



El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España

THE RIGHT TO WORK IN TIMES OF CONSTITUCIONAL EXCEPTIONALITY: LABOUR REGULATION AROUND COVID-19 IN SPAIN

Nuria Reche Tello

Profesora Asociada Doctora de Derecho Constitucional

Universidad Miguel Hernández

nuria.reche@umh.es 0000-0002-8670-5794

Recibido: 15.06.2020 | Aceptado: 22.06.2020

RESUMEN

El estado de alarma decretado por causa del COVID-19 se ha traducido en una importante producción regulatoria con especial incidencia en el derecho constitucional al trabajo. El criterio fundamental que ha guiado la normativa laboral, así como los numerosos instrumentos interpretativos que la han acompañado, ha sido el del mantenimiento del empleo y la tutela de los colectivos más vulnerables, así como de la red de servicios sociales que han dado apoyo a la ciudadanía en una crisis sin precedentes en la historia reciente. El peso de las circunstancias, a su vez, ha provocado notables deficiencias en la técnica legislativa e incidido en algunas carencias estructurales del mercado de trabajo en España. La crisis del sistema de cuidados ha sido la principal de ellas. Por otro lado, alguna de las soluciones adoptadas, como el trabajo a distancia o ciertas herramientas de flexibilidad en el desarrollo la actividad productiva, requerirían de una ordenación estructural consensuada capaz de proyectarlas hacia el futuro.

ABSTRACT

The state of alarm decreed due to COVID-19 has resulted in significant regulatory production with special incidence on the constitutional right to work. The fundamental criterion that has guided the labor regulations, as well as the numerous interpretative instruments that have accompanied it, has been the maintenance of employment and the protection of the most vulnerable groups, as well as the network of social services that have supported citizenship in a crisis unprecedented in recent history.. The weight of the circumstances, in turn, has caused notable deficiencies in the legislative technique and affected some structural deficiencies in the labor market in Spain. The crisis in the care system has been the main one. On the other hand, some of the solutions adopted, such as remote work or certain flexibility tools in the development of productive activity, would require a consensual structural arrangement capable of projecting them into the future.

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma
Derecho al trabajo
COVID-19
Mantenimiento del empleo
Trabajo a distancia
Labores de cuidado
Crisis económica

KEYWORDS

State of alarm
Right to work
COVID-19
Job maintenance
Remote work
Care-giving tasks
Economic crisis

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE ALARMA Y DERECHO DE EXCEPCION
2. DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA
3. LAS MATERIAS AFECTADAS POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN LABORAL
 - 3.1. Medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras
 - 3.1.1. El trabajo a distancia
 - 3.1.2. Derechos de adaptación y reducción de la jornada de trabajo, plan medida
 - 3.2. Regulación de los mecanismos de ajuste temporal de actividad
 - 3.2.1. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa de fuerza mayor
 - 3.2.2. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa económica, técnica, organizativa y de producción
 - 3.2.3. El permiso retribuido recuperable
 - 3.3. Medidas de protección del empleo
 - 3.3.1. La salvaguarda temporal de los puestos de trabajo
 - 3.3.2. La prohibición de despedir o de extinguir el contrato por causas de fuerza mayor, económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - 3.3.3. La suspensión de los contratos temporales
 - 3.3.4. El mantenimiento del empleo de los trabajadores fijos discontinuos
 - 3.3.5. Flexibilización del empleo en el sector agrario
 - 3.3.6. Otras medidas de mantenimiento del empleo
 - 3.3.6.1. Prórroga de los contratos del personal docente e investigador celebrado por las universidades
 - 3.3.6.2. Prórroga de los contratos predoctorales para el personal de investigación en formación
 - 3.3.6.3. Prórroga de los contratos temporales de investigadores y personal del sistema nacional de salud
 - 3.4. Procedimiento sancionador
 - 3.5. Algunas particularidades en el sector público
 - 3.5.1. Medidas de apoyo a la investigación del covid-19
 - 3.5.2. Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de la protección de la salud
 - 3.5.3. Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de colectivos vulnerables
 - 3.5.4. Régimen de colaboración de los empleados públicos
 - 3.5.5. Personal en ejercicio de funciones sindicales y reincorporación por COVID-19
 - 3.6. Integración de las personas en situación de vulnerabilidad económica y social
 - 3.7. Prevención de la salud frente a contagios
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE ALARMA Y DERECHO DE EXCEPCION

El pasado 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma de conformidad con el art. cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, a través del 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, entrando en vigor en ese mismo momento de su publicación.

Esta situación tenía un único precedente, el del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Ambas circunstancias no resultan, sin embargo, comparables. La primera en el tiempo respondía al conflicto laboral ocasionado por el abandono de sus funciones a cargo de los controladores civiles de tránsito aéreo, y su finalidad era restablecer el derecho fundamental a la libertad de circulación y movimiento mediante la militarización de tales funciones bajo la dirección del Ejército del Aire; se trataba pues de una medida muy concreta y en un ámbito que, pese a su evidente relevancia, no producía una afectación generalizada en el día a día de la ciudadanía.

Ahora, en cambio, nos encontramos ante una situación inédita en nuestra historia constitucional reciente en la que se ven implicados muchos de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Es sabido que estos sólo pueden ser suspendidos durante la declaración de los estados de excepción y sitio, mientras que en el estado de alarma únicamente procedería, llegado el caso, cierta limitación. Y es que el estado de alarma aparece concebido en nuestra Constitución como un estado de emergencia despolitizado, lo que plantea incluso la conveniencia o no de su constitucionalización. En todo caso “el problema fundamental que plantea la declaración del estado de alarma es si sus efectos repercuten o no de algún modo sobre la propia vigencia de la Constitución, y más concretamente sobre los derechos de la persona”¹. Esto plantea el debate sobre su alcance, de forma que, en palabras de Aba Catoira no es “posible identificar limitación con suspensión, pues mientras la primera restringe de alguna forma las posibilidades de actuación que un derecho ofrece a su titular, la segunda impide el ejercicio del derecho en cualquiera de sus modalidades, por lo que ya no sólo restringe o limita sino que prohíbe”².

Ciertamente que el contexto en el que se ha debido adoptar esta medida ha excedido con mucho cualquier previsión o experiencia previa que permitiese actuar con suficientes certezas, no obstante lo cual los juristas no debemos renunciar al análisis de su adecuación al marco constitucional con la finalidad, al menos, de que las generaciones futuras que lamentablemente deban enfrentarse a algo parecido sí que cuenten con alguna orientación precedente.

Así, por un lado, debemos contemplar con cierta naturalidad el derecho de excepción toda vez que, en palabras de Álvarez Conde, “al ser el Estado de Derecho un Estado absolutamente normativizado, donde se regulan relaciones de normalidad, hay que suponer que el caso excepcional, el supuesto anormal, debe encontrarse también sometido a la correspondiente normatividad”³, lo que no obsta para que en evitación de ciertos riesgos a menudo consustanciales al poder público este haya de

1. Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019.
2. Aba Catoira, A.: “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 28, 2011.
3. Álvarez Conde, E.: *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990.

ser particularmente limitado en tales circunstancias, según precisa el propio autor. De este modo, aclara Torres del Moral⁴ los estados de excepción constituyen un mecanismo de defensa de la propia Constitución de tal forma que en ellos se establecen unas cautelas, unos tiempos y la necesaria intervención del Parlamento para evitar el abuso de poder, y en todo caso con la finalidad de, una vez superada la crisis, volver a la Constitución legítima, en definitiva, el derecho de excepción debe “protegerse frente a sí mismo”⁵.

A la fecha de redacción de este artículo son ya casi tres meses los de vigencia del estado de alarma al que han acompañado más de doscientas regulaciones en materias tales como: la propia declaración del estado de alarma por la crisis sanitaria COVID-19 y sus prórrogas, la transición hacia una nueva normalidad, así como toda una serie de medidas de gestión de la crisis en materia de sanidad, seguridad, interior, tráfico y protección civil, transporte y movilidad, defensa, economía y otras medidas.

Esta cifra de por sí nos indica que la labor del ejecutivo ha venido condicionada semana a semana por realidades sanitarias y socioeconómicas en cierto modo imprevisibles y con arreglo a las cuales se han debido adoptar decisiones de amplia implicación: restricciones a la movilidad, a las manifestaciones y reuniones, a la libertad de empresa, al derecho a la educación, un insólito desarrollo del derecho al trabajo, la tutela de colectivos especialmente vulnerables, y en definitiva, una completa ordenación de la vida cotidiana de la ciudadanía.

Todas estas medidas se han dirigido principalmente a proteger los derechos a la vida, la integridad física y la salud, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Auto de 30 de abril de 2020. En palabras del Tribunal, “es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del COVID-19”.

No es objeto de este artículo, sin embargo, el análisis de en qué medida el derecho de excepción aplicado en nuestro país ha resultado ser exclusivamente limitativo o si ha producido una afectación más intensa en todos estos derechos. Quizá sencillamente tampoco sea el momento adecuado. A menudo los juristas tenemos la tentación de pretender dar respuestas rápidas a problemas lo suficientemente relevantes para ser examinados con el debido reposo. Sin embargo, en las páginas que siguen no renunciaremos a subrayar que el derecho excepcional laboral ha tenido como propósito último la tutela del derecho constitucional al trabajo, procurando garantizar su contenido al tiempo que respetaba otros habitualmente sometidos a conflicto con él como la libertad de empresa, o tan trascendentales como el derecho a la protección de la salud, la salvaguarda frente al desempleo o las situaciones de especial vulnerabilidad.

4. Torres del Moral, A.: *Principios de Derecho Constitucional, tomo I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010.

5. Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

Al mismo tiempo, y en el plano estrictamente laboral, resulta de interés discernir los aciertos y errores de la ingente regulación aprobada en la materia en tan poco tiempo con la finalidad de que una vez que, como esperamos, retornemos a la “Constitución legítima” hayamos adquirido unas enseñanzas importantes para mejorar nuestro mercado laboral y las condiciones de vida y trabajo de quienes lo ponen en marcha cada día.

Esta tarea no ha estado exenta de dificultad en la medida en que la propia excepcionalidad de los hechos ha provocado no solo una sobreproducción regulatoria sin parangón –y que no descartamos que prosiga, dejando este artículo necesariamente obsoleto en algunos aspectos–, sino frecuentes aclaraciones y rectificaciones de la propia normativa que se iba aprobando. Esperamos al menos que este trabajo sirva de apoyo y orientación para los operadores jurídicos y nos permita reflexionar en estos tiempos apresurados sobre la esencialidad de los derechos, aún en tiempos de pandemia.

2. DESARROLLO NORMATIVO EN MATERIA LABORAL DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

La normativa laboral que ha ido aprobándose por causa del COVID-19, sustentada en una serie de medidas de ajuste o flexibilidad interna que intervienen sobre el tiempo de trabajo, ha tenido como objetivo no sólo la protección y el mantenimiento del empleo, con el fin de evitar la destrucción de puestos de trabajo que auguraban las circunstancias, sino también una cierta agilización y flexibilización de los procedimientos necesarios para ello, en coordinación con las medidas preventivas y las decisiones que en materia sanitaria fuesen acordadas en cada momento por las autoridades competentes. Lo cierto es que hemos asistido a una producción normativa gubernamental sin precedentes en nuestra historia reciente, de lo cual da buena cuenta la guía COVID-19 elaborada por el BOE⁶. Más aún, si algo ha caracterizado este periodo es la ingente producción de guías, criterios de interpretación, recomendaciones, instrucciones, infografías o FAQs que, ante la oleada de decretos-leyes, en ocasiones no lo suficientemente explicitados y argumentados –valga como muestra la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, redactada en tres ocasiones y que aún continúa presentando importantes lagunas– han tratado de suplir las carencias fruto de la precipitación y falta de previsión en la propia aprobación de la norma.

No es quizá momento para ser excesivamente críticos con la labor normativa del ejecutivo ante una situación sin precedentes, ya que en el fondo de todas estas medidas excepcionales se encuentra el empeño de garantizar una cobertura económica a las personas trabajadoras, tanto autónomas como por cuenta ajena, así como el referido propósito de minorar la destrucción del empleo. Se trataba, a fin de cuentas,

6. Guía en permanente actualización disponible en https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355¬a=1&tab=2.

de tutelar el derecho al trabajo al mismo tiempo que se protegía el interés general de la salud de la ciudadanía en un contexto mudable semana a semana a tenor de los trágicos datos sanitarios de la pandemia.

Ciertamente que las implicaciones laborales futuras que tendrán las medidas adoptadas en el estado de alarma serán muchas y habrá tiempo de analizarlas; por el momento, este artículo pretende realizar una labor de sistematización en el plano laboral y, al mismo tiempo, ir dando cuenta de algunos de los problemas que se han planteado.

Para ello comenzaremos, en el presente apartado, por una somera exposición cronológica del caudal regulativo desarrollado en el marco del denominado derecho de excepción, centrándonos exclusivamente en aquellas regulaciones que han tenido repercusión en el ámbito laboral y en los derechos de las personas trabajadoras. Para ello incluiremos no sólo las diferentes normas aprobadas, sino también todas aquellas recomendaciones e interpretaciones que se han ido publicando por los distintos organismos públicos, y que creemos aportan una visión más completa.

- Guía del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de 4 de marzo, para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus⁷.

La guía anticipa el desarrollo legislativo posterior y puede decirse que prepara el escenario, facilitando a empresas y personas trabajadoras la información mínima necesaria en relación con las diferentes situaciones en las que puedan encontrarse en esta crisis.

Así, en primer lugar, se aborda el tema de la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud indicando los supuestos en los que procede la paralización de la actividad por decisión de la empresa, o de las personas trabajadoras, así como las medidas preventivas a adoptar.

En segundo lugar, se recuerdan los preceptos de la normativa laboral que permiten adoptar el teletrabajo como medida organizativa, además de los mecanismos para suspender la actividad, con o sin expediente de regulación de empleo.

Por último, se señala que en todo caso se estará a lo previsto en Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, en su artículo 24.2.b), a propósito de la declaración de una zona afectada gravemente por una emergencia de protección civil y la consideración de situación de fuerza mayor respecto de las extinciones y suspensiones de los contratos de trabajo, las reducciones temporales de la jornada que tengan su causa directa en la emergencia, así como en las pérdidas de actividad directamente derivadas de la misma que queden debidamente acreditadas.

- Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

7. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Gua_Definitiva.pdf (consulta 15/04/2020).

En él se adoptan una serie de medidas “para responder al impacto económico negativo que se está produciendo en el ámbito sanitario, en el sector turístico, y sobre las personas afectadas por las medidas de contención adoptadas por las autoridades competentes, así como prevenir un mayor impacto económico negativo sobre las PYMES y autónomos. En concreto, las medidas adoptadas se orientan a reforzar el sistema de salud pública, apoyar a las personas trabajadoras y familias más vulnerables afectadas por la situación excepcional y extraordinaria, garantizar la liquidez de las empresas del sector turístico y apoyar la financiación de las pequeñas y medianas empresas y autónomos”. En el ámbito laboral cabe destacar el apoyo al sector turístico a través del establecimiento de líneas de financiación y la anticipación y ampliación de las bonificaciones en seguridad social durante los meses de febrero a junio de los trabajadores fijos discontinuos.

- 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 (BOE de 14 de marzo).

El decreto, en vigor desde el 14 de marzo, y por una duración de quince días, afecta a todo el territorio nacional. Han sido convalidadas en el Congreso, en el momento en que se elabora este artículo, seis prórrogas más de quince días⁸, siendo por tanto su finalización hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020, en la fecha de redacción de este artículo, si bien no es descartable que existan nuevas prórrogas.

En él se introducen toda una serie de medidas con el fin de hacer frente a la crisis sanitaria que tendrán efectos inmediatos muy importantes sobre el empleo. Así, cabe destacar dos artículos que afectarán de pleno a las personas trabajadoras:

Por un lado –aunque indirectamente–, el art. 9 suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, de forma que aquellas personas con menores escolarizados se encontraron con el problema inmediato de que debían atenderlos en casa y procurar su seguimiento escolar mediante la enseñanza *on-line*. Y aunque nuestro ordenamiento jurídico laboral ya contaba con una serie de medidas para afrontar la conciliación de la vida familiar y laboral, no podemos perder de vista que se trata en su mayor parte de derechos no retribuidos (reducciones

8. Las prórrogas, sometidas a las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se han adoptado en: Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, Real Decreto 514/2020, de 08 de mayo, Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo y Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. Como se indica en este último: “Las dos últimas prórrogas autorizadas por el Congreso de los Diputados se han enmarcado en el proceso de desescalada que, en el contexto propuesto por la Comunicación «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el pasado 15 de abril por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, inició el Gobierno de España, al igual que distintos Estados miembros, con la aprobación, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, del Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19”.

de jornadas o excedencias) sometidos a unas particularidades específicas y que no parecen dar respuesta a esta situación excepcional.

De manera directa, el art. 10 suspende la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los relacionados con las necesidades básicas, así como actividades o establecimientos que a juicio de la autoridad competente puedan suponer un riesgo de contagio (art. 10.1). Se suspende también la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos y las prácticas deportivas y de ocio indicadas en el anexo, donde se relacionan los equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida (art. 10.3). También se suspenden las de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio (art. 10.4). Cabe añadir que las comunidades autónomas han ampliado el cierre al público de otros centros añadidos a los contemplados en el decreto. Ello supone, en definitiva, que la relación laboral de todas las personas trabajadoras ocupadas en estos ámbitos queda inmediatamente suspendida. Al mismo tiempo, en virtud del art. 14, determinadas empresas se ven obligadas a reducir sus actividades, como los servicios de transportes de viajeros, lo que necesariamente determinará durante este periodo un excedente importante de personal para tales empresas.

El decreto fue modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que amplía la limitación de la libertad de circulación y limita la actividad de peluquería a los servicios a domicilio.

- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo).

En él se introducen toda una serie de medidas económicas y sociales con el objetivo de mitigar “un impacto económico prolongado más allá de la crisis sanitaria”, dando para ello prioridad a la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas. Los mandatos que se adoptan se dirigen, en términos generales, a reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; a apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y a reforzar la lucha contra la enfermedad.

Así, centrándonos en el ámbito laboral, en el capítulo I se introduce la necesidad de priorizar aquellos sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible. Además se adoptan algunas otras para favorecer la conciliación, mediante el derecho de los trabajadores por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado a personas dependientes por las circunstancias excepcionales –relacionadas con la prevención de la extensión del COVID-19–, a acceder a la adaptación

o reducción de su jornada, con la consiguiente disminución proporcional del salario.

Por su parte, el capítulo II establece las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, son los expedientes de regulación temporal de empleo, comúnmente denominados ERTes, por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, CETOP).

En el caso de los ERTes por fuerza mayor se establece una exoneración de cuotas de seguridad social de la parte empresarial del cien por cien vinculada directamente con el compromiso del mantenimiento del empleo en los seis meses siguientes a su finalización.

Las medidas que aquí se adoptan mantendrán la vigencia durante el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la norma, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación, se pueda prorrogar su duración por el Gobierno a través de decreto-ley. Aquellas medidas que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.

