

¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?

José Antonio Fernández Avilés

Subdirector

La equidad en salud no concierne únicamente a la salud, vista aisladamente, sino que debe abordarse desde el ámbito más amplio de la imparcialidad y la justicia de los acuerdos sociales, incluida la distribución económica y prestando la debida atención al papel de la salud en la vida y la libertad humana.

A. Sen (*Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*)

1. La situación por la que atravesamos pone de manifiesto una de las caras de la sociedad globalizada –e interdependiente– en la que vivimos: la denominada «globalización del riesgo» (Beck), fruto del acelerado flujo de personas y mercancías. Esta vez, el riesgo se ha manifestado bajo una virulenta versión «biológica», tras la dura crisis –versión «económico-financiera»– que atravesamos durante casi toda una década. Una pandemia que nos ha desvelado la fragilidad humana y ha quebrado el orden normal de nuestra vida.

Todavía no sabemos si los acontecimientos supondrán un punto de inflexión hacia una globalización más colaborativa y solidaria o –todo apunta hacia ahí– una vuelta hacia formas de aislacionismo, nacionalismo y populismo. Los más optimistas predicen la reconstrucción de una sociedad más solidaria y se aventuran a vaticinar tanto un nuevo modelo económico que funcione mejor para todos, como un mayor espíritu de cooperación internacional. Frente a ello, lo primero que salta a la vista es la falta de instituciones globales adecuadas para abordar estas situaciones, y, en un ámbito más próximo, la rotunda decepción que supone la respuesta de la Unión Europea, en línea con las que ya por desgracia nos tiene acostumbrados, pues de momento tan solo se han alzado «barreras» a la circulación de personas y el discurso de la solidaridad –y de la cohesión– tan solo ha cedido su terreno al de las «recriminaciones»¹.

¹ Es preciso recordar que no faltan las bases jurídicas, sino la voluntad política, para una acción conjunta a este nivel, pues el propio [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) así lo prevé en su artículo 168

Afrontamos una crisis sanitaria –y también económica– que va a poner a prueba todos nuestros mecanismos de protección social, entendidos en sentido amplio, y que, por su virulencia, muy pronto ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos «ordinarios» de tutela del estado de bienestar para subvenir tanto a sus efectos disruptivos sobre la continuidad de la actividad productiva, como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos.

Afrontamos una crisis sanitaria –y también económica– que muy pronto ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos «ordinarios» de tutela del estado de bienestar

Como sucede en la mayoría de los desastres (la enfermedad también «discrimina»), el *shock* económico va a afectar más duramente a la población con una mayor situación de desprotección y precariedad (precarizado social). De ahí que el reto, en términos de política social «redistributiva», está claramente servido e, incluso –en un marco más amplio–, ya se ha hablado de la necesidad de un «Plan Marshall global». La OCDE, de cara al impacto económico y social de esta crisis, ya ha advertido a los Gobiernos que deben actuar con rapidez y fuerza para superar el coronavirus y su impacto económico; en especial, ha exhortado a:

Garantizar medidas de salud pública efectivas y con recursos suficientes para prevenir la infección y el contagio, e implementar políticas bien focalizadas para apoyar a los sistemas de atención médica y a los trabajadores, y proteger los ingresos de los grupos sociales y empresas vulnerables durante el brote del virus (2020, p. 1).

Con una vocación inicial de temporalidad (ya veremos lo que permanece de este nuevo aluvión normativo sociolaboral), se han tenido que adoptar medidas «excepcionales» para afrontar la situación, reglas que escapan a la lógica ordinaria de los mecanismos institucionales y de los grupos normativos afectados. Tales medidas van a poner a prueba su efectividad y eficacia en breve, de hecho, en muy pocos días han requerido de ajustes en función de las nuevas circunstancias y de los efectos inicialmente imprevistos. Pero al iuslaboralista esto no le sorprende, pues, como nos enseñó el profesor Vida Soria: «[...] el derecho del trabajo no es más que el conjunto de una normativa excepcional destinada a la integración jurídica de las clases trabajadoras» y la ordenación de las relaciones contractuales de trabajo «[...] una pura técnica instrumental para la resolución de un problema político que los

cuando, tras declarar que «la Unión garantizará un alto nivel de salud humana», encomienda a los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, la coordinación entre sí de sus políticas, así como prescribe que «el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas»; del mismo modo, en su artículo 222, intitulado «Cláusula de solidaridad», establece lo siguiente: «la Unión y los Estados miembros actuarán conjuntamente y con espíritu de solidaridad cuando un Estado miembro sea víctima de una catástrofe natural».

trasciende». Lástima que la situación no haya sido afrontada desde el inicio con una dimensión preventiva más proactiva, pero eso ya es un asunto –si el «compromiso político» estuvo al nivel de la amenaza– que corresponde valorar en clave más estrictamente política y de lección para el futuro. En todo caso, ha hecho preciso un enfoque colectivo, coordinado y comprensivo que involucrase a toda la maquinaria de gobernanza político-administrativa y a la propia ciudadanía (Žižek, 2020).

