

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 446 | Mayo 2020

ISSN: 1138-9532

**COVID-19 y arte de lo
jurídicamente posible: del estrés
legislativo al colapso interpretativo**

Cristóbal Molina Navarrete

**Coronavirus y tiempos (¿modernos?)
de la justicia. Tribunales virtuales
y procedimiento *online***

Javier Ercilla García

Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral

Manuel García Jiménez

La pretendida prohibición del despido por absentismo

Miguel Ángel Gómez Salado

Repartidores en plataformas digitales

Luis Pérez Capitán

**Las razones organizativas y económicas de la
empresa como límite a la concreción horaria**

Sarai Rodríguez González

**El aval judicial a la regulación de la
«prescripción» por el personal de enfermería**

Juan José Fernández Domínguez y
Guillermo Domínguez Fernández



CEF.-

**Formación
bonificable**

CURSOS EN DIRECTO

INICIO MAYO 2020

ÁREAS DE LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

Derecho Laboral | Excel para Recursos Humanos | Gestión de
Nóminas y Seguros Sociales | Gestión de Nóminas y Seguros
Sociales (Avanzado) | Negociación Colectiva | Planes de
Igualdad y Brecha Salarial | Políticas Retributivas |
Práctica en Despidos | Recursos Humanos
para Pymes | Tiempo de Trabajo,
Conciliación y Gestión del Absentismo

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Editorial

- La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo 5-30
Cristóbal Molina Navarrete

Estudios

- Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección 31-55
Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction
Manuel García Jiménez
- La jubilación activa del trabajador autónomo. Una compatibilización llena de interrogantes 57-78
Active retirement of self-employed worker. A compatibility full of questions
Isabel María Pérez Gázquez
- El Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos vulnerables 79-108
Royal Decree-Law 4/2020 of February 18: an urgent labor measure to ensure compliance with european commitments, legal security and the protection of vulnerable groups
Miguel Ángel Gómez Salado

Análisis de actualidad

- Tribunales virtuales y procedimiento *online*: solución de contingencia ante pandemias o evolución necesaria 109-141
Virtual courts and online procedure: contingency solution to pandemics or necessary evolution
Javier Ercilla García

Diálogos con la jurisprudencia

- El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto. Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero 143-152
Luis Pérez Capitán
- Las razones organizativas y económicas de la empresa como límite a la concreción horaria: la reducción de jornada por necesidades de conciliación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 243/2020, de 14 de febrero 153-159
Sarai Rodríguez González
- La modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta al ejercicio de los derechos de conciliación requiere una justificación especial de su razonabilidad y proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada 2933/2019, de 12 de diciembre 160-166
Santiago García Campá
- La protección del derecho al honor en el ámbito de relación laboral: al orden social lo que es del orden social. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 327/2019, de 30 de septiembre 167-175
José María Moreno Pérez
- El aval judicial a la regulación de la «prescripción» por enfermeros de medicamentos y productos sanitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 230/2020, de 19 de febrero 176-182
Juan José Fernández Domínguez y Guillermo Domínguez Fernández

Caso práctico

- Subinspectores de Empleo y Seguridad Social 183-214
Subinspectors of Employment and Social Security
Laura Miguel del Corral Comerón

- Normas de publicación 215-216

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de los mismos. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente, los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <<http://www.laboral-social.com>>.

La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo

Cristóbal Molina Navarrete

Director

–En mi país –jadeó Alicia–, cuando se corre tan rápido como lo hemos estado haciendo y durante algún tiempo, se suele llegar a alguna otra parte...

–¡Un país bastante lento! –replicó la Reina Roja–. Aquí hace falta correr todo cuanto una pueda para permanecer en el mismo sitio. Si se quiere llegar a otra parte, hay que correr por lo menos dos veces más rápido.

