009).

<sup>19</sup> Para la organización, estos datos evidencian que el mantenimiento del empleo, incluso en condiciones tan extremas como las vividas, es una prioridad en las cooperativas de trabajo asociado. Véase, [https://www.coceta.coop/noticias/archivos/COCETA\\_Cooperativas\\_2020\\_12abr2021.pdf](https://www.coceta.coop/noticias/archivos/COCETA_Cooperativas_2020_12abr2021.pdf)

<sup>20</sup> Por ejemplo, según la Consellería de Economía Sostenible de la Generalitat Valenciana, el número de solicitudes de ERTE de fuerza mayor presentados por cooperativas ascendía, a fecha 2 de julio de 2020, a 300, lo que implicaba el 0,5 % del total de solicitudes presentadas (véase CHAVES ÁVILA, R., "Crisis del COVID-19", *cit.*, p. 40).

<sup>21</sup> Véase, <https://sepe.es/HomeSepe/COVID-19/medidas-COVID-19.html>. Se trata de las cooperativas en las que sus socios están en el Régimen General de la Seguridad Social y las que tengan socios en el Régimen de Autónomos si tienen trabajadores contratados.

<sup>22</sup> Así lo prevé el art. 85 LCoop y los preceptos concordantes de las leyes autonómicas.

9/2020, de 27 de marzo –primero– y la Ley 3/2021, de 12 de abril –después– han dispuesto, como medida extraordinaria (art. 4)<sup>23</sup>, que pueda el Consejo Rector asumir la competencia para aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de los socios cuando, por falta de medios adecuados o suficientes, la Asamblea General de las sociedades cooperativas no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales. En tal caso, el Consejo Rector emitirá también la certificación necesaria para tramitar la suspensión citada (en los términos de los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>24</sup>), certificación que, en otras condiciones, debería procurar la Asamblea general. Téngase en cuenta que el presupuesto básico para que la competencia pueda asumirla el Consejo Rector es la “falta de medios adecuados o suficientes” para la celebración virtual de Asamblea General, de modo que tal falta o insuficiencia de medios habrá de ser probada (y no sólo alegada) por el Consejo Rector para evitar tanto el riesgo de que la Autoridad laboral no autorice el ERTE como el de que cualquier socio pueda impugnar el acuerdo.

Se suscita en este marco una duda derivada del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de cooperativas, y no es otra que la planteada por la previsión en una ley estatal de una medida excepcional dirigida a las sociedades cooperativas y, en

consecuencia, la posibilidad de que la misma resulte aplicable a todas las cooperativas, con independencia de la ley a la que estén sometidas, o por el contrario sólo a las cooperativas que caen bajo el paraguas de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (arts. 2 y 3). Las interpretaciones al respecto pueden ser variadas<sup>25</sup>. Pero quizá la interpretación favorable al carácter general o universal de la medida venga de la mano del procedimiento específico aplicable para la tramitación, previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, que además, da nueva redacción al art. 4.4 del Real Decreto 1043/1985, de 19 de junio, en el que se exige que la cooperativa acompañe, entre otros documentos, “la Certificación literal del acuerdo de la asamblea general de la suspensión total y/o parcial, o cese definitivo, de la prestación de trabajo de los socios trabajadores”. Con respecto a este requisito, la propia Dirección General de Trabajo Autónomo, Economía Social y Responsabilidad Social de las Empresas del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ante la posibilidad de que la Asamblea general no pudiera reunirse presencialmente para alcanzar el acuerdo por la pandemia, recomendó que fuera el Consejo Rector quien emitiera el correspondiente Certificado, asumiendo la correspondiente responsabilidad respecto a los socios trabajadores que integran la Asamblea General<sup>26</sup>. Entendemos,

<sup>25</sup> En la Región de Murcia, por ejemplo, la medida excepcional se asume como solución propia, sin plantear dudas competenciales (véase el documento *Respuesta a las preguntas de las empresas de economía social de la Dirección General de Economía Social, trabajo Autónomo y Responsabilidad Social de las empresas*, en file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/162010-20200324%20GUIA%20Preguntas%20frecuentes%20Econom%C3%ADa%20Social.pdf).

<sup>26</sup> *Recomendación de la Dirección General de Trabajo Autónomo, Economía Social y Responsabilidad Social de las Empresas, en relación con la aplicación de los arts. 22 y 23 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 a la tramitación de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo (22-3-2020)*. Rescatado de <https://www.cooperativestrebball>.

<sup>23</sup> Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, derogado implícitamente por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

<sup>24</sup> El ERTE del art. 22 está previsto para los supuestos de fuerza mayor del COVID-19 (las actividades económicas), y el del art. 23 procede en los procedimientos de suspensión o reducción temporal de la jornada por causas productivas, técnicas y organizativas relacionadas con el COVID-19 en sectores económicos no citados en el art. 22.

por tanto, que la excepcionalidad de la medida ha de contemplarse no desde la perspectiva de la legislación cooperativa (y el problema de distribución competencial) sino desde su consideración como circunstancia procedimental y de seguridad social y, por tanto, extensible a todas las cooperativas que se encuentren en tal situación (con independencia de que estén sujetas a la ley estatal o la autonómica correspondiente).

Por otra parte, los socios trabajadores o de trabajo dados de alta en el Régimen de Autónomos de las cooperativas que vieran suspendidas sus actividades por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, o que vieran suspendida su facturación, con o sin suspensión de actividad, en un 75 %, han tenido abierta la posibilidad de pedir la prestación extraordinaria por cese de actividad con los mismos requisitos y en las mismas condiciones que el resto de autónomos, correspondiendo la gestión de la ayuda a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social<sup>27</sup>. La medida continúa abierta hasta el 30 de septiembre, según la previsión del Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.

Finalmente, a los socios trabajadores o de trabajo de las sociedades cooperativas no les afectó la medida consistente en el permiso retribuido recuperable que, con carácter obligatorio y limitado en el tiempo, se estableció, entre los días 30 de marzo y 9 de abril de 2020 (ambos incluidos), para el personal laboral por cuenta ajena que prestara servicios en empresas o entidades dedicadas a actividades no esenciales (RD Ley 10/2020, de 29 de marzo). La exclusión de los socios trabajadores y de trabajo de las cooperati-

vas de tal medida fue expresamente confirmada por la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y la Responsabilidad Social de las Empresas en su *Criterio Interpretativo 1-2020*, dictado el 1 de abril de 2020<sup>28</sup>, siguiendo la línea manifestada anteriormente en tal sentido por la Orden SND/307/2020, de 30 de marzo<sup>29</sup>.

La razón para tal exclusión estriba en la relación jurídica que vincula a los socios trabajadores y de trabajo con la cooperativa a la que pertenecen que, como es sabido, es societaria, según establece el art. 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y la variada normativa autonómica. En consecuencia, estos colectivos pudieron seguir desempeñando su actividad en la cooperativa sin más restricciones de movilidad que las recogidas en el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma.

Ahora bien, el centro Directivo reconocía que también sería ajustado a Derecho y al propio espíritu de protección de la salud pública y mantenimiento del empleo inherente a las sucesivas normas promulgadas con motivo de la situación derivada del COVID-19, la articulación por parte de las sociedades cooperativas (en el marco de su capacidad de autogestión) de medidas análogas a las contenidas para las personas trabajadoras por cuenta ajena en el citado Real Decreto-Ley 10/2020, pero referidas a la relación societaria de sus socios trabajadores y de trabajo.

<sup>28</sup> De hecho, el Real Decreto-Ley 10/2020 establece que es de aplicación a personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades de sector público o privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración del estado de alarma (art. 1). El criterio interpretativo puede verse en [https://www.cooperativestrebball.coop/sites/default/files/nota\\_interpretativa\\_dg-taesyse\\_real\\_decreto-ley\\_10-2020.pdf](https://www.cooperativestrebball.coop/sites/default/files/nota_interpretativa_dg-taesyse_real_decreto-ley_10-2020.pdf)

<sup>29</sup> Orden por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo.

[coop/sites/default/files/recomendacion\\_certificado\\_suspension\\_actividad.pdf](https://www.cooperativestrebball.coop/sites/default/files/recomendacion_certificado_suspension_actividad.pdf)

<sup>27</sup> El socio percibirá la prestación y, pese a o tener que abonar las cotizaciones, se entenderá que ha cotizado.



### 3. LAS MEDIDAS SOCIETARIAS EXCEPCIONALES: UN INESPERADO EFECTO “POSITIVO” DEL COVID-19

#### 3.1. Medidas para coadyuvar al funcionamiento de los órganos sociales de cooperativas y sociedades laborales

Dos de los aspectos más singulares de la crisis provocada por el estallido de la pandemia del COVID-19 tienen que ver con el despliegue de unas medidas de confinamiento sin apenas precedentes históricos en nuestro país para intentar controlar la expansión de la pandemia, así como con la drástica reducción de la movilidad de las personas. Ciertamente, como evidencian algunos informes, la mayor parte de la caída en la actividad económica desde el comienzo de la crisis sanitaria puede explicarse por las reducciones observadas en la movilidad<sup>30</sup>.

Desde el punto de vista societario, es innegable que las restricciones y reducciones de movilidad impuestas a la población repercuten de forma indirecta en el normal funcionamiento de los órganos sociales de cooperativas y sociedades laborales al impedir la asistencia de los socios a las asambleas o juntas generales y de los miembros del consejo rector o de administración a sus sesiones. Obviamente, el problema apuntado no es exclusivo de las entidades de economía social en particular sino, en general, de las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas de derecho privado.

A esta situación quiso dar respuesta el art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de

marzo, modificado hasta en cinco ocasiones<sup>31</sup>, en el que se diseñaron diversas medidas cuya pretensión era coadyuvar al funcionamiento de los órganos sociales de las personas jurídicas de derecho privado (a efectos del presente trabajo, cooperativas y sociedades laborales) entre otras cuestiones.

Una de ellas, la medida contenida en los apartados 1 y 2 del precepto citado, concedía facilidades para la celebración de asambleas o juntas generales de socios o sesiones de consejos rectores o de administración de forma telemática o no presencial durante el estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020. Pero, además, ante la persistencia de la situación de crisis sanitaria y las restricciones a la movilidad, el art. 3 del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre<sup>32</sup>, vino a dar continuidad a las primeras previsiones reseñadas disponiendo otras similares en su esencia para su aplicación durante el ejercicio 2021. Este precepto sufriría dos modificaciones significativas y necesarias en muy breve espacio de tiempo (en 4 meses) al haber “olvidado” el legislador la inclusión de aspectos contenidos en el art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Gracias a la primera reforma se introdujo en el precepto su actual apartado 4 (por la Disposición final séptima del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero<sup>33</sup>) relativo a las sesiones por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple del órgano de administración<sup>34</sup>. Merced a la segunda, se

<sup>31</sup> La primera modificación se hace por la DF 1.13 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo y afecta a diversos apartados. Más tarde, los apartados 3 y 5 se modifican por la DF 8.3 y 4 del RD-ley 19/2020, de 26 de mayo; los apartados 1 y 2 se modifican por la DF 4.1 del RD-ley 21/2020, de 9 de junio; el apartado 8 se modifica por la DF 4.3 del RD-ley 25/2020, de 3 de julio; de nuevo los apartados 1 y 2 se modifican por la DF 4.1 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo.

<sup>32</sup> Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria.

<sup>33</sup> Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

<sup>34</sup> Este “olvido” del legislador supuso que desde el 1 de enero de 2021 no fuera posible, sin previsión estatutaria al respecto, celebrar sesiones de los órganos de administración por

<sup>30</sup> GHIRELLI, C./GIL, M./HURTADO, S./URTASUN, A., “Relación entre las medidas de contención de la pandemia, la movilidad y la actividad económica”, *Banco de España, Documentos ocasionales*, nº 2109, 2021, 24 páginas. En el estudio se evidencia que en las fases iniciales de la pandemia la reducción de la movilidad fue superior a la que se desprendería de las restricciones aprobadas (una suerte de reducción de la movilidad de carácter voluntario). Sin embargo, tras la desescalada, el comportamiento de la movilidad se ajustó más al explicado por las medidas de contención en vigor.

modificó la letra a) de su apartado 1 (por la Disposición final octava del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo<sup>35</sup>) relativo a asistencia por medios telemáticos y voto a distancia, así como junta por vía exclusivamente telemática para sociedades anónimas<sup>36</sup>.

Pese a lo que pudiera parecer, no es fácil hacer un seguimiento lineal del contenido de las normas citadas pues, tal y como viene siendo característico de la legislación para la pandemia, pecan aquéllas de incongruencia y volatilidad<sup>37</sup>. Muestra manifiesta de la afirmación que se acaba de realizar, es la Ley 2/2021, de 29 de marzo<sup>38</sup> que (según declara), por una parte modifica los apartados 1 y 2 del art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020 (DF4.1), cuando en realidad se limita a reproducir lo que ya dispuso el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio (DF4.1), provocando este dato, además, el sinsentido de que las medidas que [supuestamente] modifica se extinguieron a 31 de diciembre de 2020. Y por otra parte, porque dice incorporar al Real Decreto-ley 8/2020 un contenido (el de la DF4.3) que no asigna a precepto concreto y que [resulta] estaba ya vigente en el art. 3 del Real Decreto-ley 34/2020 (tras sus modificaciones por los Reales Decretos-ley 2/2021 y 5/2021). En definitiva, todo un desatino.

videoconferencia ni la adopción de acuerdos en su seno por escrito y sin sesión. La posibilidad volvió a abrirse el día 26 de enero de 2021, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero.

<sup>35</sup> Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19.

<sup>36</sup> La nueva redacción del precepto ha sido objeto de una aclaración a través de un *Comunicado Conjunto del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, de fecha 18-3-2021. Puede verse en El <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7Bfe0c2948-c941-4863-bf32-cb27b78a1165%7D>.

<sup>37</sup> Crítica que realiza GARCÍA VALDECASAS, J.A., "Derecho líquido y derecho volátil: la regulación de las juntas telemáticas en el RDley 34/2020", *Notarios y Registradores*, 8-4-2021, pp. 1-13, <https://www.notariosregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/regulacion-juntas-telematicas-rdley-34-2020/>

<sup>38</sup> Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Analizaremos el régimen excepcional vigente en la actualidad (desde el 13 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2021), con las indicaciones o referencias que en su caso procedan al régimen que estuvo vigente desde el 17 de marzo de 2020 el 31 de diciembre de 2020.

### 3.1.1. Régimen excepcional para los órganos de la sociedad cooperativa

#### A. Régimen excepcional para la asamblea general

Excepcionalmente, y aunque los estatutos no lo tengan previsto, durante todo el año 2021 las asambleas generales de las sociedades cooperativas *podrán celebrarse* por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple<sup>39</sup>. Para ello es imprescindible, por una parte que todas las personas con derecho de asistencia o quienes las representen dispongan de los medios necesarios<sup>40</sup>; y por otra que, el secretario del órgano reconozca la identidad de tales personas, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico<sup>41</sup> (art. 3.2 RDley 34/2020 y DF4.1 Ley 2/2021). La medida es continuista con respecto a la línea marcada por el art. 40.1.2º del Real Decreto-ley 8/2020 desde el 17 de marzo al 31 de diciembre de 2020 (con sus modificaciones).

Lo que no se contempla en la norma es la posibilidad de que los acuerdos se adopten *mediante votación por escrito y sin sesión asamblearia* (por ejemplo, mediante correo

<sup>39</sup> La redacción originaria de la medida se refería a "videoconferencia que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto" (art. 40.1 Real Decreto-ley 8/2020 en su primera versión).

<sup>40</sup> La pregunta en este punto es quién ha de proveer a los socios (o quienes les representen) de tales medios necesarios, si se trata de una diligencia exigible al socio o a la propia cooperativa, como garante de los derechos políticos de los socios.

<sup>41</sup> Sobre el acta de la asamblea, véase art. 29 LCoop, cuyo contenido habrá de adaptarse a la modalidad telemática de celebración.

electrónico sucesivamente transmitido a todos los socios). La omisión no parece acertada, por una parte porque no se ajusta al ánimo del legislador de facilitar la celebración de las asambleas y juntas de socios (ánimo que presumimos)<sup>42</sup>, y por otra porque todavía son muchas las sociedades cooperativas –y los socios– que carecen de los medios necesarios para celebrar asambleas a través de los sistemas dichos (videoconferencia o conferencia telefónica múltiple).

Ciertamente, la admisibilidad de la adopción de acuerdos por la asamblea general por escrito y sin sesión en el marco de las sociedades cooperativas de elevado número de socios y/o afectados por la brecha digital, en especial en el sector agrario, solucionaría problemas a estas entidades. Muchas de ellas no han podido celebrar asambleas presenciales al haberse visto afectadas por concretas medidas de restricción de movilidad y/o de exigencia de distancia física mínima interpersonal que dificultan o impiden la concentración numerosa de personas en un mismo lugar, según Comunidad Autónoma, provincia o municipio, y tampoco virtuales, por carecer los socios de los medios técnicos necesarios. Y dicha realidad está imposibilitando la aprobación de cuentas, la renovación de cargos, etc<sup>43</sup>. Veremos a continuación cómo este sistema se admite, en cambio, expresamente para el caso del consejo rector de las cooperativas<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Críticamente sobre esta omisión, FARRANDO MIGUEL, I., "La rectificación del art. 40 RD-L 8/2020 en materia de medidas extraordinarias aplicables a las sociedades de capital (II)", *Almacén de Derecho*, 2-4-2020, rescatado de <https://almacenederecho.org/la-rectificacion-del-art-40-rd-l-82020-en-materia-de-medidas-extraordinarias-aplicables-a-las-sociedades-de-capital-ii>

<sup>43</sup> Ante la imposibilidad de celebrar la Asamblea general ordinaria por estos medios y tampoco de forma presencial, porque la crisis sanitaria así lo impidiera, surge la duda de si el plazo para su celebración quedaría suspendido, reanudándose después.

<sup>44</sup> Sobre esta cuestión, véase la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 19-11-2020 (BOE 7-12-2020).

## B. Régimen excepcional para el consejo rector

Las sesiones del consejo rector de las sociedades cooperativas también *podrán celebrarse* por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple durante el año 2021, excepcionalmente, aunque los estatutos no lo hubieran previsto, y se entenderán celebradas en el domicilio social. Para ello todos los miembros del consejo rector han de disponer de los medios necesarios y el secretario del consejo ha de reconocer la identidad de los consejeros, expresándolo así en el acta<sup>45</sup>, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes<sup>46</sup> (art. 3.4.1º RD Ley 34/2020 –introducido por el Real Decreto-ley 2/2021– y DF4.3 Ley 2/2021). La medida sigue el criterio del art. 40.1.1º del Real Decreto-ley 8/2020 desde el 17 de marzo al 31 de diciembre de 2020 (con sus modificaciones).

Los acuerdos del consejo rector de las sociedades cooperativas también *podrán adoptarse* mediante votación por escrito y sin sesión, aunque los estatutos no lo hubieran previsto, siempre que lo decida el presidente. Además, la norma dispone que los acuerdos *deberán adoptarse* de esa forma cuando lo soliciten, al menos, dos de los miembros del consejo rector<sup>47</sup>. En cualquier caso, la sesión se entenderá celebrada en el domicilio social. A estos acuerdos les será de aplicación lo establecido en el art. 100 del Reglamento del Registro Mercantil "*aunque no se trate de sociedades mercantiles*", tal y como dispone la norma (art. 3.4.2º RD Ley 34/2020 –introducido por el Real Decreto-ley 2/2021– y DF4.3 Ley 2/2021). La medida sigue el criterio del art. 40.2 del Real Decreto-ley 8/2020 desde el

<sup>45</sup> Sobre el acta del consejo, véase art. 36.5 LCoop, cuyo contenido habrá de adaptarse a la modalidad telemática de celebración.

<sup>46</sup> La medida será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas la cooperativa.

<sup>47</sup> Ambas reglas sirven para las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas.

17 de marzo al 31 de diciembre de 2020 (con sus modificaciones).

Conforme al art. 100 RRM –adaptándolo al marco cooperativo– en el caso de los acuerdos del consejo rector adoptados por escrito y sin sesión, las personas con facultad de certificar expresarán en el acta que ningún miembro del consejo se ha opuesto a este procedimiento y dejarán constancia de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los consejeros, el sistema seguido para formar la voluntad del consejo y el voto emitido por cada consejero. En este caso, se considerará que los acuerdos han sido adoptados en la fecha de recepción del último de los votos emitidos (que deberá remitirse en 10 días desde la petición de voto).

### 3.1.2. Régimen excepcional para los órganos de las sociedades laborales

#### A. Régimen especial para la junta general o junta de socios

Excepcionalmente, durante el año 2021, a las sociedades laborales se les aplicarán las siguientes medidas:

a) En el caso de las sociedades anónimas laborales, aunque no exista previsión estatutaria al respecto, el consejo de administración *podrá* prever en la convocatoria de la junta general la asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia en los términos previstos en los arts. 182 y 189 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio<sup>48</sup>, así como la celebración de la junta en cualquier lugar del territorio nacional. Además, el órgano de administración *podrá* acordar en el anuncio de convocatoria la celebración de la junta por vía

<sup>48</sup> La redacción del art. 182 LSC sobre "asistencia telemática" ha sido modificada por el art. 3.1 de la Ley 5/2021, de 12 de abril (por la que se modifica el TRLSC y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas), y el art. 3.2 de la misma norma ha añadido un art. 182.bis LSC dedicado a la "Junta exclusivamente telemática", aplicable tanto a sociedades anónimas como limitadas.

exclusivamente telemática, esto es, sin asistencia física de los socios o de sus representantes. Esta medida será posible siempre que se acompañe de garantías razonables para asegurar la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto y se ofrezca la posibilidad de participar en la reunión por todas y cada una de estas vías: (i) asistencia telemática; (ii) representación conferida al Presidente de la Junta por medios de comunicación a distancia y (iii) voto anticipado a través de medios de comunicación a distancia<sup>49</sup>. Los administradores podrán asistir a la reunión, que se considerará celebrada en el domicilio social con independencia de donde se halle el Presidente de la Junta, por audioconferencia o videoconferencia (art. 3.1.a) Real Decreto-ley 34/2020).

b) También en el caso de las sociedades limitadas laborales la junta de socios se *podrá celebrar* por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, aunque los estatutos no lo hubieran previsto, siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico (art. 3.1.b) Real Decreto-ley 34/2020).

Se ha de advertir que este régimen excepcional convive desde el 3 de mayo de 2021 (fecha de la entrada en vigor de la Ley 5/2021, de 12 de abril) con un nuevo régimen diseñado para todas las sociedades de capital en materia de asistencia telemática a las juntas generales (reforma del art. 182 LSC) y de celebración de juntas exclusivamente telemáticas

<sup>49</sup> Según la aclaración contenida en el *Comunicado Conjunto del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, de fecha 18-3-2021 (*cit*), "en la medida en que existen sociedades que tenían convocadas juntas generales previendo la posibilidad de celebración de forma exclusivamente telemática como consecuencia de la situación derivada del COVID-19, y en función de la evolución de la misma, dicha posibilidad deberá concretarse, (...), mediante anuncio complementario con al menos cinco días de antelación a la fecha fijada para la reunión.

(nuevo art. 182.bis LSC). Sobre este régimen se volverá *infra*.

## B. Régimen excepcional para el órgano de administración

Excepcionalmente durante el año 2021, aunque los estatutos no lo hubieran previsto, las sesiones del órgano de administración de las sociedades anónimas y limitadas laborales, *podrán* celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, entendiéndose celebradas en el domicilio social. Para ello, todos los miembros del órgano han de disponer de los medios necesarios y el secretario del órgano ha de reconocer su identidad, expresándolo así en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes<sup>50</sup> (art. 3.4.1º RD Ley 34/2020).

Con la misma excepcionalidad, y sin necesidad de previsión estatutaria, los acuerdos de los órganos de administración de las sociedades anónimas y limitadas laborales, *podrán adoptarse* mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y *deberán* adoptarse así cuando lo soliciten, al menos, dos de los miembros del órgano<sup>51</sup>. La sesión se entenderá celebrada en el domicilio social<sup>52</sup>. Será de aplicación a todos estos acuerdos lo establecido en el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil (art. 3.4.2º RD Ley 34/2020).

<sup>50</sup> La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas.

<sup>51</sup> La misma regla será de aplicación a las comisiones delegadas y a las demás comisiones obligatorias o voluntarias que tuviera constituidas.

<sup>52</sup> Este mecanismo ya está contemplado para las sociedades anónimas en el art. 248.2 LSC ("*En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento*"). La nota diferenciadora del régimen previsto para 2021 es que la decisión ha de partir del presidente del consejo de administración o, en su caso, venir provocada por la solicitud de al menos dos de los miembros del consejo (con independencia de los cargos que ocupen en él), supuesto éste en que el mecanismo deviene obligatorio.

Conforme al art. 100 RRM, el secretario dejará constancia en acta de los acuerdos adoptados, expresando el nombre de los administradores, y el sistema seguido para formar la voluntad del órgano, con indicación del voto emitido por cada uno de ellos. En este caso, se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos. Si se tratare de acuerdos adoptados por escrito y sin sesión, se expresará, además, que ningún miembro se ha opuesto a este procedimiento. Salvo disposición contraria de la escritura social, el voto por correo deberá remitirse dentro del plazo de diez días a contar desde la fecha en que se reciba la solicitud de emisión del voto, careciendo de valor en caso contrario.

### 3.1.3. Sobre la oportunidad de que la medida excepcional se convierta en regla

La regulación societaria improvisada por el legislador estatal en el marco de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 se ha orientado, como hemos visto, hacia la digitalización y la búsqueda de soluciones tecnológicas. La experiencia resultante de la puesta en práctica de las medidas excepcionales ha subrayado la utilidad del recurso a la tecnología para la agilización del funcionamiento de las cooperativas y sociedades laborales y para el mantenimiento de su actividad orgánica, sin que los derechos políticos de los socios se hayan visto afectados de manera negativa<sup>53</sup>.

Las previsiones de política legislativa para tiempos de "normalidad", entonces, deberían

<sup>53</sup> Como afirma HERNANDO CEBRIÁ, L. (Asistencia telemática, juntas generales exclusivamente telemáticas y juntas virtuales", *Commenda digital*, 7-5-2021, pp. 1-6, p. 3), "el recurso a medios electrónicos, telemáticos y electrónicos para el funcionamiento de los órganos sociales ha devenido, con motivo de la situación generada por la epidemia sanitaria, una "condición de necesidad" para el mantenimiento de la actividad organizativa de las sociedades y de otras personas jurídicas". Puede verse en <https://www.commenda.es/commenda-digital/asistencia-telematica-juntas-generales-exclusivamente-telematicas-y-juntas-virtuales/>



tender a la consolidación del uso de las nuevas tecnologías en la organización y en el funcionamiento de los órganos de cooperativas y sociedades laborales (y otras entidades de economía social). Ahora bien, no es preciso esperar a que el legislador tome la iniciativa e incorpore a las normas reguladoras de las distintas formas sociales estas previsiones pues tales medidas podrían incorporarse sin problema a los estatutos sociales.

El legislador de sociedades de capital ha dado un primer paso en este sentido. La Ley 5/2021, de 12 de abril<sup>54</sup> ha ampliado la posibilidad de asistencia telemática a las juntas generales a todas las sociedades de capital –y no sólo a las anónimas– en el art. 182 LSC, y ha admitido, también para todas las sociedades de capital, las juntas exclusivamente telemáticas, cuyo régimen se añade en un nuevo artículo 182.bis LSC<sup>55</sup>. De estas medidas se benefician, lógicamente, las sociedades laborales<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y que trae causa de las medidas armonizadoras para el fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

<sup>55</sup> Para las sociedades cotizadas la reforma se refleja en el art. 521.3 LSC. Para la junta general exclusivamente telemática exige, de una parte, el reconocimiento de la delegación o el ejercicio anticipado del voto, y de otra, la redacción de acta notarial. Si con la primera de estas medidas, se busca maximizar las posibilidades de participación de los accionistas en la reunión, para el caso en el que no asistan telemáticamente, mediante la segunda, el legislador trata de ofrecer a los accionistas un medio más garantista de sus derechos (HERNANDO CEBRIÁ, L., "Asistencia telemática, juntas generales exclusivamente telemáticas y juntas virtuales", *cit.*, p. 5).