- Guía del Ministerio de Trabajo y Economía social, de 17 de marzo, sobre medidas laborales excepcionales contra el COVID-19 aprobadas por el Decreto-ley 8/2020⁹.

La guía presenta un resumen de las medidas adoptadas en el decreto-ley 8/2020 dirigido a la población general.

- Criterio DGE-SGON-8IIbis CRA, de 19 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación Normativa a las Autoridades laborales de las Comunidades Autónomas sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19¹⁰.

Mediante oficio se da traslado a las autoridades laborales de las comunidades autónomas sobre los criterios comunes de aplicación de la Dirección General de Trabajo a la hora de resolver los ERTes por fuerza mayor.

- 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 (BOE de 28 de marzo).

La norma establece, en primer lugar, la consideración de servicios que resultan esenciales para atender las necesidades sanitarias y sociales como son los hospitales, los ambulatorios y las residencias de personas mayores, entre otros, ya sean de titularidad pública o privada. Estos centros están llamados a prestar un servicio básico en un contexto de emergencia de salud pública y social, de manera que, como servicios esenciales, no podrán tramitar un ERTE.

9. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/contacto_ministerio/Guia_adicional-RDLEY-8-2020.pdf (consulta 15/04/2020).

10. Disponible en <https://www.ibermutua.es/wp-content/uploads/2020/03/DOC-01-Criterio-DGT-sobre-expedientes-temporales-002.pdf> (consulta 17/04/2020).

Al mismo tiempo se complementan y detallan algunas de las medidas previstas en el RD Ley 8/2020:

- ▶ La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido
 - ▶ Se interrumpe el cómputo de la duración de los contratos temporales que, ante la suspensión de la actividad económica, no pueden alcanzar el objeto para el que fueron suscritos.
 - ▶ Se aclara el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los ERTE solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio positivo no puede suponer una duración máxima diferente de la aplicable a las resoluciones expresas, que se circunscriben a la vigencia del estado de alarma, así como de sus posibles prórrogas.
 - ▶ Se introduce un régimen sancionador para las solicitudes presentadas por las empresas que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados, así como para aquellas que soliciten medidas en relación al empleo que no resulten necesarias o no tengan conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.
- Criterio del Área de Coordinación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 27 de marzo, sobre pautas de actuación a las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes temporales de regulación de empleo tramitados por el COVID-19¹¹.
- El documento, complementario al elaborado por la Dirección General de Trabajo y dirigido a las autoridades laborales de las comunidades autónomas, establece una serie de pautas de actuación para las Inspecciones Provinciales de forma que estas actúen homogéneamente en todo el territorio nacional, no sólo a la hora de valorar la fuerza mayor temporal, sino en la constatación de que no exista fraude, bien porque no se haya producido un cese real de la actividad, bien porque se incluyan trabajadores que no deberían estar, o bien por otra causa. Para ello se incorporan criterios en los diferentes sectores de la actividad económica: sector primario, sector industrial, sector de la construcción, sector servicios, además de supuestos específicos.
- Criterio DGE-SGON-841 CRA, de 28 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación Normativa a las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por Covid-19 (continuación del de 19 de marzo)¹².

11. Disponible en <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/INFORME%20Pautas%20EITSS%20ERTES%20COVID-19.pdf> (consulta 17/04/2020).

12. Disponible en <https://www.escura.com/wp-content/uploads/2020/03/Ampliacion-Criterio-Interpretativo-DG-de-Trabajo-sobre-ERTE-de-fuerza-mayor.pdf> (consulta 17/04/2020).

Mediante oficio se da traslado a las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas del criterio de la Dirección General de Trabajo sobre la consideración de la fuerza mayor temporal descrita en el art. 22.1 del RD Ley 8/2020, o la ampliación del plazo para resolver los procedimientos por fuerza mayor temporal, entre otras cuestiones.

- 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 servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE de 29 de marzo).

Se adopta un permiso retribuido recuperable para los trabajadores por cuenta ajena, tanto del sector público como privado, con la finalidad de controlar la propagación del virus y evitar la saturación de las UCIs, partiendo de la premisa de que la actividad laboral es la que genera la mayoría de los desplazamientos. Así, con el fin de reducirla y limitarla al máximo, se adopta este permiso para aquellos que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tal en el anexo de dicho decreto. El permiso tiene carácter obligatorio y está limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos). Se exceptúan de su aplicación las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el periodo indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia.

- Orden SND/307/2020, de 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 (BOE de 30 de marzo).

La Orden aclara algunos extremos del RD Ley 10/2020. Así, las personas trabajadoras por cuenta propia quedan fuera de su ámbito de aplicación, puesto que no podría hacerse efectiva ni la contraprestación económica ni la recuperación de horas, de manera que aquellos autónomos que desarrollan actividades que no se hayan visto suspendidas por las medidas de contención previstas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el resto de normas que lo desarrollan, pueden continuar prestando sus servicios normalmente. También se aclara que la actividad sindical y la actividad de las asociaciones empresariales ha de mantenerse inalterada y no puede verse afectada por las restricciones a la movilidad y circulación de las personas. Por último, para aquellas empresas donde se establezca un mínimo de plantilla con el fin de mantener la actividad indispensable se facilita 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.

- Criterio DGE-SGON-849 CRA, de 31 de marzo, de la Dirección General de Trabajo, Subdirección General de Ordenación Normativa¹³.

13. Disponible en <https://umivale.es/dam/jcr:e281be97-592e-4e57-9f0c-fe95bd2e98bb/Criterio%20DGT%2031%2003%202020.pdf> (consulta 17/04/2020).

A la pregunta sobre qué medidas pueden aplicar las empresas que se han visto obligadas a interrumpir su actividad o paralizar su producción al mínimo indispensable durante el período del 30 de marzo al 9 de abril, como consecuencia de la entrada en vigor del RD Ley 10/2020, se responde que podrán adoptarse cuantas satisfagan adecuada y suficientemente dicha restricción de movimientos por las personas trabajadoras, siempre que concurren las circunstancias y requisitos que justifican su uso y con arreglo a las limitaciones y exigencias legales previstas en cada caso. De todos modos, si no fuese posible su aplicación, o si resultasen insuficientes, y respecto de las actividades no esenciales, deberá aplicarse el permiso retribuido recuperable.

- Instrucción 2/2020 de la Dirección del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 31 de marzo, sobre actuaciones inspectoras urgentes para la comprobación del cumplimiento del 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 servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19¹⁴.

Se establecen una serie de actuaciones con el objeto de comprobar las denuncias por el incumplimiento del RD Ley 10/2020 en cuanto a la orden de paralización de la actividad.

- Informe de la Abogacía del Estado, ref. 429/2020, de 3 de abril¹⁵.
Considera ajustada a derecho la posibilidad, al amparo del art. 23 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, de 1 de octubre, en adelante LPAC, de ampliar a 10 días el plazo máximo para resolver previsto en el art. 22.5 del RD Ley 8/2020, siempre que se verifiquen los requisitos formales y de motivación.
- Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE de 8 de abril).
La norma tiene por objeto, entre otras cuestiones, favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario mediante el establecimiento de medidas extraordinarias de flexibilización del empleo, de carácter social y laboral, necesarias para asegurar el mantenimiento de la actividad agraria.
- Criterio DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril, de la Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social¹⁶.
Se pronuncia sobre la aplicación del art. 5 del RD Ley 9/2020 respecto de los contratos temporales en los que decae la causa o desaparece su objeto a lo largo de la vigencia del ERTE, señalando que el cómputo se interrumpe durante

14. Disponible en https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Instruccion_2_2020%20pdf.pdf (consulta 17/04/2020).

15. Disponible en http://www.consultor.com/archivos/ultimahora/ABOGACIA_ESTADO_INFORME_AMPLIACION_PLAZO_MAXIMO_RESOLVER_ARTICULO_22_REAL_DECRETO_LEY_8_2020.pdf (consulta 17/04/2020).

16. Disponible en https://www.fempa.es/usuario/documentos/20200408172156_Aclaracion%2520respuesta%-2520DGT.pdf (consulta 17/04/2020).

el periodo de suspensión y se restablece una vez que la misma concluye, permitiendo compatibilizar así la preservación del empleo con la reanudación de la actividad de la empresa. Excepciona de esta regla aquellos casos en que, en el periodo de suspensión o tras la reanudación de la actividad, y durante el periodo “prorrogado” o ampliado concurriese alguna causa que “haga decaer el objeto del contrato”, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva, considerando plenamente eficaz la extinción del mismo de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) del 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, en adelante ET.

En cuanto al mantenimiento del empleo contenido en la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, considera que el compromiso de su conservación durante los seis meses posteriores a la finalización del ERTE ha de ser del cien por cien de los trabajadores afectados, sin que se tenga por incumplido cuando el contrato se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, y en el caso de contratos temporales, cuando se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto.

- Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo, Ministerio de Sanidad, de 11 de abril de 2020¹⁷.

El Ministerio de Sanidad edita una guía en la que se establecen pautas de actuación para evitar contagios en el ámbito laboral.

- Criterio DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril, de la Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social¹⁸.

Nuevamente, respecto del ámbito de aplicación del RD Ley 10/2020, responde que las empresas podrán adoptar cualesquiera medidas de las previstas legalmente que garanticen suficientemente el objetivo pretendido por la norma, incluido el permiso retribuido recuperable, con las únicas excepciones referidas al mantenimiento de las denominadas actividades de carácter esencial.

En cuanto al alcance de la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, las empresas deberán comprometerse a mantener el empleo, durante los seis meses posteriores, del cien por cien de los trabajadores afectados por la suspensión o la reducción, salvo por aquellos motivos que resulten ajenos a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el art. 49.1.c), teniendo en cuenta, no obstante, lo recogido en el art. 5 del RD Ley 9/2020 a propósito de la extensión del periodo suspendido, debiendo en caso contrario reintegrarse las cuotas dejadas de ingresar.

17. Disponible en <http://www.consultor.com/archivos/ultimahora/GUIACENTROSTRABAJOCOV19b.pdf> (consulta 17/04/2020).

18. Disponible en <http://ae.asesorexcelente.es/11042020.pdf> (consulta 17/04/2020).

- Orden SND/340/2020, de 12 de abril, por la que se suspenden determinadas actividades relacionadas con obras de intervención en edificios existentes en las que exista riesgo de contagio por el COVID-19 para personas no relacionadas con dicha actividad (BOE de 12 de abril).

La orden, dictada por el Ministerio de Sanidad, a fin de evitar contagios, procede a suspender la actividad de las obras que supongan una intervención en edificios en los que se hallen personas no relacionadas con la ejecución de las mismas, manteniendo su vigencia hasta la finalización del estado de alarma o hasta que existan circunstancias que justifiquen la aprobación de una nueva orden que modifique los términos de la presente.

- Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE de 22 de abril).

El contenido de la norma refuerza la financiación empresarial, adoptando medidas fiscales y otras para “facilitar el ajuste económico”. Además introduce algunas medidas en el ámbito laboral, entre las que cabe destacar la prórroga por dos meses de la preferencia del trabajo a distancia, así como de los derechos de adaptación/reducción de la jornada (ahora denominado Plan MECUIDA); la modificación del concepto de fuerza mayor para posibilitar la realización de ERTE en actividades consideradas como esenciales; así como la prórroga de los contratos predoctorales para el personal investigador en formación.

- Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE de 29 abril).

La norma aspira a “procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión”. En el ámbito procesal laboral se introducen algunas medidas específicas como la tramitación de la impugnación de ERTE *ex art. 23 RD Ley 8/2020*, o la tramitación preferente de determinados procedimientos como los despidos o extinciones de contrato; los derivados del procedimiento para declarar el deber y forma de recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido recuperable *ex RD Ley 10/2020*; los procedimientos por aplicación del plan MECUIDA *ex art. 6 RD Ley 8/2020*; los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los ERTE *ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020*; y los que se sustancien para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el art. 5 RD Ley 8/2020.

- Plan para la transición hacia una nueva normalidad, 28 de abril de 2020, elaborado por el Ministerio de Sanidad¹⁹.

Su objetivo fundamental pasa por “conseguir que, manteniendo como referencia la protección de la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y

19. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Documents/2020/03052020_Desescalada.pdf (consulta 09/05/2020).

la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar. Es decir, la máxima seguridad sanitaria combinable con la recuperación del bienestar social y económico". En lo que respecta a los aspectos económicos, se subordina la reactivación de la economía a los principios de "coordinación, prevención, prudencia, proporcionalidad, y seguimiento y monitorización" de manera que se plantean dos horizontes temporales, a corto y medio plazo, dependiendo de la evolución de los indicadores sanitarios, y en paralelo a la activación de la movilidad personal. En el anexo II del Plan se establece una previsión orientativa para el levantamiento de las limitaciones de ámbito nacional establecidas en el estado de alarma, en función de las fases de transición.

- Criterio DGT-SGON-927 CRA, de 1 de mayo, Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, sobre la aplicación de las medidas de suspensión y reducción de jornada durante la fase de desconfinamiento del estado de alarma²⁰.

Se aclara que las empresas que estuviesen aplicando medidas de suspensión o reducción de jornada puedan "renunciar a las mismas, de manera total o parcial, respecto de parte o la totalidad de la plantilla, y de forma progresiva según vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor". Del mismo modo "será posible alterar la medida suspensiva inicialmente planteada y facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y permitirán atender a la paulatinamente creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas".

- Criterio DGT-DGT-SGON-919 CRA, de 4 de mayo, Dirección General de Trabajo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social²¹.

Este criterio nuevamente se pronuncia sobre la aplicación de la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020, aclarando, en primer lugar, que el mantenimiento del empleo debe considerarse nominativo, referido a los trabajadores afectados, no siendo posible sustituir a un trabajador por otro en el mismo puesto.

Respecto a cómo afectaría el mantenimiento del empleo a un empresario individual que tiene reconocido un ERTE de fuerza mayor y que se jubilara, bien durante su vigencia o a la finalización del mismo, se responde que la extinción de los contratos podría entenderse inicialmente no incluida en el ámbito de aplicación del referido artículo, si bien, llegada la jubilación, si se continuase la actividad produciéndose la subrogación sería el nuevo titular que ocupa la

20. Disponible en http://www.ugtcatlunya.cat/FESMC/download/%C3%80rees/covid-19/CRITERIO_INTERPRETATIVO_DGT_ERTE_DURANTE_EL_DESCONFINAMIENTO.pdf (consulta 09/05/2020).

21. Disponible en http://www.femz.es/wp-content/uploads/Criterio-DGT-Disp.Ad_6%C2%AA-RDL-8-2020.pdf (consulta 09/05/2020).

posición de empresario al que corresponde cumplir el compromiso de mantenimiento del empleo conforme a lo previsto en la Disposición adicional sexta.

- Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 13 mayo).

Se trata de la primera norma de excepción fruto del diálogo social y el acuerdo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno, que introduce una serie de medidas que pretenden “dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de ‘nueva normalidad’, salvaguardar el empleo y proteger especialmente a las personas trabajadoras”.

Al efecto, resumidamente, se prorroga la duración de los ERTes por fuerza mayor hasta el 30 de junio de 2020; se introduce un nuevo concepto de fuerza mayor parcial para aquellas afectadas por la misma pero de tal forma que las causas que la provocaron permitan la recuperación parcial de su actividad; se posibilita que se pueda iniciar el tránsito a un ERTE por CETOP mientras está vigente el ERTE por fuerza mayor (art. 2); se incluye un sistema específico de exoneración de cuotas, en los meses de mayo y junio, para estas empresas en fuerza mayor parcial; se prohíbe que las empresas con domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales puedan acogerse a estos ERTes y del mismo modo se establece la imposibilidad para las empresas que los adopten de repartir dividendos en el ejercicio fiscal, salvo en determinados supuestos (art. 5).

En cuanto a su vigencia, se mantendrá durante el estado de alarma y sus posibles prórrogas a excepción de los arts. 2 y 5, que la prevén hasta el 30 de junio de 2020.

- Criterio DGE-SGON-929 CRA, de 22 de mayo, de la Dirección General de Trabajo, Subdirección General de Ordenación Normativa²².

Aclara el art. 23 RD Ley 8/2020 sobre la constitución de la comisión representativa en los ERTE por CETOP derivados del COVID-19 señalando que habrá que acudir a dicha comisión en “aquellos supuestos en los que en la empresa, unidad de imputación subjetiva a la que se refiere el artículo, no existe representación de las personas trabajadoras en ninguno de sus centros de trabajo”.

- 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 (BOE de 27 de mayo).

La norma completa otras publicadas anteriormente para paliar los efectos del COVID-19 en los ámbitos agrario, científico, económico, laboral y de la Seguridad Social y tributario. Concretamente, en lo que al empleo se refiere, se prorrogan hasta el 30 de septiembre las medidas adoptadas en materia de empleo agrario en el RD Ley 13/2020; al mismo tiempo se reconoce a los jóvenes extranjeros

22. Disponible en <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6669532681719574528/> (consulta 22/05/2020).

contratados para estas concretas labores agrarias el acceso a una autorización de trabajo y residencia por dos años de duración sin limitaciones de actividad, válida para todo el territorio nacional y sin que se aplique la situación nacional de empleo; por último se modifica el art. 33 ET incluyendo una regulación específica sobre el silencio administrativo en los procedimientos de garantía salarial para evitar que personas que en ningún caso puedan ser beneficiarias obtengan este tipo de prestaciones así como evitar que los solicitantes puedan percibir cantidades por encima de los límites máximos previstos en la ley.

- Oficios DGT-SGON-726PGG²³, DGT-SGON-733PGG²⁴ de 27 de mayo y DGT-SGON-962 CRA²⁵, de 28 de mayo, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, Dirección General de Trabajo.

Se pronuncian en relación con el nuevo concepto de fuerza mayor recogido en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo. Así, en primer lugar aclaran, en cuanto a la fuerza mayor total, que se encontrarán en dicha situación las empresas que continúen aplicando la suspensión o reducción autorizada en la medida en que las causas previstas inicialmente impidan a aquellas recuperar su actividad. En cuanto a la fuerza mayor parcial, se considera que ésta no actúa de forma automática sino en la medida en que las causas del art. 22 RD Ley 8/2020 permitan parcialmente el inicio de la actividad y se hubiese desafectado a algún trabajador, tanto con carácter previo como posterior al 13 de mayo. De esta forma será la empresa la que valore el grado de reincorporación a la actividad, con independencia de que la fase concreta contemple la posibilidad. Por último se interpreta que la norma permite la posibilidad de desafectar y volver a afectar nuevamente a los trabajadores incluidos en el ERTE.

- Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 1 de junio).

Con apoyo en el mandato del art. 41 CE se introduce el denominado “ingreso mínimo vital”, en adelante IMV, que como expresa su preámbulo, está destinado a corregir la situación de pobreza y desigualdad así como el aumento de la fragilidad económica y social por causa del COVID-19 y el estado de alarma. Pretende asegurar un mínimo nivel de rentas a todas las personas en situación de vulnerabilidad integrándolas de nuevo en la vida social y económica y garantizando así la igualdad efectiva y la participación de toda la ciudadanía.