Lewis Carroll (*Alicia en el país de las maravillas*)

1. Hasta el momento, el principal afán de los juristas del trabajo –y de los juristas en general–, en el intento de comprensión del tsunami de legislación de autoridad gubernativa derivado de la pandemia de COVID-19, se ha centrado en exponer ordenadamente, al menos en lo –muy poco– posible, el inmenso arsenal de medidas laborales y sociales que aquella va, atropelladamente, incorporando, para afrontar la tragedia económica y sociolaboral generada por la crisis sanitaria del nuevo coronavirus. En coherencia con ello, el [editorial](#) y el [análisis de actualidad](#) del número pasado lo dedicamos a esa necesaria misión expositivo-crítica inicial del nuevo entramado normativo (a la proliferación de reales decretos-leyes se sumaría la multiplicación de disposiciones de regulación ministerial –«derecho subterráneo»–). Esta fase del proceso jurídico-social está lejos de agotarse. El Real Decreto-Ley ([RDL 15/2020, de 21 de abril](#)), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, no solo busca complementar las varias lagunas de protección sociolaboral de los siete anteriores, también nova algunas –muchas– de las zonas más oscuras e inciertas de los precedentes, aunque con ello genere nueva inseguridad jurídica. Es un patrón común de esta sufrida técnica legislativa.

Piénsese en el –escasamente eficaz en la práctica, a juzgar por el grito desesperado de

[El RDL 15/2020, de 21 de abril, también nova algunas de las zonas más oscuras e inciertas de los precedentes, aunque con ello genere nueva inseguridad jurídica](#)

los empleadores que no pueden recolectar sus frutos— [RDL 13/2020, de 7 de abril](#), de medidas urgentes en materia de empleo agrario. A pesar de su denominación, que parece acotarlo al objetivo de movilizar la oferta de mano de obra del sector agrario a la vista de la es-

casez generada por las restricciones de movilidad, incluso asumiendo el extraordinario beneficio de compatibilizar ciertas prestaciones (desempleo) con un contrato a término (hasta el 30 de junio de 2020), introduce novedades relevantes en materias ya reguladas en otras «leyes» de su saga. Sería el caso del régimen jurídico de la incapacidad temporal (IT) en situación de confinamiento absoluto, o de la prestación extraordinaria por cese de los autónomos, así como de las varias novaciones del [RDL 11/2020, de 31 de marzo](#), de medidas urgentes complementarias para hacer frente al COVID-19 (el mismo día se publicaba el [RDL 12/2020, de 31 de marzo](#), de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, que no solo incide en la fijación de los servicios esenciales a los efectos del [RD 463/2020](#), del estado de alarma y del permiso retribuido recuperable ex [RDL 10/2020](#), sino que su [art. 5](#) contiene una norma de prevención de riesgos laborales de las personas que tengan contacto directo con las víctimas de violencia de género). El carácter no solo aluvional (como se denominó con acierto en el [editorial](#) del –robado– mes de abril) sino atropellado de esta legislación de urgencia para la emergencia de la COVID-19 es un rasgo característico de la misma.

El carácter atropellado de esta legislación de emergencia es un rasgo de la misma

Así lo acredita el referido [RDL 11/2020](#). Este no solo prevé medidas de carácter prestacional (seguridad social), también incluye medidas laborales. Medidas que van más allá de complementar normas de emergencia precedentes, para reconfigurarlas por completo en ciertos casos. Al respecto, merece la pena traer a colación su extravagante –en lo técnico, aunque acertada en el fondo– [disposición adicional decimocuarta](#). Esta, intentando arrojar algo de luz en la penumbrosa [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#), relativa al polémico compromiso de mantenimiento del empleo 6 meses después de finado el estado de alarma, ofrece a los operadores jurídicos una regla interpretativa «auténtica», que termina, como así ha sucedido incluso en el seno de los órganos gubernativos consultivo-informativos, como es la Dirección General de Trabajo (DGT), confundiendo aún más. Una regla adaptativa sectorial derivaría en una mutación legal, pues parece resultar de aplicación generalizada, no sectorial, como de inicio parecía, pero sin que la autoridad gubernativa con potestad de legislar cambie ni una de las letras, ni una sola coma, del redactado precedente, que se mantiene formalmente intacto. No son las leyes, aun de urgencia, «lugar para reglas interpretativas». Volveremos sobre ello para ejemplificar algunas de las consideraciones de mayor alcance objeto de este análisis.