<sup>56</sup> La regulación que contiene el art. 182.bis LSC está pensada para la sociedad anónima, extendiendo luego en el número 7 del precepto las previsiones a la sociedad limitada. Lo cual puede plantear problemas como, por ejemplo, en cuanto a cómo computar la mayoría precisa para la modificación estatutaria que autorice la convocatoria de juntas exclusivamente telemáticas, pues el número 2 del art. 182.bis se refiere a "*socios que representen al menos dos tercios del capital presente o representado en la reunión*". Sobre las posibles interpretaciones y sus problemas, MARTÍN MARTÍN, A.J., "Junta de Sociedad Limitada exclusivamente telemática", *Notarios y Registradores*, 4-5-2021, pp. 1-8, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/junta-sociedad-limitada-telematica/>.

a) Así, para el supuesto de que los estatutos prevean la posibilidad de *asistencia a la junta por medios telemáticos*<sup>57</sup>, en la convocatoria, se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los socios que los administradores han previsto para permitir el adecuado desarrollo de la junta. En particular, podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la junta. Las respuestas a los socios o sus representantes que, asistiendo telemáticamente, ejerciten su derecho de información durante la junta se producirán durante la propia reunión o por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la junta<sup>58</sup>. Los administradores tendrán que velar porque los medios que se utilicen garantizan debidamente la identidad del sujeto.

b) Por su parte, para las *juntas exclusivamente telemáticas*, se establecen ciertas cautelas relacionadas con la necesidad de procurar a los socios herramientas digitales. Entre ellas, la utilización de medios de comunicación a distancia apropiados que permitan a los asistentes ejercitar en tiempo real sus derechos de palabra, información, propuesta y voto, así como seguir las intervenciones del resto de asistentes. A tal efecto, se autoriza la utilización de audio o video, que en su caso puedan ser complementados con mensajes escritos durante el transcurso de la junta a través de "chats". Se trata, en definitiva, de asegurar la interacción entre los miembros de la Junta, a fin de equiparar el desarrollo de la

<sup>57</sup> Se ha criticado esta opción de política jurídica, por entender más razonable que las juntas telemáticas se hubieran establecido como norma y no como excepción, evitando así la necesidad de modificar estatutos para admitirlas. Tal modificación debería realizarse, por el contrario, para excluir su aplicación (GARCÍA VALDECASAS, J.A., ¿Hacia Juntas Generales totalmente telemáticas?, *Notarios y Registradores*, 10-3-2021, pp. 1-17, p. 6, <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/juntas-generales-telematicas/>).

<sup>58</sup> No sólo se admite el voto a distancia sino también la asistencia telemática, en cuyo caso el voto se producirá en la misma junta.



reunión a través de los medios tecnológicos al seguido en las juntas presenciales<sup>59</sup>.

Cabe afirmar que la incorporación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos de comunicación ofrece nuevas opciones para la mejora del funcionamiento de los órganos sociales en las cooperativas y sociedades laborales siempre que se respete el principio de igualdad en el trato a los socios. Incluso sin necesidad de previsión estatutaria, pues esta exigencia puede resultar especialmente rígida cuando la asistencia telemática sea aceptada por todos los miembros del órgano de que se trate o, al menos, cuando ninguno manifieste su oposición con la antelación suficiente para que deba procederse a una reunión presencial<sup>60</sup>. El proceso de digitalización de las sociedades es ya una realidad.

### 3.2. Flexibilización de requisitos para la calificación laboral de las sociedades laborales

El Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril<sup>61</sup>, tras manifestar en su preámbulo el convencimiento de que las sociedades laborales son instituciones clave para la economía social y la generación de empleo, flexibiliza de forma temporal y extraordinaria algunos de los requisitos que permiten a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada obtener (y mantener) la calificación de sociedad laboral

En concreto, el art. 14, procede a prorrogar por 12 meses, el plazo de 36 meses contemplado en el art. 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, para alcanzar el límite previsto en dicha letra, esto es, que ningún socio sea titular de accio-

nes o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social<sup>62</sup>, o lo que es lo mismo, el plazo para la incorporación de un tercer socio en las *sociedades laborales* constituidas con dos personas.

Esta prórroga de 12 meses sólo resultaba aplicable a las sociedades laborales constituidas durante el año 2017, para las cuales venía en 2021 el plazo de 36 meses referido. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo<sup>63</sup>, ha procedido a prorrogar 24 meses más este plazo y lo ha hecho extensible a las sociedades laborales constituidas durante 2017, 2018 y 2019 (art. 11).

El objetivo de las prórrogas indicadas no es otro que apoyar las iniciativas empresariales articuladas a través de sociedades laborales, extendiendo en el tiempo la posibilidad de mantener tal calificación con sólo dos socios y evitando así las consecuencias que comportaría la descalificación de las que no hayan podido adaptarse a los límites legales en el plazo máximo por causa de la pandemia.

### 3.3. Aplazamientos relativos a las cuentas anuales

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en su artículo 40, vino a alterar de forma

<sup>62</sup> Art. 1.2.b) LSLyPP: "Podrán obtener la calificación de "sociedad laboral" las SA o SRL que cumplan los siguientes requisitos: b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que: i) La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado. ii) Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social."

<sup>63</sup> Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

<sup>59</sup> HERNANDO CEBRIÁ, L., "Asistencia telemática, juntas generales exclusivamente telemáticas y juntas virtuales", *cit.*, p. 4; GARCÍA VALDECASAS, J.A., ¿Hacia Juntas Generales totalmente telemáticas?, *cit.*, p. 8.

<sup>60</sup> HERNANDO CEBRIÁ, L., "Asistencia telemática, juntas generales exclusivamente telemáticas y juntas virtuales", *cit.*, p. 6.

<sup>61</sup> Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgente complementarias para apoyar la economía y el empleo.

temporal determinados aspectos del régimen legal de formulación, verificación y aprobación de las cuentas anuales de las sociedades (apartados 3 a 6.bis)<sup>64</sup>.

La obligación de formular las cuentas anuales en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social (y, cuando fuere legalmente exigible, el informe de gestión y demás documentos exigibles según la legislación de sociedades) quedó suspendida hasta el 1 de junio de 2020, y se reanudó de nuevo por otros tres meses a contar de esa fecha (hasta el 1 de septiembre de 2020). Nada impedía, sin embargo, la formulación de las cuentas durante el estado de alarma.

La verificación contable también podía realizarse dentro del plazo legalmente previsto o, acogiéndose a la prórroga derivada del estado de alarma, dos meses después de finalizar dicho estado. Para el caso de que las cuentas del ejercicio 2019 se hubieran formulado a la fecha de declaración del estado de alarma o durante su vigencia, el plazo para la verificación –tanto si la auditoría fuera obligatoria como voluntaria– se entendía prorrogado por dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma.

En cuanto a la aprobación de las cuentas del ejercicio 2019, la junta general ordinaria se debía reunir (necesariamente) dentro de los dos meses siguientes la finalización del plazo para formular las cuentas anuales. Las normas excepcionales también contemplaban otras situaciones, como que la convocatoria de la junta general se hubiera publicado antes de la declaración del estado de alarma pero el día de celebración fuera posterior a esa declaración, o las cuestiones relacionadas con la

sustitución o retirada de la propuesta de aplicación del resultado<sup>65</sup>.

Hay que advertir, en cualquier caso, que la alteración del ciclo contable no supuso una modificación de la regla de duración anual del ejercicio contable, por lo que el ejercicio 2019 se entendió cerrado –en el supuesto de cierre contable ordinario a falta de pacto estatutario en contra– el 31 de diciembre de 2019, comenzando el siguiente ejercicio –en cómputo ordinario– el 1 de enero de 2020 (y terminando el 31 de diciembre)<sup>66</sup>.

#### 4. MEDIDAS EXCEPCIONALES FAVORABLES PARA LA SOLVENCIA DE COOPERATIVAS Y SOCIEDADES LABORALES

##### 4.1. Medidas excepcionales relativas a los derechos de separación y baja de los socios

Los apartados 8 y 9 del art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispusieron medidas excepcionales relacionadas con el derecho de separación del socio en las sociedades de capital y con la baja del socio en las sociedades cooperativas.

En el primer caso (art. 40.8), aunque concurriese causa legal o estatutaria, los socios de las sociedades de capital no podían ejercitar el derecho de separación hasta que finalizara el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acordaran. Se trataba del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que finalizó –tras seis prórrogas– el 21 de junio de 2020<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Ni el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria ni la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, han previsto más aplazamientos en esta materia.

<sup>65</sup> Sobre la reforma del art. 40 del Real Decreto-ley en materia de formulación y verificación de las cuentas anuales, FARRANDO MIGUEL, I., "La rectificación del art. 40 RD-L 8/2020", *cit.*

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El desplazamiento del ciclo contable como consecuencia de la pandemia", *La Ley Mercantil*, nº 70, junio 2020.

<sup>67</sup> Prórrogas aprobadas por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesiones de 25 de marzo, 9 de abril, 22 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo y 3 de junio de 2020.

Las situaciones podían ser diversas: a) que la causa de separación fuese anterior al estado de alarma y hubiera transcurrido parcialmente el plazo para su ejercicio, en cuyo caso una vez superado el estado de alarma se reanudaría el plazo por el tiempo restante; b) que la causa de separación concudiese una vez declarado el estado de alarma, comenzando entonces el plazo para el ejercicio del derecho de separación una vez finalizado aquél (aunque la causa se hubiera producido entre los días 14 y 17 de marzo de 2020, fechas de declaración del estado de alarma y de entrada en vigor de la norma que prohibía el ejercicio del derecho de separación, respectivamente).

El objetivo de esta medida parece tener que ver con la pretensión de demorar el estrés financiero que comporta para la sociedad el pago al socio de la cuota de separación<sup>68</sup>. Y la misma razón subyace en la suspensión del derecho de separación previsto en los apartados 1 y 4 del art. 348.bis LSC, hasta el 31 de diciembre de 2020, dispuesta también por el art. 40.8 del Real Decreto-ley 8/2020, que responde al intento de no agravar la posible situación financiera de muchas sociedades que se produciría si no pudieran retener el dividendo.

La finalidad indicada se corrobora en el apartado 9 del art. 40 del real Decreto-ley 8/2020, cuando dispone que "(e)l reintegro de las aportaciones a los socios cooperativos que causen baja durante la vigencia del estado de alarma queda prorrogado hasta que transcurran seis meses a contar desde que finalice el estado de alarma". Se entiende que se refie-

<sup>68</sup> Así, FARRANDO MIGUEL, I., "La rectificación del art. 40 RD-L 8/2020", *cit.* Sobre el derecho de separación en las sociedades laborales, ALFONSO SÁNCHEZ, R., "Causas de separación de socios en las sociedades laborales: entre la Ley de sociedades de capital y la de sociedades laborales y participadas", AA.VV., *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329-354; *idem*, "Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral", AA.VV., *El régimen jurídico de las Sociedades Laborales* (Dir. ANDREU MARTÍ), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 135-183.

re al plazo de reembolso de las aportaciones de los socios que causen baja por cualquier motivo (voluntaria u obligatoria, justificada o no justificada), pero, a nuestro juicio, no se extiende al resto de partidas que integran la cuota del socio que causa baja en la cooperativa<sup>69</sup>. La razón de este diferente tratamiento estriba en el hecho de que mientras que para las aportaciones la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas establece un plazo para el reembolso en beneficio de la cooperativa deudora (art. 51.5)<sup>70</sup> cuya finalidad es evitar su descapitalización si tuviera que proceder a su inmediato reintegro –aunque deba abonarse anualmente al menos una quinta parte de la cantidad a reembolsar y la demora conceda al socio el derecho a percibir un interés (art. 51.4)<sup>71</sup>–, por el contrario nada se indica para el resto de partidas de la cuota del socio. Esto hace que puedan ser reivindicadas por el socio en cualquier momento a partir de la baja sin que la cooperativa pueda demorar el pago, salvo pacto válido y anterior al respectivo<sup>72</sup>.

Por otra parte, cabe observar que el art. 40.9 del Real Decreto-ley 8/2020 se refiere al "reintegro de las aportaciones a los cooperativistas

<sup>69</sup> No se extendería pues, a la parte proporcional que correspondiera al socio en los fondos de reserva repartibles, los intereses devengados por las aportaciones y retorno cooperativo no satisfecho que, a nuestro juicio, integran junto con las aportaciones sociales la cuota de reembolso del socio. Sobre este temario, con detalle ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La transformación de la sociedad cooperativa*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, pp. 161-182.

<sup>70</sup> Art. 51.5 LCoop: "El plazo para hacer efectivo el reembolso no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la baja. En caso de fallecimiento del socio, el plazo de reembolso a los causahabientes no podrá ser superior a un año desde que el hecho causante se ponga en conocimiento de la cooperativa. Para las aportaciones previstas en el artículo 45.1.b) los plazos señalados en el párrafo anterior se computarán a partir de la fecha en la que el Consejo Rector acuerde el reembolso".

<sup>71</sup> Art. 51.4 LCoop: "Una vez acordada por el Consejo Rector la cuantía del reembolso de las aportaciones, ésta no será susceptible de actualización, pero dará derecho a percibir el interés legal del dinero, que deberá abonarse anualmente junto con, al menos, una quinta parte de la cantidad a reembolsar".

<sup>72</sup> O salvo que la naturaleza de la posición activa del socio aconseje una solución distinta. Al respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La transformación*, *cit.*, pp. 189-190,

que causen baja”, sin mencionar a los que tengan derecho de separación por concurrir alguna de las causas legalmente previstas<sup>73</sup>. Entendemos, sin embargo, que el supuesto quedaría también incluido en la medida excepcional comentada, fundamentalmente por la calificación de “baja justificada” que la legislación cooperativa confiere a este derecho de separación (cfr., arts. 11.3 y 65.2 LCoop).

#### 4.2. Uso del Fondo de Promoción y Educación de las Cooperativas

De notable importancia para las sociedades cooperativas ha sido la medida excepcional que permite flexibilizar de forma temporal el uso del Fondo de Educación y Promoción de las Cooperativas con la finalidad de paliar los efectos del COVID-19, introducida por el art. 13 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril<sup>74</sup>, y mantenida en el art. 12 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo<sup>75</sup>, de modo que estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2021<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Derecho de separación que asiste al socio en caso de cambio de clase de cooperativa (art. 11.3 LCoop) ante un acuerdo que implique para el socio la asunción de obligaciones o cargas gravemente onerosas no previstas en los estatutos (art. 17.4 LCoop), por fusión, escisión o transformación (arts. 65, 68.5 y 69.2 LCoop) así como en caso de conversión de cooperativa de segundo grado en primaria (art. 77.5.2º LCoop). Sobre la diferencia entre baja y derecho de separación, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La transformación*, cit., pp. 111-121; SÁNCHEZ RUIZ, M., “Pérdida de la condición de socio”, AA.VV., *Régimen jurídico de las sociedades cooperativas catalanas (Adaptado a la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña)*, Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, Ed. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 119-140, pp. 119-129.

<sup>74</sup> Reconoce la norma que dicho Fondo desempeña un papel clave en la formación y educación de los socios, en la difusión de cooperativismo, así como en la promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local y de la comunidad en general.

<sup>75</sup> Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. El art. 12 del Real Decreto-ley 8/2021 mantiene y extiende en el tiempo esta medida extraordinaria, aunque derogando el art. 13 de 2020 (cfr., Disposición derogatoria única 2.b).

<sup>76</sup> La medida ha sido también articulada por los legisladores autonómicos de cooperativas. V.gr., Decreto-ley 10/2020,

La excepcionalidad radica en la posibilidad de utilizar el Fondo de Educación y Promoción (FEP) de las cooperativas de forma total o parcial<sup>77</sup>. Así:

a) Se puede utilizar como recurso financiero, para dotar de liquidez a la cooperativa en caso de necesitarlo para su funcionamiento. El montante del FEP destinado a esta finalidad deberá ser restituido por la cooperativa con, al menos, el 30 % de los resultados de libre disposición que se generen cada año, hasta que alcance el importe que tenía en el momento de decidir su aplicación excepcional y en un plazo máximo de 10 años.

b) Se puede destinar a cualquier actividad que pueda ayudar a frenar la crisis sanitaria o a paliar sus efectos, bien mediante acciones propias o bien mediante donaciones a otras entidades, públicas o privadas.

A esta finalidad, el Consejo Rector puede asumir excepcionalmente (y hasta el 31-12-2021) la competencia para aprobar la aplicación del FEP prevista cuando por falta de medios adecuados o suficientes la Asamblea

de 29 de abril, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba la flexibilización temporal del destino del Fondo de Formación y Sostenibilidad de las cooperativas andaluzas; Decreto-Ley 6/2020, de 11 de junio, de modificación de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia, que adiciona una disposición transitoria cuarta para incluir la “Medida extraordinaria para flexibilizar de forma temporal el uso del Fondo de Formación y Promoción de las cooperativas con la finalidad de paliar los efectos del COVID-19”; Ley 5/2020, de 24 de julio, de Medidas Urgentes para la Declaración de Proyectos Prioritarios en Castilla-La Mancha, que en la Disposición adicional tercera incluye la “Medida extraordinaria para flexibilizar de forma temporal el uso del Fondo de Promoción y Formación de las cooperativas con la finalidad de paliar los efectos del COVID-19”. En el ámbito del País Vasco, sin embargo, el Informe de 26-5-2020, del Viceconsejero de Trabajo y Seguridad Social, considera directamente aplicable lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 13 del RD Ley 15/2020, a las cooperativas que se rigen por lo dispuesto en la Ley 11/2019, de Cooperativas del País Vasco.

<sup>77</sup> Sobre este fondo, véase CUBEDO, M./POLO, F./SERVER, R.J., “El Fondo de Educación, Formación y Promoción (FEFP)”. Documentos AECA – Serie Contabilidad de Cooperativas. Documento nº 2, 2010.

General no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales.

Por último, el FEP que haya sido aplicado según lo indicado, no tendrá la consideración de ingreso para la cooperativa y ésta no perderá este motivo la condición de fiscalmente protegida<sup>78</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La pandemia de enfermedad por coronavirus ha provocado una crisis sanitaria y económica de volumen y alcance mundial cuyos efectos aún se tardarán años en poder valorar. Los países de la comunidad internacional tuvieron que reaccionar y buscar soluciones sanitarias, económicas y sociales para hacer frente a una situación excepcional y tuvieron que hacerlo con medidas de esta naturaleza.

En el caso de España, se han sucedido dos declaraciones de estado de alarma para todo el territorio del Estado<sup>79</sup>. La primera de ellas estuvo vigente desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020, periodo durante el cual se decretó la restricción de la circulación de los ciudadanos, la garantía en el suministro de alimentos y productos necesarios para la salud pública, la regulación de la apertura de la hostelería, la restauración y los locales donde se realizaran actividades culturales, artísticas, deportivas y similares, la priorización del trabajo a distancia y la suspensión de la actividad escolar presencial. El objetivo de estas medidas era proteger la salud de la ciudadanía, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. La segunda, se extendió desde el 25 de octubre de 2020 al 9 de mayo de 2021, li-

mitándose la circulación de las personas por las vías o espacios de uso público, salvo excepciones, restringiéndose la entrada y salida de personas del territorio de cada comunidad o ciudad autónoma salvo por algunos motivos, limitándose la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados a un máximo de seis personas, salvo convivientes, así como la permanencia en lugares de culto.

Al amparo de los Reales Decretos de declaración del estado de alarma han ido viendo la luz hasta el momento casi 200 normas dictadas para intentar hacer frente de forma urgente, temporal y directa a las diversas situaciones que la pandemia y la crisis económica iban demandando<sup>80</sup>. En el presente trabajo hemos centrado la atención en aquellas que articulaban previsiones dirigidas a aquellas formas de empresas de economía social que representan un mayor volumen de presencia en el mercado, como las cooperativas y las sociedades laborales, y en especial las medidas relacionadas con el mantenimiento del empleo, con el funcionamiento de los órganos sociales y con cuestiones dirigidas a coadyuvar, en cierto modo, a la solvencia de estas entidades.

Con independencia del contenido de las concretas medidas y previsiones analizadas, el recorrido realizado por el *maremágnum* normativo apuntado ha puesto de relieve, desde el principio, dos cuestiones fundamentales y llamativas. La primera de ellas es que el escenario en que se han de desenvolver las empresas de economía social mientras dure la desafortunada crisis sanitaria y económica y en el proceso de recuperación y salida de la crisis, su digitalización es fundamental, tanto en los aspectos organizativos, institucionales y societarios como en la vertiente estratégica y de negocio. La situación derivada de la pandemia ha puesto de relieve el esfuerzo inversor que es necesario

<sup>78</sup> Art. 12.3 del Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo: "A estos exclusivos efectos, no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 13.3 y el artículo 19.4 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas".

<sup>79</sup> También fue decretado un estado de alarma territorialmente limitado a nueve municipios de la Comunidad Autónoma de Madrid: Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz (del 9 al 24 de octubre de 2020).

<sup>80</sup> En la página del Boletín Oficial del Estado se puede descargar, en formato Código Electrónico, el compendio de normas dictadas hasta la última semana con motivo del COVID-19. Véase [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=355](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355).

para reducir la brecha digital entre áreas urbanas y rurales y para garantizar la disponibilidad de herramientas y equipos adecuados para el conjunto de la población así como su capacitación digital<sup>81</sup>. Se observa entonces, la necesidad de articular políticas de fomento de la economía social que permitan a las empresas de este sector alcanzar los retos digitales dichos, pero también la acción del legislador en el proceso de incorporación de los recursos, herramientas y medios digitales al régimen jurídico de las formas sociales de economía social.

Enlazando con la vertiente legislativa, no cabe ocultar que, una vez más, se ha evidenciado la complejidad del derecho cooperativo español en el que confluyen, sobre la base del principio constitucional de competencia, las potestades legislativas del Estado y las Comunidades Autónomas. Y es que, en la aproximación a cada una de las normas analizadas en el presente trabajo, dictadas como por el legislador estatal, surge siempre la sombra del alcance subjetivo de su aplicabilidad, esto es, si sus previsiones excepcionales tenían como destinatarias a todas las sociedades cooperativas o sólo a aquellas que caen bajo el paraguas de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. En esta ocasión la sombra se ha hecho más oscura pues nunca antes el legislador estatal había dictado normas dirigidas a “todas las personas jurídicas de derecho privado”, entre ellas las cooperativas, ni lo había hecho en situación de emergencia sanitaria y estado de alarma. La reacción de los legisladores autonómicos de cooperativas ha sido desigual y variopinta, oscilando la tendencia entre los que decidieron “emular” las previsiones contenidas en los Reales Decretos-ley y Leyes que se han estudiado

<sup>81</sup> Véase el *Plan España Digital 2025*, del Gobierno de España [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital\\_2025.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf). Entre las fortalezas se señalan la capacidad y resiliencia de las redes de telecomunicaciones para cubrir una situación extrema de súper-conectividad, el protagonismo de los servicios audiovisuales digitales como bien de consumo generalizado en el ocio y el entretenimiento, y el impulso observado en la digitalización de la educación, con un cambio radical de métodos y contenidos.

en el presente trabajo<sup>82</sup>, incluso realizando en sus normas excepcionales y transitorias remisiones específicas a preceptos concretos de aquéllas<sup>83</sup>, y los que optaron por el silencio, sin olvidar experiencias que prolongan hasta finales de 2022 las medidas excepcionales<sup>84</sup> y sin faltar tampoco informes de Comunidades Autónomas en los que se avala la aplicación directa de las normas estatales citadas a las cooperativas regidas por la ley autonómica correspondiente<sup>85</sup>.

No era este, sin embargo, a nuestro juicio, ni el lugar ni el momento para adentrarnos en la siempre difícil cuestión relativa a la supletoriedad de la ley estatal en materias atribuidas en exclusiva a las comunidades autónomas, como es la legislación cooperativa, y mucho menos cuando las razones que mueven al legislador estatal para dictar las normas derivan de la situación de emergencia sanitaria y estado de alarma y los títulos competenciales que alega para hacerlo parecen corresponderle. Dejaremos el interrogante abierto para el futuro, cuando quizá los constitucionalistas o los tribunales se hayan pronunciado sobre la materia.

Terminaremos constatando que las empresas y entidades de economía social se han mostrado durante la pandemia proactivas, desarrollan-

<sup>82</sup> En esta situación cabe citar el Decreto-ley 18/2020, de 30 de junio, de la Junta de Andalucía, que incluso alude al “soplo de aire fresco que para las sociedades cooperativas ha supuesto el art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020”, y procede “por cuestión de seguridad jurídica” a adaptar dicho precepto a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre y su reglamento.

<sup>83</sup> Tal es el caso del art. 4 del Decreto-ley 8/2020, de 26 de junio, de medidas excepcionales para facilitar la convocatoria y reunión de los órganos sociales y la eficacia de los acuerdos de las entidades cooperativas valencianas, con su remisión “a los apartados 1 y 2 del art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

<sup>84</sup> Como es el caso del Decreto-ley 7/2021, de 9 de febrero, de medidas extraordinarias en materia de cooperativas, empresas y entidades de la economía social, de la Generalidad de Cataluña.

<sup>85</sup> Es el caso ya citado del Informe de 26-5-2020, del Viceconsejero de Trabajo y Seguridad Social, del País Vasco, que interpreta directamente aplicable lo previsto en los apartados 1 y 2 del art. 13 del Real Decreto-ley 15/2020 (ahora art. 12 Real Decreto-ley 8/2021), a las cooperativas regidas por la Ley 11/2019, de Cooperativas del País Vasco.



do iniciativas solidarias y de compromiso con el entorno desde cada uno de los sectores productivos en los que tienen presencia, pero también manteniéndose de forma sostenible en los datos arrojados por las [todavía escasas] estadísticas de creación de empresas y puestos de trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CONSULTADOS

### Bibliografía

- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Causas de separación de socios en las sociedades laborales: entre la Ley de sociedades de capital y la de sociedades laborales y participadas”, AA.VV., *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 329-354.
- “Separación y exclusión de socios en la sociedad laboral”, AA.VV., *El régimen jurídico de las Sociedades Laborales* (Dir. ANDREU MARTÍ), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 135-183.
  - *La transformación de la sociedad cooperativa*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.
- CHAVES ÁVILA, R., “Crisis del COVID-19: Impacto y Respuesta de la Economía Social”, *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 63, 2020, pp. 28-51, pp. 32-36.
- CUBEDO, M./POLO, F./SERVER, R.J., “*El Fondo de Educación, Formación y Promoción (FEFP)*”. Documentos AECA – Serie Contabilidad de Cooperativas. Documento n° 2, 2010.
- EMBED IRUJO, J.M., “Derecho “de” la crisis y derecho “para” la crisis”, *Rincón de Commenda*, 11-5-2020, pp. 1-5. Rescatado de <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/derecho-de-la-crisis-y-derecho-para-la-crisis/>
- ESPINEL VALLEJO, M., “Geografía política de los cuidados (O por qué la pandemia del coronavirus confinó a buena parte del Norte global)”, *Geopolítica(s): revista de estudios sobre espacio y poder*, Vol. 11, N°. Extra 0, 2020 (Ejemplar dedicado a: Geopolítica de la pandemia de COVID-19), pp. 127-140.
- FARRANDO MIGUEL, I., “La rectificación del art. 40 RD-L 8/2020 en materia de medidas extraordinarias aplicables a las sociedades de capital (II)”, *Almacén de Derecho*, 2-4-2020, rescatado de <https://almacendederecho.org/la-rectificacion-del-art-40-rd-l-8-2020-en-materia-de-medidas-extraordinarias-aplicables-a-las-sociedades-de-capital-ii>
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El desplazamiento del ciclo contable como consecuencia de la pandemia”, *La Ley Mercantil*, n° 70, junio 2020.
- FIORELLI, J./GAFFORIO, L., “The impact of COVID-19 on Social Economy Enterprises”, *2020 Report / Social Economy Europe*, June 2020, 20 páginas.
- GARCÍA VALDECASAS, J.A., ¿Hacia Juntas Generales totalmente telemáticas?, *Notarios y Registradores*, 10-3-2021, pp. 1-17, <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/juntas-generales-telematicas/>.
- “Derecho líquido y derecho volátil: la regulación de las juntas telemáticas en el RD Ley 34/2020”, *Notarios y Registradores*, 8-4-2021, pp. 1-13, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/regulacion-juntas-telematicas-rdley-34-2020/>
- GHIPELLI, C./GIL, M./HURTADO, S./URTASUN, A., “Relación entre las medidas de contención de la pandemia, la movilidad y la actividad económica”, *Banco de España, Documentos ocasionales*, n° 2109, 2021, 24 páginas.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., “Asistencia telemática, juntas generales exclusivamente telemáticas y juntas virtuales”, *Commenda digital*, 7-5-2021, pp. 1-6.
- IZQUIERDO, M., “La creación y destrucción de empresas desde el principio de la pandemia”, pp. 36-39, en el *Informe Trimestral de la Economía Española, Boletín Económico 1/2021*, del Banco de España (Recuadro 7).
- MARTÍN MARTÍN, A.J., “Junta de Sociedad Limitada exclusivamente telemática”, *Notarios y Registradores*, 4-5-2021, pp. 1-8, <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/junta-sociedad-limitada-telematica/>.
- MONTORIOL, J., “Resiliencia y crecimiento del sector Agroalimentario durante la pandemia” *Resumen ejecutivo. Informe de Caixabank sobre la situación del sector agroalimentario*. Rescatado de [file:///D:/Mis%20documentos/Trabajo/KINGSTON-1/ART%20C3%8DCULOS%20MIOS/2021%20Revista%20del%20MTrabajo%20y%20Eco%20Social/informe\\_sector\\_Agroalimentario\\_20243.pdf](file:///D:/Mis%20documentos/Trabajo/KINGSTON-1/ART%20C3%8DCULOS%20MIOS/2021%20Revista%20del%20MTrabajo%20y%20Eco%20Social/informe_sector_Agroalimentario_20243.pdf)
- SÁNCHEZ RUIZ, M., “Pérdida de la condición de socio”, AA.VV., *Régimen jurídico de las sociedades cooperativas catalanas (Adaptado a la Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña)*, Dir. ALFONSO SÁNCHEZ, Ed. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 119-140.
- ZAPATERO MIGUEL, P., “El Real Decreto Ley 16/2020: legislar en tiempos de pandemia”, *Diario La Ley*, n° 9679, 2020.