3. LAS MATERIAS AFECTADAS POR EL DERECHO DE EXCEPCIÓN LABORAL

Una vez que hemos expuesto la regulación aprobada en orden cronológico, en el presente apartado procederemos a sistematizar por materias todas aquellas que se han

23. Disponible en <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/DGT-SGON-726PGG.pdf>.

24. Disponible en <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/DGT-SGON-733PGG.pdf>.

25. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/0.pdf>.

visto afectadas dentro el ámbito laboral a consecuencia de ese desarrollo normativo, haciendo hincapié en que no serán objeto de análisis las conexas relacionadas con la Seguridad Social. Partimos de cinco bloques que abordarán respectivamente las medidas adoptadas para flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras, las de flexibilidad interna para las empresas, las de fomento del empleo, las sancionadoras y por último, las particularidades que afectan al empleo público.

3.1. Medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras

Si hay una cuestión que ha golpeado de nuevo con rotundidad esta crisis sanitaria es el eterno problema del cuidado y de la conciliación de las personas trabajadoras, un derecho básico y fundamental que debe ser incorporado a nuestra Constitución como garantía de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como del libre desarrollo de la personalidad²⁶. La cancelación de las clases presenciales de los menores junto con el riesgo de contagio de los abuelos ha puesto en el punto de mira algunas carencias de nuestro estado de bienestar en el que el cuidado sigue siendo una cuestión del ámbito estrictamente privado. La brecha de género se agranda durante el COVID-19 como a continuación veremos, ya que la configuración de estos derechos no favorece a la mitad de la población, esto es, las mujeres.

3.1.1. El trabajo a distancia

Esta modalidad de prestación de servicios, que se caracteriza por realizarse de manera preponderante en el domicilio de la persona trabajadora, o en el lugar libremente elegido por ésta, se encuentra regulada con carácter general en el art. 13 ET, precepto que básicamente se limita a reconocer los mismos derechos que para los que prestan sus servicios de manera presencial. Aunque el ET no hace referencia alguna, se ha considerado como uno de los mecanismos legales previstos para facilitar la conciliación, si bien se trataba de una modalidad muy poco arraigada en nuestro país²⁷, dada la fuerte cultura empresarial del presentismo. La crisis sanitaria del COVID-19 ha alterado por completo esta realidad, de forma que una gran parte de los trabajadores del sector servicios, así como los de la Administración Pública, desde la declaración del estado de alarma han comenzado de manera inmediata a trabajar en sus domicilios, en un fenó-

26. Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, Comares, Granada, 2018.

27. Según las estadísticas de Eurostat, en 2018 en España sólo un 4,3% de los trabajadores se conecta a distancia para desempeñar su trabajo, porcentajes mínimos y ligeramente más bajos que los países europeos. Disponible en <https://www.expansion.com/economia/2020/03/10/5e676cd4e5fdea36358b45d9.html> (consulta 20/04/2020). Las últimas cifras disponibles son de un estudio elaborado por Adecco en el cuarto trimestre de 2019, momento en el que, con un 7,9% sobre el total de ocupados, se alcanzó el máximo histórico de teletrabajo. Disponible en <https://www.adecco.institute.es/informes/monitor-adecco-de-oportunidades-y-satisfaccion-en-el-empleo-ii-teletrabajo/> (consulta 20/04/2020).

meno que sorprende por su amplitud e inmediatez, de forma que, en palabras de Cruz Villalón, “constituye el cambio de organización del trabajo y de actividad empresarial más intenso y rápido que se ha producido de todas las transformaciones conocidas en la historia del trabajo”²⁸.

Así, el RD Ley 8/2020, de 18 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introduce en su preámbulo la preferencia de este sistema de organización “con el fin de ejecutar las medidas de contención y al mismo tiempo garantizar la continuidad de la actividad empresarial y las relaciones laborales”, priorizando para ello “sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiéndose facilitar las medidas oportunas para hacerlo posible”²⁹. Como podemos ver la motivación última de esta medida no tiene tanto que ver con la conciliación cuanto con las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia.

Concretamente, en el art. 5 se establece su carácter “preferente y prioritario” frente a la cesación temporal o reducción de la actividad, siempre que la empresa pueda adoptar las medidas oportunas, si ello es técnica y razonablemente posible, y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Además, se regula que, en materia de evaluación y prevención de riesgos laborales, con el objetivo de facilitar su ejercicio en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que esta modalidad no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación recogida el art. 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora. Estas medidas preventivas vendrán determinadas por el resultado del autochequeo o *check-list*³⁰, de manera que para cada respuesta la empresa deberá asignar una medida específica encaminada a resolver la cuestión planteada.

En cuanto a la duración de esta modalidad de trabajo, el RD Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, ahora “con el objetivo de garantizar la protección de las personas trabajadoras y seguir atendiendo sus necesidades de conciliación”, en su art. 15 la prorroga durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo

28. Cruz Villalón, J.: “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, *Nueva Tribuna*, 20/03/20, disponible: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/20200320232306172385.html> (consulta 20/04/2020).

29. Así, la exposición de motivos del decreto-ley 8/2020 señala que para posibilitar el trabajo a distancia: “(...) se facilitan los trámites previstos por la normativa aplicable y se pondrá en marcha un programa de financiación del material correspondiente mediante la activación de ayudas y créditos para PYMES dentro del programa ACELERA PYME de la empresa pública RED.ES”. Sin embargo, consultando la web de dicho programa, disponible en: <https://acelerapyme.gob.es/soluciones-tecnologicas/teletrabajo> (consulta 20/04/2020) sólo encontramos una relación de proveedores tecnológicos.

30. Con el fin de realizar esta autoevaluación el Ministerio de Trabajo y Economía Social elaboró un borrador de cuestionario que aún no está publicado como anexo del citado Real Decreto, por tanto, no figura entre la documentación oficial facilitada por los ministerios afectados por el Covid-19, si bien los servicios de prevención externos lo han adoptado a fin de que las empresas puedan dar cumplimiento.

primero de la Disposición final décima del RD Ley 8/2020, modificado por la Disposición final 1.17 del RD Ley 11/2020. Ello supone que, si el estado de alarma finalizase el 7 de junio, de acuerdo con la prórroga vigente en el momento de redactar este artículo, la duración sería hasta el 7 de septiembre de 2020. No obstante, también se establece que, en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno.

Nada más se ha concretado respecto de esta modalidad de trabajo a distancia, por lo que son muchas las dudas que se generan en cuanto a su aplicación.

Por ejemplo, las que se plantean acerca del derecho a la desconexión digital, íntimamente ligado con el teletrabajo y necesario para velar por la salud y la conciliación de esta clase de trabajadores digitales. Recordemos que el art. 88. 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDyGDD), hace hincapié en que “se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia”. Es por ello que podría haberse aprovechado la ocasión para recordar, junto con la autoevaluación de riesgos, la obligación de las empresas de elaborar una política interna en ese sentido, incluso concretar aquellos aspectos a los que alude el propio art. 88. 3. Tengamos en cuenta que el actual régimen de prevención de riesgos laborales está concebido de manera prácticamente exclusiva para las situaciones de presencialidad.

Tampoco se aclara cómo realizar el control horario en la modalidad de teletrabajo, máxime teniendo en cuenta que son muy pocos los convenios colectivos que se pronuncian acerca de tal aspecto, por lo que en todo caso deberá ser la empresa la que dicte instrucciones expresas al personal sobre la forma de realizar este control durante dicha modalidad poniendo los recursos necesarios. Si bien existe la obligación, no está tan claro cómo articular el registro, ya que muchas empresas no cuentan con sistemas digitales para realizarlo, y la privacidad de los trabajadores puede verse seriamente comprometida con la utilización de determinadas herramientas de geolocalización.

Por ello, teniendo en cuenta que tanto el derecho a la desconexión digital como el registro de la jornada constituyen instrumentos esenciales para el descanso, el bienestar y la protección de la salud de los trabajadores digitales a distancia³¹, el silencio de la norma no contribuye desde luego a su tutela, por no hablar de la inseguridad jurídica que para la empresa puede provocar.

En cuanto a quiénes deben facilitar el teletrabajo para hacerlo posible, tampoco aclara demasiado la norma más allá de recoger una relación de proveedores tecnológicos en una web a los que puede acudirse previo pago. Es de prever que en muchos casos los costes derivados del establecimiento del teletrabajo recaigan sobre el propio trabajador, quien deberá asumir gastos tales como los de las herramientas informáticas de las que ya dispone, el suministro eléctrico o la adecuación del espacio

31. Arrieta Idiákez, F.J.: “La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia”, *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.

en su vivienda. Teniendo en cuenta que apenas el 14% de las pequeñas y medianas empresas cuenta con planes de digitalización³², consideramos que deberían ser los poderes públicos quienes les facilitasen la implementación de las herramientas tecnológicas adecuadas.

Además de las lagunas que hemos señalado, cabe recordar la brecha de género que abre el teletrabajo en esta clase de situaciones ya que, como demuestran las estadísticas, siguen siendo las mujeres las que mayoritariamente continúan asumiendo la mayoría de las responsabilidades familiares, por lo que la presencia de los menores en casa durante el confinamiento posiblemente dificulte aún en mayor medida el trabajo de éstas. A todo ello habría que añadir el hecho de que en los hogares no siempre se dispone de espacios aislados y con las condiciones necesarias para trabajar.

En resumen, aunque los beneficios de esta modalidad de trabajo se han puesto de relieve en numerosos estudios, al favorecer no sólo la conciliación de las personas trabajadoras sino además incrementar la productividad de las empresas, también se ha advertido de sus efectos perversos, efectos que posiblemente puedan verse potenciados en estos momentos. Y es que las precipitadas circunstancias en las que se ha adoptado -recordemos que no se trata de una elección de la persona trabajadora, sino de una obligación impuesta por la normativa de excepción a las empresas como medida preferente frente al cese temporal o reducción de la actividad-, unido a la ausencia de regulación sobre algunos aspectos esenciales, pueden terminar por ensombrecer esta modalidad. Es por ello que, si finalmente se decide potenciar el teletrabajo más allá de la crisis sanitaria, el legislador debería adoptar medidas dirigidas a prevenir estos inconvenientes, así como introducir mayores garantías.

En este sentido, autores como Cruz Villalón³³ proponen que una eventual futura regulación del teletrabajo debe contemplar aspectos tales como la asunción por la empresa de los costes derivados de estas medidas, así como la potenciación de la negociación colectiva en este ámbito, toda vez que las formas de articulación del teletrabajo pueden ser muy diversas dependiendo de los distintos sectores y empresas, por lo que la vía del desarrollo en el convenio colectivo resultaría imprescindible para dotar al sistema de estabilidad, previsibilidad y una tutela adecuada.

Por otra parte, desde el comienzo de la desescalada son muchos los trabajadores que han visto cancelada por la empresa esta modalidad de prestación de servicios, pese a las recomendaciones de su mantenimiento en la Orden del Ministerio de Sanidad del 16 de mayo, que establece que “siempre que sea posible, se fomentará la continuidad del teletrabajo para aquellos trabajadores que puedan realizar su actividad laboral a distancia”. Sin embargo hay que considerar que esta modalidad introducida durante el COVID-19 es una medida puesta a disposición de la empresa para su utilización prioritaria frente al cese de la actividad, no frente al trabajo presencial, donde, recordemos, deberán garantizarse todas las medidas de seguridad oportunas. Ahora

32. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/10/07/companias/1570458826_014704.html (consulta 01/05/2020).

33. Cruz Villalón, J: “Del coronavirus al contagio del teletrabajo”, ob. cit.

bien, sí cabría la posibilidad de que por las razones de cuidado previstas en el Plan MECUIDA, la persona trabajadora pudiese mantener el trabajo a distancia como una de las formas de adaptación previstas en art. 6 del RD Ley 8/2020.

Todo ello nos lleva a plantearnos si nos encontramos ante una realidad que ha llegado para quedarse, y que resultará imprescindible para la sociedad contemporánea, como sostiene Cruz Villalón³⁴, o bien ante una respuesta rápida y eficaz frente a unas circunstancias de una relevancia económica y social como no ha existido en nuestra historia reciente y cuya continuidad se encontraría estrechamente ligada a la pandemia. Tengamos en cuenta que el teletrabajo se opone a décadas de acendrado ‘presentismo’ en las organizaciones empresariales. Si se trata de una verdadera transformación social, o un mero ejemplo de adaptabilidad y supervivencia, lo dirá el tiempo, como tantas otras cosas.

3.1.2. *Derechos de adaptación y reducción de la jornada de trabajo, plan MECUIDA*

El art. 6 del RD Ley 8/2020 introduce un nuevo derecho de adaptación del horario y reducción de jornada para aquellas personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado, tanto del cónyuge o pareja de hecho como de familiares por consanguinidad hasta el segundo grado. Aunque se enuncia como un único derecho, al analizar su contenido nos encontramos ante tres derechos diferentes, tal y como se desprende de sus apartados segundo, tercero y cuarto. En este sentido, creemos que para subsanar esta deficiente técnica, el RD Ley 15/2020 modifica el título del precepto para pasar a denominarlo “Plan MECUIDA”³⁵.

Las condiciones generales de ejercicio se recogen en el apartado 1º del art. 6. Estos derechos podrán ejercerse cuando concurren determinadas circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del virus, esto es: (i) cuando la persona trabajadora deba atender de manera directa y personal a dichos familiares que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, y como consecuencia directa del COVID-19, necesiten cuidados; (ii) cuando existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidado o atención a la persona necesitada de los mismos; (iii) cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos del cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19.

Estamos ante derechos individuales para cada uno de los progenitores o cuidadores que, en la línea de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI), deberán llevarse a cabo de manera corresponsable a fin de evitar la perpetuación de roles de género.

34. Ob. cit.

35. En la guía del Ministerio de Trabajo y Economía social, de 17 de marzo sobre medidas laborales excepcionales contra el Covid-19 aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020 ya se denominaba a este precepto como “El Mecuida”.

En cuanto a su ejercicio, éste deberá ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que existan varios solicitantes, remitiendo los conflictos que pudieran generarse al art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), considerándose a todos los efectos ejercicio de derechos de conciliación.

Como ya advertíamos, el segundo apartado del art. 6 introduce el derecho a la adaptación de la jornada, muy similar al ya existente en el art. 34.8 ET, si bien los términos en los que se enuncia como un “derecho” a la adaptación resultan más garantistas que el “derecho a solicitar” la adaptación del controvertido art. 34.8 ET. Esta apreciación puede resultar reveladora de la voluntad de otorgar eficacia real a un determinado derecho por parte del poder político, que hasta el momento había estado en cuestión desde diversas instancias³⁶.

Su concreción inicial corresponderá a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, debiendo la solicitud estar justificada, ser razonable y proporcionada, considerándose tanto las necesidades concretas de cuidado como las de organización de la empresa, por lo que ambas partes deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo.

En cuanto a qué se entiende por adaptación de la jornada, ésta podrá referirse a la distribución del tiempo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo cuya alteración o ajuste permita dispensar la atención y el cuidado. A tal efecto se enumeran toda una serie de posibilidades como: “cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma, que se limita al período excepcional de duración del COVID-19”.

En el tercer apartado se regula el derecho a la reducción especial de la jornada de trabajo con la reducción proporcional del salario. Nada se aclara en cuanto a su adjetivación como “especial”. Al igual que ocurría en el anterior derecho de adaptación, encuentra bastantes similitudes con el regulado en el art. 37. 6 y 7 del ET, si bien en este caso sí se refiere al mismo expresamente para señalar que será de aplicación en las situaciones previstas en él³⁷, pero cuando concurren las circunstancias excepcionales del apartado primero del art. 6 del RD Ley 8/2020, de manera que esta reducción especial se regirá por lo establecido en el ET, así como por el resto de normas que atribuyen garantías, beneficios, o especificaciones de cualquier naturaleza a las

36. Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, ob. cit., pp. 94-107.

37. El art. 37.6 ET establece diferentes supuestos por razones de guarda legal de menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, así como de cuidado de familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

personas que acceden a los derechos establecidos en estos preceptos, a excepción de algunas peculiaridades.

Así, en cuanto a las condiciones de ejercicio, la reducción deberá notificarse a la empresa con 24 horas de antelación, y podrá alcanzar hasta el cien por cien de la jornada si resultara necesario, sin que ello implique cambio de naturaleza a efectos de aplicación de los derechos y garantías establecidos en el ordenamiento para la situación prevista en el artículo 37.6 ET, aunque dicha reducción deberá justificarse y ser razonable y proporcionada en atención a la situación de la empresa. Por último, se aclara que, para el supuesto de cuidado de familiar, no será necesario que éste no desempeñe actividad retribuida.

Para finalizar, el apartado cuarto establece un derecho a la novación de la adaptación o reducción existente, que posibilita a aquella persona trabajadora que ya se encontrase disfrutando de estos derechos, renunciar temporalmente o modificar los términos de su disfrute, siempre que concurren las circunstancias excepcionales descritas, aunque limitándose al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria, y en todo caso con la debida acreditación, justificación, razonabilidad de la petición, que se presumirá salvo prueba en contrario, debiéndose también observar las necesidades de organización de la empresa.

En cuanto a la duración de este elenco de derechos de conciliación “excepcionales”, al igual que en la modalidad de trabajo a distancia, y en virtud de lo dispuesto en el RD Ley 15/2020, se establece su prolongación hasta el 7 de septiembre de 2020. No obstante, en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno. Al mismo tiempo, como ya hemos dicho, el RD Ley 15/2020 modifica el título del art. 6 en la redacción dada por el RD Ley 8/2020 “Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada” pasando a denominarse “Plan MECUIDA”.

Aunque es de valorar el esfuerzo por incorporar estos derechos de conciliación en el derecho laboral de excepción, lo cierto es que su repercusión en la mejora de la vida de las personas trabajadoras no sólo va a ser prácticamente inexistente, sino que con toda probabilidad acabará pasando mayor factura a las mujeres, confirmando que el ejercicio de ciertas políticas de urgencia sin la necesaria perspectiva de género puede incrementar la indefensión de los colectivos más vulnerables. En el caso del derecho a la adaptación, como señala Rojo Torrecilla, “su recorrido será breve, al menos en el periodo álgido de la crisis, ya que parece que las empresas están optando por expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs) en forma de suspensiones contractuales y/o reducción de jornada”³⁸. Resulta claro que, ante la paralización casi total de la actividad económica, este derecho sólo podría ejercerse de manera residual por aquellos que se encuentren en activo, como son los trabajadores de los

38. Rojo Torrecilla, E.: “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”, 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html> (consulta 02/05/2020).

servicios considerados esenciales, cuya propia naturaleza, por otra parte, condiciona la adopción de este tipo de iniciativas.