2. No, pese a lo que pudiera haber parecido por el arranque del editorial, no pretendo, al menos no como objetivo principal, dar cuenta de las novedades legales (y de su necesario, si bien anómalo jurídicamente, rosario de notas, resoluciones, instrucciones o criterios

de índole interpretativa dictados para dar cierto sentido práctico a las leyes y una mínima comprensión). En esta tribuna no busco, pues, continuar el loable afán del sugerente [editorial del número de abril](#), partiendo del punto legislativo en el que se quedó y penetrando

Aunque el tiempo de estrés legislativo no ha acabado, el momento actual es de «colapso interpretativo»

en los entresijos de todo el inmenso arsenal de nuevas medidas y decisiones en el ámbito sociolaboral para rearmar el escudo sociolaboral frente a la COVID-19, utilizando las metáforas tan del gusto de este tiempo, pese a que se sabe bien que no hay ninguna guerra, sí una trágica pandemia. Aunque algunas de ellas desfilarán (perdón por la nueva concesión militarista) en mis análisis, yo pretendo otra cosa. Aunque no ha acabado, insisto, y está lejos de hacerlo, el tiempo de estrés legislativo, del caos regulador que las gestorías de empresas han sufrido en términos nada metafóricos, sino en su piel (también las personas trabajadoras), el momento actual, una vez ha despertado de su hibernación (paralela a la económica) el servicio de la Administración de Justicia, es otro. Un tiempo que he dado en llamar, sé que provocativamente, de «colapso interpretativo».

¿Voy, pues, a tratar de la más que presumible congestión del servicio público de justicia? No, tampoco querría centrarme en él (por su extensión y profundidad emplazamos a la serie de actualidades que [se inicia con este número, a cargo del juez Javier Ercilla](#), sobre la urgente modernización tecnológica de una justicia social orientada a un horizonte virtual, a partir del [RDL 16/2020, de 28 de abril](#)). Condenada a un más que probable fracaso, no solo por la discordia con que nace este paquete procesal anti-COVID-19, sino por su insuficiencia, esta nueva ley de urgencia dice «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». Junto a medidas procesales (generales [habilitación de días a efectos procesales, [art. 1](#), y cómputo de plazos procesales y ampliación del plazo para recurrir, [art. 2](#)] y específicas en lo laboral [tramitación de la impugnación de expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción –ETOP–, no por fuerza mayor, [art. 6](#); asignación de preferencia a los procedimientos relativos a materias de la legislación laboral excepcional ex [art. 7](#), también los incidentes concursales laborales, [art. 14](#)]), suma las organizativas (trabajo a turnos –mañana y tarde–, asignación de jueces de adscripción territorial, incorporación de letrados en prácticas, etc.) y tecnológicas (juicios telemáticos).

Por cierto, tampoco esta ley de excepción pandémica ha querido desaprovechar la oportunidad para modificar, otra vez, varias leyes de la larga saga, incluso en aspectos sin la dimensión procesal anunciada. Es lo que sucede, en el ámbito de la Seguridad Social, con las disposiciones finales [cuarta](#) y [quinta](#).

Estas modifican el [apartado 1 c\) de la disposición adicional vigésima del RDL 11/2020](#) y la [letra c\) del artículo 23.3.1.º del RDL 15/2020](#). Con ello se quiere actualizar la tutela día a día, conforme a la evolución de la pandemia, por lo que incorpora nuevos colectivos de personas

trabajadoras autónomas a la protección extraordinaria por cese de actividad (recuérdese que la [disp. final segunda RDL 13/2020](#) ya dio nueva redacción al art. 17 RDL 8/2020, modificado antes por la [disp. final primera RDL 11/2020](#)), al tiempo que especifica el modo de prueba de la reducción de actividad de al menos un 75 %. También de gran interés, aunque no podamos analizarlo aquí, resultan las enésimas reformas del RDL 8/2020, a fin de hacer efectivo el principio de socialización de los daños que irradia (este valor positivo no se le puede regatear) toda la legislación de excepción para otras materias y grupos vulnerables (por ejemplo, arrendatarios: amplía plazos de la moratoria del pago de la renta, limitando las facultades del acreedor, etc.).

Al margen de estos recurrentes vicios de técnica legislativa –la interpretación del [art. 7](#) dará muchos quebraderos de cabeza, la del [art. 2](#) también–, ahora destaca la clara convicción del legislador de la necesidad –una vez superado, con suma dificultad y mucho dolor, el peligro de un colapso del sistema sanitario por la crisis de la COVID-19– de prevenir, o reducir, el riesgo de colapso institucional del servicio público de la Administración de Justicia. Suma, de este modo, tales medidas a las de notable ampliación del plazo para recurrir y agilización procesal en el RDL 11/2020 ([disp. adic. decimonovena](#)). No obstante, conviene también desvelar que el Gobierno no siempre persigue esta misma estrategia de evitación del colapso judicial con la agilización procesal, sino que también ha deslizado, de forma sutil, otras técnicas para prevenir o frenar un ámbito donde es más que probable un aluvión de demandas (potencialmente más de 40.000 profesionales en España, la mayoría sanitarios, pero no solo), en reclamación de las responsabilidades por contingencias profesionales (sistema de responsabilidad objetivada) y, en su caso, daños profesionales (culposos, por insuficiente protección).