## Documentos

COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES Y COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES: *Comunicado Conjunto* de fecha 18-3-2021. Puede verse en El <https://www.cnmv.es/portal/verDoc.axd?t=%7B-fe0c2948-c941-4863-bf32-cb27b78a1165%7D>.

– *Recomendación* en relación con la aplicación de los arts. 22 y 23 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (22-3-2020). Rescatado de [https://www.cooperativestrellaball.coop/sites/default/files/recomendacion\\_certificado\\_suspension\\_actividad.pdf](https://www.cooperativestrellaball.coop/sites/default/files/recomendacion_certificado_suspension_actividad.pdf)

DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO AUTÓNOMO, ECONOMÍA SOCIAL Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS: *Criterio Interpretativo 1-2020* (1-4-2020). Rescatado de [https://www.cooperativestrellaball.coop/sites/default/files/nota\\_interpretativa\\_dgtaesyse\\_real\\_decreto-ley\\_10-2020.pdf](https://www.cooperativestrellaball.coop/sites/default/files/nota_interpretativa_dgtaesyse_real_decreto-ley_10-2020.pdf)

GOBIERNO DE ESPAÑA: *Plan España Digital 2025*, rescatado de [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital\\_2025.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf)

INFORME CEPES: *Iniciativas y actuaciones de las empresas de economía social ante la COVID-19*, Confederación Empresarial Española de la Economía Social. Rescatado de [file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/archivo\\_600014b3b625a.pdf](file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/archivo_600014b3b625a.pdf)

INFORME HISPACOOOP: *Medidas adoptadas por las cooperativas de consumidores y usuarios ante el COVID-19*, Confederación Española de Consumidores y Usuarios, rescatado de [http://cooperativesdeconsum.coop/wp-content/uploads/2020/09/Meidas\\_Cooperativas\\_Consumo\\_COVID.pdf](http://cooperativesdeconsum.coop/wp-content/uploads/2020/09/Meidas_Cooperativas_Consumo_COVID.pdf)

OIT: “El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente”, *Resumen ejecutivo*. Rescatado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_633168.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_633168.pdf).

REGIÓN DE MURCIA: *Respuesta a las preguntas de las empresas de economía social de la Dirección General de Economía Social, Trabajo Autónomo y Responsabilidad Social de las empresas*, en <file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/162010-20200324%20GUIA%20Preguntas%20frecuentes%20Econom%C3%ADa%20Social.pdf>.

SOCIAL ECONOMY EUROPE: “Una crisis sin precedentes que requiere una respuesta sin precedentes de la UE para restablecer el progreso económico y social”, Carta abierta a las instituciones europeas, de 6 de abril de 2020. Rescatada de <https://www.socialeconomy.eu.org/wp-content/uploads/2020/04/Carta-abierta-de-SEE-a-los-l%C3%ADderes-Europeos-Tiempo-para-la-solidaridad-1.pdf>

**RESUMEN**

La pandemia de la enfermedad por el COVID-19 ha servido para poner a prueba (de nuevo, como en tantas otras crisis) algunos modelos de negocio y confirmarlos o cuestionarlos. El modelo propio de las empresas de economía social se ha reafirmado pues éstas, según los informes que se van publicando, parecen estar resistiendo mejor que otras empresas del mismo sector de actividad pero pertenecientes a modelos de gestión distintos. No obstante, como todas las empresas, se han visto precisadas de medidas excepcionales para enfrentarse y superar, desde diversas perspectivas, los efectos negativos de la crisis sanitaria y económica. El legislador, carente de un plan previo de política jurídica con el que enfrentarse de forma sosegada a una situación tan grave y compleja como la vivida, ha ido dictando normas caracterizadas por la urgencia, la excepcionalidad y la temporalidad. Ello dificulta su estudio.

En el presente trabajo se analizan las medidas excepcionales dirigidas a las formas de empresas de economía social más representativas en el mercado, cooperativas y sociedades laborales. En especial, se estudian las previsiones relacionadas con el mantenimiento del empleo, con el funcionamiento de los órganos sociales y con cuestiones dirigidas a favorecer, en cierto modo, la solvencia de estas entidades.

Como conclusión cabe afirmar que el acceso a los recursos tecnológicos y su utilización es clave para el funcionamiento de los órganos sociales de las empresas de economía. Corresponde a los poderes públicos establecer políticas de fomento que lo hagan posible y al legislador dictar las normas que así lo permitan.

**Palabras clave:** Economía Social; Cooperativas; Sociedades Laborales; Pandemia de enfermedad por coronavirus.

**ABSTRACT**

The COVID-19 pandemic has been a tool to test (again, as in so many other crises) several business models and to confirm or question them. The model of social economy enterprises has been reaffirmed since, according to the reports already published, they seem to be more resilient than other enterprises in the same sector but belonging to different business models. However, as well as all companies, they have had to implement exceptional measures to overcome, from different perspectives, the negative effects of the health and economic crisis. The legislator, lacking a previous legal policy plan from which to calmly face a situation as serious and complex as the one experienced, has been issuing rules characterized by urgency, exceptionality and temporality. All these issues increase the complexity of the study.

This paper analyzes the exceptional measures aimed at the most representative forms of social economy enterprises in the market, cooperatives and worker-owned companies. In particular, we study the provisions related to the retention of employment, to the operation of the corporate bodies and related to issues aimed at favoring, to a certain extent, the solvency of these entities.

In conclusion, it can be stated that access to and use of technological resources is key to the functioning of the corporate bodies related to social economy enterprises. It is up to the public authorities to establish supporting policies that make this possible and to the legislator to dictate the framework that make it possible.

**Keywords:** Social Economy; Co-operatives; Workers-owned Companies; Coronavirus disease pandemic.



# La Seguridad Social ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia

# Social security in view of the recovery, transformation and resilience plan

JOAQUÍN APARICIO TOVAR\*

---

## 1. LOS CONDICIONANTES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS PACTOS DE TOLEDO

Las reformas que los Estados Miembros han emprendido en materia de Seguridad Social en el cambio de siglo han estado influidas, en mayor o menor medida, por las medidas de coordinación de la Unión Europea, como más adelante habrá ocasión de explicitar y, en consecuencia, los Pactos de Toledo de 2011 y de 2020 también lo han estado, aunque la “atmósfera” que han traído los nuevos aires procedentes de Bruselas es distinta en 2020 de la de 2011. En todo caso, es una constante en todos los países que la efectividad y la mayor duración de las reformas en esta materia están directamente relacionadas con el grado de consenso que se alcance en torno a las mismas<sup>1</sup>. El consenso social con sindicatos, organizaciones de empresarios y organizaciones sociales de otro tipo es necesario y, para ello resulta imprescindible el más amplio consenso político posible entre los grupos parlamentarios. La experiencia española

es muy significativa. La dura reforma que se llevó a cabo en 2013, sin que todavía hubiesen desplegado sus efectos la de 2011, se hizo sin consenso social, se impuso por una mayoría parlamentaria del PP prescindiendo de la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo... y acabó naufragando ante el enorme descontento social. Las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 2020 fueron aprobadas en noviembre de 2020 por la amplia mayoría del Congreso de los Diputados de 262 votos a favor, 2 en contra y 78 abstenciones y su puesta en práctica se hará en el marco del diálogo social.

Los Pactos de Toledo son un mecanismo de concertación política en materia de Seguridad Social cuyo objetivo ha sido intentar poner al margen de la lucha partidista electoral los elementos esenciales del Sistema de Seguridad Social, acordando las líneas generales orientadoras de las reformas necesarias para afrontar las situaciones de crisis que han ido surgiendo y, es de suponer, en el futuro surgirán. Es decir, puede decirse que están unidos a las crisis, pero para la Seguridad Social las crisis no son algo dramático, sino casi consustancial con su desarrollo porque ha de adaptarse a los cambios que se van produciendo en la sociedad y en el modo que la población tiene de percibir los estados de necesidad que deben ser cubiertos.

---

\* Universidad Castilla-La Mancha.

<sup>1</sup> Así se reconoce en el Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, enviado por el Gobierno de España a la Comisión Europea el 30 de Abril de 2021. *Vid.* p. 3.

El primero de los Pactos se alcanzó en 1995 cuando no se habían superado las consecuencias de una seria crisis económica que había estallado en España en 1993, algo después que en el resto de Europa. En 1995 el desempleo superaba el 22 % y después de 13 años, en 1996, se dio un cambio en el poder político que pasó del PSOE al PP, si bien sin mayoría absoluta. En aquellos días había una enorme presión mediática y de ciertos sectores académicos vinculados con los servicios de estudios de corporaciones financieras, que anunciaba la ruina de la Seguridad Social y la imposibilidad del pago de las pensiones en 2005. Las 15 recomendaciones elevadas al pleno del Congreso de los Diputados por la comisión no legislativa fueron aprobadas por amplia mayoría y después fueron asumidas por los sindicatos confederales CCOO y UGT y el Gobierno (no por la CEOE) en un Acuerdo sobre consolidación y racionalización de la Seguridad Social que dio lugar a una ley con ese nombre de 1996. Con posterioridad se han alcanzado otros Pactos en 2003, 2011 y este de 2020. En estos dos últimos la influencia de la Unión Europea está especialmente presente.

La razón de ser de los Pactos de Toledo está en el valor esencial que en el sistema democrático tiene la Seguridad Social. Las constituciones europeas, y la española muy en concreto, obligan a los poderes públicos a poner en marcha medidas que garanticen los derechos sociales a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda, a la protección del medio y otras medidas que pongan a todas las personas al abrigo de los estados de necesidad<sup>2</sup>. Esos derechos son la base de la democracia porque son los que hacen posible los avances hacia la igualdad sin la que la libertad es una quimera.

La protección frente a los estados de necesidad se ha conseguido de manera primordial, aunque no única, mediante el precipitado histórico que conocemos como Seguridad Social, que no es otra cosa que un fenomenal artificio,

una gran institución organizada por el Estado que crea un campo jurídico en el que las personas protegidas gozan de derechos y asumen obligaciones, pero sin que exista una relación directa entre una cosa y otra. Estados de necesidad ha habido siempre, y también desde que existe el Estado ha puesto en marcha medios para encarar de alguna manera la miseria, pero la Seguridad Social es una invención contemporánea, posterior a la Segunda Guerra mundial, que se distingue, entre otras cosas y de modo primordial, por el modo en que provee prestaciones para enfrentar los estados de necesidad, que no es otro que el de dispensar a los sujetos protegidos el grueso de esas prestaciones como derechos subjetivos solo condicionados al cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas, no a alguna condición personal, como ser pobre o rico. Este es un rasgo de la Seguridad Social que la distingue, y es sumamente importante, porque quien goza o ejerce un derecho está entrando en la esfera de la ciudadanía, mientras quien recibe una merced como se hace mediante la caridad, la filantropía, la beneficencia o la asistencia, por el contrario, está siendo estigmatizado. El fin de la Seguridad Social es la realización del principio de igualdad establecido en el art. 1.1 CE como valor superior del entero ordenamiento y, para ello, garantiza la obtención de rentas cuando los medios ordinarios de obtenerlas (el trabajo básicamente) fallan (vejez, invalidez, muerte y supervivencia, desempleo, etc...), y provee prestaciones en especie (las sanitarias) cuando la salud es alterada.

Las pensiones son prestaciones dinerarias periódicas vitalicias, que tienen que ser vistas junto a otras también dinerarias pero que no son vitalicias, como los subsidios por incapacidad temporal o las prestaciones por desempleo. En el debate actual sobre la Seguridad Social hay una tendencia a huir de este término para ser sustituido por el de “sistema de pensiones”, pero en realidad se pone el foco en una sola pensión, la de jubilación, que es la que consiente con más facilidad cálculos actuariales para determinar la cuantía, cosa que no ocurre de igual modo con las pensiones por

<sup>2</sup> BAYLOS GRAU, A., “Constitución y trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 84, 2018, p. 38.



incapacidad permanente. Es una operación ideológica que forma parte del objetivo más amplio de desmembrar el Sistema de la Seguridad Social al que no es ajena la política que durante algunos años ha adoptado la Unión Europea. Una política que no está exenta de contestación porque la Seguridad Social tiene una gran aceptación popular y, además, goza una fuerte protección constitucional. Para poner a los ciudadanos al abrigo de los estados de necesidad el art. 41 de la Constitución ordena a los poderes públicos mantener un Sistema de la Seguridad Social “que garantice prestaciones sociales suficientes”, no mínimas, es importante destacar, porque de lo que se trata es de hacer real el goce de los derechos fundamentales por toda la ciudadanía. Desde su génesis, la Seguridad Social es un “camino hacia la Libertad desde la Necesidad”<sup>3</sup>. La opción por la Seguridad Social no está en manos del Gobierno, de la mayoría parlamentaria de turno o de las instituciones supranacionales de la Unión Europea. Está ya tomada por el titular de la soberanía, el pueblo español, en el momento constituyente y así ha quedado plasmado en el texto constitucional (arts. 1.1, 9.2, 39, 41, 43, 50). No está demás recordar que el déficit democrático de la Unión Europea tiene su origen en la ausencia de un “*demos*” europeo titular de la soberanía supranacional. Mientras no cambie la Constitución, los poderes públicos están obligados a mantener el Sistema de Seguridad Social que ha de garantizar “prestaciones sociales suficientes ante los estados de necesidad” (art. 41 CE) y “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas” que consigan “la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad” (art. 50 CE).

Como se acaba de decir, sobre los pactos de 2011 y de 2020 han pesado de modo considerable las políticas auspiciadas por la Unión Europea, pero se pueden apreciar diferencias entre las que se propiciaron para encarar las consecuencias de la crisis del 2008 y las que se

sugieren frente a la pandemia de la COVID-19, aunque los instrumentos a través de los cuales se canalizaron aquellas no han sido eliminados ni se han corregido de modo claro las inercias de los aparatos burocráticos de la “gobernanza”, sobre lo que algo se dirá más adelante. La crisis de la COVID-19 ha provocado una brutal convulsión en Europa, como en el resto del mundo, con enormes pérdidas de vidas humanas y la crisis económica y social más drástica de su historia, como reconoce la Comisión<sup>4</sup>. En esta situación el aumento de las disparidades y las desigualdades dentro de la Unión es un riesgo tan grande que puede poner en peligro su subsistencia. Ese riesgo en gran medida es debido a que esta crisis se ha precipitado en un momento en el que muchos países no habían superado las consecuencias de aquella otra de 2008, en gran medida debidas a las políticas de “austeridad” que se aplicaron en su momento.

La Unión Europea impuso medidas de “austeridad” que venían a proteger a los poderes financieros, bajo el paraguas justificador de que defender a los bancos era defender a toda la ciudadanía. Un claro ejemplo de la falacia de composición, según la cual lo que es correcto y adecuado para una parte lo es para el todo. Las medidas de “austeridad” pudieron ser muy buenas para salvar con dinero público bancos quebrados o a punto de quebrar, pero implicaban drenar los recursos de servicios públicos esenciales para la vida de la comunidad, como la sanidad, la educación, la atención a personas dependientes o los Sistemas de Seguridad Social. También implicaban la privatización de sectores importantes como la energía, el agua o los transportes que todavía permanecían en manos públicas y satisfacían importantes necesidades de la población. Todo ello se acompañaba, además, de unas profundas reformas de las instituciones esenciales del Derecho del Trabajo que pueden resumirse en un debilitamiento del poder con-

<sup>3</sup> BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services*, Londres, HMSO, 1942, p. 7.

<sup>4</sup> *El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, 27.5.2020. COM (2020) 456 final.

tractual de los sindicatos, una descentralización de la negociación colectiva mediante la preferencia de los convenios de empresa frente a los sectoriales o nacionales, una fuerte erosión de la inderogabilidad de los convenios, una debilitación de las tutelas contra el despido y, en fin, un aumento del poder unilateral del empresario en la gestión de la prestación a que está obligado el trabajador.

Algunos Estados del sur son acusados de ser malos administradores y gastar más de lo que tienen para pedir después ayuda a la UE. Pero esa afirmación no se corresponde con la realidad. Por ejemplo, en 2007 la deuda pública española era del 35,8 % del PIB, mientras que la de Alemania era del 64,0 %. En ese mismo año España no solo no tenía déficit, sino que tenía un superávit del 1,8 %, mientras que Alemania por primera vez en entró en equilibrio presupuestario. Los problemas vienen por el funcionamiento del mercado único con importantes disparidades entre los Estados miembros.

Hay que recordar que el nacimiento de las Comunidades Europeas coincidió con una profundización del principio democrático en cada uno de los Estados Miembros (y después en los que salieron de las dictaduras fascistas) que tomó cuerpo jurídicamente en el Estado Social reconocido en las constituciones posteriores a la segunda guerra mundial. Si el Estado Constitucional Democrático legitima el poder mediante el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano que en el plano jurídico hacen a todas las personas libres e iguales, la eliminación de las condiciones sociales de desventaja que “impiden a los miembros de los grupos desfavorecidos hacer uso efectivo de los derechos formales reconocidos igualitariamente..[genera] una dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad de hecho.. que impone al Estado Social el deber de proteger las condiciones de vida que hacen posible la igualdad de oportunidades en la utilización de los iguales derechos del ciudadano”<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> HABERMAS, J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni, democrazia*, Feltrinelli, Milan, 1999, p. 38.

La búsqueda de la igualdad sustancial, que está en la esencia del Estado Social, tiene un pilar fundamental en el reconocimiento del valor político del trabajo que conlleva la atribución de derechos a la persona que trabaja, especialmente frente al despido. El Derecho del Trabajo, inseparable del Estado Social, “desde sus comienzos ha ido a la búsqueda de otra idea de libertad”<sup>6</sup> distinta de la del Estado liberal. Las políticas de *austeridad* hacen una cesura entre ciudadano y trabajador mediante el reforzamiento de los poderes empresariales y el abandono de la idea de igualdad en la relación de trabajo para reducir las aspiraciones igualitarias a la esfera de la distribución y a la prestación de servicios por el Estado. Eso produce un debilitamiento de la idea misma de igualdad sustancial<sup>7</sup>.

La profundización del principio democrático mediante el desarrollo de los derechos sociales y del principio de igualdad se circunscribe al interior de los ámbitos de soberanía de cada uno de los Estados nacionales europeos. Es decir, este proceso se situaba aparentemente al margen del de integración europea, que obedecía en los primeros años a objetivos primordialmente económicos que tenían, y tienen, su expresión en las cuatro libertades “fundamentales” de la Unión, cuales son la libertad de circulación de mercancías, la libertad de circulación de personas, lo que quiere decir de trabajadores, la libertad de circulación de capitales y la libre prestación de servicios y establecimiento. Había un desnivel entre lo económico y lo social que inducía a una potencial tensión entre la esfera nacional y la supranacional. La ausencia de una pretensión por construir desde arriba un derecho social europeo<sup>8</sup> llevaba a disparidades entre los distintos ordenamientos laborales y de la

<sup>6</sup> ROMAGNOLI, U., “La libertad según la Carta de Niza”, *Revista de Derecho Social*, nº 45, 2009, p. 15

<sup>7</sup> BAYLOS, A., “La contracción del Estado Social”, *Revista de Derecho Social*, nº 63, 2013, p. 16.

<sup>8</sup> GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A., “El protocolo europeo para el progreso social. Vicisitudes y actualidad de una propuesta para fortalecer la dimensión social de la Unión”, *Revista de Derecho Social*, nº 86, 2019, p. 227.

Seguridad Social anclados dentro de las fronteras de los Estados miembros, algunas especialmente llamativas como las relativas al derecho sindical, pero, a pesar de todo, podía predicarse una cierta homogeneidad en los niveles generales de protección social, especialmente evidente cuando se mira a otros países fuera Europa.

Pero por otro lado había un compromiso ético, que venía de los padres fundadores de las Comunidades, de aceptar y no poner en cuestión el Estado social. Ese compromiso era resultado de las circunstancias históricas excepcionales en las que nacieron las Comunidades Europeas, en plena “guerra fría”. Hubo una correlación de fuerzas entre las clases sociales que permitió alcanzar un gran pacto social por el que se asumía que la derrota del nazifascismo debía de traer reformas sociales en el camino de la igualdad sustancial, sin duda un efecto de la onda larga de la Revolución bolchevique. Ambos aspectos permitieron durante algunos años, más o menos hasta mitad de los 90, un cierto equilibrio entre aquellas tensiones entre lo nacional y lo supranacional, aunque no dejaba de ser un equilibrio inestable. El compromiso con el Estado Social puede deducirse de la exclusión del *social dumping* de la política social de las Comunidades que se establecía en el art. 117 del antiguo Tratado de Roma, que ante la diversidad de ordenamientos sociales, imponía que habría de conseguirse una equiparación por lo alto, es decir, con aquellos sistemas que tuviesen unos estándares de protección de los derechos de los trabajadores más elevados.

Con el Tratado de Maastricht, de 1992, nace la Unión Europea y se produjo el lanzamiento de la Unión Económica y Monetaria que dio lugar posteriormente al nacimiento de la moneda única, el euro, bajo la autoridad supranacional del Banco Central Europeo, una necesidad para el capital financiero y los grandes operadores económicos, en especial alemanes, que ya actuaban en el mercado único. Se establecieron los “criterios de convergencia” para llegar a la moneda única, que incluían,

entre otras cosas, que el déficit estructural de los Estados no superase el 3 % del PIB ni la deuda pública el 60 %<sup>9</sup> del PIB. En 1996 se alcanzó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento que introdujo “la supervisión multilateral de las situaciones presupuestarias y el procedimiento de déficit excesivo, mediante el cual se otorgaba facultades al Consejo para poder sancionar a los Estados miembros que no cumplieran los criterios de convergencia”<sup>10</sup>. Estos criterios, que se mantienen hoy, tal y como han sido manejados, han tenido consecuencias importantes y negativas para los derechos sociales y para el mismo proceso de integración, como ya avisó el Comité de Sabios presidido por M.L. Pitansilgo, que elaboró el informe *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, en el que afirmaron que “el progreso económico sólo es un medio y [...] el objetivo de la Unión es permitir que cada ciudadano materialice su desarrollo potencial personal en relación con sus semejantes”. “El déficit social”, destaca, supone una grave amenaza pues “Europa será una Europa de todos, de todos sus ciudadanos, o no será nada”, y para conseguirlo recomendaba que los derechos cívicos y sociales entren propiamente dentro de sus objetivos, lo que exige “una verdadera refundación de la Unión Europea”<sup>11</sup>. Una sabia advertencia y una prudente recomendación que hasta el momento no han sido tenidas en cuenta de manera efectiva y no parece lo haga con la fuerza suficiente el Pilar Social aprobado el 17 de noviembre de 2017 en la cumbre de Gotemburgo porque no crea nuevos derechos sociales sino solo establece directrices y trata de recordar que el acervo social sigue vigente, aunque no puede desconocerse que los veinte principios que

<sup>9</sup> Estas cifras, hoy sagradas, son completamente arbitrarias y no tienen justificación seria. Vid. [www.juantorreslopez.com/por-que-el-3-de-deficit-publico-y-no-el-2-o-el-7-mentiras-](http://www.juantorreslopez.com/por-que-el-3-de-deficit-publico-y-no-el-2-o-el-7-mentiras-)

<sup>10</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: La UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 72.

<sup>11</sup> AA.VV., *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1996, pp. 6 y 13.

enumeradas pueden ser importante instrumento para la defensa de una Europa Social<sup>12</sup>.

## 2. LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA EN EL CAMBIO DE SIGLO

Desde los inicios del siglo XXI hasta la crisis de la COVID se ha hecho patente la apuesta por las libertades económicas que han hecho la Comisión y el Tribunal de Justicia, dos instituciones claves, sin que el Consejo o el Parlamento, y mucho menos el Banco Central Europeo, hayan actuado de contrapeso, salvo con algunas excepciones hechas por el Parlamento.

En materia de Seguridad Social la Comisión presentó un Libro Verde, *En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*<sup>13</sup>, de 2010, y el Libro Blanco, *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*<sup>14</sup> de 2012 que tuvieron una fuerte influencia en los Pactos de 2011 y en las leyes de reforma de 2011 y 2013 del Sistema de la Seguridad Social. La justificación de ambos libros, que se enmarcaban en la Estrategia 2020, está en que la coordinación de la política económica en Europa exige que se afronten de manera coordinada los problemas que presentan las pensiones de los jubilados aquejadas por la presión demográfica y los efectos de la crisis. Vino a lanzarse la idea de que en las actuales circunstancias estos “sistemas” no son sostenibles y aquí rezuma la idea de sostenibilidad que se usa en la Estrategia 2020, esto es, la inevitabilidad del colapso en un futuro (2050 o 2060) como si fuera un designio de la naturaleza.

La alternativa que se proponía a los Estados Miembros era una modificación de sus

Sistemas de Seguridad Social para adaptarlos a uno basado en tres pilares, el primero universal, público, obligatorio y de reparto que garantice prestaciones mínimas, que podrían decirse de supervivencia. Un segundo pilar obligatorio, de capitalización y de gestión privada ligado a la negociación colectiva. El tercero sería de capitalización, individual y voluntario, también, naturalmente, gestionado por privados. Es lo mismo que en 1994 preconizaba el Banco Mundial en un informe titulado *Averting the old age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth*. En el 2004 este organismo hizo una autocrítica con la publicación de otro informe *Keeping the promise of old age income security in Latin America* en el reconocía como principales fracasos de su anterior propuesta la exclusión de amplias capas de la población trabajadora que se había producido en aquellos países que la habían seguido y la insuficiente cobertura a los incluidos, el bloqueo y no desarrollo del pilar básico para luchar contra la pobreza, los enormes gastos de gestión de los fondos de pensiones y la volatilidad de “mercados financieros” que les había lastrado la rentabilidad. El Banco Mundial se ha hecho más escéptico con las propuestas de sistemas multipilar.

Este escepticismo no hizo mella en los redactores de ambos libros de la Comisión. El Libro Blanco lapidariamente sentencia en su primera frase: “El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones en todos los Estados miembros. A menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el necesario incremento del gasto sería insostenible”. La inevitabilidad, sin embargo, es resultado de la trampa de mirar solo para un lado: el de los gastos, no de los ingresos que podrían mejorarse por diversos medios. En consecuencia, para la Comisión la solución ya es clara, hay que trabajar más tiempo (atrasar la edad pensionable) y ahorrar, es decir, ir a los fondos de pensiones

<sup>12</sup> RAMOS QUINTANA, M.I., “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017, p. 29.

<sup>13</sup> COM(2010)365 final

<sup>14</sup> COM(2012) 55 final

porque las recomendaciones de actuar sobre otros parámetros distintos de la edad, como los métodos de cálculo de la cuantía de la pensión, entre ellos los que vinculan la cuantía de la pensión con la esperanza de vida llevan a una reducción de la misma (reducción de la tasa de reemplazo) que debería compensarse con el estímulo a los planes de pensiones gestionados por privados.

El Libro Blanco reconocía que se han hecho reformas en muchos países en esa línea, pero nada es bastante, había que hacer más, se “deberán realizar nuevos ajustes del gasto” en “una estrategia fiscal fiable que ha de aplicarse con rigor, en consonancia con el marco fiscal del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, teniendo en cuenta debidamente el coste neto de la implementación de una reforma de las pensiones”. Era clara la voluntad política de aquella Comisión de favorecer al capital financiero a pesar de ser el responsable de los destrozos sociales acaecidos desde 2008. Insiste en que los fondos de pensiones, aún reconociendo que desde 2008 han tenido importantes pérdidas, han de tener un papel relevante en la economía de la UE y ser “importantes jugadores en el mercado financiero”. Tampoco tiene en cuenta algo evidente cual es que, aplicada la devaluación salarial en casi todos los países de Europa por las políticas “de austeridad”, especialmente en los países del sur, la capacidad de ahorro de la mayoría de la población es muy pequeña por no decir nula, por lo que los fondos de pensiones quedan restringidos a una minoría con rentas más altas, es decir, no sirven para atender los estados de necesidad de la población en su conjunto y “el austericidio se convierte en veneno para los sistemas de pensiones”<sup>15</sup>. Cuando existe pobreza laboral es un sarcasmo presentar como alternativa los fondos de capitalización. El *Libro Blanco*, en fin, apenas dedica atención a los “efectos negativos que puede generar en términos de pobreza y, sobre todo, la nula

atención que merece el agravamiento de la desigualdad”<sup>16</sup>.

