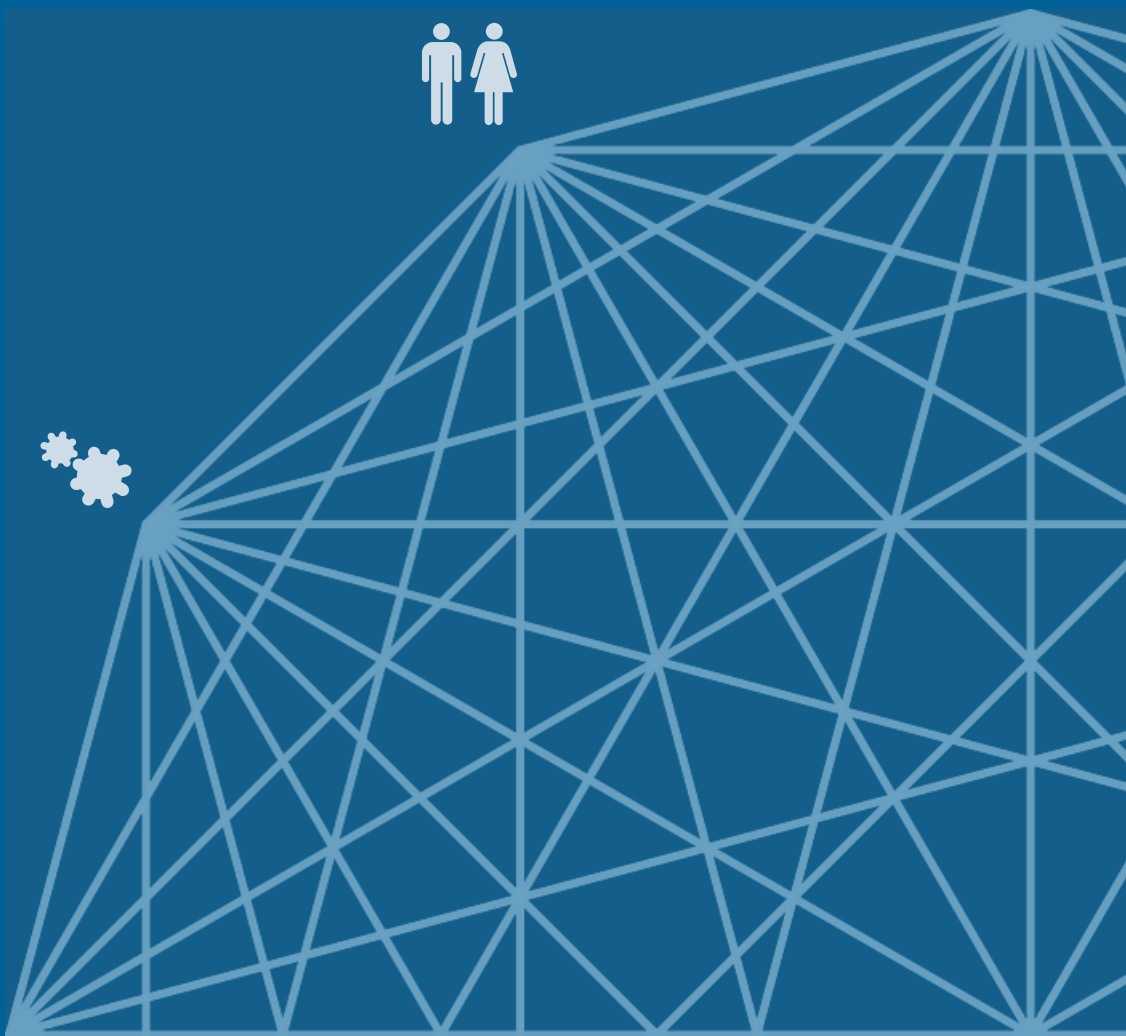


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Octubre 2020. N° 1

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1

Monográfico

RESPUESTAS LABORALES Y DE
PROTECCIÓN SOCIAL A LA PANDEMIA POR CORONAVIRUS

Sevilla, 2020

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)

Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)

Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)

Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)

Iluminada Feria Basilio (Universidad de Huelva)

Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)

Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)

María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)

Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)

Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)

Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)

Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)

María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)
José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)
Cristina Alessi (Università di Brescia)
Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)
Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)
Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)
Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)
Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)
Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)
Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)
Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)
Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)
María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)
Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)
Patrizia Tullini (Università di Bologna)
Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)
Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)
Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT
José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales
Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES.

Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación *Open Acces* y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

© Editorial Universidad de Sevilla
C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla
Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443
Correo electrónico: eus2@us.es
<http://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2020
<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>
Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2020.i1>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.

Maquetación: Archivos y Publicaciones Scriptorium, S.L.

ÍNDICE

Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Juan Carlos Álvarez Cortés, Francisco Javier Calvo Gallego y José Manuel Morales Ortega Editorial. <i>Do you want to join the meeting?</i>	7
Juan Carlos Álvarez Cortés y José Manuel Morales Ortega Presentación	13
José M. Morales Ortega Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable	17
<i>Working time and health crisis: adaptation and reduction of working hours and recoverable compulsory leave</i>	
Juan Pedrosa González El papel de los sindicatos en la crisis por covid-19	49
<i>The role of trade unions in the crisis by covid-19</i>	
Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral	73
<i>A chronicle of de-escalation: the end of special COVID temporary lay-offs and the return to labour normality</i>	
Carolina Gala Durán El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes	111
<i>The new state minimum living income: legal regime and pending challenges</i>	

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus	157
<i>Temporary Incapacity Benefit: increased flexibility and misrepresentation in the context of coronavirus</i>	
Juan Carlos Álvarez Cortés	
La protección de los trabajadores autónomos por cese de actividad durante el estado de alarma y la protección tras su finalización	181
<i>Protection of self-employed workers due to cessation of activity during the alarm state and protection after its end</i>	
Cristina Alessi, Francesca Malzani, Fabio Ravelli e Maria Luisa Vallauri	
L'emergenza COVID-19 in Italia e il diritto del lavoro	223
<i>La emergenza COVID-19 in Italia y el derecho al trabajo</i>	
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
Agenda	241
Normas para los autores de la Revista	243
Compromiso ético para la publicación de artículos	249

EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA CRISIS POR COVID-19¹

THE ROLE OF TRADE UNIONS IN THE CRISIS BY COVID-19

Juan PEDROSA GONZÁLEZ

Universidad de Sevilla

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0641-6563>

jpedrosa3@us.es

RESUMEN: La actuación del Estado frente a la crisis generada por la pandemia de covid-19, por ahora, ha dado escaso margen de intervención a los sindicatos para gestionar los efectos económicos y sociales de la misma sobre los trabajadores y las relaciones laborales. Por tanto, y si todo sigue como hasta ahora, cuando se superen ambas crisis, la sanitaria y la económica derivada, se podría decir en principio que en la superación de la misma no ha tenido protagonismo la actuación sindical.

Para llegar a esta conclusión se constatan a modo de muestra algunos supuestos en que las medidas adoptadas para solucionar el impacto negativo en las relaciones laborales de esta crisis llaman a la intervención de los sindicatos. Se podría avanzar en este sentido que, al menos hasta ahora, las medidas adoptadas por el Estado dejan escaso margen de participación a los interlocutores sociales en general y a los sindicatos en particular, pese a que se adoptan muchas medidas que afectan a las condiciones de trabajo de los ciudadanos, y que en principio, habría que al menos oír al respecto a los sujetos colectivos que los representan.

Se constata, además, cómo las normas de emergencia adoptadas durante esta crisis consideran la pandemia como una situación ajena al ámbito de las relaciones laborales, pese a que sus efectos estén impactando de forma considerable en éstas, así como en las condiciones de trabajo, el empleo, o en la protección social.

1. Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación “Nuevas Dinámicas y Riesgos Sociales en el Mercado de Trabajo del Siglo XXI: Desigualdad, Precariedad y Exclusión Social” (RTI2018-098794-B-C31)

Recibido: 17-7-2020; Aceptado: 5-8-2020; Versión definitiva: 5-10-2020.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

No obstante, tras la finalización del estado de alarma y la entrada en la “Nueva Normalidad” se vislumbra el deseo por parte del Ejecutivo de restablecer el espacio propio de los interlocutores sociales en una gobernanza democrática de las relaciones laborales. Sólo a medio plazo podremos constatar si se hace realidad.

PALABRAS CLAVE: sindicatos, crisis sanitaria, relaciones laborales, gobernanza.

ABSTRACT: The current covid-19 pandemic has made it necessary for the Spanish Government to take action against the crisis it has caused. However, this action has left trade unions little room for intervention in order to manage the economic and social effects of this crisis on workers and labour relations. Therefore, and if everything continues as it has until now, whenever we overcome both the health crisis and the resulting economic crisis, one may tentatively say that trade union action has had no prominence in their overcoming.

In order to reach this conclusion, we have established some scenarios in which the measures adopted to solve this crisis’ negative impact on labour relations call for the intervention of trade unions. Taking this into account one could say that, at least until now, the measures adopted by the Spanish Government have left little room for the participation of social partners in general and trade unions in particular, despite the fact that many of these measures affect the working conditions of citizens, and that, in principle, the collective subjects that represent them should at least be heard.

It is also clear that the emergency regulations adopted during this crisis consider the pandemic as a situation outside the scope of labour relations, even though its effects are having a considerable impact on these relations as well as on working conditions, employment and social protection.

However, after the end of the state of alarm and the entry into the “New Normality” (Nueva Normalidad), the Spanish way of coexisting with this virus after the quarantine is over, the Executive branch of the country’s Government has the intention to re-establish the social partners’ own space in a democratic governance of labour relations. It is only in the medium term that we will be able to see whether this will become a reality.

KEYWORDS: trade unions, health crisis, labour relations, social concertation.

SUMARIO: 1. LOS SINDICATOS COMO CONTRAPODER EMPRESARIAL. 2. EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA CRISIS ECONÓMICA Y SOCIAL DERIVADA DEL covid-19. 3. LA CRISIS SANITARIA COMO ELEMENTO QUE LEGITIMA A LA NORMA ESTATAL A PRESCINDIR DE LA PARTICIPACIÓN SINDICAL. 3.1. Considerar la pandemia como un hecho ajeno al Derecho del Trabajo. 3.2. El permiso retribuido recuperable sin pacto previo. 3.3. Implementación de poderes públicos a las empresas. 3.4. Otorgamiento al empresario de la facultad de representar a los trabajadores, en la petición de desempleo. 3.5. La prohibición de celebrar el Primero de Mayo. 4. EL EMPODERAMIENTO

DE LA EMPRESA EN DETRIMENTO DEL SINDICATO. 5. LA CONCERTACION SOCIAL COMO VÍA PARA SUPERAR LOS EFECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LA CRISIS SANITARIA. 6. ALGUNAS CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. LOS SINDICATOS COMO CONTRAPODER EMPRESARIAL

El sindicato es una asociación voluntaria y permanente de trabajadores para la defensa de sus intereses, sean de trabajo o sean de clase, que ha sido definido por la doctrina como:

... una asociación voluntaria y permanente, es decir, basada en la adhesión individual y consciente de un trabajador con carácter estable a una organización que supone, por tanto, un sujeto colectivo que le representa para tutelar y defender los intereses del trabajador como parte del grupo (Baylos Grau 2012, 16).

El sindicato se configura, pues, como una asociación permanente de trabajadores, voluntaria y no obligatoria, que tiene como finalidad la tutela de los intereses (intereses, no derechos) de los asociados y del resto de los trabajadores, aunque no estén asociados.

Es, de esta manera, el sindicato como un centro de poder privado, cuya función es hacer frente al resto de poderes (privados o públicos), que intenta establecer unas condiciones de trabajo o unas condiciones de vida para los asociados al sindicato que se ajusten a sus intereses. El sindicato, pues, es, en principio, un competidor del Estado y del poder privado de los patronos, y su finalidad es establecer condiciones de vida y trabajo más favorables a la clase trabajadora. En este sentido, los esposos Webb, definieron el sindicato en la primera versión de su obra, como una asociación permanente de trabajadores por cuenta ajena con la finalidad de mantener o mejorar las condiciones de su empleo, aunque posteriormente modificaron esta definición para sustituir “las condiciones de su empleo” por “las condiciones de su vida de trabajo”², para evitar la interpretación de que los sindicatos han aceptado el sistema capitalista (Webb 1990, 21).

Desde su inicio el sindicato reivindicó su existencia como un derecho ante el Estado y ante los poderes privados que actúan en la relación de subordinación en la que se inserta el trabajador asalariado... sólo puede ser útil si se presenta como un “contrapoder frente al poder establecido, sea público o privado”, (Baylos Grau 2012, 22 y 31).

2. La primera edición de la obra de los Webb es de 1894, siendo su segunda edición, revisada y ampliada, de 1920. La obra citada de 1990 es traducción de la segunda edición.

Sin poder abordar aquí la historia de los sindicatos³, hay que tener en cuenta que el Estado no ha sido siempre favorable a la existencia de estas organizaciones de trabajadores, aunque a lo largo de la historia esa actitud ha cambiado con el tiempo⁴, de manera que de considerarlos un peligro para la sociedad y algo que tenía que ser reprimido penalmente, el sindicato ha pasado a ser considerado en el actual sistema democrático de relaciones laborales como una de las instituciones básicas del Estado, (que aparecen en el frontispicio de la Constitución española, art. 7 CE), siendo el derecho de libertad sindical uno de los derechos fundamentales de los trabajadores, reconocido por la Carta Magna (art. 28.1 CE), de manera que es imposible considerar un Estado social y democrático de Derecho como en el que estamos, sin considerar la existencia en el mismo, de sindicatos que operen libremente.

La configuración legal y social de los sindicatos es la de contrapoder de la empresa para la fijación colectiva de las condiciones de trabajo, sin perjuicio de otras funciones (Sepúlveda Gómez, 2004, p.18). Ha sido su función primigenia, que permanece a lo largo del tiempo y sobre la que se ha afirmado que “como poder de contrapeso frente a los empresarios, los sindicatos son mucho más eficaces que lo hayan sido las leyes o que jamás puedan serlo” (Kahn-Freund 1987, 56). Sin embargo, la búsqueda de mejores condiciones de vida y de trabajo la debe hacer el sindicato por los medios que legalmente estén a su disposición, no por los medios que el mismo sindicato libremente, y sin sometimiento a nada, considere oportunos. La acción sindical, como medios que tiene a su disposición el sindicato para conseguir sus fines, está legalmente tasada, con la amplitud de margen que proporciona la ambigüedad constitucional en esta materia⁵, de manera que es la norma estatal la que establece las vías e instrumentos para ejercer sus funciones, lo que influirá de forma determinante en sus acciones, estrategias y objetivos⁶.

En lo que sigue abordamos un análisis desde una perspectiva general de cuál ha sido el papel que las normas de emergencia adoptadas durante la pandemia han atribuido a los sindicatos y a las empresas, así como a sus asociaciones representativas. No se pretende pues, llevar a cabo un análisis concreto de dichas normas, sino más bien un análisis general y reflexivo sobre la actuación de la norma estatal en la gobernanza de los efectos económicos y sociales de la crisis sanitaria sobre las relaciones laborales, y el espacio dado a los sujetos colectivos y a las propias empresas en dicha gobernanza. Adelantamos que el análisis y valoración que hacemos de las medidas

3. Vid., entre otros autores, Webb 1990; Alarcón Caracuel 1975.

4. “Sindicatos profesionales, cuya vida, el poder público y los patronos, al principio combaten, luego toleran, y después acaban por reconocer”, según Gallart Folch 2000.