El Gobierno no siempre persigue la evitación del colapso judicial con la agilización procesal, también ha deslizado técnicas para frenar demandas

Me refiero a la matización introducida finalmente en la regulación excepcional de la IT para situaciones asociadas al contagio por COVID-19 ([art. 5 RDL 6/2020](#): deriva de la [disp. final primera RDL 13/2020](#), que le dio nueva redacción, una vez su [disp. derog. única](#) derogó la [disp. adic. vigesimoprimer RDL 11/2020](#)). A su tenor, si excepcionalmente los contagios

La calificación de los contagios como accidentes laborales exigirá que deriven «exclusivamente» de la prestación de servicios, pero el Gobierno ha creado una prueba para dificultar su acreditación a sanitarios/as

–también los periodos de aislamiento– por COVID-19 merecen la valoración de «situación asimilada a accidente de trabajo», pero únicamente a los efectos de recibir la prestación económica por IT (¿también la eventual mejora voluntaria?), la calificación de los contagios como accidentes laborales exigirá que tal infección derive «exclusivamente» de la prestación de servicios, de conformidad con el [artículo 156 de la Ley general de la](#)

Seguridad Social. ¿Qué sentido tiene hacer esa precisión de la ley de excepción si se limita a remitir a la ley común?

¿Si técnicamente no aporta nada, qué sentido de política jurídica tiene esta insistencia en la matización? El aviso a navegantes –ni loable ni generoso ni heroico (evocando el simbolismo tan empleado últimamente)– podría resumirse como sigue:

Por la presente hago saber que todo aquel profesional que, insatisfecho con la, ya excepcionalmente generosa, calificación de su contagio como accidente asimilado, decida reclamar contra su empleador (Administración) exigiendo su valoración como accidente de trabajo a todos los efectos, estará obligado a asumir la rigurosa prueba de que tal contagio lo ha contraído única y exclusivamente por su trabajo, pues el contagio podría venir dado a través de las diversas vías comunitarias posibles, a las que también quedan expuestos, en términos no disímiles sus familiares y convecinos.

Prueba documental auténtica de esta severa afirmación es el «[Documento relativo a la información científico-técnica sobre la COVID-19](#)», de 17 de abril de 2020, del Ministerio de Sanidad. En él, tras reconocer la incidencia de la falta de medios de protección en el elevado contagio español de profesionales sanitarios, justificado por la escasez del mercado internacional, sobre un estudio estadístico parcial concluye que: «[...] aún con medios suficientes para protegerse en el entorno laboral, los sanitarios también podrían haber contraído la infección en la comunidad o en el centro sanitario en zonas donde no utilizaban equipos de protección».

Parece clara la resistencia, el intento de blindaje, gubernamental frente a la petición de su carácter profesional. Una reclamación más que plausible en nuestro sistema jurídico, apenas se recuerde la codificación del [anexo 1 del Real Decreto 1299/2006](#) (Cuadro de enfermedades profesionales). Dentro del grupo 3, agente A, subagente 01, se tienen por enfermedades profesionales: «Enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997 [...])».

La doctrina judicial ha hecho aplicación de esa codificación, precisamente respecto del contagio de una enfermera por gripe aviar, una vez constatado que atendió a pacientes que la padecían (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ- de Galicia de 13 de mayo de 2019, rec. 481/2019](#)). También los [sindicatos](#) apelan a él en su reivindicación del reconocimiento y [diversas asociaciones plantean demandas en tal sentido](#).