En cuanto al derecho de reducción de jornada, tampoco “parece previsible que sea muy utilizada esta posibilidad”³⁹. Y es que la falta de una retribución aparejada no sólo lo convierte en ineficaz, sino que continúa relegando el “MECUIDA” al espacio privado, informal y por supuesto feminizado. El anuncio⁴⁰ por parte del Gobierno de una prestación extraordinaria de la Seguridad Social para compensar a todos aquellos que, ante el cierre de los colegios, tenían que hacerse cargo del cuidado de sus hijos, finalmente no se llevó a efecto. Por tanto, en aquellas empresas cuya actividad no ha tenido que cerrar obligatoriamente, aquellas personas trabajadoras con necesidades de cuidado que no puedan desarrollar sus tareas a distancia han pasado a engrosar los ERTes por CETOP. Y muchas de las que podrían reincorporarse a la actividad una vez pasados los peores momentos, seguramente continuarán en el desempleo hasta agotar el ERTE, incluso corren el riesgo de formar parte de un nuevo ERTE, o del despido una vez finalice el estado de alarma, puesto que no se prevé la vuelta al colegio y el soporte habitual de nuestro estado de bienestar, es decir, los abuelos, en estos momentos no puede asumir el cuidado por el riesgo de contagio. Es momento para reflexionar sobre la crisis de los cuidados en España y cómo estas circunstancias extraordinarias habrían sido un buen momento para afrontar la cuestión de los permisos parentales remunerados como ya sugiere 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, a fin de evitar que la falta de retribución durante el cuidado suponga que se siga cargando todo su peso sobre las mujeres⁴¹.

Para finalizar, hay que señalar que la tutela jurisdiccional tanto del ejercicio del trabajo a distancia como de los derechos comprendidos en el Plan MECUIDA tendrá carácter urgente y preferente a todos los efectos frente a cualquier otra clase de procedimientos, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, en virtud de lo establecido el art. 7 del RD Ley 16/2020.

3.2. Regulación de los mecanismos de ajuste temporal de actividad

El RD Ley 8/2020 introduce una serie de medidas destinadas a apoyar la continuidad de la actividad productiva, al tiempo que la flexibilidad necesaria para el ajuste temporal de las relaciones de trabajo con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y

39. Ob. cit.

40. Disponible en https://www.abc.es/economia/abci-gobierno-prepara-ayuda-extraordinaria-padres-trabajadores-cuidado-hijos-202003110934_noticia.html (consulta 02/05/2020).

41. Considerando nº 26: “Los estudios demuestran que los Estados miembros que ofrecen una parte significativa del permiso parental a los padres y que abonan al trabajador una remuneración o prestación durante dicho permiso con una tasa de sustitución relativamente elevada, presentan un índice de aceptación más elevado por parte de los padres y una tendencia positiva en la tasa de empleo de las madres. Procede, por tanto, permitir que se mantengan estos sistemas siempre que cumplan determinados criterios mínimos, en lugar de prever el pago de una prestación económica durante el permiso de paternidad establecido en la presente Directiva”.

reforzar la protección de los trabajadores afectados. En este sentido, la norma contempla en su capítulo II las denominadas “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”. Como recoge su preámbulo, “las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”.

Se contemplan para ello los siguientes mecanismos⁴²:

- La consideración de “fuerza mayor” derivada de las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada (art. 22).
- La agilización de la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo por CETOP (art. 23).

Por su parte, el RD Ley 9/2020 por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, en su art. 1 introduce ciertas restricciones a la tramitación de ERTes, ordenando el mantenimiento de la actividad en los centros, servicios y establecimientos sanitarios que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros de atención a personas mayores, dependientes o con discapacidad, con independencia de su titularidad pública o privada. Al considerarse estas actividades “servicios esenciales”, deberán mantenerse, pudiendo únicamente reducirlas o suspenderlas parcialmente en los términos que así lo permitan las autoridades competentes. El incumplimiento o la resistencia a tales órdenes es susceptible de sanción conforme al art. 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Esta medida, aclara el preámbulo “busca garantizar el compromiso de toda la sociedad, instituciones y organizaciones de este país con las personas más vulnerables, entre las que sin duda se encuentran las enfermas y las socialmente dependientes”.

Además, el art. 4 del RD Ley 9/2020 incorpora una medida extraordinaria aplicable a las sociedades cooperativas para la adopción de acuerdos en los ERTes por fuerza

42. Ello se complementa con el refuerzo de la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE, posibilitando que todos tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario y, adicionalmente, que el periodo en ERTE durante el que estén percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos legalmente establecidos. Y al mismo tiempo, con la exoneración del pago del 75% de la aportación empresarial a la Seguridad Social alcanzando dicha exoneración el 100 % de la cuota cuando se trate de empresas de menos de 50 trabajadores, siempre que éstas se comprometan a mantener el empleo, con el objetivo de aligerar los costes en los que incurrir las empresas, en los casos de fuerza mayor. La norma recuerda 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”.

mayor o CETOP. Así, “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, el Consejo Rector asumirá la competencia para aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y emitirá la correspondiente certificación para su tramitación, en los términos previstos en 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”.

Finalmente, en materia procesal, el RD Ley 16/2020 introduce en el orden jurisdiccional social el carácter urgente y preferente a todos los efectos, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, de los procedimientos para la impugnación individual o colectiva de los ERTes ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020.

3.2.1. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa de fuerza mayor

El art. 22 del RDL 8/2020 introduce en su primer apartado la consideración de situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del art. 47 ET. Así, enumera una serie de situaciones en las que se podrá acudir a la suspensión o reducción de la jornada de las personas trabajadoras por esta causa cuando derive directamente de pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma:

- Las 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. En este supuesto se incluyen aquellas empresas que se vean imposibilitadas de seguir prestando servicios –total o parcialmente– por las distintas medidas de contención incluidas en art. 10 y el anexo del decreto que aprueba el estado de alarma. Asimismo también aquellas que se hayan visto afectadas por las decisiones vinculadas con el COVID-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas, que se entienden ratificadas por la Disposición final primera del mismo decreto.
- La falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad.
- Situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditadas.
- En relación con aquellas actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de

jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad (supuesto introducido por la Disposición final octava del RD Ley 15/2020).

La causa de fuerza mayor que introduce el art. 22 del RD Ley 8/2020 ha sido objeto de diferentes interpretaciones y aclaraciones desde su inicio.

En primer lugar, el informe⁴³ de la Subdirección General de Ordenación Normativa dirigido a aclarar a las autoridades laborales de las comunidades autónomas la aplicación de este precepto conceptualiza la fuerza mayor como “un acaecimiento externo al círculo de la empresa, de carácter objetivo e independiente de la voluntad de esta respecto de las consecuencias que acarrea en orden a la prestación de trabajo, existiendo una desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la propia empresa”.

En cuanto a las causas que pueden generarla, el informe de ampliación⁴⁴ de la Subdirección General de Ordenación Normativa, aclara los tres requisitos que deberá satisfacer la fuerza mayor, sobre todo en aquellos supuestos “fronterizos” que a causa del COVID-19 van a traer consigo la pérdida de actividad:

- Su carácter inevitable sobre la actividad productiva, con desconexión entre el evento del que trae su causa la falta de actividad y el área de actuación de la propia empresa.
- La imposibilidad objetiva de seguir prestando servicios.
- El medio instrumental en virtud del cual se producen las anteriores consecuencias tiene que ser de manera necesaria alguno de los mencionados en el art. 22.1 del RD Ley 8/2020, que se interpretarán de manera exhaustiva. De forma que fuera de dichos supuestos hay que entender que estamos ante suspensiones o reducciones por causas productivas (o económicas) por más que pudieran existir dificultades objetivas para mantener la actividad productiva, establecer nuevas pautas organizativas, bajada de clientela o suministros, cuando este último caso no suponga una dificultad grave.

Por su parte, el informe⁴⁵ del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dirigido las Inspecciones Provinciales para que las actuaciones sean homogéneas en todo el territorio nacional, señala al efecto como criterios generales de actuación en torno a la consideración de la fuerza mayor:

- La necesidad de motivación, justificación y acreditación de las circunstancias invocadas por la empresa, tanto más cuanto la apreciación de la fuerza mayor dependa de conceptos jurídicos indeterminados.

43. Criterio DGE-SGON-811 bis CRA, de 19 de marzo.

44. Criterio DGE-SGON-842 CRA, de 27 de marzo.

45. Criterio del Área de Coordinación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 27 de marzo, sobre pautas de actuación a las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes temporales de regulación de empleo tramitados por el Covid-19, de 27 de marzo.

- La valoración de la proporcionalidad de la medida y el equilibrio en el reparto de cargas.
- La consideración a efectos de la existencia de una imposibilidad de mantenimiento del trabajo de poder llevar a efecto, o no, de mecanismos alternativos como el trabajo a distancia.
- La necesidad de que la actuación no sólo se centre en la apreciación de la fuerza mayor, sino en la constatación de que no existe fraude, bien porque no se haya producido un cese real de la actividad, bien porque se incluyen trabajadores que no deberían estarlo, o bien por cualquier otra causa.

De manera específica el informe de la Inspección aborda las situaciones que pueden presentarse en los diferentes sectores de actividad: primario, industrial, construcción, servicios, así como supuestos específicos, señalando cuándo podría considerarse, o no, la existencia de fuerza mayor para justificar la presentación de un ERTE por dichas causas.

Lo cierto es que el precepto se presta a confusión ya que, a pesar de que “de la literalidad puede desprenderse que se está procediendo a un listado “constitutivo” de acontecimientos imposibilitantes, el hecho de que el empresario tenga una obligación de “acreditación” sugiere lo contrario”⁴⁶. Así, será preciso acreditar que la pandemia o las medidas adoptadas para contenerla por las autoridades generan un impacto en la empresa que le obliga a interrumpir o reducir significativamente su actividad, por lo que su demostración requerirá un mayor esfuerzo, no solo respecto de la prueba que debe aportarse para justificarla sino también al relacionar estas situaciones con las medidas adoptadas y los trabajadores por ello afectados.

Más adelante, el preámbulo del RD Ley 15/2020 aclara que la fuerza mayor del art. 22 es un concepto de “creación legal y concreción administrativa” directamente vinculada a la situación excepcional derivada de la crisis sanitaria y por tanto no configurada por referencia a la construcción doctrinal del ordenamiento civil. De esta forma, el art. 22 define los supuestos, si bien la autoridad laboral deberá “constatar la concurrencia de los hechos descritos, el necesario vínculo entre aquellos y la actividad productiva singular de la empresa, así como la proporcionalidad entre las medidas propuestas, en sus términos personales y objetivos, y el suceso configurado como de fuerza mayor”. Por tanto la fuerza mayor del art. 22 se diferencia de otros sucesos catastróficos por su vinculación “a unas circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley; de ahí su definición, los elementos que satisfacen en cada caso la concurrencia de la causa y el papel atribuido a la autoridad laboral”.

De este modo, la modificación que introduce el RDL 15/2020 posibilita que la fuerza mayor pueda ser parcial, y no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales, concurriendo la causa

46. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Covid-19 y ERTE por fuerza mayor: situaciones que lo justifican y acreditación”, 27/03/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/27/covid-19-y-erte-por-fuerza-mayor-situaciones-que-lo-justifican-y-acreditacion/> (consulta 03/05/2020).

obstativa descrita en el art. 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial. Ello, en la práctica, vendría a significar que, por ejemplo, un centro médico dermatológico que tuviese una línea de venta de productos atendida por personal específico podría incluir a éste en un eventual ERTE por fuerza mayor, pese a que la actividad estrictamente considerada esencial sea la de carácter médico.

En cuanto al procedimiento para la tramitación del ERTE por fuerza mayor, el RD-Ley 8/2020 recoge una serie de especialidades respecto del general del art. 47 ET que, en virtud de la Disposición transitoria primera, establece que no será de aplicación a aquellos ERTEs iniciados o comunicados antes de la entrada en vigor del RD-Ley 8/2020 y basados en las causas que se prevén en el mismo. Así:

- La empresa debe iniciar el ERTE a través de una solicitud ante la autoridad laboral acompañando un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, y la documentación acreditativa. Además deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y dar traslado del informe y la documentación acreditativa a los representantes legales.
- La autoridad laboral deberá constatar la existencia de fuerza mayor como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.
- La autoridad laboral deberá dictar resolución, limitándose a constatar la existencia, o no, de la fuerza mayor alegada por la empresa en el plazo de cinco días desde la solicitud empresarial, previo informe potestativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que asimismo se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

En este sentido, aunque el procedimiento, a priori, resulta sencillo y no requiere de grandes complicaciones en cuanto a su tramitación, no son desdeñables los problemas que ha generado desde el punto de vista práctico.

En primer lugar, en cuanto a la necesidad de constatación por parte de la autoridad laboral de la fuerza mayor, creemos que la agilización administrativa que se requería en estos momentos habría precisado de un planteamiento más ajustado a la realidad sobre esta cuestión. Así, no parece tener sentido la necesidad de constatación de la fuerza mayor por la autoridad laboral en aquellas actividades que, en cumplimiento del decreto sobre el estado de alarma, se vieron obligadas a cesarla. Tratándose de la ejecución de una orden gubernamental, la mera comunicación empresarial al trabajador de la adopción de la medida habría sido suficiente para acreditar la situación legal de desempleo; junto con un refuerzo importante de personal en las administraciones correspondientes, autoridades laborales, y servicios de empleo, por supuesto, y ello con independencia de las revisiones que a posteriori pudieran realizarse por la Inspección de Trabajo. Todo lo cual habría favorecido la agilización en el percibo de la prestación, evitando las dramáticas situaciones que están viviendo, sobre todo, familias con todos sus miembros en ERTEs y que llevan aún varios meses sin percibir

ingresos a fecha de este artículo⁴⁷. En nuestra opinión, la constatación por la autoridad laboral tendría que haberse restringido a los supuestos que requerían de una acreditación específica, como los relacionados con la falta de material, o los contagios de la plantilla.

En segundo lugar, se plantea el problema del plazo de resolución administrativa de los ERTes por fuerza mayor. El art. 22.2.c) establece que la resolución de la autoridad laboral, en los expedientes de tramitación de ERTes por fuerza mayor, se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud. Por otro lado, la Disposición adicional primera del RD Ley 9/2020 hace referencia, al tratar sobre la duración máxima de estos expedientes –ciñéndola al plazo del estado de alarma– a aquellos resueltos por silencio. Estos dos preceptos nos sitúan de inmediato ante un relevante problema de gestión para las administraciones públicas competentes, y es que pese a la gravedad del contexto en el que se adoptaron tales medidas, no era fácil de prever que se acabarían presentando más de medio millón de ERTes en todo el territorio nacional. El plazo de cinco días para resolver, y el sentido positivo del silencio ex art. 24.1 LPAC, desembocan en una presión sobre la autoridad laboral que presenta la dificultad jurídica añadida, como bien ha analizado Mercader Uguina⁴⁸, de que la incorrección de fondo de una eventual resolución tácita sólo podría enmendarse por vía de los procedimientos revisorios previstos en la referida LPAC; ahora bien, en el ámbito laboral, el art. 146.2.b) de la LRJS, limita a su vez al plazo máximo de un año la realización de tales procedimientos por parte de las entidades, órganos u organismos gestores competentes en materia de protección por desempleo.

A este problema de orden práctico se ha pretendido dar respuesta, por un lado, a través del informe de la Abogacía del Estado 429/2020, que con fundamento en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 30 de enero de 2013, llega a la conclusión de que de que las circunstancias derivadas del COVID-19 justifican la “excepcionalidad” requerida por el art. 23 LPAC para poder ampliar en cinco días más el plazo de resolución de las solicitudes de ERTE; ello, eso sí, motivando adecuadamente “la imprevisibilidad sobrevenida de la situación” (manifestada en el “gran número de solicitudes que [...] exceden de la capacidad ordinaria del órgano competente”) y el recurso a todos los medios disponibles para solventarla, sin que hayan resultado suficientes. A su vez justifica desde el punto de vista material esta ampliación en el hecho de que “se pretenden garantizar los derechos de los trabajadores, en la medida en que no se proceda a la estimación, por silencio positivo, de medidas de suspensión contrarias a nuestro ordenamiento jurídico que, so pretexto de esta situación extraordinaria, quedarían consolidadas por no poder ser objeto de revisión al amparo de los motivos tasados previstos en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de la Jurisdicción Social”.

47. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/20200523/481325608998/crisis-erte-prestacion-cobrar-sepe-familias.html> (consulta 23/05/2020).

48. Mercader Uguina, J. R.: “El silencio administrativo positivo y ERTES por fuerza mayor: la negra sombra del Barón de Rothschild”, 01/04/2020, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-silencio-administrativo-positivo-y.html> (consulta 15/05/2020).

De este modo, algunas Comunidades Autónomas, como Baleares, Asturias, Castilla y León, Valencia o Galicia han procedido a modificar el plazo al amparo de esta posibilidad ofrecida por la LPAC mediante órdenes o resoluciones –siendo de valorar que, en el caso de la Comunidad Valenciana, la Resolución de 30 de marzo de 2020, del director General de Trabajo, Bienestar y Seguridad Laboral aclare que dicha ampliación solo podrá tener lugar “cuando el plazo inicial para resolver no se encontrara ya vencido en la fecha de publicación de este acuerdo”–.

Por otro lado, la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social de la Dirección General de Trabajo publicó un Oficio el 28 de marzo en el mismo sentido, concluyendo que “la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se extiende a todos sus extremos, valiendo en este caso la doctrina judicial o administrativa que se aplique a tal respecto, incluida la ampliación o la interrupción del plazo de resolución, con arreglo a los requisitos y en las condiciones previstas en los citados artículos 22 y 23 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre”. Esto es, en este documento se ofrece asimismo la posibilidad de suspensión del plazo máximo para resolver de conformidad con el art. 22 LPAC, que establece no obstante unos requisitos estrictos para su aplicación:

- El plazo máximo para resolver “podrá” suspenderse cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la norma.
- Y deberá suspenderse en todo caso cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el art. 87, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca su terminación.

Este último precepto, art. 87, recoge un concepto flexible de “actuaciones complementarias”, toda vez que las define como las “indispensables para resolver el procedimiento” –sin que a ese respecto deban considerarse como tales los informes que preceden a la resolución–, lo que pese a la aparente severidad de su tenor deja un cierto margen de apreciación para la autoridad administrativa.

En definitiva, la aplicación de estas herramientas normativas libera un tanto la presión sobre las administraciones públicas encargadas de resolver los ERTes, pese a lo cual el ejecutivo ha considerado preciso incluir una Disposición adicional segunda en el RDL 9/2020 a la que Mercader Uguina atribuye acertadamente “carácter admonitorio”⁴⁹, al establecer que “el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior (solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa

49. Ob. cit.

que las origina, cuando dicha circunstancia se deduzca de las falsedades o incorrecciones en los datos facilitados por aquellas y siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas o a la aplicación de deducciones indebidas en las cuotas a la Seguridad Social), dará lugar a la devolución de las prestaciones indebidamente generadas"; obligando a la empresa a ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Será el tiempo el que determine si realmente han existido importantes bolsas de fraude en estas circunstancias; un tiempo tasado, sin embargo, como hemos visto, y que plantea un reto importante para las administraciones públicas no sólo de orden organizativo, sino con evidentes implicaciones económicas y sociales, por lo que no es descartable que más adelante se aprueben nuevas modificaciones normativas que, esperamos, abunden en la seguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras.