5. Para Fernández López 1982, donde la Constitución española se muestra más ambigua es precisamente en los medios de acción sindical.

6. Los sindicatos tienen derecho a “realizar las funciones que de ellos es dable esperar” STC 70/1982, de 29 de noviembre, citada por Suárez González 2014, 99.

estatales para hacer frente a la emergencia por covid 19⁷, no pretende cuestionar la oportunidad de dichas medidas, probablemente necesarias, sino analizar el comportamiento de la norma estatal, en tanto que fuente del Derecho, en la articulación de soluciones con efectos laborales, su implementación, y la diferente participación y protagonismo que ha previsto para las empresas respecto de los sindicatos.

2. EL PAPEL DE LOS SINDICATOS EN LA CRISIS ECONÓMICA Y SOCIAL DERIVADA DEL COVID-19

Es sabido que el sindicato se configura como sujeto legiferente, ya que puede participar en la elaboración de un pacto con otros sujetos colectivos, que va a tener la consideración legal de norma vinculante y directamente aplicable a todos los trabajadores y empresas incluidos en su ámbito de aplicación. La fuerza vinculante de ese tipo de pacto –convenio colectivo– deriva de la propia Constitución española (art. 37.1), en tanto que su eficacia *erga omnes* proviene de la norma estatal⁸. Esa norma pactada con eficacia normativa configura al sindicato –junto a las asociaciones empresariales– como un centro de poder legislativo distinto al Estado, poder normativo que es compartido y difuminado, pero que proviene de sujetos distintos al Estado.

Otra vía de participación de los sindicatos en representación de los intereses económicos y sociales que le son propios es la denominada concertación social, o en su denominación más actual, el diálogo social. Para la doctrina, cabe entender por concertación social como “un método de adopción de decisiones estratégicas o importantes en los ámbitos de la política económica y social y de la regulación de las condiciones de trabajo por parte de tres actores o sujetos: el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones empresariales” (Martín Valverde 1994, 333).

A través de la concertación social, el Estado negocia y acuerda con los sujetos colectivos algunas de las decisiones que pretende adoptar en asuntos económicos y sociales que pueden afectar los intereses de los trabajadores y las empresas. Al tratarse de una vía de consenso entre el Estado y los representantes de trabajadores y empresarios, no se produce una contestación excesivamente agresiva hacia ella por parte de la sociedad, y genera una aceptación general de la política económica del Estado, que es consensuada con las organizaciones colectivas.

La actuación del Estado frente la crisis económica derivada de la situación de pandemia por covid-19, hasta ahora, no ha sido concertada con los sujetos económicos,

7. En este estudio se utilizará la denominación de la enfermedad en minúscula –salvo en los títulos de los apartados– aceptada por la Fundación del Español Urgente (Fundéu) como sustantivo lexicalizado. <https://www.fundeu.es/recomendacion/covid-19-mayusculas-minusculas/>

8. 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 (art. 82.3).

sino que ha sido sobre todo una actuación unilateral, amparada en decisiones técnicas, pero no con la participación de los agentes sociales. Y en algunas de las medidas adoptadas se evidencia incluso una intención de no permitir que los interlocutores sociales participen en la solución de problemas derivados de la crisis sanitaria que afectan a las relaciones laborales. En este estudio analizaremos esta apariencia, aunque hay que notar que los tan anunciados nuevos Pactos de la Moncloa, aún no se han iniciado, y que los contactos con los sindicatos se producen al margen de la publicidad.

La actuación del Estado frente a la crisis del covid-19, por ahora, ha dado escaso margen de intervención a los sindicatos para gestionar los efectos económicos y sociales de la misma sobre los trabajadores y las relaciones laborales. Por tanto, y si todo sigue como hasta ahora, cuando se superen ambas crisis, la sanitaria y la económica derivada, se podría decir en principio que en la superación de la misma no ha tenido protagonismo la actuación sindical.

Para llegar a esta conclusión sería necesario analizar algunos supuestos en que las medidas adoptadas para solucionar el impacto negativo en las relaciones laborales de esta crisis llaman a la intervención de los sindicatos. Se podría avanzar en este sentido que, al menos hasta ahora, las medidas adoptadas por el Estado dejan escaso margen de participación a los interlocutores sociales, pese a que se adoptan muchas medidas que afectan a las condiciones de trabajo de los ciudadanos, y que en principio, habría que al menos oír al respecto los sujetos colectivos que los representan.

Ciertamente, el derecho a la libertad de expresión no es afectado por la declaración del estado de alarma⁹, y por tanto, todos los sujetos colectivos pueden opinar sobre las medidas adoptadas, también los sindicatos. Pero opinar sobre medidas adoptadas por el Estado sin consensuarlas antes, no es una concertación social. Ciertamente, las medidas adoptadas intentan tener la legitimación de ser unas medidas técnicas, recomendadas por los técnicos en la materia que asesoran al Gobierno, pero ello recuerda *mutatis mutandi* la organización científica del trabajo, que al fin y al cabo era una manera de que los sindicatos no discutieran las opciones organizativas del trabajo que adoptaba la empresa sin ellos, ya que eran unas opciones organizativas que eran las únicas óptimas y científicamente adoptadas que se podían adoptar. El carácter técnico de las medidas adoptadas para solucionar la crisis del coronavirus

9. 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, no impide el ejercicio del derecho de libertad de expresión, ni podría impedirlo, si quiere cumplir con las exigencias de los arts. 116 y 55.1 de la Constitución española, desarrollados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, que no prevé, ni ninguna norma tampoco, la suspensión de ningún derecho fundamental a consecuencia del estado de alarma. No obstante, y como veremos más abajo, el Tribunal Constitucional considera que el actual estado de alarma, aunque no elimina ningún derecho fundamental, puede influir sobre él.

podría entenderse como una razón esgrimida para no dar cabida en esta lucha contra los efectos de la epidemia a los sujetos sindicales.

¿Deberían los sindicatos adoptar una estrategia propia para participar en la adopción de medidas contra el coronavirus que puedan afectar a las condiciones de trabajo? Se han adoptado por el Estado una serie de medidas que afectan al Derecho del Trabajo, como el permiso retribuido, forzoso y recuperable, la negativa legal de extinciones de contratos de trabajo por esta crisis, etc. De manera que una forma de no mostrar solidaridad (entendida como apoyo) a las medidas adoptadas por el Gobierno sería la elaboración por parte de los sindicatos o de algún sindicato, de una estrategia propia y distinta (no por ello enfrentada a la adoptada por el Gobierno). El problema es que si los sindicatos no ponen de manifiesto una estrategia propia, estarán haciendo un seguidismo a la política del Estado, el cual podrá entender en el futuro que la actuación de los sindicatos no es necesaria en los asuntos importantes, y por tanto los sindicatos no tienen por qué intervenir en acuerdo económico alguno, si éste es importante para el país, ya que los científicos tienen más valor en esa función que los interlocutores sociales, y que los sindicatos en particular.

En definitiva, la actual es una ocasión para mostrar la necesidad o no de lo que hasta ahora se ha entendido como sindicato libre. Y con ello, para saber si la pluralidad social es una riqueza de nuestra sociedad, o una piedra en el camino cuando las cosas se ponen feas.

¿La ley debería dar más protagonismo y posibilidades de actuación a los sujetos colectivos? ¿Los sujetos colectivos deberían elaborar una estrategia propia? Estas son cuestiones políticas, que el tiempo irá despejando en vista de cómo evolucionen los acontecimientos.