En el estadio actual de su desarrollo la Unión Europea, salvo que recurra a la unanimidad, no tiene competencias derivadas de los Tratados para imponer a los Estados miembros mediante actos jurídicos vinculantes reformas de los Sistemas de Seguridad. El art. 3 TUE incluye entre los fines de la Unión el combate contra la exclusión social y el fomento de la “la justicia y la protección sociales”, objetivos que se desarrollan en el 151 TFUE, para cuyo logro el art. 153.1 TFUE establece que la Unión “apoyará y completará la acción de los Estados miembros en...c) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores”, pudiendo el Parlamento y el Consejo Europeo recurrir a “medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados”, o adoptar mediante directivas “disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros”, pero en esta materia para adoptar esas directivas se exige la unanimidad.

La Comisión reconoció que la ordenación del Sistema de Seguridad Social es una competencia que debe seguir en manos de los Estados miembros, mientras que la Estrategia Europa 2020, de 3 de marzo de 2010, *Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, se planteó como uno de sus objetivos para el año siguiente que “el riesgo de la pobreza debería alcanzar 20 millones de personas menos”, para lo cual entre las siete acciones principales incluyó una “Plataforma europea contra la pobreza”. Una situación desbordada hoy por la crisis de la COVID 19. El problema que se atisba con claridad es la poca importancia que da el modo en que ha de afrontarse la lucha contra la pobreza y la exclusión. El desarrollo

<sup>15</sup> SUAREZ CORUJO, B., “La amenazada centralidad de los regímenes de reparto en los sistemas de pensiones de la Unión Europea. El caso español”, *REDT*, nº 177, 2015, p. 197.

<sup>16</sup> SUAREZ CORUJO, B., *Sistema Público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 221.



económico por sí mismo no garantiza acabar con la pobreza, pues los estados de miseria se van a presentar para los individuos “aun cuando la sociedad se organice de la mejor manera posible”<sup>17</sup>, mucho más cuando, como está ocurriendo en España y en otras partes del mundo, el modesto crecimiento económico se está haciendo con aumento de la desigualdad. Las políticas de “envejecimiento activo” que tratan de mantener más tiempo en el trabajo a las personas mayores, en tanto separan las políticas activas de las pasivas de empleo coloca a las personas ancianas en la pasividad no solo del trabajo, “sino de la vida social y cultural de la comunidad en la que se integran”<sup>18</sup> a las que se les ofrece la vía del asistencialismo.

La actuación de la UE en esta materia se está haciendo a través del Método Abierto de Coordinación, que es instrumento central de lo que ahora se llama “gobernanza”. El MAC no es muy preciso pero si parece que trae consigo un cambio en las fuentes del derecho de la Unión, ahora bien, no puede dejarse de pasar por alto que el concepto de fuente del derecho también se refiere a las fuentes en sentido originario, a los poderes sociales que tienen capacidad de imponer regulaciones, y aquí es donde a través de los divertículos del proceso del MAC esos poderes, que actúan a través de los *lobbys* de Bruselas, se acaban haciendo opacos, con lo que se llega a un resultado contrario al deseado en el ideal proceso reflexivo-deliberativo donde los distintos sujetos implicados alcanzasen de modo abierto un resultado equilibrado en la satisfacción de sus intereses. Las reglas del *soft law* en materia social se combinan con otras del *hard law* en materia monetaria y económica que están siendo determinantes.

### 3. LOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA POR LOS QUE SE IMPUSIERON LAS POLÍTICAS DE AUSTERIDAD

El estallido de la crisis de 2008 coincidió con un periodo histórico en el que la Unión Europea, después de la ampliación territorial hacia los países del este, estaba reulando en el proceso de integración política y social sumida en un declive de protección de los derechos sociales. No es de extrañar que las políticas que se aplicasen fuesen las de “austeridad” que se han llevado a cabo a través de instrumentos tanto dentro de la arquitectura jurídica de la Unión como fuera de ella.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea viene a reproducir las normas que se contenían en la rechazada Constitución para Europa sobre el gobierno económico y monetario de la Unión, en especial sobre el control del déficit y la deuda en un remozamiento del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* de 1996. En esa línea se añade el *Protocolo n° 12 sobre procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*, en donde se establece que las cifras de referencia serán el ya conocido 3 % en caso de déficit y 60 % en el caso de deuda. Entre la adopción del Tratado de Lisboa en 2007 y su entrada en vigor en 2009 se produjo el estallido de la crisis de 2008, un suceso que puso al descubierto las insuficiencias que ofrecían los recién estrenados Tratados. Las agobiantes necesidades de financiación que tenían algunos Estados miembros no podían ser satisfechas con los mecanismos hasta entonces arbitrados con la participación del FMI, por lo que dos años después la UE respondió mediante la creación por el *Reglamento (UE) del Consejo 407/2010, de 11 de mayo 2010, del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera*, con más que dudosa base jurídica en el art. Art. 122.2 del TFUE. Sus fondos “se completaron con una aportación del FMI y con el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera, creado mediante un acuerdo ejecutivo suscrito por los Estados de la zona euro, que de esta forma asumían el coste principal de los rescates, prescindiendo

<sup>17</sup> BEVERIDGE, W., *Full Employment in a Free Society*, George Allen & Unwin. Ltd., Londres, 1944. Traducción española de P. López, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 11.

<sup>18</sup> BAYLOS GRAU, A., “A propósito del llamado envejecimiento activo”, *Revista de Derecho Social*, n° 87, 2019, p. 20.



de la ratificación parlamentaria que suele ser habitual en otros tratados internacionales”<sup>19</sup>, pero este mecanismo fue provisional.

También en 2010 el Consejo tomó importantes medias, como la creación del semestre europeo y, en noviembre de 2011, un paquete legislativo (*el six pack*) de cinco reglamentos y una directiva de nuevo con una más que discutible e “insuficiente base jurídica”<sup>20</sup> en el art. 136 del TFUE, “leído en relación con el 121 apartado 6”. Un claro resquebrajamiento de la sujeción a legalidad de la UE.

Por medio de los instrumentos contenidos en el *Six Pack* la UE se dota de mecanismos para vigilar y controlar el cumplimiento del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*, pudiendo llegar a imponer sanciones a los Estados incumplidores de hasta el 0.5 % de su PIB. Estas medidas fueron completadas en 2013 con el *Two Pack*, dos reglamentos que permiten una supervisión a fondo de las políticas de los Estados miembros, en especial de aquellos que han recibido algún tipo de ayudas. En el semestre europeo se supervisan los proyectos de presupuestos de los Estados y la UE actúa a través del MAC, o *soft law*, pero en estrecha relación con las duras medias legislativas de *hard law* contenidas en el *Six* y *Two Pack*. Es de destacar que en la imposición de sanciones y las exigencias en los plazos para corregir los déficits, si es que los hubiera, hay de un importante margen de discrecionalidad política, rayana a la arbitrariedad, en manos de las autoridades de la Comisión. Esos mecanismos de vigilancia del semestre europeo siguen vigentes, aunque con una importante corrección que más adelante habrá ocasión de tratar.

Sin que hubiesen pasado dos años desde su entrada en vigor, el TFUE sufrió una modificación de su art. 136 mediante una *Decisión*

*del Consejo de 25 de marzo de 2011*, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, llevada a cabo por el procedimiento de revisión simplificado instaurado en el art. 48.6 del TUE. La reforma consistió en la adición de un nuevo n° 3 que permite a los “Estados miembros cuya moneda es el euro establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto”. Ese mecanismo ha de entenderse que se activa dando ayudas financieras a los países que las necesiten supeditadas “a condiciones estrictas”, según se establece en el citado art. 136.3 TFUE. “Se sobreentiende que es el Eurogrupo (los Estados que comparten el euro como moneda) quien acuerda las condiciones para acceder a la ayuda financiera”<sup>21</sup>, pero hay que recordar que el Eurogrupo no es una institución de la UE, sino un ente informal que delibera y decide en el más absoluto de los secretos y cuyas decisiones no pueden ser controladas por el Tribunal de Justicia, ni por el Parlamento europeo. En teoría los Parlamentos nacionales podrían exigir responsabilidad política a sus respectivos ministros de economía, pero esa posibilidad es harto difícil porque las decisiones se toman de forma colegiada y en secreto.

Estas medidas adoptadas de acuerdo con una legalidad dudosa de la Unión han sido desbordadas por otras nacidas de relaciones intergubernamentales extramuros de los Tratados, lo que es prueba de sus insuficiencias, de la improvisación o los desacuerdos entre aquellos dirigentes. El 2 de febrero de 2012 se adoptó el *Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad* (MEDE), que si bien crea un instrumento para llevar a efecto lo previsto en el art. 136.3 TFUE, es un Tratado fuera de la arquitectura jurídica de la UE, intergubernamental, signado por solo los Estados que forman parte del euro. Por medio de este Tratado se ha creado el MEDE que es una institución financiera internacional (art. 1.1) creada por las Partes Contratantes que han de

<sup>19</sup> MARTINEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, n° 69, 2015, p. 226.

<sup>20</sup> MANGAS MARTÍN, A., “Post-Lisboa y la larga crisis”, Estudio introductorio al vol. *Tratado de la Unión Europea. Tratado de Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 18.

<sup>21</sup> MANGAS MARTÍN, A., “Post-Lisboa...*cit.*”, p. 19.

hacer una aportación de capital y en contrapartida recibirán las acciones correspondientes. La ratificación de este Tratado no precisa de la unanimidad, pues como se ha dicho está fuera del sistema jurídico-institucional de la UE, basta que lo hayan hecho los depositantes del 90 % de su capital. Asume las tareas de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera. Todos los Estados miembros del euro han de formar parte del MEDE, que tendrá una estrecha relación con el FMI.

Pero las conexiones con el derecho de la UE son evidentes, pues no solo, como se ha dicho, instaura un mecanismo que permite poner en práctica las previsiones del 136.3 TFUE<sup>22</sup>, sino que atribuye al Tribunal de Justicia competencia para conocer controversias entre las partes firmantes y de estas con el MEDE, y encarga al Consejo y a la Comisión la vigilancia en su aplicación en el marco de los arts. 121 a 136 del TFUE, que son los relativos a la política económica y monetaria. La finalidad del MEDE es “movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros.” (art. 3).

El MEDE está estrechamente relacionado con el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria*, adoptado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros porque se excluyeron el Reino Unido y la República Checa. Este Tratado también está fuera del sistema jurídico-institucional de la UE, pero su contenido es reforzar la coordinación de las políticas económicas y presupuestarias y dotar a la UE de

nuevos y adicionales instrumentos para reforzar la aplicación del *Pacto de Estabilidad*. Por mucho que diga que “no afectará a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica” (art. 2.2), no cabe duda de que por medio de este Tratado se han ampliado las atribuciones de competencias a las Instituciones de la UE, especialmente a la Comisión, en aquellas materias, aunque sea un Tratado externo y suscrito no por todos los Estados miembros. Su objetivo declarado es “reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria” (art. 1.1) y debe aplicarse de conformidad con el derecho de la Unión, que incluye, hay que recordar, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. La Comisión, en cuanto guardiana de los Tratados, debería ser celosa en la defensa de los derechos fundamentales, incluidos los sociales, en el uso de este instrumento, pero no parece que hasta ahora haya mostrado especial diligencia, muy evidente con los memorándums que impusieron crueles sacrificios a Grecia. Eso, cabría esperar, debería cambiar con la Comisión actual de von der Leyen y los nuevos aires que trae el Programa *Next Generation UE*.

El TCEG impone que la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada país ha de ser de superávit o de equilibrio, consintiendo una desviación del 0,5 % del PIB. Las Partes se comprometen a alcanzar una convergencia en esa cifra lo más rápidamente posible, correspondiendo a la Comisión la fijación del calendario para alcanzarla. Al mismo tiempo, en una falta de confianza en la eficacia del propio Tratado, establece que esa disciplina presupuestaria ha de incorporarse “al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional” (art. 3.2). Las modificaciones constitucionales se hicieron adelantadamente en España en 2011 con un procedimiento de muy dudosa constitucionalidad. Las Partes contratantes que sean objeto de un procedimiento de déficit

<sup>22</sup> Llama la atención que la reforma del 136 TFUE entrase en vigor el 1 de enero de 2013 mientras que el MEDE se adoptase el 2 de febrero 2012.

excesivo habrán de presentar “un programa que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar”, reformas que acaban afectando a la regulación de la prestación de trabajo y la Seguridad Social.

La reforma del art. 136 TFUE y la adopción del Tratado MEDE suscitó serias dudas sobre su adecuación al derecho de la UE, como las que planteó el Tribunal Supremo de Irlanda en una cuestión prejudicial. El TJUE, en su sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle*, C-370/12, declaró que no había infracción del derecho de la UE ni en la reforma del 136 TFUE ni en la adopción del MEDE y sus contenidos. En el primer caso entendió que el procedimiento simplificado era correcto y en el segundo el Tribunal, teniendo que resolver sobre si el MEDE ha procedido a un aumento de competencias contrario a los Tratados de la UE, hace afirmaciones un tanto peculiares e increíbles cuando dice que “las actividades del MEDE no forman parte de la política monetaria”<sup>23</sup>. Hay que convenir que “al permanecer fuera del ámbito de aplicación de los Tratados, así como de cualquier control parlamentario, europeo o nacional, los mecanismos de soporte financiero adolecen de falta de transparencia, así como de garantías políticas y jurídicas habituales en los sistemas jurídicos de la Unión Europea”<sup>24</sup>.

La “estricta condicionalidad”, tan repetida tanto en las normas de la UE, como en las de la legalidad paralela, implican, no solo la disciplina presupuestaria que conlleva el recorte de servicios públicos y la pérdida de garantías de derechos sociales que precisan soporte institucional prestacional, sino “reformas estructurales” que como se ha dicho se refieren normalmente a las relaciones laborales y de Seguridad Social. Otro ejemplo de

la falacia de compensación. Las posibles violaciones de derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE que se cometan a través de los instrumentos que imponen la “estricta condicionalidad”, tales como los Memorandums de entendimiento que han de hacerse para dar la ayuda financiera, no son objeto de control ante el Tribunal de Justicia por ser actos considerados fuera del derecho de la Unión.

Esos instrumentos están vigentes, pero la UE, en marzo de 2020, ha decidido activar la cláusula de salvaguardia que se introdujo en el *Six Pack* y ha dejado en suspenso las reglas del déficit y la deuda ante la gravedad de la situación creada por la pandemia. Es la primera vez que se ha activado esa cláusula. Esa suspensión se aplica a 2020 y 2021 y en el segundo trimestre de este último año se revisará su mantenimiento más allá de ese límite temporal, pero, como resalta la Comisión, “la cláusula general de salvaguardia no suspende los procedimientos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Permitirá a la Comisión y al Consejo tomar las medidas necesarias de coordinación de las políticas en el marco del Pacto, pero al margen de las obligaciones presupuestarias que, normalmente, resultarían de aplicación”<sup>25</sup>. Es decir, el procedimiento del semestre europeo sigue vigente. El 21 de octubre de 2020, el Congreso de los Diputados aprobó con 208 votos a favor la suspensión de las reglas del déficit contenidas en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Estabilidad Financiera de 2012.

Las políticas de austeridad que se han impuesto en Europa en la combinación del *soft law* con medidas coercitivas del *hard law* han permitido a la Unión “intervenir incluso en espacios en los que no tiene competencias legislativas, como por ejemplo, la política salarial, poniendo en peligro la negociación colectiva”<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Para una crítica a esta sentencia vid. GUAMAN HERNÁNDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales...*, cit. pp. 107 y ss.

<sup>24</sup> MARTINEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, cit. p. 228.

<sup>25</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la activación de la cláusula de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento*. COM (2020) 123 final.

<sup>26</sup> MARTINEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, p. 241.

y, con ello, violando las constituciones nacionales que reconocen la libertad sindical como derecho fundamental de la cual la negociación colectiva forma parte de su contenido esencial. Los Tribunales Constitucionales, a la vista de la incompetencia del Tribunal de la UE, podrían entrar a enjuiciar esas medidas, no a la luz de las normas competenciales de los Tratados de la UE, sino porque la cesión de competencias soberanas tiene límites “inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional.

La cesión de competencias soberanas que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, “no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)” (*Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004*). Pero el Tribunal Constitucional de España, rompiendo su doctrina anterior, con una pobre argumentación, ha declarado compatibles con la Constitución normas de excepcionalidad económica que suponen un sacrificio de los derechos fundamentales para encarar la crisis, como si “los derechos laborales fueran prescindibles en tiempos de crisis económica”<sup>27</sup>. La degradación de los derechos sociales que vino avalada por la política de la UE anticrisis degrada la misma democracia pues “¿quién puede poner en duda que los principios rectores de la política social y eco-

nómica constituyen un fin de toda la acción del Estado, en su vertiente de Estado social, pero también democrático y de Derecho? ¿Acaso cabe poner en entredicho la indivisibilidad de los principios rectores de la política social y económica (o derechos socio-económicos) y los demás principios de la convivencia civil y democrática (o derechos cívico-políticos)? Por su naturaleza orgánica o instrumental, la estabilidad presupuestaria está en función de la estabilidad civil y política; en último término, todos los derechos son fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10.1 Constitución española)”<sup>28</sup>.

#### 4. EL INGRESO MÍNIMO VITAL Y LAS RECOMENDACIONES DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020

Las políticas de austeridad que se pusieron en práctica a partir de 2010 tuvieron consecuencias sociales devastadoras, entre ellas el aumento del desempleo, que alcanzó casi un 27 % en 2013. “La devaluación salarial” y las reformas de la legislación laboral de 2010-2012 dieron lugar a un aumento de la precariedad y a un fenómeno nuevo, la pobreza laboral para quienes incluso tenían un empleo. Aumentaron la desigualdad y la pobreza sin que los mecanismos de protección social pudieran hacer frente de forma adecuada a esta situación. El Sistema de la Seguridad Social, que es el más importante instrumento de combatir los estados de necesidad, por el peso que en él tiene la contributividad no está bien preparado para responder a las situaciones en las se encuentran muchas personas con carreras profesionales irregulares instaladas en la precariedad. Ciertamente cuenta con el colchón de las prestaciones llamadas no contributivas o asistenciales, pero estas focalizan “la protección de determinados colectivos, para quienes la situación de pobreza se cualifica o agrava

<sup>27</sup> BAYLOS GRAU, A., “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: Auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social*, nº 69, 2015, p. 29.

<sup>28</sup> JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 31.

por un elemento adicional (edad, discapacidad o menores a cargo), pero hasta ahora no protegía frente a la pobreza contemplada desde un enfoque general<sup>29</sup>. Esta situación se agravó con la crisis de la COVID 19, aunque con la legislación de urgencia orientada al mantenimiento del empleo el desempleo se quedó en un 16,13 % en 2020, con una reducción más fuerte del PIB que en 2013, pero se hace necesario un enfoque distinto para reordenar de manera eficaz y con una visión general el brazo asistencial o no contributivo del Sistema<sup>30</sup>.

Ya se ha dicho que la Estrategia Europa 2020, aunque hoy esté desbordada, preveía entre sus acciones una *Plataforma europea contra la pobreza* que redujese el número de personas en esa situación. Por su parte el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, a efectos de combatir la pobreza y la exclusión social, reconoce el derecho de aquellas personas sin recursos suficientes a percibir ayudas sociales para garantizar una existencia digna, lo que se reitera en el principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>31</sup>.

La implantación en España de un mecanismo de protección que directamente afronte las situaciones de exclusión social y pobreza vienen reclamándose desde distintos sectores. En 2017 los sindicatos confederales Comisiones Obreras y UGT presentaron en el Congreso una Iniciativa Legislativa Popular por una Renta Mínima Garantizada mientras otras voces reclaman la puesta en práctica de

una Renta Básica Universal. Esta última consistiría en la entrega a todos los individuos, se supone mayores de edad, de una cantidad dineraria de forma incondicionada. Es decir, sin exigir demostración alguna del estado de necesidad o de someterse a programas de reinserción laboral. Las Rentas Mínimas Garantizadas, por el contrario, están condicionadas a la superación con éxito de la prueba de la necesidad. Es por tanto una prestación de naturaleza asistencial y, como tal, deben sortear el difícil problema de no estigmatizar a las personas que la solicitan. Unas reglas reglas objetivas y sencillas de aplicar son imprescindibles para ello y, al mismo tiempo, hay que evitar que el aparato burocrático encargado de la comprobación del estado de necesidad no sea tan pesado que retrase el reconocimiento del derecho y suponga un coste económico alto.

Ante este panorama el Gobierno por medio del RDL 20/2020 instauró un Ingreso Mínimo Vital para afrontar, como se dice en su exposición de motivos, la situación de un 21 % de la población española en riesgo de pobreza y del 26 % de los niños menores de 16 años que viven en hogares con ingresos inferiores al umbral de pobreza. Crea un nuevo derecho social, que no tiene naturaleza temporal, sino que es indefinido y complementario de otras prestaciones provistas por los mecanismos de Protección Social<sup>32</sup>. El IMV entra a formar parte del brazo asistencial o no contributivo del Sistema de Seguridad Social. Según el art. 1 del citado RDL se trata de una “prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o integradas en una unidad de convivencia”, para ello la pieza central es la determinación de un umbral de vulnerabilidad económica que sirve a un doble objetivo: “delimitar la situación de necesidad objeto de protección y cuantificar el contenido económico de la renta

<sup>29</sup> GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones”, *Revista de Derecho Social*, nº 91, 2020, p. 39.

<sup>30</sup> Es lo que propugnan MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., en “El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 24, 2020.

<sup>31</sup> “Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de su vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que puedan trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

<sup>32</sup> RAMOS QUINTANA, M., “El Ingreso Mínimo Vital como instrumento para combatir la pobreza y la exclusión desde el Sistema de la Seguridad Social”, *Revista Hacienda Canaria*, nº 53 (2020), p. 305.



garantizada<sup>33</sup>. Para no desincentivar la incorporación al trabajo la prestación es, en principio, compatible con las rentas del trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, pero en la práctica, en el momento en que superen la cantidad fijada como límites a partir del cual se establece la situación de vulnerabilidad, será imposible la compatibilidad. El IMV esta concebido como una “última red de seguridad que complementa y no sustituye la actividad de las Comunidades Autónomas<sup>34</sup>, es decir, es compatible con las prestaciones asistenciales que por ellas se dispensen.

Se ha optado porque la gestión se lleve a cabo en cooperación del INSS, las Comunidades Autónomas y entes locales, lo que sin duda va a generar problemas. También es necesaria la intervención de las autoridades tributarias para determinar si el patrimonio de las personas solicitantes supera o no los límites previstos por la norma. La situación de vulnerabilidad se entiende producida para la persona individual, que no está integrada en una unidad de convivencia, cuando no supera la cantidad de 461,5 € al mes. Si lo está, esa cantidad se multiplica hasta 2,2 según el número de personas que la integren. Los primeros meses de aplicación de la norma mostraron que el IMV no alcanzó a todas las personas que se preveía, tal vez por la complejidad de los requisitos, lo que llevó a una modificación por el RDL-30/2020. En la actualidad se está tramitando una ley que de forma definitiva y perfeccione este mecanismo de protección contra la pobreza, pero tal vez habría que plantearse si no están afectando a su adecuada puesta en práctica también las deficiencias de personal de los entes gestores de la Seguridad Social que con la política de unas tasas de reposición restrictivas para quienes se iban jubilando han visto mermados sus efectivos, lo que inevitablemente repercute en una buena gestión.

El IMV tuvo que llegar para hacer frente, entre otras situaciones ya apuntadas, a las

consecuencias de reformas del Sistema de Seguridad Social de 2011 y 2013 que fueron un buen ejemplo del sometimiento a indicaciones hechas a través del MAC. La Ley 23/2013, precedida de los Reales Decretos-Leyes 28/ y 29/2012 y del 5/2013, se promulgó cuando la Ley 27/2011 no había entrado completamente en vigor, cosa que no haría hasta enero de 2013. Así mismo la influencia del MAC está presente en la LO 2/2012, de 27 de abril, *de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*, en cuyo art. 18.3 se establece que cuando el Gobierno “en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”. Fue lo que hizo mediante la Ley 23/2013, que en su exposición de motivos hacía referencia a las sugerencias de la UE, que, además, se habían hecho muy claras en las *Recomendaciones del Consejo de la Unión Europea de 10 de julio de 2012*. La Ley 27/2011 fue la primera respuesta ante una situación de desempleo galopante, reducción de los ingresos del Sistema y déficit de las cuentas públicas. Esta ley profundizó la lógica contributiva del Sistema y la diferenciación de sus fuentes de financiación que viene desde los Pactos de Toledo de 1995. Se hace eco de las recomendaciones del *Libro Verde* y procede a un retraso progresivo de la edad de jubilación desde los 65 años a los 67. Edad que se hará efectiva en 2027. Al mismo tiempo el periodo de cómputo de las bases de cotización pasa de 15 a 25 años y hay una nueva escala para los tipos aplicables en la obtención de la cuantía de la prestación, de tal manera que el 100 por 100 de la base reguladora se obtiene tras 35 años y medio de cotización, aunque no modificó los 15 años de periodo de carencia. Todo ello lleva a que para muchos pensionistas habrá una reducción de la pensión y, lo que es peor, una expulsión del brazo contributivo de los sujetos protegidos con una vida profesional irregular a la que el trabajo precario lleva. Es evidente que la contributividad se convierte en un mecanismo de exclusión.

<sup>33</sup> GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital...” cit. p. 41.

<sup>34</sup> GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital...” cit. p. 59.



El Factor de Sostenibilidad se define en la Ley 23/2013 (art. 1) como “un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes”. La regulación concreta es una exacerbación de la contributividad entendida ya claramente en la lógica del seguro privado. En sustancia, se trata de penalizar a quienes más vivan con el argumento ¡de la equidad!, pues se establece que a un esfuerzo contributivo similar debe corresponder una pensión igual, pero repartida durante los más años de vida, luego la pensión se reducirá. Es muy coherente con la lógica mercantil, pero no con la idea de Seguridad Social como instrumento de realización de la solidaridad. Por otro lado, esta última ley introdujo un Índice de Revalorización que abandona el de precios al consumo. Este índice tiene en cuenta diversos elementos que atienden básicamente a los ingresos y gastos del Sistema según una fórmula matemática que contiene un factor alfa para cuya determinación hay un amplio margen de discrecionalidad de la administración. La revalorización será mínima (0,25 %) en muchos casos, y no podrá ser superior al 0,25 % del IPC. La combinación de estas medidas habría traído una reducción significativa de la pensión de jubilación en un grave atentado a la suficiencia de las pensiones, de la cual la revalorización es pieza esencial<sup>35</sup>. Además, eran contrarias a la Carta Social Europea. La Decisión de Fondo de 7 de diciembre de 2012 del Comité Europeo de Derechos Sociales declaró que las reducciones de la cuantía de las pensiones sufridas por los pensionistas griegos en aplicación de las exigencias de la Troika suponen una violación del art. 12.3 de la Carta. En ese sentido el Parlamento europeo, en su *Resolución de 13 de marzo de 2014, sobre aspectos laborales y*

*sociales del papel y las actividades de la Troika en relación con los países de la zona euro sujetos a un programa*, ha hecho referencia a esa Decisión de Fondo y, así, en su apartado 26 “Recuerda que el Consejo de Europa ya ha condenado los recortes en el sistema de pensiones público de Grecia, por considerarlos una infracción del artículo 12 de la Carta Social Europea de 1961 y del artículo 4 de su Protocolo, estableciendo que «el hecho de que las disposiciones impugnadas de la legislación nacional pretenden cumplir los requisitos de otras obligaciones jurídicas no las excluye del ámbito de aplicación de la Carta»; observa que la doctrina de mantener el sistema de pensiones en un nivel satisfactorio que permita a los pensionistas llevar una vida digna es generalmente aplicable en los cuatro países y que debía haberse tomado en consideración”.

Antes de que explotara la crisis de la COVID la insatisfacción por aquellas medidas austericidas, que se refleja ya en la recién citada resolución del Parlamento Europeo, generó una gran contestación social y desapego de las instituciones, lo que llevó a que se suspendiese en España la aplicación del Factor de Sostenibilidad hasta 2023 por la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado. Por RD-L 1/2020 el índice de revalorización de las pensiones ya se hace de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo. En este sentido el Componente 30 prevé una nueva fórmula de revalorización que “ha de tomar como referencia la evolución del IPC”<sup>36</sup>. El Factor de Sostenibilidad, a la vista de su falta de consenso, debe dar paso a “un nuevo mecanismo que persiga la preservación de la equidad intergeneracional” en virtud del cual “los parámetros fundamentales del sistema serán objeto de revisión periódica en el marco del Pacto de Toledo en función del equilibrio entre población ocupada y población pensionista y del nivel del gasto agregado”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> SUAREZ CORUJO, B., *El derecho a la revalorización de pensiones*, Bomarzo, Albacete (2018), p. 11.

<sup>36</sup> Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia...*, cit., p. 13.

<sup>37</sup> Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia...*, cit., p. 20.