En suma, por lo general, la inquietud se cifra en un enfoque cuantitativo, derivado de la evidente necesidad de dar una respuesta procesalmente ágil a la ingente cantidad de demandas que, en todos los órdenes judiciales (salvo quizás en el militar), y respecto de variados

asuntos, se presentarán ante las consecuencias laborales, sociales, civiles, políticas, etc., de esta tragedia. Muchas ya han sido anunciadas (unas con cierta espectacularidad en los medios de comunicación, augurando condenas millonarias contra el Estado, que terminaría pagando la ciudadanía; otras buscan la contestación radical de toda la legislación de alarma, como el anunciado recurso de inconstitucionalidad contra ellas) y otras muchísimas más se producirán (en el ámbito penal). Pero, decía, con ser muy relevante, tampoco este enfoque será el priorizado aquí y hoy.

3. El riesgo de colapso interpretativo al que me refiero no está en la saturación cuantitativa de los juzgados y tribunales, sino en la fuente que deberá servir para dar solución a esos conflictos, esto es, en el derecho mismo (en nuestro caso, el derecho del trabajo, para otros, el derecho constitucional, el civil, el penal o el administrativo –por ejemplo, aluvión de sanciones impuestas por no respetar el confinamiento, amenazadas con alto riesgo de nulidad–). Esto es, el problema que querría fundamentar e ilustrar de forma sucinta y práctica, en lo posible (aun sabiendo de su complejidad teórica e institucional), es más bien la saturación cualitativa del orden jurídico-laboral por la legislación de excepción contra las consecuencias laborales nocivas de la pandemia de COVID-19. Una saturación que tendría, a su vez, dos vertientes.

El riesgo de colapso interpretativo está en la presión extrema a la fuente que deberá servir para dar solución a los conflictos, el derecho mismo

La primera, más conocida: el cúmulo de vicios jurídicos de esta legislación de excepción (lagunas, contradicciones, deslegalizaciones, extralimitaciones, etc.) que complica de forma extrema su comprensión práctica, como prueba no solo que requiera continuamente del complemento de un inmenso arsenal de criterios interpretativos, notas, instrucciones, resoluciones, etc., de los órganos administrativos, sino también que ni tan siquiera lo más granado de la doctrina laboralista se atreva a ofrecer solución alguna cierta. No casualmente, y adoptando una perspectiva general, el propio Consejo General del Poder Judicial reclamaba, en la antesala de la aprobación del referido [RDL 16/2020](#), reglas precisas con las que «unificar criterios y evitar dispersiones interpretativas», que están a la orden del día. Una vez más, los ejemplos en la práctica abundarían, en todos los ámbitos afectados por esta ingente y aceleradísima legislación de urgencia, tan improvisada como deficiente. Aunque la premura del problema pueda explicar en parte esta deficiencia, no creo, sin embargo, que se justifique en más de una ocasión.

De esta vertiente, la disparidad de criterios por parte de los tribunales ante una legislación lagunosa y confusa que ya se evidenció antes de estar en plena crisis de la COVID-19 y que se sigue constatando pese a la «suspensión» (o hibernación) de la actividad judicial, daremos cuenta por lo que se refiere a experiencias típicamente laborales (por ejemplo, contradicción entre órdenes jurisdiccionales y niveles judiciales en torno al derecho a la tutela

cautelarísima de la seguridad y salud en el trabajo de los profesionales en el «campo de batalla» contra el coronavirus). Pero no parece ocioso recordar las disparidades de criterio en otros órdenes jurisdiccionales y asuntos que les son propios (en el civil, para el desarrollo del régimen de visitas parentales, suspendidas por unas juntas de jueces, en la convicción de que durante el confinamiento –antes de que se levantase la prohibición– la prohibición de movilidad, también para los niños, lo impedía, y mantenidas por otras; en el penal, donde se manifiesta la profunda divergencia entre unos juzgados penales y otros a la hora de aplicar el delito de resistencia a la autoridad y las medidas cautelares en tal caso, cuando no se respeta la prohibición de desplazamientos; etc.).

La disparidad de criterios ante una legislación lagunosa y confusa y los incesantes cambios legislativos abren profundas y sucesivas «grietas jurídicas»

4. La inseguridad jurídica campa por sus fueros ante los sucesivos e incesantes cambios legislativos. Estos no dejan de abrir profundas «grietas jurídicas», fuente de equívocos y, por lo tanto, de conflictos. Pongamos algunos ejemplos. Piénsese, en el ámbito de los procedimientos administrativos de carácter social y laboral, en las dudas creadas en la gestión del aplazamiento del pago de cotizaciones sociales, una medida de amortiguación financiera de las consecuencias económicas nocivas de la crisis sanitaria mejor valorada por las empresas, en especial por las pequeñas y medianas. Se regula en el [artículo 35 del RDL 11/2020](#). Apenas se aprobó, se dispararon los procedimientos de solicitud generándose cierto caos y dudas.