3. LA CRISIS SANITARIA COMO ELEMENTO QUE LEGITIMA A LA NORMA ESTATAL A PRESCINDIR DE LA PARTICIPACIÓN SINDICAL

Desde el inicio de la lucha contra la epidemia del coronavirus se han producido unas intervenciones legislativas, que han puesto de manifiesto la intención de no hacer excesivamente gravosa la carga para las empresas derivada de la actual crisis del coronavirus. Ello puede llevar a postergar derechos ya reconocidos a nivel legal antes de la pandemia. La continuidad en esta deriva puede poner en peligro, en la legislación futura, los derechos que ahora reconocen las normas. Esta afirmación se basa en las constatación de cómo las normas de emergencia adoptadas durante esta crisis sanitaria consideran la pandemia como una situación ajena al ámbito de las relaciones laborales, pese a que sus efectos estén impactando de forma considerable en éstas, así como en las condiciones de trabajo, el empleo, o en la protección social, entre otras. Indicamos a continuación, sin ánimo de exhaustividad, algunos supuestos en los que

se evidencia la línea de separación que se ha trazado por las normas covid-19 entre la lucha contra la pandemia como competencia exclusiva del Estado que legitima su intervención unilateral, y ámbito de las relaciones laborales, lo que aboca a prescindir de la participación de los sindicatos en esas normas.

3.1. Considerar la pandemia como un hecho ajeno al Derecho del Trabajo

En un primer lugar, habría que tener en cuenta que la epidemia de coronavirus no es, en sí misma considerada, una causa de suspensión del contrato de trabajo o de extinción del mismo, de manera general, por la norma estatal. El hecho de que los trabajadores puedan ser infectados en el trabajo no les impide trabajar, (les impedirá el trabajo la subsiguiente incapacidad temporal, si se produce y es consecuencia del contagio de la enfermedad) y la infección puede ser impedida si se adoptan las medidas para ello. No es la pandemia lo que impide el trabajo, sino las medidas adoptadas por agentes externos a la empresa para luchar contra ella, especialmente las medidas adoptadas por el Estado. Y estas medidas pueden ser más o menos intensas, según la decisión que se adopte sobre ellas. Así, el RD inicial, el RD 463/2020 no prohibió trabajar, sino las concentraciones de personas. Posteriormente, el RD-L 10/2020 endureció las medidas de confinamiento, impidiendo usar la vía pública incluso para ir a trabajar, si no eran actividades esenciales, aunque este endurecimiento de las condiciones era temporal. La epidemia es la misma, y los riesgos de contagio son los mismos, aunque según evoluciona el tiempo, se adoptan medidas distintas, con intensidad distinta, según decide el Estado.

Las medidas de emergencia adoptadas contra el contagio son las que limitan temporalmente la prestación de servicios por parte de los trabajadores, pero toman como elemento legitimador la pandemia y por ello como un hecho externo al ámbito de las normas laborales y de la participación de los sujetos colectivos. Medidas que, como toda acción humana, pueden ser discutidas. No entramos a valorar si es un resultado perseguido o no por estas normas, pero la consideración de la situación creada por el coronavirus como una cuestión no laboral, y sin incidencia en las instituciones laborales, aunque las afecte, supone la ausencia de participación sindical en problemas que inciden de forma muy significativa tanto en los intereses sociales que representan como en la economía nacional.

La consecuencia de ello es que las suspensiones temporales del contrato de trabajo que se deriven de la situación creada por el covid-19 serán consideradas por la norma como causa de suspensión del contrato con las consecuencias derivadas del art. 47 ET, “con el objetivo de que se produzca una decisión más concertada y ágil por parte de las distintas autoridades laborales competentes” (González González 2020). El RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, establece que a efectos de suspender el contrato de trabajo, serán consideradas como derivadas de fuerza mayor las suspensiones de

contrato o reducción de jornada “que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del covid-19, incluida la declaración del 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” (arts. 22 y ss)¹⁰.

Esa misma norma permite que en estas circunstancias se aplique la suspensión de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero será la empresa quien decida la causa a tener en cuenta (la norma dice “En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el covid-19”). La posibilidad de elegir entre una causa u otra se atribuye a la empresa, en solitario.

Y entendemos que la elección es importante, porque determina el procedimiento a seguir para obtener esta suspensión. Si la suspensión es por causa de fuerza mayor, no es necesaria la negociación con los representantes de los trabajadores, sino sólo la notificación de que se va a hacer esta suspensión. Si la suspensión es por causa económica, técnica, organizativa o de producción, la previa negociación con los representantes de los trabajadores es obligatoria. En este segundo supuesto “se aplican las reglas ordinarias de los procedimientos de suspensión y reducción de jornada (47 del ET y Capítulo II del RD 1483/2012, de 29 de octubre, pero con (...) especialidades, que lo convierten en un ERTE “exprés”, nada más” (Vidal López 2020).

Así, es la misma norma la que permite a la empresa, en cierto modo de forma ambigua, optar por un procedimiento u otro, y ello supone dejar en su ámbito de decisión la participación de los representantes de los trabajadores para solucionar, temporalmente, el problema generado por la pandemia de covid-19. Esto pone de manifiesto un resultado, desconocemos si intencionado o no, de prescindir de los sindicatos en un ámbito que es propio para su intervención.

Por otro lado, también es significativo que, desde el principio, se ha evitado la posibilidad de que los representantes de los trabajadores paralicen la actividad de la empresa que permite la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 21.3)¹¹. El art. 4

10. Sobre la materia, vid., entre otros autores, Casas Baamonde 2020.

11. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. Conforme a dicho precepto: “Cuando en el caso a que se refiere el apartado 1 de este artículo el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, los representantes legales de éstos podrán acordar, por mayoría de sus miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo. Tal acuerdo será comunicado de inmediato a

de dicha Ley define el riesgo grave e inminente como “aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”. En este sentido, las “catástrofes naturales” son consideradas como supuestos de daño grave e inminente (García Ninet 2017, 154).

La ley califica los problemas derivados del covid-19 como circunstancias derivadas de fuerza mayor, o en todo caso de problemas económicos, técnicos, organizativos o de producción, pero no como riesgo grave e inminente, en el que los trabajadores o sus representantes podrían tomar medidas. Y si bien los contratos de trabajo no se pueden extinguir por estas causas (ya que lo impide el RD-L 9/2020, arts. 2 y 5), una suspensión previa puede ser una prueba importante en una eventual y futura extinción, que por tanto será facilitada por la previa suspensión del contrato, que tan livianamente se regula. Significativa es en este sentido la nota informativa de la Unidad de Gestión específica para afrontar la incidencia del covid-19 en el ámbito laboral, dependiente del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 30 de marzo¹², aclaratoria de las funciones de los funcionarios de la Inspección de Trabajo en relación a la paralización de la actividad por riesgo grave e inminente, que de forma contundente afirma que:

... cualquier actuación de los representantes de los trabajadores, Inspección de Trabajo o de las Autoridades Laborales, adoptando o confirmando medidas de paralización de actividades en empresas y centros de trabajo, por considerar que existe un riesgo de exposición a la enfermedad para los trabajadores, medidas que están contempladas para los casos en que existan riesgos laborales graves e inminentes, podrían estar invadiendo el ámbito de las autoridades realmente competentes para ello, que son las designadas por el RD 463/2020. Partiendo de esta base, cabe concluir que no procede la utilización por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la facultad de paralizar trabajos, tareas o actividades por riesgo grave e inminente, si se apreciase la existencia de riesgo de exposición y de contagio por incumplimiento de las medidas preventivas acordadas por el Ministerio de Sanidad.

No obstante, el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, habilita a los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social integrantes del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, y del Cuerpo de Subinspectores Laborales, escala de Seguridad y Salud Laboral

la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada. El acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los Delegados de Prevención cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal”.