Dicho conjunto normativo es ya muy amplio y será objeto de análisis pormenorizados en las diferentes secciones de la revista. El objeto de este editorial es más modesto y tan solo pretende dar una visión del conjunto de medidas afectantes a lo que conocemos como «derecho social»; y ello con carácter muy selectivo, pues una buena parte del conjunto normativo de «excepción» no deja de desplegar efectos sobre las relaciones de trabajo y de Seguridad Social. En este caso, podemos hablar de un derecho social con vocación de «excepcionalidad», en realidad, también una suerte de derecho «experimental» a tener presente también para futuras ocasiones. La experiencia jurídica también es «acumulativa» y la ciencia jurídica también es «instrumental» en ese sentido, aprendiendo de los errores del pasado y transmitiendo ese conocimiento para ahorrárselos a las generaciones venideras (Wieacker). Por la misma materia social a la que se dirige su actividad normativa, en el derecho laboral no cabe pensar en una cristalización inamovible del esquema de valores fundamentales que lo informan como orden dado (derecho legislado). La situación pone de manifiesto la propia dinamicidad del ordenamiento laboral y su misma naturaleza contradictoria donde aflora la tensión entre las fuerzas de «desorden» (el conflicto subyacente «asistémico» y, en este caso, el riesgo extraordinario) y la función pacificadora del sistema establecido que le es asignada (la conservación y consolidación del *statu quo* o fuerza «sistémica»).

Podemos hablar de un derecho social con vocación de «excepcionalidad», una suerte de derecho «experimental» a tener presente también para futuras ocasiones

2. Frente a la situación de emergencia de salud pública y pandemia internacional que altera gravemente la normalidad, sobre la base del [artículo 116.2 de la Constitución española](#) y del [artículo cuarto, apartado b\), de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio](#), de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno adoptó el [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, de manera que la contención de la progresión de la enfermedad supone limitaciones temporales a la libre circulación junto con la reducción de la oferta laboral, debido a las medidas de cuarentena y contención. Estas circunstancias se traducen en una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que sin duda afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que –tal como constataba el Gobierno– podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptaban medidas urgentes de estabilización.

Antecedido de otras medidas como recomendaciones, guías, etc., prevalentemente encuadrables en el *soft law* (v. gr., véase la [Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación con el nuevo coronavirus del Ministerio de Trabajo y Economía Social](#)), el paquete «central» de medidas laborales se encuentra regulado por el [Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (junto con las modificaciones que tales normas han tenido por el [RDL 9/2020, de 27 de marzo](#), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID19). La prioridad para la que se destina el conjunto de medidas –como reza en la [exposición de motivos del RDL 8/2020](#)– consiste en «minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore». El objetivo perseguido es que:

[...] estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009, con una salida masiva de trabajadores al desempleo y un ajuste particularmente agudo para los trabajadores temporales y los autónomos.

De todos modos, conviene dejar claro que las medidas no van a alcanzar a ciertos sectores de la población más desprotegidos, como a los trabajadores de la economía sumergida –no formalizada, entre ellos, los inmigrantes en situación irregular– o a aquellos que están excluidos del sistema de protección por desempleo (v. gr., el personal al servicio del hogar familiar), o bien a aquellos que, teniendo formalmente atribuidos los derechos, *de facto* se vean impelidos a no ejercerlos, como los contratados temporales que temen por la no renovación futura de sus contratos. Carencias que, cuando se trata de sostenimiento de un nivel mínimo de ingresos, deberían atenderse mediante la instauración de alguna medida de «subsidio excepcional» universal o «renta mínima» como red de protección para atender las situaciones de mayor vulnerabilidad (ya anunciada para el personal al servicio del hogar familiar).

Las medidas no van a alcanzar a ciertos sectores de la población más desprotegidos

Un nivel mínimo de ingresos debería atenderse mediante la instauración de alguna medida de «subsidio excepcional» universal o «renta mínima»

3. El primer grupo de medidas laborales atiende a la dimensión de la flexibilidad «interna», tratando de promover los ajustes oportunos para evitar acudir a medidas de reestructuración más drásticas (significativamente, las suspensiones o extinciones contractuales). El [artículo 5 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) declara que las medidas excepcionales de naturaleza

laboral previstas en la norma tienen como objetivos prioritarios «garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria». Para ello, conmina a que se establezcan «sistemas de organización» que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia (para cuyo fomento se anuncia 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). A tal efecto, las empresas deben «adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado».

Ya algunas normas previas incidieron, en el ámbito del empleo público, sobre los aspectos reorganizativos a través de modificaciones de las condiciones de trabajo –v. gr., conviene resaltar la [Resolución del secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo del COVID-19, de 10 de marzo de 2020](#) (adoptada sobre la base de los arts. 47 y 51 Estatuto Básico del Empleado Público)–. Todo ello en línea con las recomendaciones de las autoridades sanitarias sobre los beneficios de la modalidad del trabajo no presencial, en aquellos puestos en que resulta posible, por su capacidad potencial de reducir la probabilidad de exposición y contagio por COVID-19.

La mirada al trabajo a distancia hubiera sido una solución más adecuada si el propio marco normativo laboral no fuese como el que tenemos: de mínimos, en exceso críptico, inseguro, genérico y ni siquiera bien diseñado para la moderna realidad del teletrabajo (*cfr.* [art. 13 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–, que ofrece pocas soluciones claras a cuestiones centrales, v. gr., las relativas a las limitaciones de tiempo de trabajo y el derecho a la desconexión digital, condiciones del lugar de trabajo o régimen de los instrumentos de trabajo necesarios y quién asume su coste). De todos modos, en la praxis está siendo una medida muy efectiva para prevenir la epidemia y así debe considerarse en las políticas preventivas empresariales de cara a continuar con los procesos productivos. Debería servirnos para salir de nuestra cultura laboral «presencialista» y aprender a utilizar las nuevas formas de trabajo para mantener tanto la interacción social, como la productividad, mediante un uso adecuado de las nuevas tecnologías, sin interacción física intensiva y la consiguiente huella de carbono, así como por las ventajas que puede suponer en términos de conciliación de la vida laboral y familiar.