Consciente de ello, el Gobierno-legislador ha intentado resolverlo con su modificación a través de la [disposición final décima.Cuatro](#) del RDL 15/2020 (se simplifica el procedimiento de resolución, al margen del número de las mensualidades que comprenda, se fija un criterio homogéneo en la determinación del plazo de amortización mediante el pago escalonado de la deuda y se establece el efecto jurídico de la solicitud hasta la resolución del procedimiento). No deja de tener «letra pequeña», más bien un cierto contrarresto de equilibrio económico-financiero del sistema de Seguridad Social (auténtico pagador, junto con la fiscalidad, de toda esta tragedia, en parte natural, en parte creada): esta ventaja económica del aplazamiento resulta incompatible con el beneficio de moratoria del pago de cuotas sociales establecida en su [artículo 34](#). Sin embargo, esta moratoria, dependiente de la decisión de la Tesorería General de la Seguridad Social, se supeditaba a que una orden ministerial fijara quiénes se podrían aprovechar, aprobándose casi 1 mes después ([Orden ISM/371/2020, de 24 de abril](#)).

Mucho más conflictivo será el desplazamiento gubernativo-legislativo de la verificación del uso social del ERTE por fuerza mayor, desde el procedimiento –normal– de

Conflictivo será el desplazamiento gubernativo-legislativo de la verificación del uso social del ERTE por fuerza mayor, desde el procedimiento de gestión al sancionador

gestión de aquel –por la autoridad laboral– al procedimiento sancionador (por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social). Con ello se propicia una «segunda oportunidad» de control administrativo que la premura generada por la necesidad de seguridad económica sacrificó, pasando de un control de corrección del ERTE por la empresa *a priori* a otro *a posteriori* (disp. adic. segunda RDL 9/2020 y renovados arts. 23 y 43 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, donde se establece que la empresa será responsable directa de la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas). Pero la prohibición de ir contra los actos propios («Santa Rita, Rita, lo que se da» por silencio positivo «no se quita» por resolución expresa) y los límites típicos –interpretación estricta– del procedimiento sancionador generan dudas.

5. El cuadro de sombras interpretativas no se agota en lo puramente procedimental. En el corazón mismo de esta legislación aparece el compromiso de empleo 6 meses después de finado el ERTE por fuerza mayor (disp. adic. sexta RDL 8/2020), cuya aplicación, e incluso suerte, está en el ojo del huracán. Hoy, ni el propio legislador confía ya en su vigor, en un momento en el que se hace cada vez más evidente que, para muchas empresas, el final del ERTE por fuerza mayor se verá sucedido no solo por un ERTE por causas ETOP, sino incluso por un expediente de regulación de empleo (ERE), cuando no de procedimientos de concurso de acreedores –de ahí la reforma legislativa–. La misma suavización legislativa (disp. adic. decimocuarta RDL 11/2020) de esa cláusula de seguridad del empleo, razonable socialmente pero dudosamente factible («límite de lo posible») en tiempos inciertos económicamente, da idea de las dificultades para fijar su alcance, hasta amenazar, se insiste, su vigencia real.

La práctica suele ser más tozuda que la norma. El 55 % de las empresas (conforme a una reciente encuesta de CEPYME) considera que no podrá mantener el empleo durante el referido periodo, mientras que el 60 % prevé reducir plantilla durante los próximos 12 meses para afrontar la previsible caída de actividad. Por eso reclaman también su desescalada sociolaboral gradual e individualizada (atendiendo a cada empresa y para parte del personal), no solo sectorial, reduciendo y socializando el coste de la transición hacia la nueva normalidad. Las primeras respuestas aplicativas no son unívocas. Así, la DGT –en sus criterios informativos, no vinculantes, de 7 y 11 de abril– parece generalizar la cláusula de flexibilidad sectorial (con razón de fondo, pero con extralimitación competencial). «A río revuelto...», cada autoridad autonómica hace su lectura de favor, excluyendo situaciones de incumplimiento que benefician a sus sectores productivos más estacionales (por ejemplo, turismo).