Por lo que atañe a la duración de estas medidas de flexibilidad interna empresarial, el RD Ley 9/2020 en su Disposición adicional primera establece que 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 art. 28 de la misma norma, entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma y sus posibles prórrogas. Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como en los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta.

Finalmente el RD Ley 18/2020 introduce un cambio sustancial con el objetivo de desvincular la duración de los ERTE por fuerza mayor al estado de alarma, posibilitando su duración hasta el 30 de junio de 2020, aunque su Disposición adicional primera prevé la posibilidad de extender a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros, la prórroga de los ERTE del art. 1 "en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020".

El art. 1 introduce una serie de especialidades aplicables a los ERTEs basados en las causas recogidas en el art. 22 RD Ley 8/2020 diferenciando entre fuerza mayor total y parcial a partir del 13 de mayo de 2020, fecha de entrada en vigor de la norma, y describiendo dos situaciones distintas. Como advierte Beltrán de Heredia⁵⁰, aunque este artículo contemple dos posibilidades (total/parcial) es importante tener en cuenta que no está reconociendo una facultad de elección, destacando el carácter impropio de la denominada "fuerza mayor parcial" y que más bien se trataría de una situación de "excesiva onerosidad sobrevenida".

Así, el apartado primero describe la continuidad de la fuerza mayor total, para aquellas empresas que contando con un ERTE del art. 22 estuvieran afectadas por las causas referidas en el mismo que impidan el reinicio de la actividad mientras duren,

50. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿la fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?", 18/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/05/18/rdley-18-2020-y-erte-la-fuerza-mayor-puede-ser-parcial-y-puede-exigirse-el-reingreso/> (consulta 21/05/2020).

y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020. Esta limitación plantearía cierta controversia en el caso de que el hecho obstativo persistiese, pues, “en la lógica de la transitoriedad que ampara la suspensión no parece adecuado que se establezca un término (aunque sea prorrogable) porque compromete la causalidad de la medida”⁵¹.

Por su parte, el apartado segundo describe como “fuerza mayor parcial”, la de aquellas empresas que cuenten con un ERTE autorizado en base al art. 22, “desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020”. Estas empresas deben proceder a reincorporar a los trabajadores afectados “en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada”. El objetivo de la misma, como se expresa en el preámbulo de la norma es “facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y que permitirán atender de manera paulatina la oferta y demanda de productos y servicios de las empresas, en la medida en la que la actividad y estructura de personal lo permitan. Asimismo, lo anterior permite garantizar una mejor gestión del tiempo de trabajo, reduciendo los tiempos de exposición, de conformidad con la información actualizada por parte de las autoridades públicas sobre la prevalencia del COVID-19”.

Al mismo tiempo la situación de parcialidad de la fuerza mayor que se describe, así como el propio mandato de reincorporación que establece el art. 1.2 hace que resulte ciertamente controvertido afirmar que se dan los requisitos para mantener un ERTE por fuerza mayor, ya que los casos de reducción de jornada que describe el art. 1.2 estarían “habilitando un ERTE que *causalmente* no “encaja” en la delimitación conceptual de la fuerza mayor (pues, en puridad, no concurre)”⁵². Consecuentemente, si las empresas no quieren verse forzadas al reingreso de la plantilla, deberían transitar hacia un ERTE por CETOP. Coincidimos con Beltrán de Heredia en cuanto al “desajuste ‘casual’ precipitado por el RD Ley 18/2020”, en palabras del propio autor, y que se evidencia en los mecanismos laborales adoptados y los criterios para la aplicación de exoneración de cuotas de los boletines RED. En este sentido es posible que la intención en todo caso de mantener la consideración de fuerza mayor (total o parcial) hasta el 30 de junio obedezca al particular régimen de exoneraciones de cuotas previsto en el art. 4 de esta norma, que trata de favorecer transitoriamente ese pase de las empresas afectadas por la fuerza mayor hacia la “nueva normalidad” aliviando la carga en las cotizaciones sociales, y que no se contemplan durante el ERTE por CETOP. De hecho el tránsito de fuerza mayor a las causas previstas en el art. 23 RD Ley 8/2020 ya se contempla el propio art. 2 del RD Ley 18/2020 que prevé que cuando se inicie un ERTE por CETOP tras la finalización de uno por fuerza mayor, la fecha de efectos de aquél se retrotraerá a la fecha de finalización de este. Tal previsión acoge así una de las principales demandas empresariales formuladas en relación con ello.

51. Ob. cit.

52. Ob. cit.

Sin embargo, la interpretación que han ofrecido los últimos oficios dictados por la Dirección General de Trabajo, DGT-SGON-726PGG, DGT-SGON-733PGG de 27 de mayo y DGT-SGON-962 CRA, de 28 de mayo, en respuesta a las consultas planteadas a propósito de los nuevos conceptos de fuerza mayor total y parcial, entienden que esta última no actuaría de forma automática, sino en la medida en que las causas del art. 22 RD Ley 8/2020 permitan parcialmente el inicio de la actividad y hubiesen desafectado a algún trabajador, tanto con carácter previo como posterior al 13 de mayo, considerando que es la empresa la legitimada para valorar el grado de reincorporación a la actividad, pudiendo además desafectar y volver a afectar nuevamente a los trabajadores incluidos en el ERTE. Estas resoluciones han sido valoradas de forma crítica, y en nuestra opinión acertadamente, por Beltrán de Heredia⁵³ que recomienda a los operadores jurídicos seguir un principio de prudencia recordando que se trata de criterios no vinculantes sino meramente informativos y que serán los tribunales los que interpreten dichas disposiciones. Así, insiste en lo controvertido de calificar una imposibilidad objetiva como “parcial” del mismo modo que afirmar que ésta no actúe de forma automática, ya que el hecho de que una empresa tenga autonomía para decidir la intensidad de la reincorporación o, incluso, que pueda afectar o desafectar a un trabajador en función de la situación, es una evidencia clara de la inexistencia de una imposibilidad objetiva y sí, en cambio, de una excesiva onerosidad sobrevenida debiendo transitar del ERTE por fuerza mayor, que dejaría de tener una causa habilitante, al ERTE por CETOP.

Por su parte, el apartado tercero del art. 1 se establecen obligaciones empresariales tales como la comunicación a la autoridad laboral de la renuncia total al ERTE en el plazo de 15 días desde la fecha de efectos de la misma, la comunicación previa al SEPE de las variaciones que se produzcan respecto de los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo, así como de la comunicación al SEPE de las “variaciones que se refieran a la finalización de la aplicación de la medida de todos o una parte de los trabajadores, bien en el número de estas o bien en el porcentaje de actividad parcial de su jornada individual, cuando la flexibilización de las medidas de restricción que afectan a la actividad de la empresa permita la reincorporación al trabajo efectivo de aquellas”.

Finalmente se introduce para aquellas empresas que se acojan a un ERTE de los regulados en el art. 1 del RDL 18/2020, y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos, la prohibición de proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se aplique dicho ERTE, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración de cuotas de seguridad social. No obstante, esta limitación no será de aplicación para aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social (art. 5).

53. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo”, 01/06/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/> (consulta 07/06/2020).

3.2.2. Medidas excepcionales en relación con los ERTES por causa económica, técnica, organizativa y de producción

El art. 23 del RD Ley 8/2020 contempla aquellos supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por CETOP relacionadas con el COVID-19, de acuerdo con una serie de especialidades respecto del procedimiento general previsto y que concretamente se desarrollan en Real Decreto 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. Las particularidades son las siguientes:

- La constitución de una comisión representativa para negociar durante el periodo de consultas en el caso de que no exista representación legal de los trabajadores en la empresa, y que obedece a las peticiones sindicales. Esta comisión estará conformada por una persona designada por cada uno de 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. Las decisiones se adoptarán por las mayorías representativas correspondientes.

Esta cuestión suscita ciertas dudas, ya que como señala Rojo Torrecilla “parece que se da por sentado que en todos los casos puede haber más de dos sindicatos presentes en el sector y que tengan la condición de representativos (añadiéndose a CCOO y UGT que tienen la condición de más representativos), algo que no creo que ocurra en todas las empresas ni tampoco en todos los sectores de actividad”⁵⁴.

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 art. 41.4 ET. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

En consecuencia, siguiendo de nuevo a Rojo Torrecilla estas modificaciones con respecto a la normativa general otorgan en primer lugar una preferencia por la negociación con la representación “legal”, que debería incluir tanto la sindical como la unitaria; en segundo término a los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y, supletoriamente, en caso de no poder aplicar uno de los dos criterios anteriores, se mantiene la posibilidad de que la comisión, por la parte social, esté integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el art. 41.4. ET. Así lo confirma el Criterio DGE-SGON-929 CRA, que aclara que en todo

54. Rojo Torrecilla, E.: “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”, 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html> (consulta 15/04/2020).

caso habrá que acudir a dicha comisión representativa en “aquellos supuestos en los que en la empresa, unidad de imputación subjetiva a la que se refiere el artículo, no existe representación de las personas trabajadoras en ninguno de sus centros de trabajo”.

- El periodo de consultas será como máximo de siete días.
- La autoridad laboral tendrá la potestad de solicitar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social un informe que deberá evacuarse en el plazo improrrogable de siete días.
- Para la tramitación de ERTES que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, excepto en lo atinente al desarrollo del periodo de consultas y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo dispuesto con carácter general.

Por su parte, el RD Ley 16/2020, introduce algunas particularidades en su art. 6 en cuanto a la tramitación de la impugnación judicial de ERTES ex art. 23 RD Ley 8/2020. Así:

- Las suspensiones y reducciones de jornada adoptadas en aplicación de lo previsto en el art. 23 RD Ley 8/2020 que afecten a más de cinco trabajadores se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo siendo los sujetos legitimados los descritos en el art. 154 LRJS, y también la comisión representativa que prevé el art. 23.1.a) RD Ley 8/2020. Como ha señalado Rojo Torrecilla el objetivo es tratar de evitar el colapso reduciendo las impugnaciones de carácter individual⁵⁵.

En cuanto a aquellos ERTES por CETOP que se inicien tras la entrada en vigor del RD Ley 18/2020, de 12 de mayo, y hasta el 30 de junio de 2020, les resultarán a su vez de aplicación ciertas especialidades:

- La tramitación de estos ERTES por CETOP “podrá iniciarse mientras esté vigente un ERTE de los referidos en el art. 1”. Ello significa que tanto en los supuestos de fuerza mayor total como parcial descritos en dicho artículo del RD Ley 18/2020 podría transitarse hacia un ERTE por CETOP. Si bien, como decíamos, en la medida en que en estos últimos no se contempla ninguna exoneración de cuotas de seguridad social, no parece lógico que esa transición se inicien al menos hasta el 1 de julio.

55. Rojo Torrecilla, E.: “Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Análisis y comentario del RDL 16/2020 de 28 de abril. ¿Una jurisdicción laboral virtual temporal o permanente?”, 29/04/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/emergencia-sanitaria-y-legislacion_29.html (consulta 20/05/2020).

- Cuando el ERTE por CETOP comience tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor ex art. 22 RD Ley 8/2020, la fecha de efectos de aquél se retrotraerá a la de finalización de este.
- Los ERTEs vigentes al 13 de mayo de 2020 seguirán siendo aplicables en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta el término referido en la misma. Este precepto parece que contempla la imposibilidad de prorrogar, por ejemplo, un ERTE por CETOP que se hubiera solicitado hasta el 31 de mayo, debiendo, si continúan las circunstancias que lo provocasen, solicitar uno nuevo para aquellos trabajadores que se viesen afectados.

3.2.3. *El permiso retribuido recuperable*

El RD Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena se aprueba con el objetivo de limitar al máximo la movilidad, partiendo de la premisa de que la actividad laboral y profesional es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos que se producen en el país, reduciéndola al máximo a fin de contener la pandemia. Se aprueba para ello un permiso retribuido recuperable de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril.

Los destinatarios de dicho permiso (art. 1) van a ser los trabajadores por cuenta ajena, tanto del sector público como privado que presten sus servicios en actividades no esenciales. Por el contrario, se exceptúan del ámbito de aplicación:

- Los trabajadores que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo⁵⁶ de la norma.
- Los que presten sus servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales en el anexo de dicho RD Ley.
- Los trabajadores que tengan su contrato de trabajo suspendido por haber sido incluidos en un ERTE.
- Los que se encuentren de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato se encuentre suspendido por otras causas legalmente previstas.
- Los que puedan seguir desempeñando su trabajo a través de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.
- Los que presten servicios en las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los

56. El anexo, sin embargo, no se refiere expresamente a los sectores calificados como esenciales, sino que señala lo siguiente: “no será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena:” pasando a enumerar 25 supuestos que han de considerarse como actividades esenciales. La redacción en este caso del enunciado del anexo resulta manifiestamente mejorable.

servicios públicos, incluida la realizada de forma no presencial, y ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 34 RD Ley 8/2020 (DA 5ª)⁵⁷.

- Los trabajadores autónomos (art. 2º Orden SND/307/2020).
- Los trabajadores que asuman las actividades de representación sindical y patronal (art. 3º Orden SND/307/2020).
- Aquellos trabajadores que, en virtud del art. 4, realicen los turnos de trabajo imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable en las empresas que deban aplicar el permiso.

Los trabajadores no afectados por el permiso tendrán derecho a que la empresa o entidad empleadora les expida una declaración responsable reconociendo tal circunstancia, de acuerdo con el modelo recogido en el Anexo de la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del RD 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.

En cuanto a la naturaleza del permiso (art.2), este tiene un carácter obligatorio, debiendo disfrutarse durante los días 30 a 9 de abril, ambos incluidos, si bien hay que destacar que la norma no contempla ninguna sanción en caso de incumplimiento del permiso por parte de las empresas. Es retribuido, de forma que los trabajadores conservarán su remuneración durante dicho periodo, incluyendo tanto el salario base como los complementos salariales, por lo que, como afirma Aragón Gómez⁵⁸, podrían dejar de abonarse durante dicho periodo determinadas partidas de carácter extrasalarial, ya que no tendría ninguna lógica su abono a quienes no están prestando servicios efectivos y no están asumiendo, en consecuencia, tales gastos. Por último, se trata de un permiso recuperable. Como señala Gordo González⁵⁹, es más bien un instrumento de flexibilidad y distribución irregular de la jornada que un permiso en sentido estricto. Esta fórmula, subraya Cruz Villalón, “se parece bastante a lo hecho en Dinamarca con una reducción de las vacaciones laborales, si bien a través de una técnica parcialmente diversa. Tiene en común que se fija un reparto de sacrificios: los trabajadores tienen que realizar la misma jornada anual, mientras que las empresas tienen que adelantar la retribución de ese tiempo que se realizará más tarde, sin la seguridad para las empresas de recuperar esas horas pues puede que la demanda

57. Recordamos que el art. 34 establece la suspensión total o parcial de los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse.

58. Aragón Gómez, C.: “Claves prácticas del permiso retribuido recuperable”, 02/04/20, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/claves-practicas-del-permiso-retribuido.html> (consulta 15/05/2020).

59. Gordo González, L.: “RDL 10/2020: ¿se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, 01/04/2020, blog *Instituto de Derecho Local de la UAM*, disponible en <https://www.idluam.org/blog/rdl-10-2020-se-aplica-el-permiso-retribuido-recuperable-obligatorio-previsto-a-los-empleados-publicos/> (consulta 15/05/2020).

no se recupere posteriormente”⁶⁰. Nos recuerda además que este sistema de permisos ya existía en nuestro país a principios de los años ochenta en un Reglamento que regulaba como horas retribuidas las perdidas por fuerza mayor que había que recuperar.

Por lo que respecta a la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido, el art. 3 establece un procedimiento negociado con los representantes de los trabajadores en los siguientes términos:

- La recuperación deberá realizarse hasta el 31 de diciembre de 2020. Ello plantea la duda de si cabría trasladar la recuperación de las horas más allá de dicha fecha, si bien el tenor literal parece apuntar en sentido negativo. No obstante, creemos que nada impediría, previo acuerdo alcanzado con los representantes legales, llegar soluciones no previstas en la norma siempre y cuando se respetasen los mínimos legales y convencionales.
- La recuperación debe negociarse entre la empresa y la representación legal de los trabajadores en un periodo de consultas que no podrá exceder de siete días.
- En caso de no existir representación legal, se deberá constituir una comisión representativa con los sindicatos en los mismos términos y plazo establecidos en el art. 23 RD Ley 8/2020. Los acuerdos se alcanzarán con la mayoría de los representantes legales, o de la mayoría de los miembros de la comisión representativa, siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario.
- Las partes podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en el art. 83 ET.
- El acuerdo podrá regular la recuperación de las horas de trabajo, el preaviso mínimo para el trabajador, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. Autores como Beltrán de Heredia⁶¹ entienden que no sería factible que el pacto incluyese la calificación del permiso como un período de vacaciones por la diferente naturaleza jurídica de las instituciones. En caso de no alcanzarse un acuerdo durante el periodo de consultas, la empresa notificará a los trabajadores y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde su finalización, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del permiso.
- En cuanto a los límites para la recuperación de las horas, en ningún caso se podrán incumplir los periodos mínimos legales de descanso diario y semanal; el periodo mínimo de preaviso deberá ser al menos de cinco días, según está

60. Cruz Villalón, J.: “Permisos retribuidos recuperables, un reparto de sacrificios”, 29/03/20, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/29/opinion/1585481116_777134.html (consulta 15/05/2020).

61. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 10/2020: comentario de urgencia sobre el permiso retribuido recuperable”, 30/03/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/30/covid-19-y-rdley-10-2020-comentario-de-urgencia-sobre-el-permiso-retribuido-recuperable/#recuperación> (consulta 15/05/2020).

previsto en el art. 34.2 ET para la distribución irregular de la jornada; y deberán respetarse los derechos de conciliación de los trabajadores reconocidos legal y convencionalmente.

- No se contempla ninguna regla específica sobre la recuperación para los empleados públicos.

En cuanto a algunos concretos aspectos relativos a la actividad económica empresarial, se establecen las siguientes disposiciones:

- Las empresas que deban aplicar el permiso podrán establecer un número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable fijando para ello como referencia la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos (art. 4).
- Por parte del Ministerio de Sanidad se podrán modificar o especificar aquellas actividades que se vean afectadas por el permiso retribuido recuperable y sus efectos (art. 5).
- Se establece, para aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de forma inmediata la actividad, la posibilidad de prestar servicios el lunes 30 de marzo, con el propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso sin perjudicar la actividad empresarial (DT1ª). Hay que recordar en este sentido que el RD Ley 10/2020 se publicó en el BOE casi a las 24 horas del domingo 29 de marzo.
- Para las actividades de transporte, aquellos trabajadores que se encuentren realizando un servicio no incluido en la norma, iniciarán el permiso una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del mismo, en su caso, la operación de retorno correspondiente (DT 2ª).
- Podrán continuar las actividades no incluidas en el anexo de la norma que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el art. 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (DA 4ª).