Más allá del Parlamento europeo en otros ámbitos de la UE se venía apreciando un cierto cambio antes incluso del programa *Next Generation UE*. En un documento conjunto sobre pensiones del Comité de Política Económica y del Comité de Protección Social<sup>38</sup> se reconoce que las reformas de las pensiones en la UE de la última década han afectado a muchos parámetros y de ello se espera que en 2070 el porcentaje del gasto en pensiones sobre el PIB sea igual que en 2016, aunque con diferencias entre países. Pero reconoce que ha habido una fuerte contestación social y que la reducción de las pensiones puede dar lugar a problemas de suficiencia, así como incrementar el riesgo de pobreza de los pensionistas cuya renta de reemplazo puede caer en muchos Estados Miembros, a menos que se pongan en práctica nuevas medidas en el mercado de trabajo y pensiones. Ponen en evidencia cuestiones de justicia y solidaridad entre diferentes generaciones y grupos sociales, así como de género y tipos de trabajo, ya que mujeres y precarios están infraprotectidos. La sostenibilidad tiene que ir de la mano de la suficiencia para que las reformas tengan una amplia aceptación social y política y se afirma que son imprescindibles pensiones mínimas garantizadas. Es de destacar que no solo mira a la reducción del gasto, sino que afirma la necesidad de buscar, si es necesario, nuevas fuentes de financiación. En continuidad con el pasado siguen insistiendo en incentivar el ahorro mediante planes de pensiones, pero sin el énfasis de antaño.

Con la explosión de la pandemia la reacción de la UE no es la misma que la adoptada frente a la crisis de 2008. No puede serlo porque la Comisión ha constatado que la caída de la economía en la zona euro será en 2020 del 7,8 %, el déficit llegará en 2020 al 8,8 % del PIB y la deuda será de 101,7 % en 2020, 102,3 % en 2021 y 102,6 % en 2022. Ante este panorama no hay otro remedio que permitir un desvío de las reglas fiscales, pero hay más.

La UE pone en marcha un programa *Next Generation UE* que canalizará fondos de 500.000 millones de euros en subvenciones y 250.000 en préstamos para los Estados miembros. La Comisión afirma en la citada Comunicación *El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la siguiente generación*: “Más allá de los esfuerzos continuados para hacer frente a la dimensión sanitaria, la UE debe dar prioridad a la dimensión social de la situación, especialmente mediante la aplicación del pilar europeo de derechos sociales. Hemos de invertir en la protección del empleo y en su creación, así como en impulsar nuestra sostenibilidad competitiva forjando una Europa más justa, ecológica y digital”<sup>39</sup>. Hay que destacar que el programa *Next Generation UE* no da espacio para que en el semestre europeo se puedan hacer exigencias por la puerta falsa para mantener o aplicar de políticas austericidas.

Este es el muy distinto contexto en el que se ha aprobado El Pacto de Toledo 2020 que se concreta en 22 recomendaciones. Hay una importante consideración preliminar en la que se puede leer: “El Pacto de Toledo se fundamenta en el compromiso firme y duradero de velar por que no se vean mermados los derechos que dimanar de la formulación social del Estado; derechos que son posibles gracias a la solidaridad intergeneracional e intrageneracional, propia del sistema de reparto, que nos vincula unos a otros por encima de la mera justicia contable que es propia de los sistemas de capitalización”, encomiable declaración que pone en un segundo plano la poca fortuna terminológica cuando afirma que debe haber un equilibrio entre “austeridad y generosidad” en las prestaciones. Estas palabras sobran ya que de lo que se trata es de suficiencia y derechos. Se pone énfasis en la defensa y mantenimiento del sistema público de pensiones que garantiza la Seguridad Social, que no han de ser básicas, sino suficientes.

<sup>38</sup> *Joint Paper on Pensions 2019*, Ref.Ares (2020) 393902 -22/01/2020

<sup>39</sup> COM(2020) 456 final, p. 7.

Las recomendaciones tratan sobre la consolidación de la separación de fuentes, el mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones, el fondo de reserva, la integración y convergencia de regímenes, la adecuación de las bases y periodos de cotización, incentivos al empleo, modernización e información al ciudadano, gestión del sistema, mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, lucha contra el fraude, contributividad, edad de jubilación, prestaciones de viudedad y orfandad, solidaridad y garantía de suficiencia, sistemas complementarios, mujeres y Seguridad Social, juventud y Seguridad Social, personas con discapacidad, trabajadores migrantes, Seguridad Social y economía digitalizada, control parlamentario y seguimiento del Pacto.

Algunas de estas recomendaciones merecen un pequeño comentario. La separación de las fuentes de financiación de las prestaciones contributivas y no contributivas es muy alabada desde 1995, pero no debe ocultarse que erosiona la solidaridad en tanto afecta a la consideración conjunta de contingencias que, sin embargo, con acierto, se reafirma para todas las contributivas. Se reconoce que en este tema hay una “posición móvil” según se valore como contributiva o no contributiva una prestación. La solidaridad viene a realizarse en el brazo no contributivo, que se refuerza con el IMV al que se ha hecho referencia, pero si no se garantiza la suficiencia de la prestación, puede llevar al asistencialismo. El Componente 30 explicita que hay una serie de gastos que soporta el brazo contributivo del Sistema que no debería hacerlo. De ese modo “se rectificaría una imagen distorsionada de desequilibrio del sistema percibida por los ciudadanos que, pese a no reflejar la situación real, está generando alarmismo e incertidumbre en los pensionistas”<sup>40</sup>. Este tema está muy ligado a la contributividad sobre la que ya se ha dicho puede convertirse en un mecanismo de exclusión y puede convertirse en una jaula que lleva a problemas de financiación.

<sup>40</sup> Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia...*, cit., p. 11.

El principio solidario de la Seguridad Social exige la ruptura del sinalagma entre cuota y prestación, por ello los esfuerzos por reforzar la contributividad, entendida como la proporcionalidad entre lo aportado y lo percibido deben ser vistos con toda sospecha. Es cierto que en los Pactos de 2020 no se pone el énfasis en este tema que tuvo en Pactos anteriores, sobre todo en 1995. De hecho, la Comisión ha sido consciente de los problemas de exclusión y sostenibilidad a los que puede llevar una exacerbación de la contributividad, en especial en colectivos como mujeres, jóvenes o personas trabajadoras precarias y para ello insiste en la suficiencia de las prestaciones para lo que habría que contar con indicadores adecuados. Estos problemas, avisa la Comisión, se pueden dar de manera muy especial en una economía digitalizada y en trabajos en plataformas por lo que recomienda garantizar condiciones laborales dignas para estos trabajadores que eviten la precariedad, al tiempo que se refuercen los mecanismos no contributivos.

Pero es necesario plantear los problemas de financiación y, en ese sentido, hay que destacar que “el compromiso de la Comisión con el sistema de reparto basado en la solidaridad intergeneracional nos lleva a alertar, en línea con recomendaciones anteriores, sobre la necesidad de corregir una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto productivo y demográfico muy distinto al de las últimas décadas del siglo XX. Si la revolución tecnológica implica un incremento de la productividad, pero no necesariamente un aumento del empleo, el reto pasa por encontrar mecanismos innovadores que complementen la financiación de la Seguridad Social, más allá de las cotizaciones sociales. Se reforzaría así la estructura financiera del sistema a través de la diversificación de las fuentes de ingresos del sistema, como un aspecto clave para garantizar su sostenibilidad económica y social”, cosa que ya viene reclamándose por la doctrina<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> VELA DÍAZ, R., “Reflexiones en torno a una Seguridad Social inclusiva y sostenible en la era de la economía tecnológica

## 5. LA CONDICIONALIDAD DE LOS FONDOS DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

El 12 de febrero de 2021 el Parlamento y el Consejo han aprobado el *Reglamento por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, aunque ya el 22 de enero de este mismo año la Comisión se adelantó al publicar el *Commission Staff Working Document. Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans*. El Mecanismo dispondrá de unos recursos de 312.500.000.000 € para ayudas financieras no reembolsables y hasta un máximo de 360.000.000.000 € en forma de préstamos a los Estados Miembros. El Reglamento destaca que esos medios han de utilizarse, entre otras cosas, para reforzar la cohesión territorial y social y el pilar europeo de derechos sociales. Consta que “la reducción del gasto en sectores como la educación, la cultura y el creativo, y en la atención sanitaria puede resultar contraproducente para lograr una rápida recuperación”.

Los Estados deben tomar medidas que mitiguen el impacto social y económico de la crisis y reducir las desigualdades y actuar en torno a seis pilares: transición ecológica; transformación digital; crecimiento inteligente, sostenible e integrador que incluya cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación; la cohesión social y territorial; salud y resiliencia económica, social e institucional; políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud (art.3). Esa actuación tiene entre otros objetivos conseguir la neutralidad climática en 2050 y un crecimiento sostenible que fomente la creación de empleo de calidad. Las ayudas se darán para objetivos concretos y la obtención de resultados. Para obtenerlas los Estados miembros deben elaborar planes que han de ser coherentes con el Programa Nacional de Reformas del semes-

tre europeo, con el que están íntimamente ligados, y han de presentarse conjuntamente antes del 30 de abril. El Consejo aprueba la evaluación de los planes para dar las ayudas. El Reglamento impone una vinculación de los planes con la buena gobernanza económica, de tal manera que el Consejo puede suspender los compromisos de pagos cuando decida, “de conformidad con el artículo 126, apartados 8 u 11, del TFUE, que un Estado miembro no ha tomado medidas efectivas para corregir su déficit excesivo, a menos que haya determinado la existencia de una recesión económica grave”, pero, hay que recordar, que está activada la cláusula general de salvaguarda. Los planes han de ser coherentes con los retos del semestre europeo, como ya se ha dicho, así como las recomendaciones más recientes que haya hecho a ese Estado el Consejo. La *Recomendación del Consejo sobre el programa de reformas de 2020 para España*, de julio de 2020, recomienda que se tomen medidas “en 2020 y 2021 con el fin de: 1. Adoptar todas las medidas necesarias, en consonancia con la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, para combatir la pandemia de COVID-19, sostener la economía y respaldar la posterior recuperación de forma eficaz. Cuando las condiciones económicas lo permitan, aplicar políticas presupuestarias destinadas a lograr situaciones presupuestarias prudentes a medio plazo y garantizar la sostenibilidad de la deuda, al tiempo que se fomenta la inversión. Reforzar la capacidad y resiliencia del sistema sanitario en lo relativo a los trabajadores sanitarios y a los productos médicos y las infraestructuras esenciales. 2. Respaldar el empleo mediante medidas encaminadas a preservar los puestos de trabajo, incentivos eficaces a la contratación y el desarrollo de las capacidades. Reforzar la protección por desempleo, en particular para los trabajadores atípicos. Mejorar la cobertura y la adecuación de los regímenes de renta mínima y de apoyo a la familia, así como el acceso al aprendizaje digital”.

El Reglamento no impone una condicionalidad consistente en modificar en un sentido o

y digital: ¿Hacia una protección social “decente”?”, *Revista de Derecho Social*, nº 87, 2019, p. 244.

en otro el mecanismo de cálculo de la pensión de jubilación ni una preferencia por un determinado sistema de revalorización, pero se puede advertir la preocupación por la pobreza, el aumento de la desigualdad y la erosión de la cohesión social que se producirían si se endurecen los requisitos de acceso a aquella y la revalorización se aleja del coste real de la vida. Es en el semestre europeo donde estos asuntos están planteados porque la burocracia de Bruselas, con cierta y criticable inercia, puede interpretar que la revalorización de acuerdo al índice de precios al consumo y no alargar el número de años para el cálculo de la base reguladora podría producir un déficit contrario a la Gobernanza económica. Pero eso no tiene mucha consistencia, no serían más que interpretaciones de los difusos términos con las que se expresan las recomendaciones no regladas. Precisamente el *Componente 30 del Plan de Recuperación, Transferencia y Resiliencia* pone el acento en la sostenibilidad a largo plazo de las pensiones públicas, para lo que identifica cuatro objetivos perfectamente realizables, tales como, la eliminación de los déficit del sistema en la línea ya señalada, incentivar la permanencia en el trabajo, garantizar el poder adquisitivo de los pensionistas vinculando la revalorización de las pensiones a la evolución de la inflación y favorecer sistemas complementarios de pensiones en el ámbito profesional<sup>42</sup>.

Es decir, hay medios para evitar ese supuesto déficit además, en el Pacto de Toledo, se señaló que: “el compromiso de la Comisión con el sistema de reparto basado en la solidaridad intergeneracional nos lleva a alertar, en línea con recomendaciones anteriores, sobre la necesidad de corregir una excesiva dependencia de las cotizaciones sociales en un contexto productivo y demográfico muy distinto al de las últimas décadas del siglo XX. Si la revolución tecnológica implica un incremento de la productividad, pero no necesariamente un aumento del empleo, el reto pasa por encontrar

mecanismos innovadores que complementen la financiación de la Seguridad Social, más allá de las cotizaciones sociales. Se reforzaría así la estructura financiera del sistema a través de la diversificación de las fuentes de ingresos del sistema, como un aspecto clave para garantizar su sostenibilidad económica y social”.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, Comisión Europea, Luxemburgo, 1996.
- BAYLOS GRAU, A., “La contracción del Estado Social”, *Revista de Derecho Social*, n° 63, 2013.
- “La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: Auge y declive de la función de tutela”, *Revista de Derecho Social*, n° 69, 2015.
  - , “Constitución y trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n° 84, 2018.
  - , “A propósito del llamado envejecimiento activo”, *Revista de Derecho Social*, n° 87, 2019.
- BEVERIDGE, W., *Social Insurance and Allied Services*, Londres, HMSO, 1942.
- BEVERIDGE, W. *Full Employment in a Free Society*, George Allen & Unwin. Ltd., Londres, 1944. Traducción española de P. López, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, A., “El protocolo europeo para el progreso social. Vicisitudes y actualidad de una propuesta para fortalecer la dimensión social de la Unión”, *Revista de Derecho Social*, n° 86, 2019.
- GÓMEZ GORDILLO, R., “El Ingreso Mínimo Vital: la pensión que aspira a ser subsidio. Análisis del RDL 20/2020, de 29 de mayo y de sus modificaciones”, *Revista de Derecho Social*, n° 91, 2020.
- GUAMÁN HERNANDEZ, A. y NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: La UE contra el constitucionalismo social*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- HABERMAS, J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni, democrazia*, Feltrinelli, Milan, 1999.
- JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MANGAS MARTÍN, A., “Post-Lisboa y la larga crisis”, Estudio introductorio al vol. *Tratado de la Unión Europea. Tratado de Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 2015.

<sup>42</sup> Componente 30 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia...*, cit., p. 4.

- MARTINEZ YAÑEZ, N., “Crisis de deuda, rescates y protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, n° 69, 2015, p. 226.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., en “El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n° 24, 2020.
- RAMOS QUINTANA, M.I., “El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n° 77, 2017.
- RAMOS QUINTANA, M., “El Ingreso Mínimo Vital como instrumento para combatir la pobreza y la exclusión desde el Sistema de la Seguridad Social”, *Revista Hacienda Canaria*, n° 53 (2020).
- “La libertad según la Carta de Niza”, *Revista de Derecho Social*, n° 45, 2009.
- SUAREZ CORUJO, B. *Sistema Público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova, 2014.
- , “La amenazada centralidad de los regímenes de reparto en los sistemas de pensiones de la Unión Europea. El caso español”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, n° 177, 2015.
  - *El derecho a la revalorización de pensiones*, Bo-marzo, Albacete (2018)
- VELA DÍAZ, R., “Reflexiones en torno a una Seguridad Social inclusiva y sostenible en la era de la economía tecnológica y digital: ¿Hacia una protección social “decente”? “, *Revista de Derecho Social*, n° 87, 2019.



**RESUMEN**

Los Pactos de Toledo son desde 1995 un mecanismo de concertación política entre las fuerzas con representación parlamentaria en materia de Seguridad Social, cuya razón de ser es poner fuera de la discusión partidista electoral los elementos esenciales del Sistema y orientar futuras reformas. Tras el acuerdo entre fuerzas políticas la concertación social juega un papel, así mismo, esencial. Sobre los Pactos, y por ende sobre las reformas adoptadas, han pesado de modo significativo las orientaciones de la Unión Europea. Las respuestas de la UE a la crisis de 2008 fueron auspiciar las políticas de austeridad que no pueden ya ser aplicadas ante la crisis de la COVID 19. La sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social no puede ignorar la suficiencia de las prestaciones ni la lucha contra la pobreza. El Programa Next Generation UE va en un sentido muy distinto de las viejas políticas de austeridad.

**Palabras clave:** Seguridad Social; Ingreso Mínimo Vital; Políticas de Austeridad; Next Generation UE.

**ABSTRACT**

The “Pactos de Toledo” are since 1995 a mechanism of political concertation among political groups with parliamentary representation on Social Security, its major goal is to put away of the political arena the essential issues of the System and to guide future changes. After the agreement among political groups, social concertation play a major role. The recommendations of the European Union (EU) have been crucial on the reforms adopted in the “Pactos”. The response of the EU to the crisis of 2008 was focused on austerity policies, which can not be applied to the actual COVID 19 crisis. The sustainability of Social Security can not ignore the adequacy of pensions and poverty reduction. The Programa Next Generation EU ignores the old austerity policies.

**Keywords:** Social Security; Minimum living income; Austerity policies; Next Generation EU.



# Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis

# The challenges of Labour Law facing the overriding of the crisis

JAIME CABEZA PEREIRO\*

---

## 1. APROXIMACIÓN

La preposición “ante” que une ambos sintagmas nominales tiene cierto sentido polisémico. Puede significar una suerte de oposición o de dique de contención, de modo que los retos se situarían “frente a” la salida de la crisis, a fin de sortear los obstáculos o los inconvenientes para salir de ella. Claro que no parece esta la interpretación más adecuada, pues en ese caso la antagonista no sería la salida, sino la crisis misma. Un segundo entendimiento consistiría en identificarla con la locución “en presencia de”, que ya no confrontaría los retos con la salida de la crisis, sino que tendría a ésta como el escenario, las condiciones o las circunstancias en las que se proponen los retos. Una tercera acepción apelaría a un elemento de comparación o, cuando menos, de relación, de modo que los retos deberían tener una entidad suficiente o un valor adecuado para superar la crisis provocada por la pandemia que estalló en marzo de 2020.

Probablemente, algo de los tres significados pueda recogerse. Hasta cierto punto, la

COVID-19 ha constituido un hiato que ha ralentizado la adopción de reformas que ya eran necesarias o perentorias desde tiempo atrás. En este sentido, habría que hacer referencia a retos ya anteriormente expresados y que, los haya influido en mayor o menor medida, la preexisten, y hay que afrontarlos después de un considerable retraso producido por las cosas urgentes, que han postergado las más estructurales. Pero también la experiencia reciente ha cambiado no solo el orden de prioridades, sino que ha descubierto o ha creado otras nuevas antes imperceptibles o inexistentes.

Los documentos programáticos más importantes expresan el punto de vista del Gobierno acerca de sus prioridades reformistas y de impulso político. En particular, hay que tener en cuenta el Programa Nacional de Reformas del Reino de España de 2021, remitido a la Comisión Europea el 30 abril 2021 y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, hecho público el 27 abril 2021. Ambos expresan unas orientaciones reformadoras del mercado de trabajo idénticas, transcritas en los dos documentos, al margen de otros argumentos ligeramente diferenciados entre ellos. Por supuesto, no son necesariamente esos los retos que debe plantearse en el corto y en el medio plazo el Derecho del Trabajo. Sin em-

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidade de Vigo.

bargo, a causa de la generalidad con la que están planteados en ambos textos, sí que pueden servir de referencia de los comentarios que van a formularse en las páginas que siguen.

Ahora bien, el análisis de las medidas laborales adoptadas con ocasión del estado de alarma en cuanto a sus objetivos y eficacia pone de relieve que algunas de ellas, aunque planteadas para afrontar la crisis sanitaria – medidas concebidas “ante” esta crisis– pueden servir en la configuración de los retos inmediatos y futuros. No se trata solo de la mayor eficacia potencial de tales medidas como instrumentos permanentes del Derecho del Trabajo interno, sino sobre todo de que pueden facilitar la consecución de algunos objetivos o incluso plantear otros distintos difícilmente alcanzables sin estas nuevas medidas. Tal vez este haz de reflexiones podría quedar algo más en la penumbra, pero no por ello es menos interesante o menos digno de ser comentado.

Además, la agenda reformadora de Gobierno no necesariamente tiene que incluir todos los aspectos que sería conveniente tener en cuenta y probablemente deja al margen algunos retos que sí sería conveniente abordar. En este sentido, los no contemplados, o que, al menos, no forman parte de las prioridades del Gobierno, también merecen alguna atención.

En el tiempo de escribir estas páginas se ha entrecruzado la presentación pública del documento que se ha ido gestando a lo largo del último año “*España 2050. Fundamentos y Propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*”, del que se van a omitir mayores comentarios. La designación de los cien expertos, a través de cooptación por parte del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, no ha desembocado en un equipo más plural, como pone de manifiesto que, en todo el texto del desafío <sup>71</sup>, y con dos honrosas excepciones, no se haga cita de ningún académico o académi-

ca, ya sea del ámbito interno o internacional, de la doctrina jurídico-laboral, en tanto que, bien al contrario, las referencias son profundas a autores adscritos a alguna otra entidad auspiciada por el Banco de España<sup>2</sup>. La mordaza que se le ha puesto a la doctrina iuslaboralista conduce a un documento –el de dicho desafío– banal, tanto desde la perspectiva analítica como, sobre todo, prospectiva, que apunta, sin duda, los grandes retos existentes, pero desde un análisis sesgado y con unas soluciones técnicamente discutibles y escasamente imaginativas.

## 2. ACERCA DE LOS OBJETIVOS EXPRESADOS POR EL GOBIERNO EN EL PROGRAMA NACIONAL DE REFORMAS

### 2.1. Los enunciados generales

De entre las veinte principales reformas del Plan de Recuperación identificadas en el Programa Nacional de Reformas, la n° 16 se titula “*nuevas políticas públicas del Mercado de Trabajo – hacia un Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI*”. El horizonte de sustituir el actualmente vigente por otro nuevo significa algo cualitativamente distinto de lo que se ha hecho a partir de 1980, que ha consistido en una sucesión muy abundante de reformas, intercaladas por sendos textos refundidos, el de 1995 y el de 2015, que han sido subsiguientes a las grandes leyes reformadoras, la Ley 11/1994, de 19 mayo, y la Ley 3/2012, de 6 julio. Es decir, el Programa expresa un propósito que marca un hiato en la legislación laboral española, cuyo Estatuto de los Trabajadores ya no tendrá una conexión directa con el originario aprobado por Ley 8/1980, de 10 marzo. Como es un compromiso programático, del cual son receptores la Comisión Europea y el Consejo de Ministros de la UE, se asume ante ambas instancias la necesidad de proceder a

<sup>1</sup> “Resolver las deficiencias de nuestro mercado de trabajo y adaptarlo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas”.

<sup>2</sup> Que cuenta, como publica en su propia web, con dieciocho investigadores asociados y con una investigadora asociada.

un cambio de la norma estructural del Derecho del Trabajo interno.

La utilización de un guion entre las dos proposiciones que enuncian la reforma nº 16 no clarifica la relación entre ambas. Podría pensarse que la segunda es consecuencia de la primera, pero no parece una interpretación razonable, porque la primera es, en apariencia, más concreta, o al menos hace solo referencia a una de las dimensiones del “mercado de trabajo”, como es la de las “políticas públicas”. De nuevo se plantea la duda de identificar esas políticas, aunque, si se contextualiza dicha proposición, parece referirse a las políticas activas de empleo, si bien entendidas éstas en su más amplia dimensión, como se expondrá más adelante. En efecto, la acción ii, de las que preceden al enunciado de las veinte principales reformas, apela a la necesidad de reforzar dichas políticas activas. Ahora bien, es legítimo preguntarse sobre otras políticas públicas de intervención de la autoridad laboral, de las que ha habido una amplia utilización a partir de la crisis de la pandemia, aunque no parece ser a éstas a las que se refiere el Programa.

Conviene tener en cuenta que la acción viii consiste en *“modernizar el marco normativo del mercado laboral, con el fin de adaptarlo a la realidad del siglo XXI y apostar por un marco de flexibilidad y seguridad que garantice la eficiencia económica y la calidad del empleo, con especial atención a los más jóvenes”*. En ella se aúnan aspectos diversos de la reforma número 16, más allá de la modernización en sí misma de la legislación laboral. Resulta de mucho interés, por una parte, comprobar que expresa la conocida dialéctica entre flexibilidad y seguridad, de la cual se perciben ciertos signos de relanzamiento. Si, en apariencia, el debate de la flexiseguridad había quedado oscurecido hace algunos años, e incluso podía pensarse que, como paradigma teórico, había sido abandonado, desde luego ello no es así. El marco por el que se apuesta y que debe ser continente de las “flexibilidades” y de las “seguridades” habrá de diseñarse, pero con toda

aparición apunta de nuevo hacia la idea de los mercados de trabajo transicionales<sup>3</sup>.

Igualmente relevante es la doble apelación a la eficiencia económica y a la calidad del empleo. Interesa incluso el orden de los factores, que en este caso sí que puede alterar el producto, por mucho que la utilización de la conjunción “y” invite a pensar que ambos valores se sitúan en el mismo plano. Por supuesto, es discutible también qué hay que entender por “eficiencia económica”, pero parece ubicarse más en el radio de los intereses de las empresas que en el de las personas trabajadoras. Incluso es susceptible de varias interpretaciones qué quiere expresarse con “calidad del empleo”, sobre todo en el contexto de la referencia previa a la flexiseguridad: si es la calidad en el contrato de trabajo o en el mercado de trabajo. Sin duda alguna, la redacción de la acción viii se enmarca en la fraseología característica de la Unión Europea, pero pone de relieve que los significados que hay detrás de los significantes pueden ser discutidos, siempre al servicio de un consenso amplio propio del método abierto de coordinación.

Menos equívoca es la alusión a los jóvenes como sujetos destinatarios del marco normativo del mercado laboral, aunque su mención plantea un interrogante bien conocido: si se trata simplemente de tomarlos en consideración especial en las políticas activas de empleo, como colectivo dotado de una problemática específica y particularmente importante, o si, además, deben ser objeto de consideración diferenciada en cuanto a los aspectos propiamente normativos. Es decir, si debe de algún modo rescatarse la idea clásica de introducir cierto nivel de régimen legal diferenciado en función de la edad –joven– de las personas trabajadoras, siempre dentro del estrecho margen permitido por el principio de no discriminación por edad. De nuevo da la impresión de que ese no ha sido el propósito del Gobier-

<sup>3</sup> Sobre este asunto, ZEKIK, N., “Job security or employment security: What’s in a name”, *European Labour Law Journal*, vol. 7, nº 4 (2019) pp. 548 ss.

no, pero siempre, y no solo en el contexto español, se ha producido una cierta pulsión hacia trascender las políticas de empleo entendidas en un sentido estricto para alcanzar la normativa laboral sustantiva. También debería añadirse, y de nuevo expresando la idea en términos generales, que casi siempre el diferente régimen se ha producido restringiendo o empeorando los derechos de las personas jóvenes poniéndolas en comparación con las más adultas<sup>4</sup>.

Uno de los factores esenciales de impulso del crecimiento y de la creación de empleo es la puesta en marcha del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y la consiguiente movilización de más de 140 mil millones de euros de inversión pública hasta 2026. Agrupado en cuatro ejes, diez palancas y treinta componentes, las reformas estructurales que afectan al mercado de trabajo se encuentran en la “política palanca” VIII –“*nueva economía de los cuidados y políticas de empleo*”– y, más en particular, en el componente 23 –“*nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”–. A este respecto, Programa y Plan confluyen en la proposición de reformas de mercado de trabajo o, más propiamente, aquél se hace eco de las propuestas en éste.

## 2.2. Elenco de reformas propuestas

El Programa y el Plan guardan un grado de coherencia notable entre los enunciados generales y las reformas que enuncian, aunque con un evidente sesgo de generalidad e imprecisión. En primer lugar, se refieren a la reducción de la dualidad, como elemento fundamental para alinear el funcionamiento

del mercado de trabajo interno con los más avanzados de entre los del entorno. Con ella, se persigue, de una parte, reforzar la inversión en capital humano y, de otra, reducir la precariedad y las brechas sociales. Al servicio de lo cual, plantean el establecimiento de un nuevo modelo laboral basado en tres tipos de contratos: uno “estable”, para el conjunto de las actividades, otro “temporal”, para las que tengan esta naturaleza y otro “de formación”, para la inserción en el mercado laboral. La simplificación debe promover la estabilidad en el empleo y asegurar que la temporalidad sirve a la naturaleza del contrato, a la vez que se genere un marco normativo adecuado para la formación.

En segundo lugar, aluden a “nuevos” instrumentos de flexibilidad interna alternativos al despido y a la alta temporalidad, que se deben referir –el texto utiliza, de forma algo equívoca la preposición “mediante”– al ajuste del tiempo de trabajo ante caídas de la demanda cíclicas o extraordinarias y al acompañamiento de procesos estructurales de transición en sectores en reconversión.

El tercer haz de reformas se refiere a la garantía del trabajo digno a través de regulaciones adecuadas del teletrabajo, del trabajo en plataformas digitales y de las subcontratas, así como de los mecanismos de negociación colectiva.