La mirada al trabajo a distancia hubiera sido una solución más adecuada si el propio marco normativo no fuese de mínimos, en exceso críptico y ni siquiera bien diseñado para la moderna realidad del teletrabajo

En todo caso, surge un conjunto de lagunas y dudas aplicativas –e interpretativas– que deberían haber sido colmadas por la propia norma, minimizando así la inseguridad jurídica, entre ellas: ¿conlleva excepcionar el régimen ordinario de exigencia «acuerdo escrito» y, por ende, el consentimiento para la adhesión del trabajador al establecimiento de esta modali-

dad contractual?, ¿puede ser unilateralmente impuesto en garantía del deber de seguridad que pesa sobre el empleador o podría también exigirlo el trabajador como medida preventiva para garantizar su no exposición al riesgo de contagio?, ¿cabría imponer esta modalidad mediante acuerdos colectivos de empresa *ad hoc* y cuál debería ser su régimen jurídico?

Estas medidas alternativas, en particular el trabajo a distancia (en realidad, «a domicilio», dadas las restricciones para la libertad de movimientos que impiden que la prestación de servicios pueda realizarse en otro «lugar libremente elegido» por el trabajador, tal como reza el [art. 13.1 ET](#)), «deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad». Por tanto, la norma jerarquiza o prioriza la disponibilidad de las medidas adoptables sobre la base de su nivel de impacto sobre el sinalagma contractual. Por ende, el «test de proporcionalidad» de las medidas suspensivas –totales o parciales– se aplica en relación con la viabilidad –o no– previa de estas medidas reorganizativas que permitan razonablemente continuar el proceso productivo con cierta normalidad. Así pues, la configuración de la norma abre una cierta dosis de discrecionalidad administrativa –y, en su caso, judicial– para la admisibilidad de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) que ya se están planteando de forma masiva (pues el conflicto de intereses de fondo no está perfectamente cerrado por la norma, dada la inevitable textura «abierta» del precepto –tomando prestada una noción de Hart–).

La carga regulativa del trabajo a distancia, en realidad, se remite a la propia política empresarial, pues dicha modalidad contractual tan solo se modula en su vertiente preventiva, excepcionando lo previsto en el [artículo 13.4 del ET](#), donde se reconoce el derecho que los trabajadores a distancia tienen «a una adecuada protección en materia de seguridad y salud», con la previsión de que, en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en los que no estuviera prevista hasta el momento dicha modalidad, se entenderá cumplida la obligación de evaluación de riesgos laborales (ex [art. 16 Ley 31/1995, de 8 de noviembre](#), de prevención de riesgos laborales), con carácter excepcional, a través de una «autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora». Signo inequívoco de una desafortunada visión «devaluada» del derecho a la salud en el marco de esta relación de trabajo (de «relajación de las obligaciones», lo denomina eufemísticamente la exposición de motivos), que resulta dudosamente compatible con una verdadera política preventiva en el marco del trabajo a distancia y que requerirá de una diligencia preventiva, habida cuenta de los ya conocidos riesgos ergonómicos y psicosociales que esta modalidad de prestación de servicios puede generar (en especial, los derivados del uso intensivo de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación). Afloran aquí las carencias de la deficiente regulación del «derecho a la desconexión» en nuestro marco normativo heterónimo –sobre las que ahora no toca detenernos– y se

La previsión de una «autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora» es signo inequívoco de una desafortunada visión «devaluada» del derecho a la salud en el marco de esta relación de trabajo

abandona la situación hacia una «autorresponsabilidad» del trabajador que pasa a prestar servicios bajo esta modalidad a distancia.

Los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo también han sido objeto de especial atención por la norma, estableciéndose –en el [art. 6 RDL 8/2020](#)– un conjunto de previsiones sobre el «derecho de adaptación del horario y reducción de jornada», que modulan el régimen ordinario en diferentes aspectos. Se trata de unos derechos limitados y condicionados a la acreditación de «deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora», para cuya atención se atribuye a los trabajadores el derecho a acceder a la adaptación de su jornada (y/o a la reducción de la misma) conforme a los términos previstos en la norma. Para ello, deben concurrir «circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19», entendida la concurrencia de tales situaciones:

- «cuando sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas [...] que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19»;
- «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»;
- bien cuando las circunstancias requieran «la presencia de la persona trabajadora, cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directos de cónyuge o familiar hasta segundo grado de la persona trabajadora no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19».