Por último se establecen ciertas particularidades para los siguientes colectivos:

- En el caso de los empleados públicos y personal con legislación específica propia, la norma se remite a los órganos competentes habilitados para dictar las instrucciones necesarias para regular la prestación de servicios con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos esenciales (DA 1ª y 2ª).
- En el caso del personal al servicio de la Administración de Justicia, estos cumplirán con los servicios esenciales fijados (DA 3ª).

Cierta confusión ha generado el permiso en lo que respecta a su aplicación en las administraciones públicas, en este sentido la nota interpretativa de la Comisión de Coordinación de Empleo Público, considera que la norma no incluye en su ámbito de aplicación al personal funcionario, ni al personal laboral de los departamentos

ministeriales ni sus organismos públicos⁶², cuestión controvertida puesto que como afirma Gordo González⁶³ la norma se refiere específicamente al régimen jurídico de parte del personal público, el contemplado en el art. 4 EBEP (DA 1ª y 2ª) y por tanto, parece razonable sostener que el resto del personal deberá regirse por régimen general previsto en el RD Ley 10/2020. Si bien algunas instituciones públicas han recurrido al permiso del artículo 48.j) EBEP para paralizar las actividades de su personal, considera más adecuado sostener que el permiso retribuido recuperable debe ser aplicable de forma obligatoria a todo el personal de la administración –laboral o funcionario–, incluida la local, que en este momento aún siga desarrollando sus funciones y estas no hayan sido declaradas esenciales.

Finalmente cabe recordar el Criterio de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 2020 en el que se aclara que aquellas empresas que se hayan visto obligadas a interrumpir su actividad o paralizar su producción al mínimo indispensable durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril podrán adoptar cuantas medidas satisfagan adecuadamente sus necesidades, entre otras un ERTE, por ejemplo, siempre que estas se adecúen a las circunstancias y requisitos que justifican su uso. En caso de que no fuese posible ampliarlas o resultasen insuficientes, deberán entonces aplicar el permiso retribuido recuperable.

3.3. Medidas de protección del empleo

Como venimos diciendo, uno de los principales objetivos de esta normativa laboral excepcional ha sido el de garantizar el mantenimiento del empleo, tanto durante la crisis sanitaria como a lo largo de los seis meses siguientes. Con esta idea, se han adoptado toda una serie de medidas de las que daremos cuenta a continuación.

3.3.1. La salvaguarda temporal de los puestos de trabajo

El RD Ley 8/2020 en su Disposición adicional sexta “condiciona” las medidas extraordinarias que se prevén en el mismo, esto es, la exoneración de la cuota empresarial durante la duración del ERTE, “al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. Esta Disposición ha sido objeto de diferentes aclaraciones por parte de la Dirección General de Trabajo que, resumiendo, podemos concretar en los siguientes aspectos:

- El compromiso de mantenimiento ha de ser del 100% de los trabajadores afectados, exceptuando extinciones de contrato por despido procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el

62. Web de la Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP, disponible en http://covid19.femp.es/rd10_20/ (consulta 22/05/2020).

63. Gordo González, L.: “RDL 10/2020: “¿Se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?”, ob. cit.

caso de contratos temporales por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto (Criterio DGT-SGON-863 CRA, de 7 de abril).

- En el caso de los contratos temporales suspendidos por efecto del art. 5 del RD Ley 9/2020, se deberá tener en cuenta la extensión de dicho periodo (Criterio DGT-SGON-850 CRA, de 11 de abril).
- El mantenimiento del empleo debe considerarse nominativo, no siendo posible sustituir a un trabajador por otro en el mismo puesto de trabajo. También se aclara que, en el caso de producirse la jubilación del empresario individual durante la vigencia del compromiso, si se continuase la actividad por subrogación, será el nuevo titular quien deberá cumplir dicho compromiso de mantenimiento (Criterio DGT-SGON-919 CRA, de 4 de mayo).

La Disposición adicional decimocuarta del RD Ley 11/2020 flexibiliza este compromiso al posibilitar la valoración “en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual”.

Al mismo tiempo se introduce una aclaración sobre dicho compromiso en los trabajadores temporales estableciendo al efecto que: “no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”. En otras palabras, los trabajadores temporales cuyo contrato se extinga lícitamente por finalización del tiempo convenido o por la obra o por imposibilidad de realizar la actividad objeto de la contratación no computarán a efectos de cálculo para el mantenimiento del empleo.

Finalmente, la Disposición final primera del RD Ley 18/2020, en su punto tres, introduce una nueva redacción de la Disposición adicional sexta. Esta recoge, en parte, las interpretaciones de los Criterios de la Dirección General de Trabajo a las consultas realizadas desde su publicación a las que hemos hecho alusión, así como las directrices dadas en la Disposición adicional decimocuarta del RD Ley 11/2020. Su contenido final puede resumirse en lo siguiente:

- El compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses se computará desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose como el *dies a quo* la fecha de reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el ERTE, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.
- Este compromiso se incumplirá cuando se produzca el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por los ERTEs. En estos casos la empresa deberá reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses

de demora correspondientes, previa actuación al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

- No se considerará incumplimiento del compromiso si los contratos de las personas trabajadoras afectadas se extinguen por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. Tampoco en el caso de contratos temporales cuando se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación. Como señala Beltrán de Heredia⁶⁴, este listado de causas sin mayor indicación de los supuestos extintivos (particularidades/naturaleza) sugiere que la lista es cerrada. Por consiguiente, a sensu contrario, la cláusula deberá entenderse incumplida en los supuestos de: resolución por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; extinción por fuerza mayor; cualquier resolución calificada como improcedente o nula; extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física; extinción por mutuo acuerdo sobrevenido (mutuo disenso); extinción por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato (art. 49.1 b ET); desistimiento durante el periodo de prueba; extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género; resolución ex arts. 40, 41 o 50 ET.
- En atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo, se valorará el compromiso del mantenimiento del mismo. Cabe señalar la poca concreción de esta posibilidad, en idénticos términos a la introducida en la Disposición adicional 14ª del RD Ley 11/2020 para aquellas “empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico u audiovisual”.
- Tampoco resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

Parece, pues, que el ámbito de aplicación de la Disposición adicional sexta parece haberse reducido considerablemente, si bien cabe pronosticar que será sin duda uno de los preceptos que en un futuro generen numerosos conflictos de interpretación, por

64. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 18/2020: comentario crítico de urgencia”, 13/05/20, blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/05/13/covid-19-y-rd-ley-18-2020-comentario-critico-de-urgencia/#nuevasalvaguarda> (consulta 14/05/2020).

no hablar de las empresas que se vean abocadas al cierre definitivo y cuya situación de insolvencia haga imposible la devolución de las cuotas exoneradas durante el ERTE.

A ello hay que añadir, como apunta Mercader Uguina, que siguen sin aclararse cuestiones como, por ejemplo, desde cuándo comenzaría a computar el plazo de seis meses previsto en la Disposición adicional sexta del RD Ley 8/2020. En este sentido entiende que el plazo se activaría desde el momento en el que se haya reincorporado el primer trabajador, ya que el nivel de empleo a mantener está referido al existente en el momento en el que se obtuvo el beneficio de la exoneración de cuotas por lo que, “el *dies a quo* debe entenderse que se produce para cada empresa (no para cada trabajador) y lo hace desde el momento en que la misma se sitúa en fuerza mayor parcial”⁶⁵.

En cuanto a si el incumplimiento del mantenimiento del empleo supondrá la devolución de todas las cuotas exoneradas o sólo las del trabajador concretamente despedido o extinguido durante dicho periodo, parece pronunciarse por la primera opción en virtud de lo dispuesto en la norma, si bien considera que la misma resulta desproporcionada.

3.3.2. *La prohibición de despedir o de extinguir el contrato por causas de fuerza mayor, económicas, técnicas, organizativas o de producción*

El art. 2 del RD Ley 9/2020, que se denomina de “medidas extraordinarias para la protección del empleo” introduce la prohibición de extinguir el contrato de trabajo o de despedir por causa de fuerza mayor o CETOP, causas en las que se amparan las medidas de los arts. 22 y 23 del RD Ley 8/2020, y que, recordemos, sólo prevén la suspensión y reducción de jornada. Por su parte, la Disposición final tercera señala que esta medida solo afectará a los despidos y extinciones realizadas desde el 28 de marzo de 2020 hasta la finalización del estado de alarma o sus posibles prórrogas, de manera que a las extinciones efectuadas con anterioridad a esa fecha no les será de aplicación este límite adicional. Este precepto introduce por tanto un nuevo límite a la extinción de los contratos temporales de forma que ni la fuerza mayor ni las CETOP relacionadas con el COVID-19 serán razones lícitas para extinguir un contrato temporal.

Son varias las dudas que plantea, no obstante. En primer lugar, si se podrá seguir extinguendo contratos –no incluidos en un ERTE– por el resto de causas legales. A priori, parece que el art. 2 no afectaría al contenido de lo previsto en el art. 5 del RD Ley 9/2020 sobre la obligación de suspensión de los contratos temporales incluidos en ERTE, y que analizaremos a continuación, de forma que si una empresa no ha procedido a adoptar las medidas ex arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020, podría finalizar dichos contratos temporales siempre que la causa de temporalidad sea lícita al amparo del

65. Mercader Uguina, J. R.: “El RD Ley 18/2020 y la “nueva” concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”, 28/05/2020, blog *El Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html> (consulta 29/05/2020).

art. 49.1.c ET. Del mismo modo también podrá extinguir contratos indefinidos por aquellas causas previstas legalmente en el ordenamiento que no guarden relación con el COVID-19.

El art. 2 tampoco aclara la calificación jurídica que deberían recibir estas extinciones en caso de realizarse, es decir, nulidad o improcedencia. En este sentido Beltrán de Heredia⁶⁶ entiende que debe prevalecer el criterio jurisprudencial vigente, por lo que no cabría declarar la nulidad, sino la improcedencia. Recuerda en este sentido la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo 2015, rec. 2659/2014 que ha establecido que cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de 'improcedencia' del despido, y no la de nulidad del mismo.

3.3.3. La suspensión de los contratos temporales

Otra medida importante para la protección del empleo es la que prevé el art. 5 del RD Ley 9/2020, que introduce la suspensión del cómputo de la duración máxima de aquellos contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, que se hayan incluido en ERTes por las causas previstas en los arts. 22 y 23 del RD Ley 8/2020, interrumpiéndose el cómputo por el tiempo equivalente al periodo suspensivo. De esta forma, una vez finalizado el ERTE, se reiniciará dicho cómputo por el tiempo restante hasta su finalización. Para Todolí Signes⁶⁷, aquellos contratos por obra o servicio donde no existe un día concreto de terminación, no parece que se vayan a ver afectados por esta medida si desaparece la causa de la temporalidad por motivos distintos al COVID-19, con independencia de que se hubieran incluido en un ERTE, al igual que en el caso de reincorporación de la persona sustituida en la interinidad. Sin embargo sería distinto en el caso de un contrato eventual cuya fecha de finalización sí se ampliará –por efecto de esta disposición– por el tiempo que se estuvo en el ERTE, del mismo modo que en caso de un contrato formativo o de relevo. Gómez Abelleira⁶⁸ también se plantea los desajustes del tenor literal, si tiene sentido hablar de interrupción del cómputo de su duración si la obra o servicio termina durante el ERTE, del mismo modo que ante la finalización de un contrato de interinidad, puesto que si la persona sustituida se reincorpora vigente el ERTE, ¿cómo se va a "interrumpir" el cómputo de la duración del contrato de interinidad? Una solución, apunta, pasaría en este

66. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia", blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 28/03/2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/> (consulta 09/05/2020).

67. Todolí Signes, A.: "¿Los contratos temporales pueden extinguirse por el Covid19? Incluyendo las novedades del RD 11/2020", 01/04/2020, blog *Argumentos en Derecho Laboral*, disponible en <https://adriantodoli.com/2020/04/01/los-contratos-temporales-pueden-extinguirse-por-el-covid19-incluyendo-las-novedades-del-rd-11-2020/> (consulta 09/05/2020).

68. Gómez Abelleira, F.J.: "La duración de los contratos temporales en suspensión por ERTE", blog *El Foro de Labos*, 31/03/2020, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/la-duracion-de-los-contratos-temporales.html> (consulta 09/05/2020).

caso, por comunicar al trabajador que la extinción por reincorporación del sustituido se aplaza a la fecha de terminación del ERTE.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto Beltrán de Heredia, esta medida podría resultar problemática en aquellos supuestos en los que el objeto del contrato haya desaparecido, “porque una vez superada la alarma sanitaria y restablecida la normalidad, puede suponer que las personas trabajadoras no tengan cometido alguno que hacer. Y el hecho de que la empresa está sujeta a la cláusula de la salvaguarda de empleo (la citada DA 6a) podría delimitar un escenario de gestión compleja”⁶⁹. Esta cuestión, sin embargo, ha quedado solventada finalmente en la Disposición adicional décimocuarta del RD Ley 11/2020 al establecer que “en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación”.

También se han generado dudas en cuanto a si el art. 5 deja fuera de su ámbito la reducción de jornada por ERTE puesto que la interpretación literal se refiere únicamente a la suspensión, no a la reducción, lo que implicaría que en caso de que el contrato temporal esté afectado por una reducción, no se interrumpiría el cómputo de su duración.

Finalmente el Criterio DGT-SGON-863CRA ha arrojado luz sobre la mayoría de las dudas planteadas señalando, en primer lugar, que los contratos que integran su ámbito de aplicación son aquellos temporales vigentes que sean suspendidos como consecuencia de las causas previstas en el art. 22 o en el art. 23, descartando por tanto a los contratos que sean objeto de reducción, como aquellos que no fuesen incluidos en el ERTE. Del mismo modo se señala que “si durante el periodo de suspensión o tras la reanudación de la actividad y durante el periodo “prorrogado” o ampliado concurriese alguna causa que “haga decaer el objeto del contrato”, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva, se entenderá plenamente eficaz la extinción del mismo de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) ET. Este podría ser el caso de un contrato de interinidad por sustitución, o un contrato de relevo por cumplimiento de la edad de jubilación, no así de un contrato de interinidad por cobertura de vacante, o el contrato de relevo en el caso de jubilación parcial diferida, o el de cualquier otro contrato temporal en donde la causa de extinción sea la mera expiración del plazo”.

3.3.4. *El mantenimiento del empleo de los trabajadores fijos discontinuos*

El art. 13 del RD Ley 7/2020 prevé una serie de medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos de las

69. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia”, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 28/03/2020, disponible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/> (consulta 09/05/2020).

empresas del sector privado dedicadas a actividades encuadradas en los sectores del turismo, así como los del comercio y hostelería. En el mismo se establece que, siempre que éstas generen actividad productiva en los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y que inicien o mantengan en alta durante ellos la ocupación de los trabajadores con contratos de carácter fijo discontinuo, podrán aplicar una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social de dichos trabajadores, siendo de aplicación desde el 1 de enero de 2020 hasta el día 31 de diciembre de 2020⁷⁰. A la vista de lo acontecido, y con el cierre decretado de estas actividades desde el estado de alarma, no parece que tales medidas para incentivar el mantenimiento del empleo fijo discontinuo vayan a llevarse a efecto.

3.3.5. Flexibilización del empleo en el sector agrario

El RD Ley 13/2020 se aprueba, como se indica en su preámbulo, para poner solución a “la disminución acusada de la oferta de mano de obra que habitualmente se ocupa de las labores agrarias como temporera en el campo español, bien por limitaciones sanitarias a los viajes desde sus países de origen, bien por las precauciones que muchos de esos trabajadores están adoptando a la vista de la evolución de la pandemia, lo que puede acabar por afectar severamente a la capacidad y condiciones de producción de una parte importante de las explotaciones agrarias españolas. Esta situación, además, se ve agravada por su coincidencia temporal con varias de las campañas de mayor actividad e importancia, como la fruta de hueso, los cultivos de verano o la fresa”.

Al efecto, la celebración de contratos laborales de carácter temporal que se celebren para desarrollar actividades en régimen de ajenidad y dependencia en explotaciones agrarias comprendidas en cualquiera de los códigos de CNAE propios de la actividad agraria, con independencia de la categoría profesional o la ocupación concreta del empleado, cuya firma y finalización se encuentre en el periodo comprendido hasta el 30 de junio de 2020 va a posibilitar la compatibilización de la prestación por desempleo o demás prestaciones de carácter social o laboral, con el desempeño de estas tareas agrarias, asegurando que cualquier trabajador que acepte tal contrato temporal no se vea perjudicado, con independencia de que perciba o no algún tipo de subsidio, ayuda o prestación de carácter social o laboral, contributiva o no contributiva.

En todo caso la empresa que proceda a la contratación deberá asegurar la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19.

70. En las comunidades autónomas de Illes Balears y Canarias se amplía la bonificación a los meses de febrero y marzo de 2020, donde será 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 Thomas Cook.

En cuanto a los beneficiarios, se establecen los siguientes (art. 2):

- Personas en situación de desempleo o cese de actividad.
- Trabajadores cuyos contratos se hayan visto temporalmente suspendidos como consecuencia del cierre temporal de la actividad conforme a lo señalado en el art. 47 ET en los términos previstos en el art. 3.1.b).
- Trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre el 14 de marzo, y el 30 de junio de 2020, cuya prórroga se determinará a través de instrucciones de la Secretaría de Estado de Migraciones.
- Jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años.
- Personas cuyos domicilios se hallen próximos a los lugares en que haya de realizarse el trabajo. Se entenderá que existe en todo caso proximidad cuando el domicilio del trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolla la campaña esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. Las comunidades autónomas podrán ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios.

Las retribuciones percibidas por la actividad laboral agrícola serán compatibles (art. 3):

- Con el subsidio por desempleo en favor de los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, o la renta agraria prevista en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura.
- Con las prestaciones por desempleo derivadas de la suspensión con arreglo a lo previsto en el art. 47 ET con exclusión de aquellas que tengan su origen en las medidas previstas en los arts. 22, 23 y 25 el RD Ley 8/2020.
- Con cualesquiera otras prestaciones por desempleo reguladas en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Con la prestación por cese de actividad motivada por las causas previstas en el art. 331 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con exclusión de aquellas que tengan su origen en la medida prevista en el art. 17 del RD Ley 8/2020.
- Con cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social, otorgada por cualquier Administración que sea incompatible con el trabajo, o que, sin serlo, como consecuencia de la percepción de ingresos por la actividad laboral se excederían los límites de renta señalados en la normativa correspondiente al tipo de prestación.

Los ingresos obtenidos por esta actividad laboral agrícola 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.

Por contra, las retribuciones percibidas por la actividad laboral serán incompatibles (art. 3):

- Con las prestaciones económicas de Seguridad Social por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Con las pensiones de incapacidad permanente contributiva, salvo los supuestos de compatibilidad previstos en la Ley General de la Seguridad Social.
- Con la prestación por nacimiento y cuidado de menor de la Seguridad Social, si bien se podrán disfrutar desde el día siguiente a la finalización de las prestaciones previstas en esta norma, salvo por lo que respecta al periodo obligatorio de la madre biológica a continuación del parto, o la parte que restara del mismo.