Así, la Circular informativa de la Consejería de Modelo Económico, Turismo y Trabajo de las Islas Baleares. En ella se excluye expresamente el incumplimiento para la interrupción de las personas trabajadoras fijas discontinuas. La solución nos parece razonable. Pero ¿tiene el autogobierno competencia para esta interpretación flexible de una norma estatal?

Sea como fuere, ¿qué consecuencias deben arrostrar las empresas que incumplan, tenga el alcance que tenga este incumplimiento? Para la DGT, la devolución de las cuotas (no deja claro si también una cantidad equivalente a las prestaciones por desempleo percibidas, ya que estas no descuentan —«contador a 0»— respecto de derechos futuros). Pero ¿qué tipo de garantía de seguridad en el empleo es la que no tiene efecto en la relación de trabajo, sino tan solo en la relación de cotización?

¿Qué consecuencias deben arrostrar las empresas que incumplan? Para la DGT, la devolución de cuotas

Lo que hasta ahora sabíamos es que si el empleador se compromete a no despedir —también reflejo de la libertad de empresa— a cambio de un beneficio, el incumplimiento conllevaba la improcedencia (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo —[STS- 925/2018, de 23 de octubre](#)). Sin embargo, esto es para las garantías de empleo colectivas. ¿Sirve este planteamiento para obligaciones legalmente impuestas en escenarios de gran incertidumbre o imprevisibilidad? El legislador de excepción, oficialmente, en su discurso, lo daba por hecho (como si fuese una prohibición de despido o, al menos, de causa no justificada). La realidad es bien diferente y, atendiendo al propio [plan de desescalada](#) —mucho más dilatado del que se nos dice—, deja bien a las claras que esta cláusula es «carne de cañón» de una nueva ley de excepción, generalizándose la flexibilización que ya apunta en la referida [disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020](#) y ha interiorizado también la DGT. Lo factible se impondrá a la norma, hasta hacerla cambiar. El propio legislador así lo va reconociendo, si bien por caminos técnicamente inadecuados y confusos, como sería una exposición de motivos que reduce el compromiso a «voluntad» y crea una norma interpretativa ([disp. adic. decimocuarta](#)) para explicar otra precedente, que no modifica formalmente, para darle un sentido aún más incierto. En última instancia, como evidencia el nuevo [criterio de la DGT sobre la aplicación dinámica de los ERTE por fuerza mayor en la desescalada](#), las cosas son lo que en cada momento diga la autoridad.

6. La corrección técnica de la extensísima, atropellada, confusa y extremadamente defectuosa legislación de urgencia también se ve cuestionada, entre otros, en el jeroglífico del nuevo tenor del [artículo 25.6 del RDL 8/2020](#) (tras la modificación por la [disp. final. octava.Tres RDL 15/2020](#)). No se le puede regatear al precepto —como a gran parte de los restantes— el buen fin de intentar mejorar la protección por desempleo de las personas fijas discontinuas (muchas mujeres), atendiendo a las más diversas circunstancias, de derecho y *de facto*, a fin de proporcionarles alguna red de seguridad de renta. Pero tan abigarrada técnica pone en jaque su eficacia. En tanto, cada autogobierno formula sus interpretaciones (Valencia: [Instrucción de 21 de abril de 2020](#), del *conseller* de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, sobre la inclusión de las personas trabajadoras fijas discontinuas en los ERTE asociados al nuevo coronavirus), incluyéndolas en los ERTE (si la empresa se acogió a un ERTE y la persona fija discontinua estaba en situación de alta en la misma, accederá

al desempleo desde el inicio, y si la empresa lo realizó, pero estaba en periodo de inactividad, será incorporada a partir del llamamiento).

¿Lo razonable de la solución autonómica a tan farragoso precepto justifica diferencias autonómicas? ¿Es asumible que el sentido práctico de un precepto legal dependa del diverso modo en que lo entiende el Servicio Público de Empleo (por ejemplo, [Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, de los RRDDL 8 y 9/2020](#), que pareciera excluir tal integración en el ERTE) y ciertas comunidades autónomas (unas sí, otras no)? Hasta donde sabíamos, no parece, para la que se denomina ya «nueva normalidad» (que esperemos no sea tal durante mucho tiempo), se verá.