12. Consultable en: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/informe-riesgo-grave-e-inminente.pdf>

para vigilar y requerir, y en su caso, extender actas de infracción, en relación con el cumplimiento por parte del empleador de las medidas de salud pública establecidas en el art. 7.1, párrafos a), b), c) y d) del RD-ley 21/2020, cuando afecten a las personas trabajadoras¹³. Se trata de medidas de prevención del contagio de covid-19 en los centros de trabajo. Anteriormente, la Directiva 2020/739, de la Comisión, de 3-6-2020, incluye en SARS-Cov-2 en la lista de agentes biológicos que contiene la Directiva 2000/54. O sea, la UE considera que el problema del coronavirus es un problema laboral.

De otro lado, y en esa misma tendencia, la preferencia legal por el trabajo a distancia durante la pandemia es también una opción de la norma deja a decisión de la empresa a la que la propia norma le atribuye como objetivo “garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria”¹⁴. Ciertamente es una opción relativa, ya que de ser posible la adaptación al trabajo a distancia, la empresa lo debe hacer para, según la doctrina, “... evitar que se produzcan suspensiones contractuales o reducción de jornada, y siempre que ello sea posible, incentivándose con medidas económicas para que las empresas puedan adquirir el material tecnológico necesario su aplicación” (Rojo Torrecilla 2020). A su vez, esta medida conlleva una relajación de las medidas de prevención de riesgos laborales, pues “Con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos, en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora” (RD-ley 8/2020, art. 5).

3.2. El permiso retribuido recuperable sin pacto previo

El Real Decreto-ley 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

13. Disposición final duodécima, mediante la que se modifica el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19. Se añaden tres nuevos apartados, 4, 5 y 6, al artículo 31 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19.

14. Art. 5 del RD-ley 8/2020, conforme al cual “se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”.

servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el covid-19, regula *ex novo* un permiso para los trabajadores, impuesto *ex lege*. Según la citada norma (art. 2):

1. Las personas trabajadoras que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del presente real decreto-ley disfrutarán de un permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive.
2. El presente permiso conllevará que las personas trabajadoras conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales.

Se trata de un permiso nuevo, distinto de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores. Los permisos normalmente se configuran legalmente como un derecho del trabajador, del que puede hacer uso o no cuando se encuentre en alguna de las causas justificativas previstas legal o convencionalmente, sin embargo el permiso previsto en el RD-ley 10/2020 no depende de que el trabajador actúe ese derecho, sino que obligatoriamente tiene que disfrutarlo, configurándose por ello no como un derecho del trabajador, sino como una obligación. “El permiso opera como obligación pública que se impone a empresas y trabajadores y carece por tanto del carácter facultativo que acompaña a esta figura en la legislación laboral (art. 37.3 ET)”¹⁵.

Por otro lado, y en general, los permisos previstos por la legislación heterónoma no son recuperables (salvo el día de fiesta adicional previsto en el párrafo último del art. 37.2 ET)¹⁶, de manera que el tiempo de no ejecución del trabajo por el uso de un permiso legal, no debe devolverlo el trabajador, por lo que no se tiene que negociar la manera de recuperar ese tiempo en el que precisamente no existe la obligación para el trabajador de ejecutar la prestación.

Sin embargo, el permiso de que estamos hablando se configura como algo no voluntario, ya que no depende de que el trabajador lo pida, y es un permiso cuya duración equivalente en horas de trabajo debe ser ejecutada posteriormente por los trabajadores ya que se mantiene el derecho de la empresa y la obligación de los trabajadores a que se ejecute la totalidad del tiempo de trabajo estipulado en el convenio colectivo aplicable. De esta manera, este permiso y su devolución posterior, modifica la jornada de trabajo pactada en el convenio colectivo, ejerciendo la norma estatal su rango superior respecto del convenio colectivo en una relación de jerarquía entre una y otra fuente del Derecho, que la legislación general no ha previsto expresamente, sin

15. Según la Editorial de la Revista de Derecho Social nº.89, Ediciones Bomarzo, enero-marzo 2020, 12.

16. Conforme al cual “Si alguna comunidad autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce”.

que obviemos el debate científico en torno a la difícil relación ley-convenio colectivo. Lo que se pretende destacar es el hecho de que con esta forma de actuar de la norma estatal se vuelve a prescindir de la participación sindical en su función legiferante en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, pues la norma con rango legal (en este caso el RD-ley 10/2020) puede modificar la jornada pactada en el convenio colectivo, sin intervención de los sujetos que firmaron dicho convenio colectivo, y aún en contra de la opinión de éstos, hipotéticamente hablando.

La manera de recuperar el tiempo de trabajo que dura el permiso de que estamos hablando es algo que se debe negociar (art. 3 RD-ley 10/2020), ya que en la determinación de las horas de trabajo a realizar (en esto sí) hay que respetar lo establecido en el convenio colectivo. En esta negociación, las partes pueden adoptar multitud de decisiones, que les permite la citada norma, como recuperar todo o parte de las horas del permiso, el preaviso mínimo en que la persona deberá conocer el día y la hora de la prestación del trabajo resultante, y el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. Pero la decisión principal, –si el permiso se adopta o no–, es algo que no se puede negociar, porque viene imperativamente impuesto por la norma estatal. Pero tampoco es que la norma obligue a que se llegue a ese acuerdo sobre estos aspectos en torno a la recuperación del tiempo de permiso, que quedan en un lugar secundario ya que a falta de acuerdo, es la empresa la que unilateralmente adopta esa decisión¹⁷. Decisión que, como todas las decisiones de la empresa, puede ser impugnada judicialmente, pero la Ley no da ninguna razón esgrimible contra una decisión unilateral adoptada por la empresa sobre esta materia en estas circunstancias. La decisión de la empresa se puede impugnar, pero ¿cuál es la causa de la nulidad de la misma? Aunque se impugne, puede ser ratificada por el órgano judicial competente si la empresa la ha adoptado tras un periodo de negociación terminado sin acuerdo.

En consecuencia, la adopción de un permiso nuevo no previsto en la norma general, se ha hecho sin intervención de los agentes sociales, pese a que se trata de una condición de trabajo, y una modificación de la jornada laboral prevista en el convenio colectivo. La empresa puede adoptar la decisión, unilateralmente (previo fracaso de la negociación prevista por la norma) sobre cómo se va a recuperar el tiempo de no trabajo por el permiso de que hablamos. En consecuencia, la actuación que la norma prevé para los sindicatos en este permiso nuevo, es la negociación sobre una cuestión secundaria y no necesitada de acuerdo.

17. “Si no se llega a un acuerdo tras este proceso de consultas-negociación, y sin perjuicio de posibles mediaciones a través del sistema autonómico de solución de conflictos de trabajo, la empresa decide unilateralmente sobre la recuperación de las horas no trabajadas durante el permiso...”, Editorial de la Revista de Derecho Social nº.89, Ediciones Bomarzo, enero-marzo 2020,13. Por tanto, la empresa tiene la obligación de negociar, no de acordar, sabiendo que a falta de acuerdo, decide ésta unilateralmente.

3.3. Implementación de poderes públicos a las empresas

La Orden SND/307/2020, 30 de marzo, 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, regula entre otras cuestiones el modelo de certificado necesario para poder usar la vía pública durante el tiempo de confinamiento obligatorio. Este modelo es necesario para poder circular por la vía pública, ya que la norma establece como criterio general su prohibición y como excepción, la posibilidad de su uso. Pero excepción que debe ser probada ante los agentes de la autoridad pública que velan por el cumplimiento de la norma, y sancionan su incumplimiento. Por tanto, no estamos hablando de una cuestión laboral, sino de algo que nos afecta a todos, como ciudadanos.