En cuarto término, se centran en las políticas activas de empleo, en concreto en la necesidad de casar las ofertas y las demandas de empleo, y ponen la atención en la necesidad de modernizar los sistemas dirigidos a tal fin. Esa modernización debe producirse a través de la digitalización de los sistemas de gestión para poder aplicar la inteligencia artificial, la cual además deberá garantizar un itinerario personalizado de formación, reciclaje y empleabilidad. Párrafos más adelante insisten en esta misma idea, aunque hacen referencia también al tema de la gobernanza y, casi entre sus ideas finales, expresan la necesidad de elaborar un plan de choque contra el desempleo juvenil ya en el primer semestre de 2021.

<sup>4</sup> Más bien se trata de una tendencia de introducir reglas especiales en cuanto a la contratación, como ha destacado la doctrina. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Condiciones laborales de los trabajadores jóvenes: precariedad, pobreza y nuevas formas de empleo”, en VV.AA. (coords. CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, B. y FLORES GIMÉNEZ, F., *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi (Navarra, 2019), pp. 231 ss.



A partir de este cuádruple enunciado, el Plan –o el Programa, que, como se ha dicho, es reiteración de aquél en lo que aquí interesa– se expresa en términos algo más desordenados. Anuncia la creación de un mecanismo permanente para la formación y la recualificación de trabajadores en procesos de ajuste empresarial, ya sea transitorio o estructural. Expresa la conveniencia de disponer de un instrumento permanente de ajuste interno de las empresas, que deberá configurarse a partir de la experiencia de los ERTES regulados y aplicados con ocasión del estado de alarma y que ha de ser alternativo a la alta temporalidad y al desempleo. Con él se afrontará la alta volatilidad del mercado de trabajo español y, combinado con el referido mecanismo de formación, mejorará el capital humano, el marco macroeconómico y el crecimiento potencial. Sin perjuicio de lo cual, apunta la necesidad de establecer un mecanismo transitorio de ERTES hasta finales de 2021 que impulse la reincorporación de los trabajadores.

A continuación, se apela, en términos generales, a la modernización de las políticas activas de empleo y al asunto mucho más concreto de la racionalización de los incentivos a la contratación, en atención al análisis de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en una yuxtaposición de planos que, claramente, deja muchos temas intermedios sin referencia explícita.

Seguidamente se hace hincapié en que la intensa digitalización en el ámbito productivo exige una modernización del marco laboral, que centra, de forma algo aleatoria, en los mecanismos de concertación social y de negociación colectiva. Al margen de los cambios normativos ya culminados en materia de teletrabajo y de trabajo de reparto a través de plataformas digitales (*riders*), de los cuales se formula un comentario de alabanza por constituir iniciativas de vanguardia, se expresa la necesidad de abordar reformas en cuanto a la regulación de las subcontratas y a las condiciones del trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

En este contexto de “lluvia de ideas”, el Plan posa su atención en la brecha de género y en el desempleo juvenil, más bien como trasfondo y a los efectos de acompañamiento de otras medidas estructurales ajenas al mercado de trabajo. La finalidad de las reformas a este respecto se centraría en *“atajar la dualidad extrema y permanente que conduce a la precariedad, la inestabilidad en el empleo, incertidumbre, baja productividad y bajos salarios”*.

También alude al método deseable de las reformas, a través de diálogo social, y subraya las que ya se han producido y se han basado en acuerdos tripartitos o bipartitos, aunque sin introducir matices sobre cada reforma particular. Insiste en que el consenso es necesario para garantizar la estabilidad en el tiempo de las normas que se aprueben. En esa senda, el diálogo debe ir alumbrando acuerdos que engendren un *“paquete equilibrado”* que permita contar con un nuevo marco laboral que encauce un crecimiento cualitativamente adecuado, rico en productividad, con mejores y mayores salarios y que además aporte certidumbre y seguridad jurídica. Ese acuerdo, que deberá producirse progresivamente a través de diferentes mesas que avancen en paralelo, debería culminar en el nuevo Estatuto de los Trabajadores del s. XXI.

Esa negociación debería producirse en paralelo, con avance más o menos simultáneo en cinco elementos básicos: 1) simplificación de contratos. 2) Nuevo mecanismo de estabilidad en el empleo y apoyo a la transición. 3) Modernización de la negociación colectiva. 4) Regulación de subcontratas. Y 5) revisión de bonificaciones.

\*\*\*

No es sencillo elaborar un hilo conductor a partir de estas referencias. El Plan reitera algunas ideas, se sitúa en planos distintos de análisis y no establece una clara jerarquía entre unas prioridades y otras. Alude al producto final –un nuevo Estatuto de los Trabajadores– y si embargo omite la más ligera referencia a

algunos de los temas que podrían o deberían incluirse, bastantes de ellos muy centrales de cualquier sistema de relaciones laborales. En este sentido, puede decirse que el documento incurre en la práctica de referirse a una parte como si aludiera al todo, con el consiguiente desajuste entre las materias que propone y las que, necesariamente, deberán ser abordadas para poder alcanzarse un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

Con todo, para poder comentar de alguna manera los retos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia recogidos asimismo en el Programa Nacional de Reformas, es procedente aludir a tres planos de reflexión: en primer lugar, al método que debe emplearse, en torno al diálogo social. En segundo, a algunos objetivos transversales, que conectan las reformas del mercado de trabajo con otros asuntos centrales del referido Plan. Y, en tercero, a una perspectiva más sustantiva, de comentario de los temas que deben ser reformados, cuyas líneas estratégicas apenas se insinúan en la mayoría de las ocasiones. Al margen de todo lo cual, el tema de las políticas activas de empleo requiere un comentario aparte, por sus connotaciones específicas, parcialmente separadas del marco regulador de las relaciones laborales.

### 2.3. Sobre el diálogo social como método

La invocación al diálogo social tripartito, que aglutina al Gobierno y a los “principales agentes sociales” plantea un *modus operandi* claro, que opta por una legislación basada en la concertación social. Se trata de un procedimiento bien conocido y comentado sobre el que no cabe ahora expresar mayores disquisiciones teóricas<sup>5</sup>, pero sí algún comentario de contexto. Sin que sea necesario ahora recordar todo el elenco de acuerdos alcanzados, puede

expresarse que se ha generado un escenario en que el consenso, más allá de ser factible, constituye una expectativa razonablemente esperable. Tal vez se ha hecho de la necesidad virtud, pero da la impresión, en todo caso, de que la técnica de los acuerdos puntuales ha sido muy fructífera, y no solo en temas necesariamente vinculados a la pandemia –como ejemplo y estandarte, todas las sucesivas renovaciones de la normativa de los ERTES-COVID-19– sino en otros algo más autónomos, como la normativa del teletrabajo, de los repartidores de plataformas digitales o, pese al hiato de 2021, en materia de SMI. Claro que estos buenos precedentes se enfrentan ahora a las grandes dificultades que atraviesa el diálogo social bipartido, en relación sobre todo con la renovación del AENC.

Con estos precedentes, la cuestión consiste en que el diálogo tripartito se erige como requisito previo a la puesta en marcha de las reformas. De modo que se plantean interrogantes subsiguientes que hay que despejar, en torno, en particular, a los tiempos y a los procedimientos. Se trata de asuntos que siempre pertenecen al ámbito de las cuestiones menores, pero que condicionan mucho el resultado final, como enseña la ya considerable experiencia histórica interna y de cualquier sistema de relaciones laborales. Que se anuncie el acuerdo social como exigencia de cualquier reforma o que se enuncie como un objetivo deseable sitúa a los actores en posiciones distintas, en particular a las partes sociales. Incluso dentro de la segunda alternativa, que se manifieste claramente la intención de legislar en la hipótesis de estancamiento de las negociaciones tiene su importancia, como la tiene la propia dimensión que se le atribuya a dicho estancamiento. Por supuesto, la mayor o menor premura que imprima el Gobierno, como parte que maneja el calendario a los efectos de la formalización de propuestas normativas, resulta decisiva, en toda una escala desde el establecimiento de unos plazos muy breves hasta una tendencia a la procrastinación en la toma de decisiones. Como es esperable y adecuado, nada de todo esto consta en el Plan,

<sup>5</sup> Para un planteamiento de gran interés, que además suscita el contraste con una época inmediatamente anterior, CRUZ VILLALÓN, J., “La concertación social en la reconstrucción del contrato social”, *Gaceta Sindical*, nº 22 (2014) pp. 185 ss.

antes bien pertenece solo a la esfera de las declaraciones públicas de los distintos protagonistas.

Sí que se sugiere, en cuanto al procedimiento, que va a ser progresivo, de pequeños pasos y mediante negociaciones separadas: diferentes mesas avanzan en paralelo para lograr un acuerdo de base. Es decir, aparentemente se va a seguir una técnica de pequeños acuerdos, que confluyan para que pueda alcanzarse el “Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI”. Seguramente, es más eficaz, para evitar un condicionamiento de todo el proceso a la consecución de un acuerdo global, pero al mismo tiempo planteará más reticencias, en particular desde la perspectiva de los intereses teóricamente más alejados de los propósitos anunciados por el Gobierno.

Es evidente que el diálogo social al que se alude es al tripartito, sin que se exprese argumento alguno en torno a la evolución del bipartito entre las partes sociales. Ahora bien, tiene cierto interés, como indicio, que se aluda, como ejemplo de diálogo que encauzó reformas ya adaptadas, al que propició la regulación de los planes de igualdad. Como es bien conocido, culminó en un acuerdo bipartito entre el Gobierno y la parte sindical, ante el desacuerdo de la patronal. Lo cual, probablemente, constituye una advertencia implícita de que el concurso de las tres partes no será imprescindible para emprender las reformas legales que se debatan en el marco de este proceso. Desde luego, los Decretos 901/2020 y 902/2020 no fueron los primeros ejemplos de normas resultantes de acuerdos firmados por el Gobierno solo con la parte sindical. Incluso hay antecedentes, algo más remotos de este tipo de acuerdos propiciados por Gobiernos sustentados por el partido de la derecha.

#### 2.4. Reforma laboral y objetivos transversales

Como no podía ser de otro modo, el Programa Nacional de Reformas guarda una inte-

rrelación entre unos objetivos y otros, sin que puedan considerarse los previstos en el concreto marco del mercado de trabajo aisladamente de los demás. Las afirmaciones que se incluyen en el Programa y en el Plan deben conectarse con los restantes ámbitos temáticos e interpretarse sistemáticamente. Dentro del propio espacio dedicado a las reformas de contenido laboral se expresa en diversos pasajes esta conexión, que debe ser tenida en consideración como contexto, también para prever el contenido y el alcance de las futuras normas.

Por ejemplo, la productividad y el crecimiento general aparecen ya en el encabezado de las reformas propuestas, como objetivos que deben conseguirse, además de la creación de empleo de calidad, a través del buen funcionamiento del mercado laboral. En particular, el reto de la productividad se reitera también en relación con el desempleo juvenil y con la brecha de género. En esta misma orientación, cuando se hace referencia al mecanismo interno de ajuste de las empresas, se pronostica que va a contribuir a un marco macroeconómico más estable. Por lo demás, la reducción de la brecha de género y del desempleo juvenil se expresan como objetivos transversales del paquete de reformas laborales.

En referencia al diálogo social, el Plan convida a “soluciones equilibradas” que afronten los desequilibrios existentes, pero que no generen “rechazo social y efectos secundarios indeseados”. El término “equilibrado” reaparece en relación con el nuevo marco laboral, de nuevo ligado al crecimiento y a la productividad, pero con el añadido de que debe producir “certidumbre y seguridad jurídica”.

La productividad, el crecimiento y la estabilidad del marco macroeconómico son objetivos apriorísticamente neutros en la orientación que se le pueda imprimir a la reforma laboral. O, por expresarlo más adecuadamente, normas de distinto signo pueden ampararse en ellos, por más que hayan sido tradicionalmente invocaciones que han justificado reformas de corte restrictivo de los derechos laborales o, si se prefiere, de “flexibilización”

del mercado de trabajo. Es más, algunos coliden recíprocamente en alguna ocasión, como es propio de la macroeconomía –vg., crecimiento con estabilidad–. Con todo, parecen incorporados deliberadamente al relato como referentes que invocan la buena gobernanza.

Más difícil es interpretar qué se quiere decir con “soluciones equilibradas”. Se reconoce que existen desequilibrios de partida, pero se quieren evitar el rechazo social y unos “efectos secundarios” que no se describen. Como tales referencias se formulan con ocasión de la llamada al diálogo social, suena a música de moderación o de equidistancia entre ambas partes sociales. Implícitos como la competitividad, la adecuación dinámica de las plantillas a las necesidades de la demanda o la adaptabilidad a los cambios de ciclo económico emergen como referencias tácitas de esas expresiones. Lo cual, de nuevo, no es incompatible con cambios legales de direcciones diversas, pero que, contextualizadas en la trayectoria de las reformas laborales pasadas, advierte de un rumbo concreto, no precisamente dirigido a reequilibrar la creciente posición de subordinación de los trabajadores producida por las mismas.

Algo parejo sucede con las expresiones “certidumbre y seguridad jurídica”, ambas referidas al “nuevo marco laboral”. También las dos expresan valores comúnmente aceptados en el ámbito jurídico-laboral y que tienen que ver con la calidad de las normas y de la interpretación legal que se hace de ellas. Sin embargo, pasadas por el tamiz de las últimas reformas, parecen aludir a valores contra los cuales la propia jurisprudencia se rebeló. La objetivación de las causas empresariales de despido, como objetivo de la reforma laboral de 2012, consistía en limitar el ámbito de interpretación jurisprudencial y despojar a la Jurisdicción Social de la competencia para formular juicios de razonabilidad sobre la medida extintiva empresarial. Por otra parte, “certidumbre” también parece referirse a un tema de gran debate en el contexto italiano, como es la previsibilidad en la cuantía del despido injustificado, un valor que, como se describirá someramente, el Tribunal Constitucional de

ese país ha considerado irrazonable e inconstitucional.

En resumen, podría decirse que la planificación de los cambios en la legislación laboral se expone salpicada de expresiones en sí mismas neutras, pero que remiten claramente a reformas de “flexibilización” y recorte, en una jerga que se ha consolidado con el tiempo a partir de 1994. Tal vez no se trate más que de acomodar los retos planteados a los conceptos del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, pero más bien da la impresión de que se utiliza un lenguaje asumible y amable hacia la parte económica, que en sí mismo no es negativo, pero que sin duda puede condicionar el diálogo social a través de unos documentos iniciales plagados de sobreentendidos. Aunque también es plausible pensar que en la última redacción del Plan anida también cierta voluntad con vocación intensa de consenso con la parte patronal. Como los contenidos de las reformas perseguidas se enuncian de forma bastante esquemática, cabría en la mayoría de las ocasiones que el diálogo social se decante hacia las tesis de dicha parte, sin que el Gobierno defienda necesariamente una postura contraria.

## 2.5. Comentario sobre los contenidos sustantivos de la reforma

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia pone el acento en asuntos que son, sin duda, retos fundamentales del mercado de trabajo español. Los términos de los cambios legales están enunciados, como ya se ha expresado, con notable ambigüedad. Sin embargo, se añaden las más de las veces algunas apreciaciones que permiten vislumbrar ciertos criterios de partida. Agrupándolos temáticamente, podrían resumirse en unas pocas ideas generales.

### 2.5.1. *En cuanto a las modalidades de contratación*

La simplificación de los contratos no es un propósito nuevo, sino que hunde sus raíces

ces tiempo atrás. Quizá lo innovador, con esta idea de contemplar un contrato estable, otro temporal y otro de formación/prácticas, reside en eliminar modalidades que tradicionalmente se consideraron esenciales. Ahora bien, se plantean no pocas dudas en tono a las tres modalidades. En primer lugar, en cuanto al contrato “estable”, debe ser, obviamente, el eje para perseguir el objetivo expresado de la promoción de la estabilidad en el empleo. Parece que se identifica con el actual indefinido ordinario, por más que evoque a otros paradigmas teóricos, y resulta creíble que absorba todas sus variantes establecidas como medidas de fomento de la contratación indefinida. Ahora bien, no es fácil prever cómo va a engullir el contrato fijo-discontinuo, salvo que se admita, como parece plausible, que se trata de una variante a medio camino entre el indefinido ordinario y el contrato a tiempo parcial fijo. Incluso debería añadirse que es previsible una modulación del contrato estable, en particular si se erradican algunas formas de contrato temporal como el de relevo, o se plantea el objetivo de “estabilizar” las vinculaciones contractuales entre las empresas de trabajo temporal y los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias. Es decir, el carácter monolítico de ese contrato estable no parece imposible, pero sí complicado de establecer en el contexto general del sistema de contratación laboral.

Dicho sea de paso, no se realiza la más leve referencia al trabajo a tiempo parcial, cuya regulación actual parece, por utilizar la terminología del Pacto, bastante “desequilibrada” y es, sin duda, una de las razones más evidentes de la brecha de empleo y de condiciones de trabajo en perjuicio de las mujeres. Esta omisión no debería oscurecer la necesidad que existe de un cambio profundo del régimen legal hoy contenido en el art. 12 ET, que garantice, como quiere el Programa Nacional de Reformas, una más equilibrada combinación de intereses. Por expresarlo en términos comparativos, no parece razonable un modelo en el que a las personas con jornada reducida por motivos de guarda legal les resulte más adecuado man-

tener la condición de trabajadores a jornada completa por la infra-protección del contrato a tiempo parcial, muy en particular en términos de flexibilidad horaria.

Más discutible resulta, quizá por lo escueto de la referencia, que solo se diga de los contratos temporales que “responden a la naturaleza del trabajo”<sup>6</sup>. Bien está que se restrinja la causalidad y, en particular, que se fundan en un solo contrato los de obra y servicio y de acumulación de tareas, que han sido los mayores instrumentos del fraude de ley en la contratación temporal en este país. Algún que otro reparo plantea el asunto de que no se contemple expresamente un mecanismo de sustitución de trabajadores con reserva de puesto de trabajo, salvo que se postule un cambio drástico en la forma de proveer tales sustituciones. Pero, sin duda, el centro de la discusión debe consistir en resolver cómo acotar la contratación temporal, con alguna o algunas de las medidas que contempla la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. A este respecto, la singularidad de la realidad española en relación con otros sistemas europeos ha residido en un mayor empeño en el problema de la causalidad, frente a otros más atentos a la duración máxima o a la limitación de encadenamientos. Dicho en otras palabras, el problema del sistema interno, en mi opinión, reside sobre todo en la tolerancia hacia vinculaciones largas –por ejemplo, de cuatro años, en el caso de los contratos de obra, o sin límite definido, en el de los contratos de interinidad–, en las generosas excepciones a los límites al encadenamiento de contratos –sobre todo, la que sitúa a la persona afectada al inicio del período de cómputo después de un período “de barbecho”–, o en la infructuosa remisión a la negociación colectiva –que debería ser subsanada legalmente– en cuanto a la rotación de varias personas con contratos temporales en el mismo puesto de trabajo. Más bien, la historia enseña que la pretensión

<sup>6</sup> Para algunas propuestas concretas, CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup>B. y CABEZA PEREIRO, J., “El gran pacto social que debería es- perar”, *Labos*, vol. 2, n.º 1 (2021) pp. 124 ss.



de encauzar la temporalidad con una mayor exigencia causal ha sido hasta la fecha fracasada. Es más, la referencia del Plan a la “naturalidad” del trabajo parece algo naíf.

Sí que habría que añadir que no debe obviarse en este debate la regulación del período de prueba, en particular en lo que atañe a su duración. Como se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones y se expresa con toda claridad en no pocos sistemas comparados, en ese asunto radica la intersección de la protección del despido con la flexibilidad de entrada<sup>7</sup>, aunque no tanto en el sistema español, por su larga y apasionada relación con la temporalidad. La trasposición del art. 8 de la Directiva 2019/1152 constituye una inmejorable ocasión para una revisión normativa a este respecto.

Más adecuada parece la referencia a un único contrato “de formación”, que unifique los dos actuales contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje. Y que incluso aúne –tal vez– alguna relación laboral especial de marcado cariz formativo. Realmente, la reforma que ha habido en 2011 del contrato para la formación y el aprendizaje ha aproximado la lógica de ambas modalidades, incluso estableciendo una relación secuencial entre uno y otro cuando los certificados obtenidos con éste pueden ser aptos para la formalización de un contrato en prácticas. También es adecuado que no se apellide el contrato resultante de la fusión como “temporal”, pues tal vez el plazo no deba ser un elemento constitutivo del mismo, sino unas especialidades o reglas accesorias que caractericen a un contrato estable a lo largo de un determinado período. Pero más discutible es que se exprese que el dicho contrato tenga como finalidad “en particular” la inserción en el mercado laboral, pues con ella se vuelve a aproximar demasiado el objetivo de las vinculaciones formativas al fomento del empleo de colectivos jóvenes. Es decir, la empleabilidad de los mismos sin duda queda for-

talecida radicalmente mediante un contrato formativo, pero su inserción y crecimiento en el mercado de trabajo es un objetivo que debe pertenecer más a las políticas activas de empleo que a las reglas sobre contratación, por más que no deben establecerse compartimentos estancos entre unas y otras.

### 2.5.2. *Sobre los instrumentos de flexibilidad interna*

Aparentemente, en cuanto a esta materia se ha producido una mala selección de asuntos. La apelación a un mecanismo “de ajuste del tiempo de trabajo ante caídas de la demanda cíclicas o extraordinarias” no parece tener demasiado espacio real como propuesta de reforma en contraste con la normativa vigente. Es cierto que la regulación del tiempo de trabajo aun cuenta con espacios abiertos a una flexibilización mayor, pero en cuanto a aspectos que no pertenecen estrictamente a ese ajuste. Es bien conocida la oposición de las organizaciones empresariales al plazo de preaviso para la puesta en marcha de la jornada irregular, o la importancia del límite de la jornada ordinaria de nueve horas a salvo de que se pacte otra cosa mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa. Pero, en términos generales, la regulación del art. 34.2 ET parece suficientemente inclinada a favor de esa flexibilidad, al menos como para que tenga que ser un reto prioritario de reforma. Antes al contrario, da la impresión de que, en cuanto a los períodos de referencia, la legislación interna tensa claramente los límites de la Directiva de tiempo de trabajo. A mayor abundamiento, las últimas modificaciones, procedentes de diciembre 2013, han ampliado más todavía el poder de dirección del empresario. Como elemento de contraste, el RD-Ley 10/2020, de 29 marzo, al regular el permiso retribuido de la Semana Santa de 2020 –arts. 2 y 3– se mantuvo en unos umbrales de referencia claramente menos flexibles que los del art. 34.2. En todo caso, un repaso por la negociación colectiva, en particular la de unidades empresariales, pone de relieve que esos mecanismos de ajuste del

<sup>7</sup> Sobre este tema, VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., “Common ground in European Dismissal Law”, *European Labour Law Journal*, vol. 3, nº 3 (2012) pp. 215 ss., en particular p. 220.



tiempo de trabajo no son una necesidad que debe priorizarse en los cambios legales más o menos próximos.

Distintas consideraciones habría que expresar en cuanto a los procesos de ajuste empresarial, a los cuales se liga un mecanismo de formación y recualificación de los trabajadores. El Plan alude tanto a los procesos de carácter transitorio como estructural, pero no añade, en cuanto a los segundos, que, a partir de la sólida experiencia de los ERTES derivados de la pandemia y del estado de alarma, deben erigirse como instrumentos alternativos a la alta temporalidad y al desempleo, y como amortiguadores de la fuerte volatilidad del mercado de trabajo español.

Es indudable que la sucesión de los ERTES tramitados a partir de marzo 2020, a través de los progresivos marcos normativos, ha producido una rica experiencia<sup>8</sup>. También lo es que las medidas puestas en marcha han adolecido, por motivos bien explicables, de una desatención evidente hacia la formación y la recualificación de trabajadores. Ambas pertenecen, por supuesto, al marco de la empleabilidad y de las políticas activas de empleo, pero ostentan una importancia central en estas fases de ajuste y reestructuración de las plantillas. De nuevo emerge en este contexto el asunto del acompañamiento a las transiciones profesionales, tanto desde la empresa como desde el ámbito público<sup>9</sup>. En este sentido, una de las propuestas que se intuyen detrás de estas ideas básicas probablemente sea la de “adelantar” los procesos de recolocación de trabajadores y regularlos también en el art. 47 ET, como una especie de “*outplacement preventivo*” que fortalezca la empleabilidad de las personas afectadas por ERTE.

<sup>8</sup> Me remito a mi estudio *ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas*, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 456 (2021) pp. 11 ss.

<sup>9</sup> Sobre este tema, como estudio de gran interés, NAVARRO NIETO, F., “Medidas sociales de acompañamiento del empleo”, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2021) pp. 247 ss.

La esencia de la suspensión de contrato y reducción temporal de jornada del art. 47 siempre ha consistido en procurar la conservación del propio contrato de trabajo. Ahora bien, está por ver si puede tener eficacia como mecanismo de reducción de la temporalidad, como expresa el Plan. Hasta ahora, la negociación colectiva ha expresado una relación directa entre las jornadas irregulares y los ERTES suspensivos, en particular a través de la regulación de las denominadas “bolsas de horas”. Pero es difícil predecir un vínculo entre disminución de los contratos temporales y regulación de los mecanismos de ajuste de las plantillas, a salvo de que las reglas del art. 47 se liberalicen sensiblemente, y a buen seguro más de lo deseable. Como elemento de contraste puede tenerse en cuenta el contrato de trabajo fijo-discontinuo, que con todas sus flexibilidades no fue realmente una alternativa a la contratación temporal, como tampoco lo fue la hiper-flexibilidad del contrato de trabajo a tiempo parcial.

En resumidas cuentas, sería bastante con que los ERTES sirvieran a su función de preservar los puestos de trabajo, sin que deban plantearse sobre ellos expectativas para fines para los que no han servido tradicionalmente. Del mismo modo que en sistemas comparados instituciones como el *short-time working* o el *kurzarbeit* han tenido un objetivo fundamental de mantenimiento de los empleos<sup>10</sup>, ese mismo debiera ser el de los ERTES. Con el añadido de que sus reformas deberían destinarse más bien a perfeccionar la eficiencia de esa finalidad, sin duda mejorada a lo largo de la pandemia, en particular para las suspensiones y reducciones de jornada por fuerza mayor.

Sí que debería pensarse en reformas relativas a los expedientes extintivos, que corrigieran las disfunciones de la reforma de 2012, que, en resumidas cuentas, se centraron más

<sup>10</sup> Sobre este tema, es de gran interés el documento del *European Network of Public Employment Services* “Short-time work schemes in the EU”, Comisión Europea (2020).

bien en aligerar los requisitos para los despidos colectivos que en perseguir otro tipo de propósitos. Si de lo que se trata es de que el procedimiento de ajuste sirva, como quiere el Plan, a la finalidad de transitar hacia otro tipo de trabajos o sectores, en este caso habría que reforzar los aspectos más “transicionales” de la regulación interna, en particular todo lo que tiene que ver con las medidas sociales de acompañamiento<sup>11</sup>. En particular, habría que generalizar las medidas previstas en el art. 51.10 ET a todos los trabajadores, con independencia del número de personas afectadas por la medida extintiva, y alcanzando por supuesto los despidos objetivos del art. 52 c) y cualquiera que sea el tamaño de la empresa. Como es evidente, una medida de este tipo implica un importante esfuerzo público, porque las medidas de acompañamiento no pueden ser soportadas, obviamente, por la mayoría de las pequeñas empresas. Pero no cabe duda de que debe ser una medida clave en el contexto de las estrategias de flexiseguridad.

Hay otro debate en torno al despido en el contexto de las medidas de ajuste, relativo a la necesidad de revisar la normativa para encastrarlo más como la solución última a las dificultades por las que atraviesa la empresa. Si esa condición de *ultima ratio* se negó expresamente en la reforma laboral de 2012 y, si ahora el protagonismo de las medidas de ajuste debe tenerlo en el futuro inmediato ese mecanismo permanente no extintivo que se desarrolle a partir de la experiencia en los ERTES, es razonable concluir que debe desandarse parte del camino andado en dicha reforma, en un doble sentido: por una parte, en el ámbito de la causa, para subordinar la procedencia de la medida extintiva a la ineficacia en el caso concreto de las medidas no extintivas. Por otra, en el territorio del procedimiento, y en particular en la redefinición del papel de la autoridad laboral, en el seguimiento, control,

y acompañamiento de la medida empresarial. Es, desde luego, coherente un incremento de las capacidades de actuación de la autoridad pública con la libertad de establecimiento y de “des-establecimiento”, en los términos en los que el TJUE ha definido las reglas del juego<sup>12</sup>. Y, sin duda, resulta conveniente admitir que, al menos con carácter excepcional y no como regla general, la Administración laboral debería ostentar competencias dirimentes o arbitrales. Por otra parte, de nuevo hay que repetir que en este papel público también está en juego la eficacia de las medidas de ajuste como palancas de transición a otros trabajos o sectores.