El derecho de adaptación y/o reducción de jornada² se configura como una prerrogativa o derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupuesto dos condicionantes ([art. 6.1 RDL 8/2020](#)):

² Conforme al [artículo 6.2 del Real Decreto-Ley 8/2020](#), el «derecho a la adaptación de la jornada» podrá referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo, cuya alteración o ajuste permita que la persona trabajadora pueda dispensar la atención y cuidado objeto de la medida. La norma formula los posibles ajustes sin carácter cerrado, sino *ad exemplum*, pues los mismos pueden consistir en: 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 (aquí la norma genera cierta confusión, quizá por improvisada, pues confunde la modalidad de prestación de servicios –presencial o a distancia– con las cuestiones temporales

- a) Un criterio «intrafamiliar»: «el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles»; que hubiera sido más adecuado incluirlo en la exposición de motivos –en clave de concienciación, lo que incluso serviría como parámetro interpretativo–, pero que se establece como una norma «pedagógica» (Carbonnier), por tanto, se conforma como un condicionante taxativo del supuesto de hecho legal con la aporía de que es prácticamente de imposible fiscalización sin indagar en la vida familiar del solicitante (y ello plantea la paradoja de que puede friccionar gravemente con algunos derechos fundamentales).
- b) Y otro criterio «intraempresarial», en relación con las exigencias organizativas y productivas de la empresa, pues su ejercicio debe ser: «justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa».

Justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación y/o reducción de la jornada solicitadas, en relación con la situación de la empresa, son los test de admisibilidad que instaura la norma. La concreción inicial del derecho corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido, siempre que reúna tales requisitos, «teniendo en cuenta las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, y las necesidades de organización de la empresa». Además, la norma exhorta a que empresa y persona trabajadora hagan lo posible por llegar a un acuerdo al respecto ([art. 6.2 RDL 8/2020](#)), evitando así en lo posible la judicialización de conflictos –inevitables por tratarse de una norma «discrecional» que invita a la ponderación de los derechos en juego (por contraposición a lo que sería una norma «rígida» según Ross)–. Litigios que tendrán la consideración y tramitación jurídico-procesal especial de conflictos en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.

Justificación, razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación y/o reducción de la jornada solicitadas, en relación con la situación de la empresa, son los test de admisibilidad que instaura la norma

También los trabajadores tendrán derecho a una «reducción especial de la jornada de trabajo» en las situaciones previstas en el [artículo 37.6 del ET](#) (quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de 12 años o una persona con discapacidad o quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado

en la ejecución del contrato de trabajo); o –empleando una cláusula abierta de cierre– 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 periodo excepcional de duración del COVID-19».

de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo), cuando concurren las circunstancias excepcionales ya señaladas, con la reducción proporcional de su salario. En principio, para dicha reducción es aplicable el régimen jurídico previsto en los [apartados 6 y 7 del artículo 37 del ET](#) –así como el conjunto de garantías y beneficios accesorios que conlleva su ejercicio– salvo ciertas peculiaridades ([art. 6.3 RDL 8/2020](#)): la reducción especial de jornada deberá ser comunicada a la empresa con 24 horas de antelación; podrá alcanzar el 100 % 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 del ET](#); en caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 %, el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa; así como que, en el supuesto establecido en el [artículo 37.6, párrafo 2.º, del ET](#), no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

Por último, la norma prevé que, en el caso de que la persona trabajadora se encontrara disfrutando ya de una adaptación de su jornada por conciliación, o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de alguno de los derechos de conciliación previstos en el ordenamiento laboral –incluidos los establecidos en el propio [art. 37 ET](#)–, tiene dos posibilidades: la primera, renunciar temporalmente a los mismos; o la segunda, tendrá derecho a que se modifiquen los términos de su disfrute siempre que concurren las circunstancias excepcionales previstas por la norma y debiendo la solicitud limitarse al periodo excepcional de duración de la crisis sanitaria, así como acomodarse a las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar la persona trabajadora, debidamente acreditadas, así como a las necesidades de organización de la empresa, presumiéndose *iuris tantum* que la solicitud está justificada, es razonable y proporcionada ([art. 6.3 RDL 8/2020](#)).

Reténgase que la situación se presta también a hipotéticos acuerdos –calificables de abusivos– para un ejercicio extemporáneo del derecho a vacaciones o permisos retribuidos, previstos para otras situaciones, con el objeto de subvenir a esta situación extraordinaria en perjuicio del trabajador, lo que sería un uso indebido de los mismos, aunque habrá que valorar cada situación concreta para determinar si existe o no una situación de fraude de ley.

La situación se presta también a acuerdos para un ejercicio extemporáneo del derecho a vacaciones o permisos retribuidos, aunque habrá que valorar cada situación concreta para determinar si existe una situación de fraude de ley

4. El segundo grupo de medidas laborales se contempla en el [capítulo II del Real Decreto-Ley 8/2020](#) (intitulado «Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos»). La teleología de la norma es facilitar excepcionalmente los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por necesidades empresariales, de manera que no sea necesario acudir a medidas

más drásticas de corte extintivo de los contratos de trabajo, acompañado –como fórmula de apoyo– de medidas también excepcionales de Seguridad Social en materia de cotización y mediante el diseño de una prestación excepcional por desempleo que acompaña a estas situaciones (en la dimensión «pasiva» de la tutela), que se describirán en la sección correspondiente de la revista, y que estarán vigentes mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 (ex [art. 28 RDL 8/2020](#)). Las medidas en materia de Seguridad Social que acompañan los ERTE extraordinarios, concebidas bajo un criterio de excepcionalidad, pondrán a prueba la eficacia del carácter «contracíclico» y «estabilizador» del sistema frente a los efectos económicos –de menores ingresos fiscales y por cotizaciones– que la contracción de la economía va a generar.