Las Administraciones competentes y los agentes sociales deberán promover estas contrataciones. A tal efecto, las ofertas de empleo que sea necesario cubrir en cada localidad serán comunicadas por las empresas y empleadores a los servicios de empleo autonómicos competentes, que las gestionarán para darles cobertura de manera urgente con las personas beneficiarias asegurando que cumplan los requisitos previstos. Para el caso de que el número de demandantes de empleo supere la oferta disponible de trabajadores se establecen una serie de colectivos y de criterios prioritarios para gestionar y cubrir dichas ofertas (art. 5).

Finalmente el art. 1 del RD Ley 19/2020 ha prorrogado estas medidas hasta el 30 de septiembre de 2020, debiendo las empresas comunicar a los servicios públicos de empleo autonómicos aquellas contrataciones que acuerden prorrogar en el plazo de diez días (art. 1.2).

Al mismo tiempo, la Disposición adicional segunda del mismo introduce un régimen particular en materia de extranjería aplicable a jóvenes nacionales de terceros países de entre los 18 y los 21 años que se encuentren en situación regular y que hayan sido empleados en el sector agrario con base en el RD Ley 13/2020. Así, cuando finalice su vigencia, previa solicitud, se concederá una autorización de residencia y trabajo por una duración de dos años, renovables por otros dos, válida en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por ocupación o sector de actividad, sin aplicación de la situación nacional de empleo y acreditando el cumplimiento de una serie de requisitos⁷¹.

3.3.6. Otras medidas de mantenimiento del empleo

3.3.6.1. Prórroga de los contratos del personal docente e investigador celebrado por las universidades

La Disposición adicional duodécima del RD Ley 11/2020 establece la prórroga de los contratos de ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores asociados y profesores

71. Haber sido contratado para una actividad continuada en el sector agrario con base en el artículo 2.1.d) del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, y no haya desistido de la misma y carecer de antecedentes penales.

visitantes, celebrados conforme a los artículos 49, 50, 53 y 54 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y cuya duración máxima esté prevista que finalice durante la vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas. La renovación de estos contratos, salvo pacto en contrario, se realizará por una extensión equivalente al tiempo de duración del estado de alarma y, en su caso, sus prórrogas. Las partes, por motivos justificados y de manera excepcional, podrán acordar, con carácter previo a la fecha de finalización del contrato, una prórroga del mismo por hasta tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas. En todo caso, "la duración de los contratos prorrogados podrá exceder los límites máximos previstos para los mismos en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre".

3.3.6.2. *Prórroga de los contratos predoctorales para el personal de investigación en formación*

La Disposición adicional décimocuarta del RD Ley 15/2020 establece una serie de reglas en relación a los contratos predoctorales para personal investigador en formación suscritos en el ámbito de la investigación. Así:

- Puede prorrogarse la vigencia cuando se encuentren dentro de los últimos doce meses del contrato (salvo que la financiación proceda de convocatorias de ayudas de recursos humanos realizadas por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación ex Ley 14/2011).
- La duración de la prórroga puede acordarse por el tiempo que dure el estado de alarma, pudiéndose ampliar en tres meses adicionales al tiempo que en su totalidad dure la declaración de estado de alarma.
- La duración total del contrato y la prórroga que pueda acordarse podrá exceder los límites temporales máximos previstos en la Ley 14/2011, de 1 de junio.
- La prórroga debe ser pactada y con carácter previo a la fecha prevista de finalización del contrato.
- Los costes laborales y sociales derivados de dicha prórroga serán financiados con cargo a los presupuestos de la entidad que hubiera suscrito el contrato de trabajo.
- Las entidades suscriptoras de los contratos podrán dictar las resoluciones que resulten precisas para adaptar estas previsiones en sus respectivos ámbitos de actuación, así como prever otras cuestiones necesarias para una adecuada gestión.
- Estas reglas pueden aplicarse a los contratos predoctorales que finalicen desde el 2 de abril de 2020.

3.3.6.3. *Prórroga de los contratos temporales de investigadores y personal del sistema nacional de salud*

La Disposición adicional decimotercera del RD Ley 11/2020 introduce la prórroga de estos contratos de duración determinada cuando reste un año o menos para su finalización. A tal efecto las entidades que hubieran suscrito estos contratos con cargo a la financiación procedente de convocatorias de ayudas de recursos humanos realizadas por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación, bajo cualquier modalidad laboral y en el marco de la Ley 14/2011, de 12 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, podrán prorrogar su vigencia exclusivamente cuando reste un año o menos para la finalización.

La renovación podrá ser acordada por el tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas y, por motivos justificados, cabrá prolongar los contratos por hasta tres meses adicionales al tiempo de duración del estado de alarma y sus prórrogas.

Por último, cuando los contratos hayan sido suspendidos para posibilitar que las personas contratadas se integren en el Sistema Nacional de Salud con el fin de atender las contingencias derivadas del COVID-19, el tiempo de suspensión se adicionará al previsto para las prórrogas. En todo caso, la duración total de estos contratos de trabajo, y sus eventuales prórrogas, “podrá exceder los límites temporales máximos previstos en la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

3.4. Procedimiento sancionador

La introducción de un procedimiento sancionador y de reintegro de prestaciones indebidas en el derecho de excepción laboral se introduce en el RD Ley 9/2020, ante el aluvión de solicitudes de ERTes y el colapso de las autoridades laborales con la intención de prevenir conductas empresariales no ajustadas a derecho.

Ya en la exposición de motivos se justifica su introducción ante la necesidad de “proporcionar un equilibrio entre los recursos del sector público y las necesidades de respuesta de empresas y personas trabajadoras afectadas por la grave situación de crisis sanitaria por la que atravesamos. Todo ello, sin olvidar, la necesidad de implementar todos los mecanismos de control y de sanción necesarios, con el fin de evitar el uso fraudulento de los recursos públicos para finalidades ajenas a las vinculadas con su naturaleza y objetivo”.

Así, la Disposición adicional segunda del RD Ley 9/2020, modificada por la Disposición final novena del RD Ley 15/2020, prevé dos conductas sancionables:

- Solicitudes presentadas por las empresas que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados.
- Solicitudes presentadas por las empresas, en relación al empleo, que no resulten necesarias o no tengan la conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

Por otra parte se establece que el reconocimiento indebido de prestaciones de desempleo por estas causas dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de las mismas, debiendo la empresa ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas, y ello al margen de la responsabilidad administrativa o penal que pudiese derivarse en cada caso. Se impone así una responsabilidad directa para las empresas, en el caso de que no hubiera dolo o culpa por parte de las personas trabajadoras, que conservarán el derecho al salario correspondiente al período de ERTE inicialmente autorizado, una vez descontadas las cantidades percibidas por prestación por desempleo.

En cuanto a la obligación de devolver las prestaciones indebidas, será exigible hasta que finalice su plazo de prescripción de acuerdo con el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (en adelante, LISOS), que resulten aplicables.

Paralelamente, en la Disposición adicional cuarta del RD Ley 9/2020 se establece el deber de colaboración de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debiendo notificar a tal efecto a esta última los supuestos en los que apreciase indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo. También se contempla que la Inspección de Trabajo, en colaboración con la Agencia Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluya entre sus planes de actuación, la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTE *ex arts.* 22 y 23 RD Ley 8/2020.

Para hacer efectivo lo dispuesto en la Disposición adicional segunda del RD Ley 9/2020, se procede a modificar varios preceptos de la LISOS:

- Art. 23.1.c): introduce en el tipo infractor los comportamientos que supongan la presentación de solicitudes que contuvieran incorrecciones (dado que las falsedades ya estaban incluidas).
- Art. 23.2: diferencia los supuestos en los que la empresa responde de forma solidaria o de forma directa en la obtención indebida de prestaciones por los trabajadores, en los supuestos de la infracción muy grave tipificada en el art. 23.1.c).
- Art. 43.3: se añade un nuevo apartado tercero para introducir en la LISOS la responsabilidad directa introducida en la Disposición adicional segunda RD Ley 9/2020.

Consideramos que la primera de las conductas sancionadoras resulta altamente reprobable, en lo que a las incorrecciones se refiere, teniendo en cuenta que, con toda seguridad, serán numerosos los errores que se detecten en el proceso de revisión. Y es que la norma no ha tenido en cuenta el insólito escenario en que graduados sociales y abogados debíamos ofrecer respuestas inmediatas a las empresas en unas condiciones de urgencia máxima, incertidumbre, desconcierto, el propio confinamiento y la ausencia de los medios materiales y humanos necesarios para prestar el servicio, por no hablar de las lagunas de las propias normas, circunstancias que

los respectivos colegios profesionales se encargaron de trasladar a las autoridades competentes. Es por ello que, ante los errores materiales o incorrecciones, la Inspección de Trabajo deberá tener presente todas estas circunstancias a fin de valorar si tuvieron, o no, finalmente un ánimo defraudatorio. Además, como destaca Beltrán de Heredia⁷², la apreciación de la necesidad de las medidas adoptadas o de la conexión suficiente de las mismas con la causa que las origina son cuestiones que pueden ser difíciles de determinar y sobre las que, además, caben criterios de apreciación notablemente dispares, por lo que seguramente esta disposición acabe provocando numerosos conflictos a causa de la inseguridad jurídica que genera.

3.5. Algunas particularidades en el sector público

En los sectores públicos de aquellos ámbitos dedicados a la investigación, la sanidad, o los servicios sociales y ayuda a la dependencia, se incorporan toda una serie de previsiones extraordinarias para el apoyo de los colectivos más vulnerables, así como del refuerzo del sistema público de salud, incluida la investigación del COVID-19. Por otra parte, se adoptan también medidas para que aquellos trabajadores del sector público que no estén en activo y lo deseen puedan reincorporarse a su actividad en determinadas circunstancias, así como prestar su colaboración en los ámbitos necesitados de refuerzo.

3.5.1. Medidas de apoyo a la investigación del covid-19

El RD Ley 8/2020, en el marco de las medidas de apoyo a la investigación del COVID-19, introduce en el art. 36 una serie de previsiones excepcionales en el ámbito de las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. Así:

- Por un lado, se permite el establecimiento de jornadas laborales extraordinarias para los trabajadores de las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuando hayan de desarrollar medidas excepcionales en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19. La compensación económica por estas jornadas se realizará a través del complemento de productividad o gratificaciones extraordinarias.
- De otro, se autoriza a las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación a realizar contratos indefinidos y temporales para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica

72. Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y medidas sociolaborales («refundición» RD Ley 6 a 18/20)", 15/05/20, blog *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/#sanciones> (consulta 16/05/2020).

y técnica o de innovación relacionados con el COVID-19. Los contratos indefinidos deberán ser financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista. Dichos contratos deberán ser comunicados a los Ministerios de Hacienda y Política Territorial y Función Pública.

3.5.2. *Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de la protección de la salud*

La Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el marco del decreto por el que se establece el estado de alarma, establece una serie de medidas en materia de recursos humanos que habrán de desarrollar las comunidades autónomas en su territorio y que tratarán de garantizar la existencia de profesionales suficientes para atender a todas aquellas personas afectadas por este virus. A tal efecto se adoptan las siguientes:

- Contratación de aquellos profesionales sanitarios que en la Convocatoria de pruebas selectivas 2018 para el acceso en 2019 a plazas de Formación Sanitaria Especializada que, a pesar de haber superado la referida prueba, no obtuvieron plaza por no existir número de plazas suficientes.
- La incorporación de manera inmediata a los servicios de Salud de las comunidades autónomas de todos aquellos profesionales sanitarios pendientes de realización de prácticas o formación, por decisión del Comité de Evaluación o tras la superación de la parte teórica de las correspondientes pruebas teórico-prácticas, según lo recogido en el Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, por el que se regulan las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos extranjeros de especialista en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea.
- La incorporación voluntaria de los profesionales sanitarios jubilados a los servicios de salud de las comunidades autónomas compatibilizando el disfrute de la pensión de jubilación con la prestación de servicios en los centros sanitarios, priorizando la ubicación de los mismos en atención primaria.

3.5.3. *Medidas en materia de recursos humanos para el apoyo de colectivos vulnerables*

La Orden SND/295/2020 de 26 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19 tiene asimismo como propósito intentar paliar la situación crítica de los colectivos destinatarios de los servicios sociales que precisan de una atención urgente e inmediata, ante la grave situación de falta de personal en los centros y entidades públicas y privadas acreditadas que proveen de tales servicios sociales esenciales. Con estas medidas se pretende garantizar

el correcto funcionamiento y continuidad del sistema de servicios sociales, en desarrollo y aplicación de lo previsto en el decreto por el que se declara el estado de alarma. Estas previsiones serán aplicables a todos los centros y entidades que presten los servicios sociales⁷³, con independencia de su titularidad, así como a todos sus trabajadores. En este sentido se adoptan las siguientes:

- Se podrá imponer a los trabajadores de los servicios sociales la prestación de trabajos extraordinarios, ya sea en razón de su duración o de su naturaleza cuando estas medidas contribuyan a la correcta prestación de los servicios sociales, utilizando de manera racional los recursos humanos disponibles y en todo caso atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad. Se exceptúa de su aplicación a las mujeres que se encuentren en estado de gestación.
- Las medidas podrán dirigirse a la encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad, si bien preferentemente serán similares o análogas a las del puesto que se viene desempeñando y teniendo en cuenta la capacitación profesional. Asimismo, se podrán adoptar medidas de reasignación de efectivos y cambios de centro de trabajo siempre que no comporten la movilidad geográfica de la persona trabajadora. También se podrán adoptar las medidas que se consideren precisas en materia de jornada de trabajo y descanso, permisos, licencias y vacaciones y reducciones de jornada.
- Todo el personal de servicios sociales, independientemente de que esté prestandolos en la modalidad de teletrabajo u otras, deberá estar disponible para ser requerido en cualquier momento para la prestación de tareas presenciales, con excepción de aquellas personas que se encuentren en situación de aislamiento domiciliario por COVID-19. Lo anterior afecta también al personal administrativo mínimo imprescindible para el desarrollo de los servicios.

Por su parte, el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, Resolución de 23 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, pretende flexibilizar por razones de urgencia y de forma temporal, la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis por COVID-19. A tal efecto, cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones específicas necesarias en la zona donde esté ubicado el centro o institución social, o bien donde se preste el servicio de asistencia personal o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, se autoriza

73. Servicios contenidos en el Catálogo de Referencia aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013.

la contratación temporal, a jornada parcial o completa, de personal que se encuentre cursando el último año de los estudios requeridos para la prestación de los correspondientes servicios en los distintos ámbitos del sector de los Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y que, en consecuencia, no se halle en posesión del preceptivo título académico o de la habilitación profesional correspondiente.

3.5.4. Régimen de colaboración de los empleados públicos

El RD Ley 11/2020, en la Disposición adicional decimoctava, prevé que los empleados públicos en servicio activo que soliciten colaborar tanto en el ámbito de su administración de origen como en cualquier otra administración, en las áreas de carácter sanitario, sociosanitario, de empleo, para la protección de colectivos vulnerables y aquellas otras que requieran un refuerzo en materia de personal como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19, seguirán devengando sus retribuciones por el organismo de origen, no suponiendo modificación de su situación administrativa o contrato de trabajo mientras dure la declaración del estado de alarma. La prestación del servicio se podrá llevar a cabo tanto de manera presencial como a través de modalidades no presenciales de trabajo, previa autorización de su superior jerárquico y comunicación al órgano competente en materia de personal.

3.5.5. Personal en ejercicio de funciones sindicales y reincorporación por COVID-19

La Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, dictada por el Ministerio de Sanidad por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales, en el párrafo tercero del apartado cuarto estableció la obligatoriedad de reincorporación de aquellos trabajadores con dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por el ejercicio de funciones sindicales, para desempeñar las propias del mismo en atención a la situación generada por el COVID-19.

Posteriormente, la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, que establece una serie de criterios interpretativos para la aplicación del RD Ley 10/2020 determinó que las actividades de representación sindical y patronal se consideran, como no podía ser de otra forma, actividades esenciales para garantizar la asistencia y asesoramiento a trabajadores y empresas.

En consecuencia, la Orden SND/322/2020, de 3 de abril modifica la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, rectificando esta obligación de reincorporación, pasando a ser una opción que puedan ejercer de forma voluntaria aquellos trabajadores con dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por ejercicio de funciones sindicales. En cualquier caso si se produce la reincorporación de estos trabajadores, ello no supondrá el cese del personal sustituto que pudiera existir. Se añade además que el personal que tenía reconocida la dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por ejercer funciones sindicales con anterioridad a la aprobación de la Orden SND/295/2020, de 26

de marzo, y que se haya incorporado como consecuencia de la aprobación de la misma, podrá volver a su situación de dispensa para el ejercicio de funciones sindicales.

3.6. Integración de las personas en situación de vulnerabilidad económica y social

Se trata sin duda de la medida estrella aprobada por el Gobierno durante el estado de alarma y que, en general, ha tenido buena acogida, sobre todo entre los sectores progresistas de la sociedad. Con el marco comunitario de fondo, se justifica en base a las recomendaciones de 2018 y 2019 del Consejo relativas al Programa Nacional de Reformas de España, donde se advierte que la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social sigue estando por encima de la media de la Unión. Al mismo tiempo, el pilar europeo de derechos sociales⁷⁴ entre sus veinte principios fundamentales, establece en el catorce: “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 la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”.

Así pues, el RD Ley 20/2020 concibe el IMV como una “herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad”. Esta vía hacia la integración prevé, con carácter principal, la garantía de unos ingresos mínimos en función del número de integrantes de la “unidad de convivencia”, ingresos que además serán compatibles con los que en la actualidad están previstos en cada una de las administraciones autonómicas en concepto de rentas mínimas, actuando así a modo de prestación “suelo”.

Pero dejando de lado su análisis desde la perspectiva propia de la Seguridad Social, que sin duda será tratada ampliamente por la doctrina científica en los próximos meses, cabe destacar aquí brevemente la introducción en la norma de mecanismos complementarios que buscan favorecer esa integración social:

- En primer lugar, se establece la posibilidad de compatibilizar la percepción de esta prestación con los rendimientos del trabajo, lo que supone, al menos en teoría, un mecanismo incentivador del empleo. Así, el art. 8.4 recoge lo siguiente: “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios

74. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, disponible en <https://www.boe.es/doue/2017/113/L00056-00061.pdf> (consulta 04/06/2020). El pilar se basa en un nuevo enfoque sobre el crecimiento, apoyado en el empleo y la inclusión social, que supone un compromiso renovado con la dimensión social de la Unión con la pretensión de fortalecer los derechos sociales existentes, incluso unificar el acervo social, recogiendo una serie de principios inspiradores de la acción política económica y de empleo de las instituciones europeas y de sus Estados miembros.

miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales". Habrá que estar por tanto al desarrollo reglamentario para ver las condiciones que posibiliten, superados los límites de rentas previstos, la compatibilidad del trabajo tanto por cuenta ajena como por cuenta propia con el IMV⁷⁵.