En principio, hay que tener en cuenta que el RD-ley 10/2020 establece una obligación de no usar la vía pública, que es más limitativa que la prohibición inicial del RD 463/2020 que declara el estado de alarma. En efecto, este RD inicial, pese a que prohibía en general el uso de la vía pública, también establecía una serie de excepciones, que se pueden considerar amplias, entre ellas, ir y volver del trabajo, sin limitaciones al trabajo realizado (art. 7). El RDL 10/2020, como es conocido, impone la existencia de un permiso retribuido recuperable, desde el 30 de marzo al 9 de abril de 2020, ambos inclusive, de manera que la excepción principal a la obligación de no usar la vía pública (ir y volver del trabajo) queda sin posibilidad de aplicación. El RDL 10/2020 contiene un anexo en el que figuran las empresas que pueden (deben) seguir desempeñando su actividad, y por tanto, los trabajadores que presten servicios en ellas pueden seguir usando la vía pública para ir y volver al trabajo.

El problema es que, durante el tiempo de vigencia de ese permiso retribuido, los trabajadores que vayan o vuelvan del trabajo han tenido que acreditar a un eventual agente de la autoridad pública que se lo pida, el hecho de que pueden usar la vía pública para ir y volver del trabajo, por prestar servicio en las empresas que pueden seguir desarrollando la actividad al pertenecer a algunas de las empresas previstas en el anexo referido. Éste es el problema que pretende resolver la Orden SND/307/2020 referida, y por eso dice al final del punto IV de su Exposición de Motivos:

“Así, con objeto de facilitar la identificación de estas personas trabajadoras por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, se ha considerado necesario facilitar un modelo de declaración responsable en el que se indique que la persona trabajadora portadora del mismo puede continuar realizando desplazamientos a su lugar de trabajo”.

La cuestión es que a la hora de determinar quién podrá hacer el justificante referido, que tendrá la virtualidad de acreditar ante los Agentes de los cuerpos y

fuerzas de seguridad del Estado un determinado hecho, la Orden SND/307/2020 referida escoge a la empresa. Es la empresa la que emitirá esta declaración responsable, que servirá de salvoconducto para poder usar la vía pública a los trabajadores de las empresas que pueden continuar con su actividad por considerarse esencial y figurar en el antes citado anexo. El deber de protección de la empresa hacia el trabajador (y la subsiguiente fidelidad de éste hacia aquélla) vuelve a aparecer en estas fechas.

La norma obvia a los representantes legales de los trabajadores para esta función, de modo que deposita su confianza en la empresa, la cual podrá emitir esta certificación sin intervención de nadie. Ni siquiera los sindicatos pueden emitir esta certificación para los sindicalistas liberados que ejercen sus funciones en la sede de la organización (salvo si los servicios se prestan en régimen laboral, en cuyo caso, el sindicato, como empresario de los trabajadores del mismo, sí podrá emitirla), de manera que estas personas, así como los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de su representación, no podrán disponer de estas declaraciones responsables, y asumen el riesgo de no llevarla.

Ciertamente, la Orden de referencia establece que las restricciones a la movilidad establecidas por el RD 463/2020 y el RDL 10/2020 no son aplicables a los que ejercen actividad sindical (punto III de la Exposición de Motivos), pero no establece *ex lege* ninguna manera de acreditar este hecho por parte de las personas que ejercen la actividad sindical ante un eventual requerimiento por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

3.4. Otorgamiento a la empresa de la facultad de representar a los trabajadores en la petición de prestaciones desempleo

El 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, otorga a las empresas la representación de los trabajadores para una determinada gestión administrativa cuyo resultado redundaría en beneficio de los trabajadores, la solicitud de desempleo a los afectados por el ERTE por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativa o de producción, derivado de covid-19 (art. 3.1), según el cual:

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 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de aquellas.

La norma transcrita facilita la tramitación de los actos administrativos que reconozcan el derecho de los trabajadores afectados a cobrar el desempleo, en caso de este ERTE¹⁸. No obstante, es de destacar el hecho de que entre todos los posibles sujetos que en hipótesis podrían llevar a cabo esta función, tales como sindicatos, representantes legales o sindicales de los trabajadores, la comisión negociadora del ERTE (en su caso), representantes elegidos por los trabajadores para esta presentación, etc., la norma designa como representante de los trabajadores a la empresa que les ha reducido el salario mensual (por reducir las horas de trabajo, o por suspender el contrato). Se trata de una representación establecida en la misma norma estatal que sirve para un supuesto muy concreto, pero que pone de manifiesto la elección del legislador, elección que se puede repetir para otros supuestos. En todo caso, interesa dejar constancia de que es una representación donde el sujeto representado no interviene para darla, es una representación legal. Se podría plantear la cuestión de si se podría revocar o sustituir el sujeto representante por parte del trabajador, cuestión que sólo dejamos indicada por no poderse abordar en este estudio, pero que puede tener un cierto interés jurídico aunque sea *ad futurum*.

3.5. La prohibición de celebrar el Primero de Mayo

Es de todos sabido que existe la tradición entre los sindicatos de celebrar la fiesta del Primero de Mayo, de carácter nacional, con manifestaciones en todos los lugares públicos posibles. Esto es lo que se ha hecho tradicionalmente, a través de unas manifestaciones que unas veces eran de todos los sindicatos unidos, o al menos los que cuentan con más afiliación, y otras veces era por separado, pero siempre ha habido manifestaciones por tratarse del Primero de Mayo, una fiesta sindical importante.

Con la pandemia de coronavirus, y la declaración del estado de alarma que ello conllevó se prohibió por el Estado el uso de la vía pública, salvo excepciones muy limitadas (art. 7 del RD 463/2020), y en consecuencia, las concentraciones de personas, y por tanto las manifestaciones. Es sabido que la declaración del estado de alarma no puede limitar ni anular ningún derecho fundamental (art. 116 CE en relación con la LO 4/1981, de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que no permite anular ningún derecho fundamental en el estado de alarma, aunque sí en el estado de excepción y el de sitio¹⁹).

18. Sobre las medidas de protección establecidas ante la emergencia sanitaria derivada del covid-19, vid. El estudio de Trillo García 2020, 57-174 (ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el covid-19).

19. Véase igualmente el Punto 4 del Auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020, que dice literalmente: “A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”.

Sin embargo, la amenaza del contagio del covid-19, hizo que los mismos sindicatos no convocasen manifestación alguna para celebrar este día del año 2020. No obstante, un sindicato concreto, la Central Unitaria de Trabajadores y Trabajadoras (CUT), sí convocó una manifestación para celebrar este día, aunque sabiendo las circunstancias por las que pasaba el país, la convocatoria de manifestación contenía unas medidas de protección, adoptadas por el propio sindicato: estas medidas consistían en ser una manifestación pública reducida, y en la que los manifestantes irían aislados de los demás, en su propio vehículo, no admitiendo más que una persona por vehículo, y aceptando de antemano cualquier otra medida que impusiera la Administración pública. Con ello, se pensaba que las medidas de protección eran suficientes, pero la autoridad pública competente prohibió tal manifestación por las circunstancias de la pandemia. Esta prohibición dio lugar a que dicho sindicato convocante llevase el asunto al Tribunal Constitucional, y pidiese como medida cautelar el levantamiento de la prohibición, dada la cercanía de la fecha.

El Tribunal Constitucional dictó, antes del Primero de Mayo, el Auto de 30 de abril de 2020, por el que resolvía la solicitud de medida cautelar. Y denegó la medida cautelar, porque con la manifestación convocada, se impedía el libre tránsito por la vía pública, que puede resultar necesario para la protección de otros derechos fundamentales, ya que en palabras del propio TC:

En una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado, Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada.

Es decir, no se puede ejercitar el derecho fundamental de manifestación, para dejar libre la vía pública por si fuera necesaria la intervención de ambulancias, bomberos, etc. Ésta resulta, en nuestra opinión, una argumentación débil para impedir el ejercicio de un derecho fundamental que en principio no tiene que producir esos inconvenientes, pero en la ponderación hecha por el Tribunal Constitucional, sí los podía tener.