La teleología de la norma es facilitar excepcionalmente los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por necesidades empresariales, de manera que no sea necesario acudir a medidas más drásticas de corte extintivo

No parece que sean admisibles ni viables acuerdos suspensivos del contrato de trabajo por mutuo acuerdo (ex [art. 45.1 a\) ET](#)), como tampoco la imposición unilateral de conversión de contratos de tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando su causa responda a situaciones generadas por la epidemia; acuerdos que deberían reputarse fraudulentos –en la medida en que dejarían al trabajador sin una renta de sustitución durante el periodo suspensivo– o bien supondrían una actuación fraudulenta de elusión de ERTE extraordinario diseñado para atender estas situaciones.

Este régimen –salvo en algunos aspectos relativos a la cotización y a la protección por desempleo– no se aplicará a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados o comunicados antes de su entrada en vigor y basados en las causas previstas en el mismo ([disp. trans. primera.1 RDL 8/2020](#)).

Tampoco estas medidas pueden ser aplicables a los centros, servicios y establecimientos sanitarios y centros de atención a personas mayores, dependientes o personas con discapacidad, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada, o el régimen de gestión, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, pues dado que durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas se entenderán como servicios esenciales. Por lo tanto, deberán mantener su actividad, «pudiendo únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes» ([art. 1 RDL 9/2020](#))³.

³ Además, téngase en cuenta lo previsto por 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 situa-

En principio, la norma configura las situaciones –siguiendo el principio de causalidad y debidamente acreditadas– como situación de fuerza mayor con las consecuencias previstas en el [artículo 47 del ET](#) (sería fuerza mayor «impropia» o *factum principis*) cuando tales suspensiones de contrato y reducciones de jornada «tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19», incluyendo la propia declaración del estado de alarma (a estos efectos, todas las actividades incluidas en el [art. 10](#) y en el [anexo](#) del RD 463/2020 se consideran afectadas por fuerza mayor temporal)⁴, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria ([art. 22.1 RDL 8/2020](#)).

Ahora bien, el procedimiento de suspensión de los contratos o de reducción temporal de la jornada por tales circunstancias tiene toda una serie de especialidades –en verdad, pocas– respecto del procedimiento ordinariamente previsto para tales expedientes de fuerza mayor en el [artículo 51.7 del ET](#) (por remisión del [art. 47.3](#) del mismo texto legal)⁵, que pretenden dotarlo de una mayor agilidad ([art. 22.2 RDL 8/2020](#)):

El procedimiento de suspensión de los contratos o de reducción temporal de la jornada tiene toda una serie de especialidades que pretenden dotarlo de una mayor agilidad

- a) El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que deberá acompañarse de un «informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19», así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. La empresa tiene también unas obligaciones de información, pues deberá comunicar su solicitud a los trabajadores afectados y trasladar el citado informe y la documentación acreditativa, en caso de existir,

ción de crisis ocasionada por el COVID-19, que faculta en este ámbito el establecimiento de «medidas necesarias para la protección de las personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales la prestación de servicios extraordinarios, ya sea en razón de su duración o de su naturaleza».

⁴ Como aclara el [Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#) (p. 2).

⁵ Para la tramitación de los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social o en alguno de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, *vid.* las previsiones específicas del [artículo 22.3 del Real Decreto-Ley 8/2020](#) y del [artículo 4 del Real Decreto-Ley 9/2020](#).

a la representación legal de los trabajadores (que, a pesar de que no lo diga la norma «excepcional», tendrá la consideración de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento –ex [art. 51.7, párr. 2.º, ET](#)–).

- b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada, deberá ser «constatada» por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados (al igual que sucede en los supuestos ordinarios).
- c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de 5 días desde la solicitud, previo informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
- d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral (como excepción al carácter preceptivo que dicho informe tiene en el régimen ordinario conforme a la regla del [art. 47.1, párr. 9.º, ET](#)), se evacuará en el plazo improrrogable de 5 días (mientras que, de ordinario, este plazo es de 15 días). El carácter potestativo que se establece para este informe, si bien dota de una mayor rapidez al procedimiento, puede suponer también una disminución de garantías sobre la regularidad de la medida empresarial, especialmente para los trabajadores en los casos en que se vean privados de esta cualificada actuación inspectora.
- e) La [disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 9/2020](#) fija un límite a la duración de estos ERTE: no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID19, «entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma decretado [...] y sus posibles prórrogas»⁶; y ello al margen de que exista resolución administrativa expresa u opere el silencio administrativo (positivo).

Y en cuanto a la «extensión personal» de las medidas de suspensión o reducción de jornada:

⁶ Criterio más estricto que el que –dado el inicial vacío normativo– sentaba el criterio técnico adoptado por la Dirección General de Trabajo, que «integraba» la cuestión señalando que los efectos de la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor se extenderán:

[...] durante el tiempo y en las condiciones en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieren acordarse, o mientras persistan las circunstancias graves y extraordinarias constitutivas de la fuerza mayor ([Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#), p. 3).

[...] se limitará a aquellos contratos de trabajo que estén directamente vinculados con la pérdida de actividad causada por la fuerza mayor [...] las medidas a aplicar (suspensiones y/o reducciones) deben ser proporcionadas al volumen de actividad paralizada o de imposible realización ([Criterio técnico DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo de 2020, sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19](#), p. 4).