- Por otro lado, las personas beneficiarias del IMV estarán obligadas a participar en las estrategias de inclusión que promueva el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el ámbito de sus competencias. En este sentido, el art. 28.1 introduce la promoción de "estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital mediante la cooperación y colaboración con los departamentos ministeriales, las comunidades autónomas, las entidades locales, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como con las entidades del Tercer Sector de Acción Social. El diseño de estas estrategias se dirigirá a la remoción de los obstáculos sociales o laborales que dificultan el pleno ejercicio de derechos y socavan la cohesión social".
- A su vez, el art. 28.2. dispone que "los beneficiarios del ingreso mínimo vital serán objetivo prioritario y tenidos en cuenta en el diseño de los incentivos a la contratación que apruebe el Gobierno." En consecuencia, el cumplimiento de este mandato supondrá el establecimiento de nuevas modalidades contractuales en los próximos meses para incentivar la contratación por parte de las empresas de los perceptores del IMV.
- Por último, los beneficiarios del IMV deberán figurar como demandantes de empleo en caso de no trabajar (art. 7), siendo éste uno de los requisitos de acceso, así como permanecer inscritos durante el periodo de percepción del mismo (art. 33), obligación que se exigirá tanto de la persona beneficiaria como del resto de integrantes de la unidad de convivencia.

75. Consultada la información sobre el IMV en la página del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/> (consulta 04/06/2020), respecto al régimen de compatibilidad se establece lo siguiente: "Podrás seguir disfrutando de la prestación, que únicamente se reducirá al tener en cuenta tus mayores ingresos. No obstante, existirá un complemento o "estímulo al empleo": una parte de esos nuevos ingresos que obtengas no computarán para el cálculo de la prestación. De este modo, se garantizará que tus ingresos totales finales (salario o ingresos como autónomo/a + IMV) sean mayores. En ese caso, la única obligación que tienes es la de informar a la Seguridad Social del cambio en tu situación" (...). "Además, el IMV está diseñado para generar incentivos al empleo y al emprendimiento. En primer lugar, porque, a diferencia de otras prestaciones o ayudas sociales, su percepción es compatible con tener un trabajo o se establece como autónomo/a, lo cual va a ayudar a evitar que quienes lo cobran acaben en la economía informal. En segundo lugar, porque se va a establecer un mecanismo de incentivo por el cual los ingresos obtenidos con el trabajo o con las actividades profesionales reduzcan en una cantidad menor la prestación de IMV de modo que se premie a quien logra un empleo o monta su negocio".

El régimen de infracciones previsto en la norma (art. 34.3) atribuye la calificación de grave, entre otras, a los incumplimientos de la obligación de participar en las estrategias de inclusión y de las condiciones asociadas a la compatibilidad del IMV con las rentas del trabajo o la actividad económica. Estas infracciones, en caso de ser reiteradas, serán consideradas muy graves⁷⁶. En cuanto a los responsables de las mismas, se considerarán tanto los beneficiarios de la prestación como los miembros de la unidad de convivencia y “aquellas personas que hubiesen cooperado en su comisión mediante una actuación activa u omisiva sin la cual la infracción no se hubiera cometido”, resultando responsables solidarios del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Aunque el régimen sancionador es riguroso en este extremo, llama la atención el hecho de que no se prevea sanción alguna por el rechazo de una oferta de empleo adecuada, lo que a nuestro juicio contradice el propio espíritu de la norma.

En definitiva, pese a resultar inicialmente bienvenido el IMV, será el tiempo el que juzgue si cumple con el objetivo de erradicar la pobreza extrema entre la población más vulnerable, manteniendo simultáneamente su carácter de mecanismo de reintegración, tanto social como económica, y de tránsito hacia el empleo de todas las personas especialmente afectadas.

3.7. Prevención de la salud frente a contagios

El RD Ley 21/2020 introduce, en primer lugar, la necesidad de adoptar una serie de medidas en los centros de trabajo (art. 7.1) sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación. Así, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades deberá:

- a) Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.
- b) Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
- c) Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.

76. Las infracciones graves se sancionarán con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta tres meses y las muy graves con la pérdida de la prestación por un periodo de hasta seis meses.

- d) Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
- e) Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

Respecto a las personas trabajadoras, el art. 7.2, establece que no acudirán al centro de trabajo aquellas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19. De este modo, si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. Aunque la norma guarda silencio, es claro que el trabajador deberá obtener el parte médico correspondiente a fin de justificar la ausencia al trabajo.

Algunas particularidades se recogen en cuanto a las medidas a adoptar por sectores de actividad en los arts. 8 a 16 que emplazan a las administraciones competentes a establecer normas específicas sobre aforo, desinfección, prevención y acondicionamiento en los siguientes sectores, debiéndose en todos los casos preservar, en la medida de lo posible, la distancia de seguridad de 1,5 metros: centros, servicios y establecimientos sanitarios (art. 8); centros docentes (art. 9); servicios sociales (art. 10); establecimientos comerciales (art. 11); hoteles y alojamientos turísticos (art. 12); actividades de hostelería y restauración (art. 13); equipamientos culturales, espectáculos públicos y otras actividades recreativas (art. 14) e instalaciones para las actividades y competiciones deportivas, incluida las Ligas Profesionales de Fútbol y Baloncesto (art. 15).

Finalmente, el art. 26 dedicado a la “trazabilidad de contactos” establece la obligación de facilitar información esencial, en los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, debiendo facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas.

4. REFLEXIONES FINALES

La paralización de buena parte de la actividad industrial y de servicios por causa de la declaración del estado de alarma derivada del COVID-19 ha supuesto indudablemente, y desde su mismo inicio, la mayor amenaza para el mercado laboral y los derechos sociales a él vinculados de nuestra historia reciente. En este marco el ejecutivo ha venido aprobando una cantidad ingente de regulaciones relacionadas con el derecho

al trabajo que acometen diversas áreas con la finalidad de compatibilizar la necesaria salvaguarda de la salud con la minoración de los efectos destructivos de la pandemia sobre el empleo y las redes de protección social preexistentes. Tales iniciativas normativas han venido fuertemente condicionadas por una realidad sanitaria que semana a semana proporcionaba indicadores poco halagüeños para la reactivación de la actividad económica, de modo que la gestión del ejecutivo ha ido más bien encaminada al mantenimiento de empleo mediante fórmulas suspensivas y prestacionales, junto con modalidades no presenciales de desempeño y herramientas de flexibilidad que, en respuesta a las circunstancias referidas, han modificado de manera notable el día a día del trabajo en España. Así, hemos identificado las siguientes áreas de actuación: (i) medidas destinadas a flexibilizar la presencialidad de las personas trabajadoras; (ii) medidas para flexibilizar los mecanismos de ajuste temporal de actividades para evitar despidos; (iii) medidas de protección del empleo; (iv) un procedimiento sancionador frente a eventuales irregularidades; y (v) medidas específicamente destinadas al sector público.

Por lo que a este trabajo respecta, podemos decir que gran parte del contenido del derecho de emergencia laboral ha sido respetuoso y tuitivo con el derecho al trabajo recogido en el art. 35.1 CE que, recordemos, como ha declarado la STC 22/1981, de 2 de julio, se concreta, entre otros aspectos, en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. Y es que la finalidad última de las medidas económicas adoptadas por el Gobierno del Estado, con mayor o menor fortuna, ha sido la de preservar la continuidad de las relaciones de trabajo, al mismo tiempo que se protegía a aquellos colectivos más vulnerables. Estas medidas han contenido los despidos masivos a través de la figura de los ERTes, tanto por fuerza mayor como por CETOP, al tiempo que han procurado el acceso generalizado y sin restricciones de las personas trabajadoras a la prestación de desempleo (RD-Ley 8/2020), medidas reforzadas además con la prohibición del despido por las causas en las que se ampara la suspensión y reducción de jornada, además de la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales (RD-Ley 9/2020).

Al mismo tiempo, este derecho de excepción ha tratado de dar cobertura a otros derechos sociales básicos como la vivienda digna y adecuada, art. 47 CE, la protección social de la familia, art. 39.1 CE o la protección en el caso del desempleo, art. 41 CE, introduciendo para ello disposiciones sobre suspensión del procedimiento de desahucio, la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, la garantía del suministro energético y de agua para hogares mientras dure el estado de alarma, el bono social, medidas para consumidores, trabajadores autónomos, trabajadoras del hogar, etc.

Tampoco ha dejado de lado a las víctimas de violencia de género posibilitando una flexibilización de las restricciones de movilidad para ellas y un refuerzo de los recursos asistenciales y tecnológicos con el fin de prevenir, en primer lugar, y en su caso dar respuesta rápida a esta clase de situaciones.

Todo ello, a fin de cuentas, es expresión de la cláusula del estado social que impone nuestra Constitución en el art. 9.2 CE.

Si algún reproche generalizado cabe hacer a toda esta producción normativa es el de la ausencia patente de perspectiva de género, más allá del uso de un lenguaje inclusivo: la pandemia ha multiplicado las necesidades de cuidado y ninguna de las medidas sociolaborales adoptadas ha contribuido a descargar estas obligaciones del ámbito privado, bien al contrario, las ha reforzado. Siguiendo a Gálvez Muñoz podemos afirmar que las medidas han tenido un impacto desigual: pensemos en que las mujeres son “las principales empleadas, usuarias y “sustitutas naturales”⁷⁷ de unos servicios públicos, en aspectos como la educación o la atención a dependientes, que se han visto prácticamente suspendidos a causa de la pandemia, a lo que debemos unir las propias necesidades de cuidado derivadas de la enfermedad, de la existencia de personas mayores aisladas en sus domicilios, de menores sin jornada escolar, etc. Frente a ello, la regulación de carácter excepcional no ha hecho sino consolidar el cuidado, como decimos, en el ámbito privado, recayendo este mandato social de manera mayoritaria en las mujeres. En este sentido el Plan MECUIDA ha venido lastrado por importantes carencias, a las que ya hemos hecho referencia, y tiene algo de oportunidad perdida para haber incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, aun de manera excepcional, un permiso retribuido para el cuidado más allá de los permisos por nacimiento, adopción y acogimiento, de forma que todas estas necesidades han acabado invisibilizadas bajo la cobertura generalizada del ERTE.

Por otro lado, y pese a ser conscientes de la complejidad del contexto en el que se ha desarrollado la labor regulatoria, no podemos dejar de señalar la deficiente técnica jurídica que en ocasiones ha requerido de la aprobación posterior de diversos instrumentos interpretativos que aún así no han sido capaces de desterrar las muchas lagunas existentes en la norma, amén de las propias modificaciones que ha ido sufriendo con el paso de las semanas. Sorprende en este sentido que se establezca un régimen sancionador ciertamente riguroso, como una suerte de admonición en la que se nos viene a decir que todo se revisará cuando haya tiempo; pero esta misma ausencia de tiempo la han tenido empresas, trabajadores y operadores jurídicos, cuya labor parece que se examinará desligándola, incluso, de la apreciación de dolo o negligencia grave como elemento sustentador de una eventual infracción.

Asimismo habría sido necesario plantear todo este derecho de emergencia sociolaboral con una amplitud de miras que permitiese introducir modificaciones estructurales capaces tanto de responder a eventuales rebrotes de la pandemia, que nos coloquen en situaciones similares, como a una deseable normalidad laboral en la que determinadas experiencias vividas en estos tiempos podrían ser de gran utilidad. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del trabajo a distancia, que ha servido para solventar estas necesidades urgentes con una capacidad de respuesta sorprendente en una cultura presentista como la nuestra; ahora bien, por otra parte ha hecho evidente la urgencia de aprobar una regulación específica que, garantizando en todo momento la privacidad de la persona trabajadora, aborde aspectos tales como la desconexión

77. Para un mayor detalle consultar en Gálvez Muñoz, L.: “Desiguales otra vez”, disponible en https://www.eldiario.es/euroblog/Desiguales-vez_6_1008659139.html (consulta 20/05/2020).

digital o el control de la jornada, el coste de implementación de esta modalidad, la prevención de riesgos particularizada a la misma, o su adecuación a empresas y sectores a través de la negociación colectiva.

En cuanto al contenido de la normativa atinente al empleo, son dos los aspectos nucleares que entendemos van a provocar especiales controversias: en primer lugar, el concepto de fuerza mayor en aquellos supuestos fronterizos introducidos en el decreto del estado de alarma, así como en las normas que lo desarrollan; pensemos en los sectores de actividad fuertemente condicionados de manera indirecta por las medidas de protección de la salud, de forma que en la práctica su continuidad se veía comprometida, y sobre los que recaía, sin embargo, la carga de probar tales circunstancias en términos poco claros.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al mantenimiento del empleo, resulta desproporcionada la obligación de devolución de la totalidad de las cuotas exoneradas con los recargos e intereses de demora correspondientes en relación con la amortización de, por ejemplo, un único puesto de trabajo, en los primeros seis meses. Esta eventualidad, que puede volverse frecuente a tenor de las previsiones económicas, deriva en una presión quizá excesiva que podría entrar en conflicto con el propio derecho constitucional a la libertad de empresa.

Existen otros aspectos sobre los que no podemos sino realizar una valoración positiva. Así ocurre con la atribución de carácter preferente y tramitación urgente a los conflictos judiciales derivados tanto del trabajo a distancia o el Plan MECUIDA, como de los ERTES por causa mayor o CETOP, reforzando de este modo la tutela judicial efectiva en un periodo de especial inseguridad jurídica.

Al mismo tiempo resulta plausible la potenciación del papel de los sindicatos a través de la obligación de formar comisiones representativas, en ausencia de representación legal de los trabajadores, y que ha posibilitado que tengan una mayor presencia a la hora de tutelar los derechos de las personas trabajadoras afectadas por ERTES por CETOP o por el permiso retribuido recuperable.

Finalmente, y aun considerando una vez más el particular contexto en el que se debieron tomar las decisiones, habría sido deseable una mayor articulación con fundamento en un consenso con los agentes sociales que habría permitido, a través de su implicación, dotarlas de mayor legitimidad y una perspectiva más amplia y enriquecedora, y sin duda pegada a la realidad cotidiana del mercado de trabajo. Situados aparentemente en el inicio de un escenario post-crisis sanitaria, que sin embargo augura una economía de inquietante profundidad, se hace imprescindible que el diálogo y el refuerzo colectivo de las decisiones caractericen las que deban tomarse en un futuro no menos incierto que el presente.

La pandemia global a la que nos enfrentamos ha revelado algunas carencias estructurales de nuestro modelo productivo y del tejido social que debe sustentarlo, pero también la fortaleza y capacidad de adaptación de la ciudadanía frente a vicisitudes que no tenían cabida en nuestras peores previsiones. Se ha convertido quizá en un tópico el deseo de que seamos capaces de salir de este bache de la historia dotados de mejores cualidades y provechosas experiencias con las que construir una

sociedad más justa y desarrollada democráticamente; un propósito en el que el derecho, en cuanto sistema de ordenación de la convivencia, ha de ocupar un lugar imprescindible donde los y las juristas deben aportar, incluso en tiempos apremiantes, la necesaria reflexión y el análisis crítico. Si algo nos hermana con los profesionales sanitarios y epidemiológicos, que han constituido en este caso una heroica primera línea de defensa frente al virus, es la esperanza común de que, en adelante, nuestra labor sea tomada en cuenta de manera previa, y no quede reducida a un improductivo lamento a posteriori.

Bibliografía

- Aba Catoira, A.: "El estado de alarma en España", *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 28, 2011.
- Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2019
- Álvarez Conde, E.: *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990
- Aragón Gómez, C.: "Claves prácticas del permiso retribuido recuperable", 02/04/20, blog *Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/claves-practicas-del-permiso-retribuido.html>.
- Arrieta Idiákez, F. J.: "La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *Lan Harremanak*, núm. 42, 2019.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "Covid-19 y ERTE por fuerza mayor: situaciones que lo justifican y acreditación", 27/03/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales* <https://ignasibeltran.com/2020/03/27/covid-19-y-erte-por-fuerza-mayor-situaciones-que-lo-justifican-y-acreditacion/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y medidas sociolaborales («refundición» RD Ley 6 a 18/20)", 15/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/covid-19-refundicion-rdley-8-20-9-20-10-20-11-20-y-12-20/#sanciones>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 10/2020: comentario de urgencia sobre el permiso retribuido recuperable", 30/03/2020, blog: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/03/30/covid-19-y-rdley-10-2020-comentario-de-urgencia-sobre-el-permiso-retribuido-recuperable/#recuperación>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 18/2020: comentario crítico de urgencia", 13/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/05/13/covid-19-y-rdley-18-2020-comentario-critico-de-urgencia/#nuevasalvavarda>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "COVID-19 y RD Ley 9/2020: comentario crítico de urgencia", 28/03/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/03/28/covid-19-y-rdley-9-2020-comentario-critico-de-urgencia/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo", 01/06/2020, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I.: "RD Ley 18/2020 y ERTE: ¿La fuerza mayor puede ser parcial?; y ¿puede exigirse el reingreso?", 18/05/20, blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/05/18/rdley-18-2020-y-erte-la-fuerza-mayor-puede-ser-parcial-y-puede-exigirse-el-reingreso/>.
- Cruz Villalón, J.: "Del coronavirus al contagio del teletrabajo", 20/03/20, *Nueva Tribuna*, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/coronavirus-confinamiento-teletrabajo-covid19-oms-salud/20200320232306172385.html>.
- Cruz Villalón, J.: "Permisos retribuidos recuperables, un reparto de sacrificios", 29/03/20, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/29/opinion/1585481116_777134.html.

- Cruz Villalón, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Gálvez Muñoz, L.: "Desiguales otra vez", 22/03/2020, https://www.eldiario.es/euroblog/Desiguales-vez_6_1008659139.html.
- Gómez Abelleira, F.J., "La duración de los contratos temporales en suspensión por ERTE", 31/03/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/la-duracion-de-los-contratos-temporales.html>.
- Gordo González, L., "RDL 10/2020: ¿se aplica el permiso retribuido recuperable obligatorio a los empleados públicos?", 01/04/2020, blog *Instituto de Derecho Local de la UAM*, <http://www.luisgordo.es/?p=1548>.
- Mercader Uguina, J. R.: "El RD Ley 18/2020 y la "nueva" concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas", 28/05/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>.
- Mercader Uguina, J. R.: "El silencio administrativo positivo y ERTES por fuerza mayor: la negra sombra del Barón de Rothschild", 01/04/2020, blog *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-silencio-administrativo-positivo-y.html>.
- Reche Tello, N.: *La constitucionalización del derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral*, Comares, Granada, 2018.
- Rojo Torrecilla, E.: "Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Análisis y comentario del RDL 16/2020 de 28 de abril. ¿Una jurisdicción laboral virtual temporal o permanente?", 29/04/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/04/emergencia-sanitaria-y-legislacion_29.html.
- Rojo Torrecilla, E.: "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", 18/03/2020, blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html>.
- Todoí Signes, A.: "¿Los contratos temporales pueden extinguirse por el Covid19? Incluyendo las novedades del RD 11/2020", 01/04/2020, blog *Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adrian-todoli.com/2020/04/01/los-contratos-temporales-pueden-extinguirse-por-el-covid19-incluyendo-las-novedades-del-rd-11-2020/>.
- Torres del Moral, A.: *Principios de Derecho Constitucional, tomo I*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010.