Entendemos que la medida adoptada por la Administración, y avalada por el Tribunal Constitucional, se refiere a un tema de no excesiva importancia, como es una celebración concreta de un grupo de personas, pero pone de manifiesto que se considera como algo no importante, ni en la resolución de la crisis generada por el coronavirus, ni en general, el hecho sindical.

4. EL EMPODERAMIENTO DE LA EMPRESA DURANTE ESTA CRISIS EN DETRIMENTO DEL SINDICATO

Aunque nuestro ordenamiento jurídico atribuye al Estado la promoción de la libertad sindical, se podría decir que ante la crisis aparecida como consecuencia del covid-19, no ha sido así. Las medidas de lucha contra el covid-19 y, en especial, contra sus efectos económicos y sociales que hasta ahora se han adoptado, no han promocionado al sindicato, ni siquiera le han dado un espacio de participación en aquellas medidas que más han podido afectar al ámbito de las relaciones laborales.

Sí han facilitado la situación a las empresas, quizás pensando en que la mayor parte del empleo en España se produce en pequeñas empresas, de manera que haciendo la situación más fácil para las empresas, se hace la situación más fácil para todos.

Pero esto puede producir colateralmente la idea, hipotéticamente hablando, de que los sindicatos no son necesarios para gestionar la crisis económica y social derivada de la sanitaria provocada por la pandemia de covid-19. De futuro, este hecho podría dar cabida a la consideración de que la intervención de los sindicatos en la gestión de las crisis no es aconsejable porque pueden suponer un obstáculo a la solución de la misma. En esa hipótesis, la tendencia puede ser la misma que la que se ha seguido en la actual crisis sanitaria, esto es, la de entender que hay que darle las facultades a quien está especialmente interesado en acabar con esta situación: la empresa. Esto puede implantar en el sistema económico una manera de actuar que no es la prevista por la Constitución española y las leyes que hasta ahora la han desarrollado. Y las consecuencias de ello pueden ser muy negativas para el futuro.

5. LA CONCERTACION SOCIAL COMO VIA PARA SUPERAR LOS EFECTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LA CRISIS SANITARIA

Frente a ello, se está proponiendo desde hace tiempo una nueva edición de los Pactos de la Moncloa, o como se quiera llamar en estos tiempos. En virtud de este acuerdo general para salir de la crisis, en hipótesis, todos los sujetos pactarán cómo se sale de ella. Y se trata de pactos en materia social y económica, no de la salud, por lo que entendemos que todos los sujetos que intervienen en la economía están en principio legitimados para participar en ellos, salvo lo que resulte de su respectiva representatividad.

Estos eventuales pactos para salir de la crisis que ha generado la enfermedad covid-19 podrían ser un ejemplo paradigmático de concertación social. Aún no se ha empezado la negociación que pueda dar lugar a estos pactos, sino que si acaso se está pensando el método a seguir para llegar a ellos. El problema fundamental del método necesario consiste en quién va a participar en la negociación. Si la negociación

se hace en una comisión parlamentaria, se hará solamente con los partidos políticos, sin intervención de los agentes sociales. Si se hace en una mesa informal no institucionalizada, podrán sumarse los agentes sociales. Cómo se hará es algo que el futuro decidirá, pero es necesario recordar que los llamados Pactos de la Moncloa se hicieron sin intervención directa de los agentes sociales. Si el modelo a seguir es éste, el resultado será el sabido.

Por otro lado, existe también la posibilidad de realizar pactos para la salida de la crisis, a nivel autonómico. El problema es el mismo, ¿se harán de manera concertada con los agentes sociales o sólo con los partidos políticos? Eso es algo que sólo en un futuro a medio plazo podremos saber.

Hasta ahora las posibles negociaciones entre el Estado o las Comunidades Autónomas y los agentes sociales no han sido publicadas. Y, por supuesto, no se ha llegado a ningún acuerdo de concertación, por ahora. Si ha habido o no participación de los agentes sociales en la adopción de medidas para salir de la crisis económica generada por el covid-19, no se han publicado, por lo que no se puede afirmar que han existido.

Lo que sí podríamos afirmar es que la actual es una situación ideal para aplicar la concertación social, como “intercambio político” (Palomeque López 1994, 299), en la que pueda fructificar una participación de los interlocutores sociales en la política social y económica de la nación. Ciertamente, el Estado ha llegado a un pacto de concertación social con los agentes sociales. Se trata del acuerdo firmado en el Palacio de la Moncloa el 11 de mayo de 2020, denominado Acuerdo Social en Defensa del Empleo, mediante el que se pacta la prórroga de los ERTes hasta el 30 de junio de 2020²⁰. Se trata de un acuerdo de concertación social, evidentemente, pero lo que hace es prorrogar una medida adoptada por el Estado. La prórroga se pacta, pero la medida ya estaba tomada no en procedimiento de concertación. El Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, un día posterior al Acuerdo citado, convierte en norma de rango legal lo concertado, denominado por la doctrina como “la primera norma de «desescalada» o desconfinamiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...” (Casas Baamonde 2020), pero no deja de ser una prórroga de las medidas adoptadas por el Estado.

Posteriormente, el 25 de junio de 2020, el Gobierno ha llegado a otro acuerdo de concertación social con los interlocutores sociales, denominado II Acuerdo en Defensa del Empleo, en virtud del cual se ha prorrogado nuevamente la duración de los ERTes derivados de fuerza mayor por el covid-19, entre otras medidas, que los ha prorrogado hasta finales de septiembre de 2020. El contenido del citado acuerdo (II ASDE) ha dado lugar al Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas

20. Firmado entre el Gobierno, los sindicatos más representativos a nivel estatal (CCOO Y UGT), y las asociaciones empresariales más representativas (CEOE Y CEPYME).

sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. Pero no se trata de acuerdos en los que el Estado acuerde las medidas concertadas con los agentes sociales, sino un acuerdo con los agentes sociales que decide la prórroga en el tiempo de una medida ya adoptada en su día de forma unilateral por el Estado. No obstante, la adopción de estos acuerdos de concertación social se puede interpretar como el inicio de la recuperación de la participación de los interlocutores sociales en la gobernanza política de las relaciones laborales tras la finalización del estado de alarma y el inicio de la “nueva normalidad”.

Poco después, el 3 de julio de 2020 se ha llegado a un Acuerdo para la Reactivación Económica y el Empleo, entre el Gobierno y los mismos interlocutores sociales. Según el Gobierno de la nación, se trata de:

Un nuevo acuerdo que sienta las bases para acelerar la recuperación económica y la creación de empleo de calidad tras la crisis provocada por el covid-19. Este acuerdo nace con el objetivo de lograr cuanto antes un crecimiento sólido, inclusivo y sostenible²¹.

Mediante este acuerdo se pactan algunas medidas económicas y sociales para salir de la crisis económica y social provocada por la pandemia de covid-19. El Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, recoge las medidas acordadas en este nuevo pacto de concertación social, aunque no dice expresamente que tiene causa en dicho acuerdo previo, si bien según declaraciones del Presidente del Gobierno:

Con este Acuerdo por la Reactivación Económica y el Empleo, el Gobierno, la patronal y los sindicatos sellan un compromiso de país para trabajar con urgencia en el refuerzo de la recuperación económica y empleo. Esto implica que, de manera inmediata, se van a intensificar las reuniones en el marco del Diálogo Social. Además, el acuerdo recoge más de una decena de líneas de trabajo en torno a las cuales se pretende sellar acuerdos para reforzar el crecimiento y el empleo de calidad²².