5. Del mismo modo, hay otras empresas que, aunque no estén directamente afectadas por las medidas extraordinarias que conlleva la declaración del estado de alarma, tienen una estrecha relación productiva o comercial con ellas (repárese en la cantidad de empresas que adquieran parte de los materiales destinados a implementar su ciclo de producción en empresas «afectadas» ahora directamente por la situación de emergencia). Aunque no sean normalmente las primeras en verse afectadas por el alcance de las medidas que conlleva el estado de alarma, pero ello altere su proceso productivo, *quid iuris*, en los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (causas ETOP) relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes ([art. 23 RDL 8/2020](#)):

Aunque no sean las primerísimas en verse afectadas por el alcance de las medidas que conlleva el estado de alarma, pero ello altere su proceso productivo, en los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, se aplicarán especialidades

- a) En el supuesto de que no exista representación legal de los trabajadores, la comisión representativa de estos para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el [artículo 41.4 del ET](#). Lo más destacable aquí es que –frente al régimen ordinario donde la opción por uno u otro tipo de representación *ad hoc* corresponde a los propios trabajadores– la norma excepcional concede preferencia a la representación «sindical» sobre la representación «interna» (comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente). En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa

deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días (de manera que se acorta en 2 días el plazo ordinario de 7 días).

- b) El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa prevista en el punto anterior no deberá exceder del plazo máximo de 7 días (acortando así un plazo que, de ordinario, tiene tan solo un límite máximo de duración de 15 días).
- c) En esta hipótesis, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud se transforma tan solo en «potestativa» –no preceptiva– para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de 7 días (acortando así el plazo ordinario improrrogable de 15 días).
- d) Aquí la normativa no prevé cuál será su duración máxima, aunque cabría entender que la medida, por su intrínseco carácter temporal, no debería extenderse más allá de la duración de la causa invocada para su adopción.

Así pues, se abren dos posibilidades –en función de la causalidad más o menos mediata con la crisis sanitaria y productiva– en relación con estas medidas de ajuste laboral que, en la práctica, pueden presentarse de manera confusa: de un lado, las hipótesis de «pérdida de actividad» derivada de la situación de fuerza mayor temporal (por la propia declaración del estado de alarma o sus consecuencias directas sobre el nivel de actividad en la empresa); y, de otro, las causas por necesidades empresariales derivadas que –más genéricamente– se relacionen con el COVID-19. Aunque los procedimientos parecen –en principio– alternativos y no acumulativos simultáneamente, se trata de procedimientos que posiblemente sí que sean sucesivamente compatibles, si la naturaleza de las nuevas causas es diferenciable. Es previsiblemente esperable un cierto vacío aplicativo de la segunda modalidad de ERTE –basado en las causas ETOP– en beneficio de la referida a la fuerza mayor temporal, dado que su tramitación es más ágil y no integra periodo de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores, así como se beneficia de la exoneración total o parcial de la cotización empresarial durante la situación de desempleo de los trabajadores afectados por la medida ([art. 24.1 RDL 8/2020](#)).

Es previsiblemente esperable un vacío aplicativo de la segunda modalidad de ERTE –basado en las causas ETOP– en beneficio de la referida a la fuerza mayor temporal, dado que su tramitación es más ágil y se beneficia de la exoneración total o parcial de la cotización empresarial

Debemos recordar que, en todo lo no excepcionado o modificado, el régimen aplicable sigue siendo el ordinario para la adopción de este tipo de medidas reorganizativas, en especial, conviene tener presente lo dispuesto en el [artículo 47.4 del ET](#), donde se establece –aunque sea de manera muy genérica– que, durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se «promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a

la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad». De manera que la actividad formativa, posible a través de la formación virtual, es una especial exigencia para las empresas que adopten este tipo de medidas.

6. El Gobierno ha considerado que resultaba necesario adoptar más medidas que profundizaran en el control de la propagación del virus y evitar que el acúmulo de pacientes en las unidades de cuidados intensivos lleve a su saturación. Para ello ha adoptado medidas más drásticas para evitar los desplazamientos en servicios no calificados de esenciales, mediante la instrumentación de una medida de carácter laboral que permita articular la drástica limitación de movimientos y reducirla hasta los niveles que permitan conseguir el efecto deseado. Por ello, de cara a afrontar la situación de «parón generalizado» de la actividad productiva, el [Real Decreto-Ley 10/2020](#) 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.

Esta norma contempla un nuevo «permiso retribuido recuperable» bastante *sui generis*, pues tiene «carácter obligatorio» y es limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos) ([art. 2 RDL 10/2020](#)), para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollen las actividades no esenciales (calificadas como tal en el extenso anexo que acompaña a la norma). En tales actividades, la norma –en una especie de «día de gracia»– ha permitido la actividad el día 30 de marzo con el único

Un nuevo «permiso retribuido recuperable» bastante *sui generis*, pues tiene «carácter obligatorio» y es limitado en el tiempo, para todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollen las actividades no esenciales

propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial ([disp. trans. primera RDL 10/2020](#)). Quedan exceptuados de esta medida los trabajadores que tengan su contrato de trabajo suspendido durante el periodo indicado ([art. 1.2 c\) y d\) RDL 10/2020](#)) y aquellos que puedan continuar prestando servicios mediante teletrabajo u otra modalidad no presencial ([art. 1.2 e\) RDL 10/2020](#)).