### 2.5.3. *En referencia a la regulación de las subcontratas*

El Plan pone énfasis en la necesidad de abordar una más adecuada regulación de esta materia, pero sin dar demasiadas orientaciones sustantivas, más allá de tres asuntos que aparecen relacionados más o menos directamente con ella. De un lado, entronca la regulación adecuada de las subcontratas con la garantía de un trabajo digno. De otro, sitúa a la intensa digitalización como marco de esta regulación, contando con los mecanismos de la negociación colectiva y de la concertación social. Además, invoca el empleo de calidad, la mayor productividad y los mayores salarios, aunque sin vincular esos tres temas directamente al tópico de las subcontratas.

Como ha habido alguna proposición de ley decaída en la antepenúltima legislatura, podría pensarse en un rescate de parte de sus contenidos, si bien el método de la concertación social como requisito previo condiciona esa posibilidad. Ciertamente, sobre posibles propuestas de regulación de las subcontratas ha habido multiplicidad de pronunciamientos. A los fines que ahora se persiguen, es suficiente con expresar que la reforma de esta materia

<sup>11</sup> Sobre este tema también TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas”, *Reestructuraciones empresariales...*, pp. 305 ss.

<sup>12</sup> En particular, en el asunto C-201/15, *Iraklis*, sentencia de 21 diciembre 2016.

reviste un elevado grado de complejidad, que invita a descomponerla en varias cuestiones más sencillas. Por enunciar algunas de ellas, sin acompañar necesariamente una toma de postura:

1.– Una definición de qué se entiende por “subcontrata”, no tanto desde la perspectiva de la cadena de negocios jurídicos que puede haber entre una empresa principal y una última auxiliar, sino de las modalidades contractuales a las que se refiere el término. Porque si, tradicionalmente, había una serie de contratos mercantiles o administrativos típicos vinculados a él –sobre todo, los contratos de ejecución de obra y de servicios– lo cierto es que los últimos lustros se han caracterizado por una multiplicación de las modalidades contractuales, nominadas e innominadas, que ponen en relación a dos empresas, una de las cuales realiza un trabajo para otra<sup>13</sup>. Por ejemplo, ha existido y existe una cierta controversia hacia la aplicación del art. 42 ET a diversos contratos de comercialización y de intermediación y se ha producido una doctrina legal no del todo segura ni exenta de contradicciones internas<sup>14</sup>. Evidentemente, como reconoce el propio Plan, la intensa digitalización plantea mayores retos de concepto, en el contexto de relaciones que se desarrollan a través de aplicaciones digitales o manejo de *big data* e inteligencia artificial. Como mera afirmación aproximativa, habría que postular una interpretación amplia de las instituciones de responsabilización de empresas relacionadas comercialmente entre ellas por lo que respecta a las garantías de los trabajadores.

2.– Una referencia a las actividades que se subcontratan. A su vez, esta referencia debe

<sup>13</sup> Expresando esta tendencia ya hace años, VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2008.

<sup>14</sup> Por ejemplo, y en una orientación protectora de los derechos de los trabajadores, el TS considera que constituye propia actividad de la empresa principal la de la auxiliar, que celebró con aquélla un contrato de agencia para mediar, formalizar y promover la venta y contratación de los productos y servicios producidos y prestados por la contratante. Se trata de STS de 21 junio 2016 (rcud. 2147/2014).

desdoblarse en otras preguntas derivadas. Principalmente, si es trascendente y hasta qué punto, que haya una proximidad entre la actividad de la entidad principal y la de las accesorias y con base en qué criterios se define la mayor o menor cercanía. Asimismo, qué relevancia tiene que una empresa auxiliar se dedique a uno único, a unos pocos, o a una gran variedad de servicios que pone a disposición del mercado. Además, si se puede subcontratarse cualquier cosa o hay determinados límites dentro de los cuales la empresa no puede recurrir a la externalización.

3.– Una precisión de qué empresas o entidades pueden ser principales y subcontratistas, y si las reglas deben ser distintas en atención a la naturaleza y carácter que las definen. Por ejemplo, en torno a la dicotomía entre empresa pública y empresa privada cabe preguntarse sobre la pertinencia de las reglas distintas que introduce la legislación de contratos públicos. O debe discutirse si las normas de definición y extensión de responsabilidades deben o no deben atender al tamaño de las empresas, a los efectos de no extender cargas excesivas a las más pequeñas. O si es admisible la figura del trabajador autónomo en la última capilaridad de una red de subcontratación, desde luego común y tradicionalmente aceptada en el sector de la construcción, pero muy discutible desde la perspectiva de que no exista una subordinación más o menos implícita. O, en otro orden de asuntos, si es conveniente restringir el número de eslabones en la cadena de subcontratación, al estilo de como se ha hecho en el art. 5 de la Ley 32/2006.

4.– Una regla de remisión a un régimen convencional que deba aplicarse como red mínima de condiciones de trabajo, que puede ser, alternativamente, el sectorial o el de la empresa principal, en atención a una serie de criterios objetivos, en particular la identificación de la entidad auxiliar como una empresa multiservicio, que debería llevar aparejada una aplicación matizada del principio de igualdad en relación con las condiciones de trabajo de la empresa cliente. Deberían acompañarse normas específicas de particular responsabi-

lización de la entidad principal cuando la actividad contratada descansa exclusivamente en mano de obra y no en la provisión de medios materiales o virtuales accesorios.

5.– Una normativa diáfana y técnicamente adecuada de atribución de responsabilidades solidarias a la empresa principal que trascienda el aspecto salarial y clarifique los aspectos de Seguridad Social y seguridad y salud en el trabajo. En particular, debe abandonarse el criterio de la propia actividad en la asunción de aquéllas y convertirse en regla general la comunicación de responsabilidades hacia la empresa principal, entendiéndose por tal la que esté en cualquier eslabón superior de la cadena de subcontrataciones.

La subcontratación constituye uno de los aspectos sobre los que tradicionalmente se han cernido más dudas acerca de la capacidad de actuación de la negociación colectiva, por la posible incidencia de las normas relativas al Derecho de la Competencia. Para superar estas dudas, sería especialmente importante que la regulación legal hoy contenida en el art. 42 ET contenga remisiones expresas sobre algunos aspectos acerca de los cuales los convenios colectivos aplicables en las empresas clientes, fundamentalmente los sectoriales, puedan establecer requisitos mínimos que deban cumplir las empresas auxiliares.

#### 2.5.4. La “modernización de la negociación colectiva”

Detrás de esta expresión no parece que pueda encerrarse el tópico de “derogar los aspectos más lesivos de la reforma de 2012”, porque esto último supondría, por lo menos en cierta medida, una vuelta atrás, no una modernización. Es paradójico que el Plan la califique como una de las reformas “de mayor calado” y, sin embargo, no exprese ninguna pauta objetiva para los cambios legales. Solo se formulan afirmaciones generales, en cuanto al marco del diálogo social, referidas a la superación de “desequilibrios existentes sin generar

*rechazo social y efectos secundarios indeseados*”. Asimismo, se expresa, sin una relación explícita con la reforma del marco legal de la negociación colectiva, que debe lograrse un “paquete equilibrado” para encauzar un crecimiento con empleo de calidad, productividad y buenos salarios. En realidad, es la misma técnica, anteriormente comentada, de generar conceptos de moderación a través de unas expresiones susceptibles de interpretaciones variadas pero que evocan, esencialmente, el mantenimiento del *status quo*.

Es probable que la ausencia de criterios más precisos obedezca también a la dificultad de partir de un consenso inicial incluso en el seno del Gobierno. Con todo, resulta más que discutible plantear un objetivo reformador ausente otro criterio distinto que modernizar. Por supuesto que es preciso actualizar no pocas reglas en materias como –y sobre todo– la incardinación del convenio en el sistema de fuentes –actual art. 3 del ET–, o también el procedimiento de negociación colectiva, la resolución de los conflictos colectivos o la promoción de nuevos contenidos de la negociación colectiva, entre otros asuntos. Pero, más que en ellos, la reforma debería proyectarse –o, al menos, así se espera– sobre los tópicos más centrales y “políticos” del sistema español. Sin descuidar los problemas de legitimación, precisamente los denominados como “aspectos más lesivos de la reforma laboral” se han identificado comúnmente con la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre determinadas materias, con la limitación a la eficacia ultra-activa del convenio colectivo y con el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo culminado con un arbitraje tripartito.

No parece necesario abordar aquí un comentario detallado sobre esos tres asuntos, que han dado lugar a la contraposición de posiciones diversas y que, en parte, aparecen abordados desde una perspectiva diríase que excesivamente contemporizadora con ambas partes en el documento “España 2050”. Sí que me parece oportuno realizar dos afirmaciones,

una más descriptiva y otra más de decantación.

En cuanto al aspecto descriptivo, debe reconocerse que todos esos tópicos –los tres que capitalizaron la reforma de 2012 en sus aspectos colectivos y el de la legitimación para negociar– son indudablemente los más políticos de la regulación del modelo interno de negociación colectiva. Esta afirmación viene a cuento porque, indudablemente, cualquier reforma de los mismos es política, y no precisamente una más que otra. La decantación de las reglas en un sentido u otro tiene unas consecuencias más o menos previsibles, de tal modo que no necesariamente las soluciones más pretendidamente “técnicas” sean las menos políticas. En consecuencia, sería razonable expresar con claridad qué criterios se persiguen: si una centralización o una descentralización de la negociación colectiva, la prioridad de los convenios sectoriales o los de empresa, el tratamiento deferente hacia la pequeña o la gran empresa, la estabilidad o la inestabilidad de las normas convencionales, la mayor o menor imperatividad de sus mandatos ante los mecanismos de ajuste, etc. Por supuesto, algunas respuestas tienen que ser matizadas, pero en todo caso con unas orientaciones generales.

En el espacio de opinión, si hay un aspecto lesivo de la reforma de 2012 –y, en realidad, también de la de 2011– que sería necesario revertir, ese es, a mi juicio, el de la postergación de los niveles intermedios de la negociación colectiva, en detrimento de las organizaciones territoriales, pero, muy en particular, de las pequeñas empresas y de sus asociaciones representativas de intereses. No es casual que una gran cantidad de convenios provinciales de sector hayan caducado y otras tantas unidades de negociación se hayan abandonado *de facto* a causa de la extinción de entidades patronales cuya principal misión consistía precisamente en negociar y gestionar esos convenios, fundamentalmente los provinciales de sector. En particular, una parte no desdeñable del problema elevado de congelación salarial que ha caracterizado el modelo espa-

ñol post-crisis se ha producido por las grandes dificultades que ha habido para renovar los convenios de estos ámbitos. Por supuesto, la revisión retributiva se ha ido encauzando, pero no con la suficiente rapidez como para que el lastre que ha supuesto el desdén de estos convenios haya desaparecido. En todo caso, la adaptación a los ámbitos funcionales y territoriales descentralizados es una misión que difícilmente puede desarrollarse con eficacia en un modelo de polarización entre las unidades centralizadas y las de empresa.

Un apunte adicional en relación con esos expresados “*desequilibrios existentes*” se refiere a la doctrina constitucional que abunda en el marcado carácter legal del contenido del derecho de negociación colectiva (SSTC 119/2014 y 8/2015). No debe olvidarse que el Reino de España está obligado por el Convenio ° 154 OIT y, en consecuencia, por su art. 5, de fomento de la negociación colectiva. La interpretación del art. 37 CE debe realizarse, por consiguiente, tomando en consideración este instrumento internacional y, del mismo modo, cualquier reforma ha de salvaguardar y hacer efectiva la dimensión promocional de aquella por la que opta el referido convenio. En ese sentido, las reformas que postulan las formas más débiles de interlocución social tales como la información y la consulta, si esa postulación se realiza en detrimento de la negociación colectiva, no parecen del todo congruentes con los principios del mismo.

## 2.6. El tema de las políticas activas de empleo

Por densidad, es sin duda uno de los protagonistas del Plan por lo que respecta a los retos del mercado de trabajo. El programa coherente de reformas al que hace referencia pasa por un profundo cambio de estas políticas, a las que se apela desde diferentes ángulos: desde el de la intermediación laboral –casación de ofertas y demandas de empleo–, hasta la mejora de la empleabilidad de colectivos desfavorecidos, en particular de las personas jó-



venes y considerando la necesidad de ciertos déficits estructurales, con intenso hincapié en cuanto al desarrollo de la digitalización y de la inteligencia artificial y a la prestación de una atención personalizada a través de itinerarios individuales. Asimismo, la política de incentivos aparece como uno de los aspectos controvertidos, sobre todo a partir del análisis crítico de la misma por parte de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

En este aspecto, al margen de cierto nivel de desorden, puede expresarse que están algunos de los mayores desafíos de estas políticas, aunque se omiten algunos importantes, a los que habrá que aludir. En cuanto a los que están de algún modo aludidos, pueden formularse algunas reflexiones adicionales, a las que seguirá un apunte de aspectos indebidamente omitidos, alguno de los cuales es de una importancia capital.

En cuanto a la intermediación, se alude sin más a una “modernización”, que se liga a otros asuntos próximos. De nuevo el Plan no expresa ninguna idea adicional de cómo debe producirse esa modernización, de modo que solo pueden plantearse hipótesis, a partir de un denominador común, que consiste en la ineficacia del sistema español de intermediación laboral. Lo cual casi puede reconocerse como una máxima de experiencia, o como una evidencia generalmente aceptada, pero que no responde a un sistema de evaluación o de revisión de indicadores de eficacia. Cuando en 2010 se regularon las agencias de colocación con ánimo de lucro, la disposición adicional primera del RD 1796/2010 enunció unos indicadores de eficacia sobre los que no ha habido más noticias. Generalizando esta afirmación, el asunto de fondo consiste en que, como en cualquier otra parcela de las políticas activas de empleo, el primer obstáculo consiste en que nunca se ha puesto en marcha un sistema real de evaluación por objetivos, de modo que no puede valorarse de una forma precisa el grado de eficiencia de la intermediación, sea pública o privada. Probablemente, muchos de los empleos que se obtienen a través de una

intermediación informal tienen su origen en una actuación de los agentes públicos o privados de empleo, sin que en tal caso se compute en grado alguno la actuación de empleo como exitosa. Por otra parte, los mecanismos de información y colaboración entre la intermediación pública y privada cuentan, por decirlo de forma amable, con un amplio margen de mejora, por más que se haya dado algún pequeño paso a partir de 2010. Con todo, el más evidente problema que se ha producido en la pasada década ha consistido en contraponer una intermediación pública con otra privada y contrastar el nivel de eficacia de una y de otra. Bien al contrario, la experiencia comparada muestra que solo a partir de un sistema público eficiente y robusto puede desarrollarse una iniciativa privada asimismo eficaz que complemente adecuadamente el sistema público. En este sentido, y he aquí uno de los grandes temas omitidos en el Plan, el nivel de dotación de medios personales, materiales y virtuales de los servicios de empleo, en este caso, sobre todo –aunque no únicamente– de los autonómicos, es un asunto crítico. Además, y como se ha insinuado, el establecimiento de un sistema coherente y eficaz de evaluación forma parte ineludible de esa agenda modernizadora.

Además, y todavía en el terreno de la intermediación, se plantea un asunto de conceptos, en relación con qué actividades merecen considerarse como de intermediación. El asunto tiene que ver con la herencia del monopolio público, que ha producido un entendimiento restrictivo del concepto, solo superado hace pocos años cuando se expresó sin ambages que las actividades de recolocación de trabajadores eran inequívocamente de intermediación. Sin embargo, quedaron al margen, y por lo tanto en la penumbra, las actividades de selección de trabajadores, en su momento aludidas por el art. 40 dos de la Ley 51/1980, básica de empleo, para excluirlas de la consideración de agencias privadas de colocación y, por consiguiente, de la prohibición de éstas. Lo cual, de alguna forma, produjo un continuismo tácito en la Ley de Empleo desde su prime-



ra versión de 2003, que las dejó al margen de la intermediación. Actualmente, el art. 33 del texto refundido permite expresamente que las agencias de colocación desarrollen la actividad de selección, como algo diferenciado de las de intermediación laboral. Como consecuencia de lo cual, han florecido desde hace ya tiempo entidades de diversa dimensión y objetivos centradas en una actuación teóricamente previa a la colocación, pero de límites casi indescifrables con ésta. No se trata de poner en tela de juicio la función social que desarrollan dichas entidades, ni de desarrollar una mayor labor de fiscalización hacia ellas, pero sí de generar un concepto más inclusivo de intermediación a los efectos de que se incremente la transparencia, la colaboración y el intercambio de información y, en consecuencia, la efectividad de las políticas activas de empleo.

La mejora de la empleabilidad constituye el otro gran reto de las políticas activas de empleo expresado en el Plan. Probablemente, habría que alterar el orden, porque la intermediación eficaz es una consecuencia de unas buenas políticas de empleabilidad. Desde luego, la existencia de itinerarios personalizados constituye un requisito de una buena política en esta materia. Ahora bien, tarea previa al itinerario es la de realización de un perfilado adecuado a la persona que recurre a los servicios de empleo, cuyo contenido debe administrarse de forma cuidadosa para que no se incurra en consecuencias de estigmatización. Con todo, la individualización es un requisito indispensable de las políticas de empleabilidad, para poder plantear objetivos individuales, así como para poder ofrecer a cada demandante de empleo los servicios de orientación, formativos o de experiencia laboral más adecuados a sus necesidades, y plantearle objetivos al mismo tiempo adaptados, alcanzables y ambiciosos. A este respecto, habría que añadir que sería necesario regular de nuevo el compromiso de actividad, para que deje de ser el documento estéril que es desde su introducción con ocasión de la reforma de 2002.

Por lo demás, en torno a los retos de la empleabilidad se comprueba en mayor medida, si

cabe, la necesidad de dotarse de unos recursos personales, materiales y virtuales adecuados a las exigencias de unos servicios públicos modernos. En términos de número de efectivos, los servicios de empleo españoles no resisten la más mínima comparación con otros sistemas de políticas activas mucho más proactivas<sup>15</sup>. Y, en cuanto al manejo de *big data* y la creación de algoritmos inclusivos y no discriminatorios al servicio de la empleabilidad y de la intermediación, es necesario un gran avance por parte del Sistema Nacional de Empleo. En particular, resulta necesario coordinar el manejo de un gran caudal de datos y de la inteligencia artificial con la normativa de protección de datos, en torno al fin social de muy especial relevancia al que sirve el tratamiento de esta información masiva, en los términos del art. 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679.

Todavía en torno a la empleabilidad, el Plan alude a la particular problemática de la población joven. Sin duda, hay algunos aspectos normativos que convendría recoger, en particular en torno al propio concepto de persona joven y, tal vez, una regla general de justificación de diferencias proporcionadas en las condiciones de trabajo con el objetivo de procurar legítimos objetivos de políticas de empleo. Pero, más allá de estas referencias, más que normas lo importante es dotar suficientemente programas que puedan ser eficientes. De hecho, en la Ley 18/2014, de 15 octubre, y sus sucesivas modificaciones, se incluyen unos contenidos impropios de una ley. Incluso sería aconsejable que el registro específico de la garantía juvenil se fundiera en el SISPE, para un tratamiento más adecuado de la información, sin compartimentos estancos innecesarios. Por lo demás, y desde luego, el propio programa de la garantía juvenil requiere de una profunda revisión que, tal y como están las cosas, precisará de una modificación a fondo de dicha ley.

Finalizando con los asuntos relativos a las políticas de empleo expresamente aludidos en

<sup>15</sup> Confróntese, por ejemplo, el documento de OIT *Public Employment Services in Europe. Germany*, Notes ILO (2015).

el Plan, hay que hacer referencia a los incentivos a la contratación, que deben simplificarse y racionalizarse, de acuerdo con el diagnóstico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. No es nueva la preocupación por la ineficacia de dichos incentivos, la maraña de normas más o menos coyunturales que los regulan y la ausencia de unos principios ordenadores. Llama la atención, en particular y a modo de ejemplo, el especial rango que tienen las ayudas al trabajo autónomo, bastantes de ellas contenidas en la propia Ley 20/2007, de 11 julio, sobre todo a partir de la muy discutible Ley 31/2015, de 9 septiembre. A este respecto, debería optarse por un modelo de incentivos al empleo unificado en un instrumento que los incluyera sin excepción alguna, y que se reformulara con una cadencia plurianual, probablemente con la misma periodicidad de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, a cuyo desarrollo serviría de instrumento. En línea de principio, que determinados incentivos se enquisten en normas con rango de ley parece bastante desaconsejable.

Ya en cuanto a los temas omitidos en el Plan, hay uno estructural y básico, que consiste en la financiación de las políticas activas de empleo. Si se pretende –como debería pretenderse– que las personas usuarias de los servicios de empleo gocen de auténticos derechos subjetivos, más allá de la programática pero inefectiva cartera de servicios contenida en el RD 7/2015, de 16 enero, la dotación de unos fondos suficientes a las Administraciones territoriales constituye una necesidad previa. Con esta finalidad, habría que modificar las bases del sistema. No es posible desarrollar unas políticas activas suficientemente organizadas en las que las CCAA ostentan amplias competencias cuando la financiación que reciben éstas se produce básicamente a través de la técnica de las subvenciones y cuando el Fondo de Políticas de Empleo del art. 24 del texto refundido de la Ley de Empleo no es más que una entelequia. No es realista ni proporcionado pretender que las CCAA vayan a sostenerlas con fondos propios –al margen de los que puedan proceder de la UE– si se tiene en cuenta que las normas

de transferencia de finales de los noventa y comienzos de este siglo no fueron sino pírricas consignaciones económicas, de empleados y empleadas públicos y de bienes inmuebles inventariables, sin que hubiera en ellos, a diferencia de la transferencia de educación o sanidad, el más pequeño sesgo de asunción por parte de las CCAA de derechos básicos de la ciudadanía. Por consiguiente, es imprescindible una revisión de esas reglas de transferencia, seguramente mediante una modificación a fondo de la legislación presupuestaria y de financiación. Y no solo es necesaria en cuanto a las CC.AA., sino también, por lo que inmediatamente se pasa a decir, a las Corporaciones Locales.

La legislación de empleo no ha incorporado realmente la dimensión local de las políticas de empleo, más allá de las insustanciales referencias del art. 4 del texto refundido. Además, la posición que Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales ostentan en cuanto a esta materia es totalmente subalterna de la de las CC.AA., muy a pesar de que las experiencias de intermediación y activación son particularmente ricas y aparentemente eficaces en los ámbitos más descentralizados. Puede decirse, por lo tanto, que la incorporación de las Administraciones Locales y su articulación con las demás Administraciones territoriales constituye una de las grandes necesidades para un sistema mucho más eficaz e integrado. A tal fin, serían necesarias tres líneas de actuación: la primera consistiría en reconocer el empleo como una competencia propia de las Corporaciones Locales, particularmente a través de una reforma del art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 abril, con las evidentes consecuencias que se derivarían de ese reconocimiento. En segundo lugar, se requeriría incorporar a estas entidades a la gobernanza del Sistema Nacional de Empleo, con una posición propia y autónoma, diferenciada de la de las Comunidades Autónomas. Y, en tercero, sería necesario articular una gobernanza descentralizada mediante una actuación de todos los agentes, públicos y privados, en los niveles descentralizados, sean municipales o supramunicipales, mediante las figuras administrativas que sean oportunas.

Una tercera cuestión fundamental que debería tratarse es la relativa a la prestación asistencial por desempleo. Aunque no es, propiamente, un asunto de políticas activas, está más relacionado con ellas de lo que, en apariencia, podría parecer. Evidentemente, el establecimiento y la regulación del Ingreso Mínimo Vital –IMS– exige un replanteamiento del subsidio asistencial para evitar los solapamientos entre ambas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Pero, trascendiendo de este debate, el subsidio asistencial debe reformularse teniendo en cuenta su vertiente de instrumento de activación –que lo diferencia, al menos tal y como está concebido, del IMS–, hasta la fecha solo insinuada en relación con la renta activa de inserción. Para conseguir esa finalidad, la gestión del subsidio debería ser confiada a los mismos ámbitos descentralizados en los que se desarrollan las políticas activas de proximidad, al modo de como se organizan en Alemania a través de los *Jobcentres* y dotarlo de una flexibilidad mucho mayor para ser administrado en dichos ámbitos, aunque siempre dentro de la normativa y de los criterios generales que se establezcan desde la Administración Central.

Sí que se hacen referencias constantes en el Plan –y no solo en el contexto de los retos del mercado de trabajo– a la formación para el empleo que, sin duda, constituye el principal instrumento de empleabilidad. No pocos aspectos de la Ley 30/2015, de 9 septiembre, se han revelado como fallidos, en particular los referidos a la participación de los interlocutores sociales a través de las nonnatas estructuras paritarias sectoriales y, sobre todo, los que tienen que ver con una rigidez excesiva en la concepción de la oferta formativa. Pero, trascendiendo de estos debates, que deberían abocar en todo caso a una reforma de cierto calado de dicha norma, sin duda el gran déficit en el ámbito de la formación de nuestro sistema consiste en la falta de unos genuinos derechos subjetivos de los trabajadores, como garantía de su empleabilidad dinámica. Los derechos que la reforma de 2012 introdujo en el art. 23.3 ET apenas son tales, si se tienen

en cuenta los amplios periodos de referencia –quinquenales–, su denegación a las vinculaciones contractuales inferiores a un año y la falta de un régimen efectivo y explícito de responsabilidades a las empresas por su incumplimiento, al margen de las administrativas-sancionadoras previstas en la LISOS. Sobre esta materia, crucial en la prevención del desempleo estructural, casi todo está por avanzar. Hasta ahora, solo ante situaciones de reorganización productiva se contempla con mayor extensión la pertinencia de acciones formativas. Es decir, cuando ya se ha producido alguna patología o, al menos, una causa empresarial económica, técnica, organizativa o de producción.

### 3. LOS RETOS SILENCIADOS

La sola referencia al “*nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI*” remite implícitamente a una serie de cuestiones añadidas que solo pueden ser apuntadas en las páginas que siguen, algunas de índole más de estructura y otras más referidas a aspectos sustantivos.

#### 3.1. Cuestiones de estructura: algunas características del nuevo Estatuto de los Trabajadores

Es necesaria la referencia al grupo FIDE que en 2016 elaboró el último documento doctrinalmente relevante sobre la renovación del Estatuto de los Trabajadores<sup>16</sup>. No puede decirse, un lustro después, que esté desactualizado, de tal modo que una remisión a sus Conclusiones es necesaria y permite no tratar todos los temas incluidos en un texto bastante integral y omnicomprensivo. No se trata de estar de acuerdo con todas ellas, ni con la mayoría de ellas, sino de partir del elenco de

<sup>16</sup> Véase “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11 (2016) pp. 1069 ss.

asuntos que aborda y de algunas de las posiciones que describe.

En este apartado, se trata de dar respuesta a dos preguntas, que además están entrelazadas entre sí, y de concluir con una breve reflexión acerca de las fuentes del sistema jurídico-laboral. Dichas dos preguntas consisten, por una parte, en el reto de impregnar el Estatuto de los Trabajadores de los derechos fundamentales –como proponía la Conclusión 5 del grupo FIDE–, en particular (aunque no solo) de algunos relativos a la intimidad y a la protección de datos, sobre todo en relación con la revolución digital, y, por otra, de identificar qué contenidos deben incluirse en el Estatuto de los Trabajadores y qué otros deben quedar fuera.

Sobre la primera de ellas, es evidente la fuerte vocación constitucional de la norma laboral básica. Es imposible regular las instituciones principales referidas al contrato de trabajo, a los derechos de representación y de negociación colectiva, o a otros derechos diversos, sin tener en cuenta la dimensión de la protección y desarrollo de los derechos fundamentales en el trabajo. Es igualmente cierto que algunos de los derechos de la sección primera, sin menoscabo de la importancia de los demás, son más susceptibles de desarrollarse de forma más o menos conflictiva o complementaria en el contexto de la prestación de servicios. Del mismo modo, la experiencia de más de cuarenta años de vida casi simultánea del Estatuto de 1980 y del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve su interdependencia, en particular en cuanto a preceptos que, implícitamente, guardan una relación estrecha con algunos de esos derechos.

Pero, precisamente, esta fuerte vinculación produce algunas consecuencias indeseables, como una artificial descomposición de contenidos. Precisamente hay un ejemplo muy claro en cuanto a los derechos digitales con la LO 3/2018, de 5 diciembre. Al margen del derecho a la desconexión digital, cuya regulación en el art. 88 de dicha norma –al que su disposición final primera le niega la condición de norma orgánica– es sistemáticamente

errónea, los demás asuntos regulados en los arts. 87, 89 y 90 –uso de dispositivos digitales, de dispositivos de videovigilancia y grabación de sonidos y de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral– se desgajan del Estatuto de los Trabajadores en aplicación del art. 81.1 de la Constitución.

En este sentido, hay una tensión en la remisión del art. 35.2 CE a una ley, por hipótesis ordinaria, para regular el Estatuto de los Trabajadores y ese cariz que tienen muchas normas laborales de reglas de desarrollo de derechos fundamentales. No parece adecuado una disgregación de contenidos por este motivo; antes bien sería razonable una vuelta a la norma laboral básica de algunos contenidos dispersos –otro buen ejemplo sería la cláusula de conciencia de los profesionales de la información de la LO 2/1997, de 19 junio–, seguramente a través de la técnica, seguida desde hace años por no pocas leyes orgánicas, de deslindar, en una de sus disposiciones finales, entre preceptos que tienen la condición de ley orgánica de otros que no la tienen. Como parece evidente, la LO 3/2018 es un precedente discutible por esa orientación disgregadora, tanto más criticable en cuanto a la regulación de la desconexión digital, a la que no se le asigna condición de legislación orgánica.