También el Real Decreto-Ley 30/2020 de 29 de septiembre, que se presenta a sí mismo como fruto de una concertación social, prorroga los ERTES hasta el 31-1-2001. Se trata, como el Decreto-Ley anterior, de una prórroga de una medida ya adoptada por el Estado anteriormente, no de una implantación de una medida nueva.

Por otro lado, cabe citar una acción adoptada, no por el Gobierno del Estado, sino por una Comunidad Autónoma, que supone una actuación diferente a la que se

21. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/030720-sanchezpacto.aspx>

22. Palacio de la Moncloa, 3 de julio de 2020, consultable en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/030720-sanchezpacto.aspx>

ha seguido a nivel estatal en materia de concertación social. Se trata del Decreto-ley 9/2020, de 24 de marzo, por el que se regula la participación institucional, el diálogo social permanente y la concertación social de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Cataluña, de 9 de marzo²³.

Este Decreto-Ley tiene como objeto la regulación del marco de participación institucional de los agentes sociales en los órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña que tienen competencia en materia social. No establece ninguna medida concreta, pero crea una vía institucional para que los interlocutores sociales de ese ámbito territorial participen en la adopción de medidas económicas y sociales futuras. Se trata de una norma hecha por el poder ejecutivo de la comunidad autónoma y, por tanto, no se trata en sí mismo de un acuerdo de concertación social, pero crea las instituciones para que se puedan producir acuerdos futuros.

Ciertamente, la participación de los agentes sociales no necesita unas instituciones para producirse, ya que la participación social se puede llevar a cabo sin necesidad de estas instituciones, como se ha hecho desde hace tiempo. Pero la creación de estas instituciones pone de manifiesto una distinta manera de actuar, pues se establece como punto de partida que no es el gobierno (en este caso autonómico) el único que interviene en las medidas que se puedan adoptar, sino todos los agentes sociales también. A nivel de Estado falta una norma en este sentido.

También a nivel europeo se ha puesto de manifiesto la importancia del diálogo social a todos los niveles como parte integrante del modelo social europeo. Así, se afirma que “Los países con las interlocuciones sociales más desarrolladas y sistemas sociales eficaces se encuentran entre los más exitosos, resilientes y competitivos del mundo. El diálogo social, el funcionamiento de las relaciones laborales, incluida la negociación colectiva, y la consulta de los interlocutores sociales durante el Semestre Europeo son parte de la democracia y son fundamentales para el derecho a la libertad de asociación sindical” (Confederación Europea de Sindicatos, 2019).

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

Más allá del juicio político de la idoneidad y adecuación de las medidas adoptadas por el Gobierno de la nación y los poderes públicos en general, en relación con la superación de la crisis sanitaria generada por el covid-19 y la derivada crisis económica y social que ha general, de efectos todavía imprevisibles, se constata la tendencia de la norma estatal durante este largo proceso a ejercer su protagonismo y jerarquía normativa como fuente del Derecho.

23. Este Decreto Ley ha sido publicado en el BOE de 25-5-2020, pero ante los errores padecidos en su publicación (parece que se publicó un Decreto-ley diferente), se publicó íntegramente, como corrección de errores, el 26-5-2020.

Probablemente la situación de emergencia justifique la necesidad de adoptar unilateralmente medidas que, por su urgencia, no puedan someterse a un proceso de diálogo con los interlocutores sociales. No obstante, en el diseño de esas medidas se constata la falta de previsión casi absoluta de participación de los sindicatos y representantes de trabajadores para la implementación de las mismas, en tanto que se toma a la empresa como sujeto protagonista de la toma de importantes decisiones que van a afectar a las relaciones laborales y a las condiciones de trabajo y de vida de las personas trabajadoras.

Muchas de estas medidas, plenamente relacionadas con el ámbito laboral, ni siquiera contemplan la necesidad de una audiencia, consulta, o negociación con los representantes de los trabajadores por parte de las empresas, y la que lo hace –como por ejemplo la relativa al permiso retribuido recuperable– deja en última instancia la decisión a la empresa a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

La premisa de partida de las normas de emergencia, esto es, considerar la epidemia como un hecho externo al mundo del trabajo, conlleva la consecuencia de no considerar necesaria la participación de los trabajadores a través de sus representantes. Sin embargo, son normas que afectan de forma considerable al trabajo, el empleo, la relación laboral y las condiciones de trabajo y de vida de las personas trabajadoras. En ese contexto, la elección por la empresa como sujeto que debe participar, decidir, o implementar muchas de esas medidas, produce un desequilibrio en el gobierno democrático de las relaciones laborales, entendemos que no deseable en un sistema democrático en el que la participación no debe ser sólo política, sino también económica y social. Se produce una doble erosión del sindicato como sujeto colectivo de representación de los trabajadores. En lo económico, frente a la empresa, se debilita, se reduce, su participación en la toma de decisiones y gestión de las relaciones laborales, se erosiona su función primigenia de contrapoder. En lo político, en tanto que no participa en la gestión de los efectos económicos y sociales de la crisis sobre las relaciones laborales.

Tras la salida del estado de alarma, la situación del país, como otros, exige más que nunca reponer el lugar que ocupan los representantes de los intereses económicos y sociales en la sociedad. La norma estatal no puede dejar al margen la negociación colectiva y, más allá de ella, las vías de participación a través del diálogo social en la recuperación económica y social del país. La existencia de un pluralismo participativo y normativo no permite sostener en el tiempo la jerarquía normativa como principio que excluye otras fuentes de poder normativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón Caracuel, Manuel Ramón (1975), *El derecho de asociación obrera en España: (1839-1900)*, Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid.
- Baylos Grau, Antonio (2012), *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, Madrid.
- Casas Baamonde, María Emilia (2020), “La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento”, *Diario la Ley* n. 9648, junio.
- Confederación Europea de Sindicatos (2019), “Programa de acción 2019-2023”, 14º Congreso (Viena), 21 a 24 de mayo 2019. Consultable en: <https://www.ccoo.es/cb774ccbb3c7f4aad4cff4be5d670c62000001.pdf>
- Fernández López, María Fernanda (1982), “Naturaleza jurídica de la asociación sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11.
- Gallart Folch, Alejandro (2000), *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, en Monereo Pérez, José Luis (director), reedición del original de 1932, Comares, Granada.
- García Ninet, José Ignacio (dir.), Barceló Fernández, Jesús y Moreno Cáliz, Susana (coords.) (2017), *Manual de prevención de riesgos laborales. Seguridad, higiene y salud en el trabajo*, 4ª ed., Atelier, Barcelona.
- González González, Carlos (2020), “Expedientes de Regulación de Empleo Temporales y otras medidas laborales y de Seguridad Social del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. *Aranzadi digital* num. 1/2020 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- Kahn-Freund, Otto (1987), *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2ª edición, traducción de Galiana Moreno, Jesús María, Madrid.
- Martín Valverde, Antonio (1994), “Concertación social y diálogo social Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social (1)”, *Relaciones Laborales* Sección Doctrina, tomo 2.
- Palomeque López, Manuel Carlos (1994), *Derecho sindical español*, Tecnos, quinta edición, Madrid.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2020), “Un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”, Blog de Eduardo Rojo, consultable en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html>
- Sepúlveda Gómez, María (2004), *Los efectos patrimoniales derivados de la conducta antisindical del empresario*, Bomarzo, Albacete.

- Suárez González, Fernando (2014), “Los sindicatos en la Constitución española de 1978”, AA.VV. *Los sindicatos*, coords. De la Villa Gil y García Perrote Escartín, Thomson Reuters, Valladolid.
- Trillo García, Andrés Ramón (2020), “Seguridad Social y COVID 19”, Revista de derecho de la seguridad social. *Laborum*, núm. 23 (2º trimestre 2020), (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el COVID-19).
- Vidal López, Pere (2020), “ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 962/2020 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- Webb, Sidney y Beatrice (1990), *Historia del Sindicalismo. 1666-1920*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.