Este heteróclito «permiso» no permite una asimilación nítida a ninguna de las instituciones jurídico-laborales ordinarias conocidas (ni a los permisos retribuidos, a la distribución irregular de la jornada, a la suspensión por fuerza mayor o cumplimiento de un deber inexcusable –en este caso, por la imposición gubernativa de no desplazarse para trabajar y permanecer confinado en su domicilio– o a la excedencia forzosa), dado que el legislador –y menos en estas situaciones– no responde a esquemas dogmáticos preconstituidos, sino

que construye la regulación en el sentido «utilitarista» y funcional para la crítica situación a la que viene destinada. Y esto no es en verdad ninguna novedad para nosotros, ya que el derecho laboral siempre se ha manifestado, más que como una normatividad asentada sobre bases dogmáticas, como una técnica para la solución de conflictos y problemas sociales (más de «existencias» que de «esencias», como sostuvo preclaramente el profesor Vida Soria). Resulta obvio que el régimen jurídico de la medida no tiene la completitud necesaria para resolver muchas cuestiones aplicativas y –llegado ese momento– sí que será necesario «diferenciar» para aplicar analógicamente el régimen jurídico de otras instituciones y figuras jurídicas ya conocidas.

En todo caso, parece que el nódulo gordiano –en términos de conflictividad– será la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido (regulada en el [art. 3 RDL 10/2020](#)); una cuestión a añadir en la ya complejísima regulación del tiempo de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral. En principio, la recuperación de las horas está previsto que se negocie en un periodo de consultas («consulta-negociación», realmente) abierto entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, que tendrá una duración máxima de 7 días. En caso de falta de representación legal se han mimetizado las reglas –ya señaladas– para los ERTE extraordinarios por causas ETOP. Las partes también podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico –ex [art. 83 ET](#)– para la solución de los conflictos colectivos de trabajo.

La consulta-negociación podrá concluir con un acuerdo que regule la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo equivalentes al permiso, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. En caso de no alcanzarse acuerdo, la empresa adoptará unilateralmente la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas y la notificará a los trabajadores y a la comisión representativa (en el plazo de 7 días desde la finalización de aquel). En cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el [artículo 34.2 del ET](#) (de 5 días), ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación; asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

Como válvula de escape, el [artículo 4 del Real Decreto-Ley 10/2020](#) instituye –en conexión con la aplicación de este permiso retribuido recuperable– el concepto de «actividad mínima indispensable», cuando necesiten establecer el «número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles

Como válvula de escape instituye –en conexión con la aplicación de este permiso retribuido recuperable– el concepto de «actividad mínima indispensable»

con el fin de mantener la actividad indispensable»; actividad y mínimo de plantilla o turnos que toma como parámetro «la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos».

El permiso puede ser modificado o adaptado por el ministro de Sanidad a las actividades sanitarias –no esenciales– en las que sea de aplicación (art. 5 RDL 10/2020); así como se contemplan una serie de [disposiciones adicionales del Real Decreto-Ley 10/2020](#) que establecen provisiones específicas para empleados públicos y personal con legislación específica propia, servicios esenciales de la Administración de Justicia y personal al servicio de empresas adjudicatarias de servicios públicos.

7. Un aspecto central, que no se trató en el primer abordaje normativo de la situación por el Gobierno, es la cuestión del despido en este periodo de crisis sanitaria. La reciente derogación del despido por «absentismo justificado» del [apartado d\) del artículo 52 del ET](#) –mediante el [RDL 4/2020, de 18 de febrero](#)– es un factor positivo, aunque insatisfactorio e incompleto y no exento de polémica, pues no se acompañó de la correspondiente incorporación expresa como causa de nulidad del despido –por su íntima conexión con el derecho a la salud– el adoptado en situación de incapacidad temporal del trabajador. La consecuencia es que ahora está en manos de los jueces y tribunales esa concreción (aunque lo cierto es que ahora con más argumentos para defender la nulidad de los mismos en conexión con los derechos fundamentales en juego). Ciertamente, todo este régimen excepcional de flexibilidad interna –con sus correspondientes medidas de apoyo por parte del sistema de Seguridad Social– (en lo que podría considerarse un ejemplo prototípico de flexiseguridad bien entendida) se había desarrollado bajo la hipótesis de su suficiencia para evitar la destrucción de empleo.

De hecho, se instaura la obligación empresarial de «salv guarda» –o mantenimiento– del empleo establecida en la [disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020](#), conforme a la cual todas las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas por la norma «estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad». Ello significa que se neutralizan los poderes de gestión laboral empresarial en la vertiente extintiva, con un alcance tipológico-extintivo en analogía a las extinciones que podrían computar para un ERE, aunque presenta bastantes dudas interpretativas en relación con su conexión con la extinción de contratos temporales.

Se instaura la obligación empresarial de «salv guarda», conforme a la cual todas las medidas extraordinarias en el ámbito laboral «estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad»

Pero la realidad no es así, visto en términos de «sistema», el riesgo cierto es que la situación permita también la opción de medidas extintivas. Recuérdese que nuestro régimen ordinario de tutela frente al despido no se basa en la «estabilidad real» en el empleo (salvo casos muy delimitados).

tados que conllevan su calificación judicial de nulidad), además de que tanto la fuerza mayor –propia o impropia– como las archiconocidas causas ETOP –diseminadas como un mantra en toda nuestra legislación laboral– podían –hasta la [entrada en vigor del RDL 9/2020](#)– seguir operando como legítima causa para la extinción de las relaciones de trabajo.