Sobre la identificación de contenidos, es otro asunto bien discutible. Poco a poco, las normas que regulan aspectos concretos del contrato de trabajo, del mercado laboral o de las relaciones colectivas han proliferado, produciendo un efecto de que el Estatuto de los Trabajadores es una norma básica, pero parcial. Lo cual, en principio, no tiene que calificarse de pernicioso, como prueba el propio Estatuto de los Trabajadores vigente, que prevé en su disposición adicional octava –como ha sido previsto, sin resultado práctico alguno, desde 1980– la ordenación de la materia laboral en un Código. Es decir, un Estatuto no tiene que equipararse a un código, pero tampoco tiene que ser caprichoso el elenco de materias que se incluyen y que se excluyen.

El ET convivió casi desde el principio con legislación separada en materia de empleo.

Le siguió, aunque con una historia algo compleja, la normativa de infracciones y sanciones laborales. Más tarde, a partir de 1994, se amplía el elenco, primero con la Ley de empresas de trabajo temporal, y más tarde con prevención de riesgos laborales, comités de empresa europeos, desplazamientos transnacionales por razón de servicios, subcontratación en el sector de la construcción... Algunas materias se regularon, a través de oportunas y muy escuetas habilitaciones legales, mediante normas reglamentarias. Tal fue el caso de las relaciones laborales especiales, previstas en la disposición adicional segunda del ET de 1980, o de las jornadas especiales, entre otras. Las infracciones laborales constituyeron un título IV del Estatuto de los Trabajadores en el texto refundido de 1995, pero ese título desapareció con ocasión de la refundición de la LISOS en 2000. La normativa de conflictos colectivos ha permanecido siempre en la penumbra, contemplada parcialmente en algunos preceptos del tít. III ET, pero conviviendo con normativa extraestatutaria, en particular la del RD-Ley 17/1977, de 4 marzo.

Podrían traerse a colación más datos. Con todo, la tendencia disgregadora tiene tintes poco razonables, que incluso ponen de relieve ciertas incoherencias. El ejemplo de la desconexión digital ya ha sido puesto de manifiesto, aunque tal vez la mejor ubicación sistemática del art. 88 de la LO 3/2018 hubiese sido la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Pero, por poner otros dos casos recientes contrapuestos, no tiene mucho sentido que la regulación del trabajo a distancia “salga” del Estatuto de los Trabajadores, máxime si se pone en contraste con la normativa recientemente aprobada de los repartidores de plataformas digitales, que modifica el Estatuto de los Trabajadores.

En mi opinión, hay parcelas de la legislación laboral que han ganado sustantividad y autonomía propia, de modo que sería inconveniente contemplarlas en el nuevo Estatuto de los Trabajadores. Los ejemplos de la regulación de las relaciones laborales especiales –cosa distinta es su discutible rango legal–,

de la seguridad y la salud en el trabajo, del empleo o las infracciones y sanciones o, si acaso, de las empresas de trabajo temporal, ésta con sus derivaciones relativas a prestamismo transnacional y a centros portuarios de empleo, pueden ser buenas referencias.

En contraste, tengo la impresión de que las remisiones a normas legales que se encuentran en la sección 2ª del capítulo segundo, Tít. I de la Constitución en relación con los derechos “de los ciudadanos” –las del art. 37, además de la genérica del art. 35– deberían componer los pilares del Estatuto de los Trabajadores. Incluyéndose, así pues, la regulación general del contrato de trabajo, aunque habiéndose desgajado la regulación de la seguridad y la salud en el trabajo, además de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos, estos últimos dotados de una autonomía sistemática en relación con la regulación de la anterior. Además, y como reflejo de los pilares teóricos sobre los que se fundamentó la Constitución española de 1978 a este respecto, deben incluirse también los derechos de participación, aunque solo en su regulación básica y dejando fuera la materia de las estructuras empresariales de dimensión europea. Se trata, sin duda, de una contemplación clásica de su estructura. Quizá lo más diferenciado de este esquema consista en la flexibilidad de su naturaleza normativa, para que pueda incluir materias de las remitidas por el art. 81 CE a Ley Orgánica.

Una anotación adicional es necesaria acerca de la regulación de las fuentes de la relación laboral. No cabe duda de que el actual art. 3 del ET responde a un momento en el que la correlación entre las fuentes del Derecho del Trabajo era distinta que en la actualidad, en particular en cuanto a la negociación colectiva y en el que el sistema español se concebía como básicamente cerrado sobre sí mismo, sin el impacto directo de la normativa internacional y, muy en particular del de la Unión Europea. Desde 1980 los poderes normativos han sufrido un desplazamiento tectónico de gran magnitud, que debería traducirse en una defi-



nición y descripción muy distinta de la que se diseñó ya hace más de cuarenta años. Por supuesto que el espacio de la costumbre y de los principios generales del derecho son asuntos de relieve, pero menos trascendentes que las relaciones entre fuentes estatales o pactadas, que pueden deducirse de la interpretación de otros preceptos del ET, pero que convendría describir con rigor técnico en un precepto introductorio, como sucede actualmente.

No es este el espacio para desarrollar un cuidadoso análisis de fuentes, sino solo de apuntar un aspecto puramente formal, que consiste en la pertinencia de incluir en el Estatuto de los Trabajadores la regulación de las fuentes del Derecho del Trabajo, como norma común aplicable a toda la legislación laboral. Evidentemente, podrá haber luego ciertas modalidades en normas específicas –vg., en la Ley 31/1995, de 8 noviembre, en el sentido de que la única funcionalidad de la negociación colectiva consiste en mejorar los mínimos legales o reglamentarios–, o incluso en el ET –por ejemplo, en cuanto a la preferencia de ciertos ámbitos negociales para regular determinadas materias–. Pero, sin duda, el ET tiene que regular en su articulado las fuentes como *lex generalis*.

### 3.2. Algunos aspectos sustantivos

Hay determinadas materias que han sido orientadas en unos sentidos u otros a través de sucesivas reformas y que merecerían un análisis, también desde la óptica de un nuevo Estatuto que dé respuesta a las necesidades actuales. Entre otras muchas, el poder de dirección, la clasificación profesional y la movilidad funcional, todas ellas muy afectadas por la reforma de 2012. O las relativas al despido indirecto en sus diversas modalidades, sobre las que se plantean no pocos problemas de política legislativa. O en relación con ciertas situaciones suspensivas del contrato de trabajo, en particular aquellas relacionadas con diversas situaciones de Seguridad Social, asimismo discutibles en su regulación vigente. O tam-

bién en cuanto a la sucesión de empresa, en cuyo seno las responsabilidades de la empresa saliente y de la entrante serían merecedoras de un intenso debate de política legislativa. Habría que abrir un amplio debate asimismo sobre la potestad disciplinaria de la empresa, su ejercicio y sus límites. En definitiva, el tránsito anunciado a un nuevo Estatuto de los Trabajadores exigiría discutirlo casi todo. No obstante, algunos tópicos, omitidos en los documentos programáticos del Gobierno y apenas considerados en las mesas de diálogo social, merecerían una consideración particular. Sobre ellos, bastan unos pocos planteamientos generales.

#### 3.2.1. Sobre los derechos de información, consulta y representación

Aunque no como una prioridad entre las reformas más perentorias, se trata de un tema al que se alude con cierta regularidad, en particular por parte de la doctrina académica. Hay un consenso generalizado sobre la necesidad de adaptar las estructuras representativas a las nuevas realidades de las empresas y de los procesos productivos, con unas propuestas variadas, pero en parte concurrentes<sup>17</sup>. Esta necesidad, además, se ha acrecentado a causa de la revolución digital, que ha envejecido más si cabe los tradicionales sistemas de representación y participación en la empresa. Son retos, desde luego, de necesaria consideración, cuya reforma se ha demorado más de lo debido. No en vano, la última reformulación intensa del modelo se produjo en 1994, pero centrada casi en exclusiva en el procedimiento electoral. Ni siquiera la trasposición de la

<sup>17</sup> Por su encuadramiento en la situación actual y su proyección futura, basada en amplios consensos doctrinales, es muy interesante el estudio de CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., "El modelo español de organización y representación de los trabajadores en la empresa: un modelo en crisis", en VV.AA. (Coords. SANGUINETI RAYMOND, W. y CABERO MORÁN, E.), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español, del profesor Manuel Carlos Palomeque López treinta años después (1986-2016)*, Comares (Granada, 2017) pp. 393 ss.



Directiva 2002/14/CE con ocasión de la Ley 38/2007 fue una oportunidad adecuada para una actualización de las normas del Tít. II.

También es reiterada la llamada a reformular las reglas subjetivas por lo que respecta a las fases de consulta ante medidas de reorganización productiva, con tomas de postura igualmente bien conocidas. La generalización de las comisiones *ad hoc*<sup>18</sup> configuradas por representantes casuales sin cargos representativos solo ha sido contrarrestada en la normativa de respuesta a la pandemia, que en todo caso marca una orientación clara de futuro en la que la representación sindicalizada va a ser ampliamente preferida. Sin embargo, está pendiente que se generalice esta opción y, además, que en relación con ella se resuelvan ciertos problemas técnicos relativos, en particular, a la adopción de decisiones en el seno de las comisiones negociadoras.

Pero, al margen de estos asuntos, hay un reto más soterrado sobre el que convendría tomar postura. En torno a los derechos de participación “débil”, y ya se trate de la mera información o también de la consulta, la historia legislativa pone de relieve una falta de eficacia de la normativa en vigor, que se arrastra desde bastantes años atrás. No se trata de que el sistema español se califique como de implicación débil por parte de los trabajadores y sus representantes, sino de que los derechos que se reconocen de una forma explícita, básicamente en el art. 64 ET, no tienen apenas incidencia en la conformación de la voluntad de la empresa en la adopción de sus decisiones. El problema no reside solo en que se desconozcan, no se cumplan o no se exijan –que probablemente también–, o en que las sanciones por su incumplimiento no tengan apenas efectividad fuera del marco

administrativo-sancionador. Más bien, hay un problema añadido de estructura normativa. El art. 64 es un precipitado de derechos informativos y de consulta sobre los que faltan unas reglas de procedimiento adecuadas y que no condicionan en ningún caso la plena eficacia de la medida empresarial en caso de desconocimiento<sup>19</sup>. Quizá la dificultad estriba en que el mismo órgano de representación social acreedor de estos derechos es el que negocia en la mayoría de los casos los acuerdos de empresa y, en su caso, el convenio colectivo de empresa, de forma que la interlocución “débil” queda difuminada por la negociación colectiva. Sin embargo, también es verdad que hay un problema de técnica legal, que convendría afrontar mediante una reforma intensa de las reglas hoy contenidas en dicho precepto estatutario, que seguramente deben mejorarse formalmente. La finalidad consiste no tanto en que los derechos sean coercibles, sino en que, de verdad, los mecanismos de participación influyan en la toma de decisiones de la empresa, para lo cual fueron concebidos.

### 3.2.2. *Modificaciones sustanciales que alteran acuerdos colectivos*

Es cierto que la STC 8/2015 expresamente argumentó sobre la constitucionalidad del art. 41 en su redacción resultante de la Ley 3/2012. El contraste entre la negociación colectiva y los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de inaplicación de convenios ha sido, sin duda alguna, una de las discusiones más intensas ya a partir de la reforma de 1994. En su regulación actual, como quiera que la diferencia entre modificaciones individuales y colectivas se basa en exclusiva en los umbrales de perso-

<sup>18</sup> Para un interesante análisis descriptivo, ROLDÁN MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. A., “Las comisiones *ad hoc* en los procesos de reestructuración empresarial”, en VV.AA. (Coords. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo (Albacete, 2017) pp. 395 ss.

<sup>19</sup> Un análisis de mucho interés en GARRIDO PÉREZ, E., “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2020) pp. 289 ss., en particular pp. 320 ss.

nas afectadas, ha pasado a un segundo plano la fuente de la que procede la condición que se modifica.

Ya dejando de lado el debate de constitucionalidad, la inestabilidad que eso produce en cuanto a las relaciones laborales en la empresa es manifiesta. Al margen de los procedimientos de consultas, puede dejarse sin efecto cualquier pacto extraestatutario, acuerdo de empresa o instrumento negociado al margen de las reglas del Tít. III E.T. Además, la pobreza de los mecanismos de información y consulta, como se ha expresado, contribuye a una situación en la que hay un “desequilibrio” –volviendo a la expresión del Pacto– muy considerable, y un predominio del poder de dirección del empresario por encima de la negociación colectiva informal. Solo una vez superados los umbrales de personas afectadas, se retorna a la lógica de la exigencia de un dialogo social previo a la toma de decisiones, en un régimen congruente con el implantado en la reforma de 1994.

Cuando se apela a los “excesos” de la reforma de 2012, éste es uno de los evidentes. Al margen de su repercusión práctica evidente, constituye un elemento muy simbólico de pugna entre decisión unilateral de la empresa y participación de los trabajadores que se resuelve, *de lege data*, con un apabullante predominio de la primera. Si se tiene en cuenta que las medidas del art. 41 obedecen a una “causalidad débil” y progresivamente atenuada, la desproporción en el vaciado de los derechos colectivos es más evidente.

Indudablemente, este problema puede subsumirse en la creación de un mecanismo de ajuste interno de las empresas, como expresa el Pacto, que podría tener un carácter muy polivalente. Pero, más bien, tiene que ver con el establecimiento de un sistema adecuado de fuentes, como anteriormente se ha argumentado, y con una congruente relación entre ellas. A fin de cuentas, desde un prisma teórico, que las condiciones incluidas en un instrumento negociado colectivamente puedan ser desconocidas por la empresa a través de

una notificación escrita preavisada con quince días apelando al fin de mejorar la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa genera desorden, por más que exista un control judicial *a posteriori*.

### 3.2.3. *El despido injustificado*

Quizá la adecuada protección frente al despido improcedente debería ser el reto por antonomasia. El silencio que los documentos estratégicos guardan al respecto es inversamente proporcional al profundo cambio que produjo la reforma de 2012. Produce una impresión de que ciertas reformas son irreversibles, pues no es posible una protección cuantitativamente mayor y cualitativamente mejor. En sus aspectos cuantitativos, los datos son bien conocidos y son ociosos los comentarios, en torno a un debate sobre el que también el TC ha tomado postura, en una orientación favorable a los objetivos y a la regulación de la reforma de 2012 (vg., y como pronunciamiento de mayor interés, Auto 43/2014, de 12 febrero).

Hay, en paralelo, una serie de controversias cualitativas, algunas muy expresas y otras algo más implícitas. Entre las primeras, puede aludirse a la muy actual del despido en contravención del art. 2 del RD-Ley 9/2020. La decantación mayoritaria de la doctrina de suplicación hacia la improcedencia, que en sí misma no puede considerarse inadecuada, tiene que ver con la estructura de nuestra regulación del despido, de modo que reflexiona en el bucle de la *lege data*. En realidad, es una reedición del mismo argumento circular de que el despido en fraude de ley es improcedente, por a-causal, y no nulo, como sí lo es el objetivo en fraude de ley por prescripción legal expresa.

Igualmente discurre de forma muy abierta la polémica acerca de la indemnización adicional en caso de despido improcedente, con el posible incumplimiento de la Carta Social Europea como telón de fondo. Como es conocido,

se ha anulado alguna sentencia de instancia que la había reconocido, con base en unos argumentos muy apegados a la letra de la ley y que solo permiten un juicio de convencionalidad de acuerdo con la Carta en casos muy excepcionales y con unos requisitos procesales exigentes, pero razonablemente accesibles<sup>20</sup>. El carácter tasado de la indemnización por despido improcedente es uno de los *sanctasanctorum* de nuestro Derecho del Trabajo, pero contrasta con otros sistemas próximos, como el italiano, en cuyo seno la *Corte Costituzionale* ha respondido con fiereza, a partir de la sentencia n° 194/2018 frente al Decreto legislativo n° 23/2015, que había eliminado la discrecionalidad judicial en cuanto a la fijación de la indemnización por despido ilegítimo, porque la norma era irrazonable y contraria al derecho al trabajo, como valor primario de la República Democrática<sup>21</sup>. Cualquiera que sea la naturaleza de la indemnización –resarcitoria, punitiva, transicional–, el apriorismo sobre su cuantía, tan bendecido en nuestro sistema por garantista y seguro (incluso se ha apellidado a esa seguridad como “jurídica”, cuando no trasciende, evidentemente, del marco puramente económico) no parece un valor compartido por otros sistemas comparados. Y, ciertamente, no solo por el italiano.

Es muy poderosa la presión contraria a la protección frente al despido injustificado, casi siempre, en una perspectiva contemporánea, con el argumento de una cuantificación que obvie la discusión sobre las causas que lo han producido. La tendencia se replica, bajo formas distintas, en la mayoría de los sistemas comparados, obviando que el despido injusto constituye una vulneración del derecho a la dignidad del trabajo. E incluso, como se ha expresado por la doctrina, una cosificación del trabajador y una consi-

deración mercantilizada de su actividad<sup>22</sup>. Es más, la doctrina del TEDH ha reconocido que un despido injustificado puede suponer una vulneración del derecho a la vida privada del trabajador, protegido por el art. 8 del Convenio Europeo<sup>23</sup>. Se trata, en suma, de valores que se obvian sistemáticamente en el debate interno acerca de los efectos del despido improcedente y que aconsejarían alejarse de la simplicidad de la polémica acerca de la monetización del mismo como su única consecuencia. Parece razonable pensar que, en determinadas ocasiones, la tutela real debe erigirse como única respuesta, cuando la dignidad del trabajador, sobre todo si está en riesgo de quedar excluido del mercado de trabajo, puede quedar más en entredicho.

### 3.2.4. *El tiempo de trabajo corresponsable*

No cabe duda de que, por primera vez, el sistema interno español contempla una Directiva de la UE sobre derechos de conciliación –la nueva Directiva (UE) 2019/1158– desde una perspectiva de cumplimiento holgado de sus mandatos y de una legislación que, en términos generales, se sitúa por encima de los estándares europeos. Por supuesto que hay algún intersticio de no adecuación –por ejemplo, y muy claramente, en cuanto al período mínimo de permiso parental retribuido en el caso de la mujer que ha disfrutado del permiso de nacimiento de hijo, o la no garantía en el art. 34.8 del ET del derecho subjetivo al retorno de las formas de trabajo flexible, o, tal vez, alguna pequeña insuficiencia en cuanto al permiso de cuidadores–. Pero son cuestiones, en general, puntuales, que deberán resolverse sin grandes dificultades dentro del plazo ordinario de trasposición de la Directiva.

<sup>20</sup> STSJ de Cataluña de 23 abril 2021 (rsu p. 5233/20).

<sup>21</sup> Un análisis sobre este tema, en ZOLI, C., *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, WP CSDL E “Massimo D’Antona, IT-428/2000, en participar pp. 14 ss.

<sup>22</sup> HEPPLÉ, B., “European rules on dismissal law”, *Comparative Labour Law Journal*, vol. 18, n° 2 (1997) pp. 204 ss.

<sup>23</sup> Comentado esta doctrina, COLLINS, H., “An emerging human right to protection against unjustified dismissal”, *Industrial Law Journal*, vol. 50, n° 1 (2021) pp. 36 ss.

Ahora bien, está pendiente una reflexión más amplia sobre la asunción de responsabilidades de cuidado a través de las instituciones que pueden servir a ese fin en derecho interno y sobre los efectos que produce el reconocimiento de ciertos derechos de disfrute socialmente muy feminizado. La excedencia por cuidado de hijos u otros familiares y la reducción de jornada por guarda legal pueden ser dos ejemplos evidentes. Resulta obvio que ambas instituciones son formalmente compatibles con el Derecho del UE, e incluso la segunda de ellas se sitúa en la órbita del disfrute a tiempo parcial del permiso parental. Pero también lo es que contienen derechos de muy larga duración y que pueden generar estereotipos de género, que afectan muy negativamente a las carreras profesionales de las mujeres, en colisión con sus “carreras maternas”.

Por estas consideraciones, y en particular en cuanto a las excedencias del art. 46.3 ET, sería necesario aquilatar el sentido que tienen unos derechos de ausencia no retribuidos y si siguen siendo necesarios en la sociedad actual. En la práctica, fomentan la atención de los menores por parte de un progenitor durante un tiempo muy extendido, a la vez que son un evidente lastre en las carreras profesionales de quienes se acogen a ellas, casi siempre mujeres. Contextualizándolas, habría que ponerlas en conexión, vg., con un permiso de nacimiento de hijo mucho más flexible que el anterior permiso de maternidad, y uniéndose a un permiso asimismo de nacimiento de hijo que mejora ostensiblemente el anterior permiso de paternidad. A partir de estas consideraciones, y sin que sea necesario extender aquí más la reflexión, habría que abordar una profunda reforma de las instituciones laborales destinadas al cuidado de menores y otros familiares en la doble clave de corresponsabilizar a hombres y mujeres y decidir si son necesarios derechos tan largos en el tiempo y de efectos tan desprofesionalizadores. Un análisis comparado por las instituciones que, en países próximos al nuestro, sirven al fin del permiso parental podría aportar algunos buenos ejemplos.

Entretanto, habrá que ver cómo se desarrolla el derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 ET, que es, sin duda, una de las grandes aportaciones del RD-Ley 6/2019, de 1 marzo. Y articular mejor las relaciones entre la reducción de jornada por guarda legal y el contrato a tiempo parcial. Desde una perspectiva material, la reducción de jornada ocupa el espacio en nuestro sistema de trabajo a tiempo parcial “voluntario”. Que el art 12 y el art. 37.6 ET constituyan compartimentos estancos y sin relación entre ellos solo se explica a causa de la muy desafortunada regulación del trabajo a tiempo parcial. Algo ya se ha dicho anteriormente, y ahora basta con añadir que, con una normativa adecuada, debería servir, como sirve en algunos modelos comparados, a esa regulación del tiempo de trabajo compatible con el ejercicio corresponsable de las responsabilidades familiares.

#### 4. UNA EXPOSICIÓN INACABADA

Por supuesto, podrían añadirse otros retos, pero los expuestos son suficientemente representativos del proceso de revisión general que debería abordarse, al menos a partir de la premisa de que es necesario aprobar un nuevo Estatuto de los Trabajadores conforme con las necesidades de este siglo. La superación paulatina de la pandemia sitúa la reflexión en el doble plano de los retos inmediatos y de los retos importantes. Hay un tiempo para unos y para otros, pero éstos no pueden ser postergados siempre, porque el resultado es evidente: una normativa laboral básica obsoleta, ineficaz en parte de sus preceptos, contraproducente en otros, mejorable en casi todos y, en términos generales, deudora de una época ya pasada. Ni las empresas son lo que eran hace cuarenta años, ni tampoco las personas trabajadoras mantienen invariada la esencia que las caracterizaba –mejor, que “los” caracterizaba– entonces. Porque nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- CABEZA PEREIRO, J., *ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas*, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 456 (2021).
- CARDONA RUBERT, M<sup>a</sup>.B. y CABEZA PEREIRO, J., “El gran pacto social que debería esperar”, *Labos*, vol. 2, nº 1 (2021).
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., “El modelo español de organización y representación de los trabajadores en la empresa: un modelo en crisis”, VV.AA. (coords. SANGUINETI RAYMOND, W. y CABERO MORÁN, E.), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español, del profesor Manuel Carlos Palomeque López treinta años después (1986-2016)*, Comares (Granada, 2017).
- COLLINS, H., “An emerging human right to protection against unjustified dismissal”, *Industrial Law Journal*, vol. 50, nº 1 (2021).
- CRUZ VILLALÓN, J., “La concertación social en la reconstrucción del contrato social”, *Gaceta Sindical*, nº 22 (2014).
- GARRIDO PÉREZ, E., “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2020).
- HEPPLE, B., “European rules on dismissal law”, *Comparative Labour Law Journal*, vol. 18, nº 2 (1997).
- NAVARRO NIETO, F., “Medidas sociales de acompañamiento del empleo”, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2021).
- RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., “Condiciones laborales de los trabajadores jóvenes: precariedad, pobreza y nuevas formas de empleo”, VV.AA. (coords. CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi (Navarra, 2019).
- ROLDÁN MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. A., “Las comisiones *ad hoc* en los procesos de reestructuración empresarial”, VV.AA. (coords. CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo (Albacete, 2017).
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración de empresas”, *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS (Madrid, 2021).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2008.
- VAN VOOS, G.H. y TER HAAR, B., “Common ground in European Dismissal Law”, *European Labour Law Journal*, vol. 3, nº 3 (2012).
- ZEKIK, N., “Job security or employment security: What’s in a name”, *European Labour Law Journal*, vol. 7, nº 4 (2019).
- ZOLI, C., *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, WP CSDLE “Massimo D’Antona, IT-428/2000.

**RESUMEN**

La lucha contra la pandemia ha centrado la mayoría de la atención política en el último año. Con la perspectiva de la superación de la crisis sanitaria, se abre un escenario distinto, en el que hay que reasumir proyectos de cambio que se habían aparcado y emprender otros nuevos, derivados del impacto en el mercado de trabajo y en la sociedad de la COVID-19. El Gobierno acaba de remitir a la Comisión Europea el Programa Nacional de Reformas, elaborado a la vista del despliegue de los instrumentos europeos de financiación *Next Generation*, que se ha concretado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Obviamente, los contenidos del Programa y del Plan son paralelos, y destacan la necesidad de importantes cambios estructurales en distintos ámbitos, entre ellos en cuanto al marco jurídico laboral. Este artículo desarrolla un comentario crítico sobre los retos y las reformas proyectadas y analiza las probables medidas que pueden ponerse en marcha, con la vista puesta en el horizonte de un nuevo Estatuto de los Trabajadores. Además, comenta otros tópicos que deberían tenerse en cuenta para una adecuada reforma del mercado de trabajo y para una legislación laboral y de empleo más coherente, eficiente y socialmente sostenible. Entre los objetivos de “derogar los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2021” y de “aprobar el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” se hace un enunciado de los principales retos del Derecho del Trabajo, algunos de ellos obviados en los documentos antes referenciados del gobierno y otros apenas aludidos.

**Palabras clave:** Mercado de trabajo; Reforma; Empleo; Condiciones de trabajo; Negociación colectiva; Contratos temporales.

**ABSTRACT**

Facing the pandemic has drawn most of the political attention in the last year. With the perspective of overcoming the health crisis, a different scenario arises, in which change projects that had been suspended must be resumed and new ones have to be undertaken, derived from the impact on the labor market and society of COVID –19. The Government has just submitted to the European Commission the National Reform Program, drawn up in view of the deployment of the European Next Generation financing instruments, which has been specified in the Recovery, Transformation and Resilience Plan. Obviously, the contents of the Program and the Plan are parallel, and highlight the need for important structural changes in different areas, including Labour Law framework. This article develops a critical commentary on the challenges and the projected reforms and analyzes the probable measures that can be put in place, with an eye on the horizon of a new Workers’ Statute. In addition, it comments on other topics that should be taken into account for an adequate reform of the labour market and for a more coherent, efficient and socially sustainable labour and employment legislation. Among the objectives of “repealing the most damaging aspects of the 2021 labor reform” and of “approving the Workers’ Statute of the XXI century” a statement of the main challenges of Labor Law is posed, some of them ignored in the draft. Among the objectives of “repealing the most damaging aspects of the 2021 labor reform” and of “approving the Workers’ Statute of the XXI century” a statement of the main challenges of Labor Law is posed, some of them ignored in the aforementioned papers of the government and others hardly alluded to.

**Keywords:** Labour market; Reform; Employment; Working conditions; Collective bargaining; Fixed-term contracts.









## Sumario

**PRESENTACIÓN:** *Antonio Baylos Grau y Jaime Cabeza Pereiro* • **ESTUDIOS:** Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social. *Antonio Baylos Grau* • Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal. *Eduardo Rojo Torrecilla* • Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo. *Francisca María Ferrando García* • Las medidas extraordinarias en materia de cotización: función y desarrollo de las exoneraciones empresariales. *María José Romero Rodenas* • La protección por desempleo y cese de actividad durante el COVID-19. *Juan López Gandía y Mireia Llobera Vila* • Bases jurídicas para un trabajo a distancia digno: innovaciones tecnológicas y entornos de trabajo digital como trasfondo de la nueva legislación común. *Margarita Isabel Ramos Quintana* • Impacto discriminatorio de la crisis COVID-19 y protección de las personas trabajadoras vulnerables. *Carmen Sáez Lara* • Medidas de Economía Social durante el estado de alarma (cooperativas y sociedades laborales). *Rosalía Alfonso Sánchez* • La Seguridad Social ante el plan de recuperación, transformación y resiliencia. *Joaquín Aparicio Tovar* • Los retos del Derecho del Trabajo ante la salida de la crisis. *Jaime Cabeza Pereiro*