La fuerza mayor y las causas ETOP, en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada, «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido»

Por ello, se ha hecho necesaria una «neutralización» de los poderes empresariales en este periodo excepcional a través de la previsión contenida en el [artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020](#) (sobre «Medidas extraordinarias para la protección del empleo»), conforme al cual la fuerza mayor y las causas ETOP, en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada (previstas en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020), «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido». Aunque la norma pudiera entenderse como una norma prohibitiva absoluta, lo que abriría más nítidamente la posibilidad de sancionar tales extinciones con la calificación de nulidad, la «literalidad» de la misma (y este debe ser el primer criterio interpretativo) lleva a considerar que esa «falta de justificación» se reconduce, por aplicación de las reglas ordinarias de extinción del contrato de trabajo, a la calificación de improcedencia, lo que simplemente «monetariza» el tratamiento indemnizatorio de tales despidos «sin causa justificativa», pero no garantiza una verdadera estabilidad real en el puesto de trabajo. Prácticamente iguales consideraciones podrían hacerse respecto de los despidos anteriores a la [entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020](#). Aunque serán, en última instancia, los jueces y tribunales los que deban dilucidar la cuestión. En realidad, podríamos encontrar ante situaciones de fraude de ley (o «abuso de derecho», en los despidos anteriores a la entrada en vigor de la norma), donde ya sabemos que nuestra jurisprudencia –*cfr.*, entre otras, la [Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014 \(rec. 3248/2013\)](#), seguida de la de [5 de mayo de 2015 \(rec. 2659/2013\)](#)– no reconoce la aplicación de las consecuencias previstas en el régimen común (civilístico) para reconducir tales situaciones estrictamente al régimen específico de calificación de las extinciones contractuales laborales (*lex specialis derogat legi generali*). Y ello porque la normativa excepcional tampoco en esta ocasión ha previsto específicamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la tan solo «aparente prohibición» temporal de despido. Como tampoco ha previsto su duración aplicativo-temporal y, ante la ausencia de reglas de derecho inter-

La normativa excepcional tampoco ha previsto específicamente las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la tan solo «aparente prohibición» temporal de despido

temporales, surge la duda de si la misma se aplica estrictamente al periodo en que estén operativas las causas para los ERTE excepcionales, o bien puede entenderse que –para que la norma tenga verdaderamente un «efecto útil»– se referiría también a las consecuencias posteriores sobre la actividad empresarial derivadas de la epidemia.

La medida –similar a las ya adoptadas por otros países europeos– ha recibido algún apresurado calificativo –que aquí no se comparte– de «inconstitucional», por su obvia fricción con el principio de libertad de empresa ex [artículo 39 de la Constitución](#). Esa fricción no debe entenderse en términos de contraposición ilegítima al principio (ningún derecho es ilimitado en el sistema constitucional de derechos), pues se encontraría plenamente justificada por el daño más grave que generaría a la estabilidad económica una destrucción masiva de empleo; habiéndose además desarrollado las antevistas fórmulas alternativas disponibles para las empresas, que conllevarán la aplicación de una ingente cantidad de fondos públicos (y que prácticamente evitan o minimizan el «coste laboral» para las empresas). De manera que se trataría de una limitación derivada de lo que el propio precepto constitucional contempla como «exigencias de la economía general» y que ahora no es el momento de concebir en absoluto como un desincentivo a la inversión y recuperación económica futura, etc., dado que se trata de una medida de intervención prototípicamente excepcional y ceñida en el tiempo a la duración del estado de alarma (o de sus consecuencias).

La medida se encontraría plenamente justificada por el daño más grave que generaría a la estabilidad económica una destrucción masiva de empleo; habiéndose desarrollado fórmulas alternativas disponibles para las empresas, que conllevarán la aplicación de una ingente cantidad de fondos públicos y que minimizan el «coste laboral» para las empresas

En la misma línea se sitúa la regla que «interrumpe» el cómputo de duración máxima de los contratos temporales –[art. 5 RDL 9/2020](#)–, incluidos los formativos, de relevo e interinidad (por las causas previstas en los arts. [22](#) y [23 RDL 8/2020](#)), «tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas». Técnicamente, la norma abre bastantes interrogantes aplicativos que habrá que ir desgranando, pero lo que inicialmente destaca es la incorrección técnica al hablar de interrupción (y no de suspensión, aunque también se refiera posteriormente al «periodo suspendido»), pues ello conlleva que (*lex magis dixit quam voluit*), una vez cesada la suspensión, los plazos no se «reanuden» donde se pararon, sino que se vuelvan a retrotraer al comienzo. Entendemos que –en una interpretación «correctora» restrictiva– esta no ha sido verdaderamente la intención del legislador gubernativo.

8. Como habrá podido comprobar el lector, y nos hemos referido aquí tan solo a la dimensión estrictamente laboral, todo este derecho social excepcional «por aluviones», unas veces por su deficiente calidad técnica y otras por la improvisación propia de la urgencia y necesidad de las medidas adoptadas, es una potencial fuente de conflictos interpretativos y aplicativos. La clave estará en dilucidar, para cada materia y situación, si predomina la «lógica jurídica ordinaria» frente a la excepción –como tradicionalmente había entendido

la dogmática jurídica más clásica– o bien requerirá atender a la *utilitas* de la norma excepcional (Carnelutti), así como a una lógica interpretativa más funcional y teleológica, acorde con la delicada y crítica situación sociosanitaria a la que subviene todo ese conjunto de medidas para evitar que «mute» también en una dura crisis de empleo.

Cómo citar: Fernández Avilés, J. A. (2020). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 7-26.