7. Sin embargo, aun reconociendo su notable interés, tampoco querría centrarme en esta primera vertiente de la saturación cualitativa del sistema jurídico-laboral en particular, a causa de la intensa presión a que está siendo sometido por una incesante e invasiva «legislación de excepción» –pero con más visos de perseverar de lo debido–. La segunda vertiente de lo que denomino «situación de peligro concreto de colapso interpretativo» se identifica con las contradicciones, sino aporías, creadas por esta situación de emergencia sanitaria y su legislación excepcional de afrontamiento, hasta empujar al sistema jurídico «común», vigente por no ser «suspendido», al menos formalmente, a los límites de un doble abismo: la incoherencia sistémica del orden jurídico, por el desbordamiento de sus principios axiales (de procedimiento y sustantivos), y la pérdida, igualmente difusa, de su practicidad (aplicabilidad efectiva), por la falta de factibilidad de parte significativa de sus mandatos, que devienen difícilmente realizables (posibles) en la realidad.

En el primero, las «grietas jurídicas» referidas devienen «simas». La legislación de excepción y su sinfín de aplicaciones de autoridad sacralizan la protección eficaz de la salud pública como interés superior y absoluto frente a cualquier otro (como el principio de la soberanía parlamentaria, el valor de la seguridad jurídica o la efectividad de las libertades individuales). En el segundo, la difícil situación creada por la emergencia sanitaria, así como por la crisis socioeconómica, lleva a la inutilidad práctica de las normas, aun judicialmente activadas, reavivadas. Por lo tanto, en el primer ámbito de esta presión de la legislación de excepción al sistema jurídico, el reto interroga sobre los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo (excepcional). En el otro, lo que está en cuestión son los propios límites del derecho frente a la realidad.

El sentido práctico de un precepto legal depende del diverso modo en que lo entiende el Servicio Público de Empleo y ciertas comunidades autónomas

De un lado, esta presión de la legislación de excepción al sistema jurídico interroga sobre los límites del derecho al poder de autoridad gubernativo-legislativo. De otro, lo que está en cuestión son los límites del derecho frente a la realidad

En otros términos, la primera fuente de interrogantes llama a un juicio de efectividad del derecho frente a una intensísima, prolongada e incesante legislación de excepción, construida no solo a base de oleadas de leyes de urgencia, sino de infinitud de «normas inferiores» (legislación de sótanos ministeriales). El segundo plano reclama un juicio de eficacia de las normas jurídicas. El primero desvela la gran «falacia politicista» en que nos sume la legislación de excepción: el derecho se subordina a la decisión política, que es la única que puede-sabe cómo cuidar nuestra salud. El segundo, desnuda lo opuesto, la «falacia juridicista»: creer que basta un mandato –aun judicial– para que la realidad cambie (por ejemplo, la escasez de equipos de protección individual –EPI–).

Ni que decir tiene que ni el problema es puramente especulativo ni se agota respecto del orden jurídico-laboral, sino que alcanza todo el orden jurídico constitucional, y tiene innumerables proyecciones prácticas. Y ello más allá de las anunciadas impugnaciones del entero sustrato de la legislación excepcional anti-COVID-19 o de parte de sus proyecciones ante el Tribunal Constitucional (TC) (que tendrá que conocer de este asunto –a través del recurso de inconstitucionalidad anunciado por algún grupo parlamentario; bien de decidirlo así el Defensor del Pueblo, que estudia tal posibilidad [instado por un grupo de juristas](#)–; el ATC de 30 de abril de 2020 no entra en ese juicio mayor, aunque deja entrever su incomodidad con el estado de alarma) y ante el TS (cuya Sala 3.^a ya está conociendo de diferentes recursos –más o menos fundados–). El debate ha sido afrontado por magníficos constitucionalistas (algunos de ellos exmagistrados del TC) en un interesantísimo «duelo jurídico al sol», enzarzados en delimitar –seguramente la gran aporía jurídica de este tiempo– si se están limitando derechos fundamentales o si, en realidad, se han suspendido.

Como se sabe, lo primero es posible en un estado de alarma, que admite limitaciones a las libertades circulatorias y a los derechos derivados de ellas. En cambio, lo segundo, el efecto suspensivo, no, porque requeriría de un estado de excepción declarado formalmente como tal, según el [artículo 116 de la Constitución española](#) (CE), quedando, en todos los casos, el poder gubernamental extraordinario sometido al principio general de la responsabilidad y, en consecuencia, al de prohibición de arbitrariedad en el ejercicio de aquel. Cosa distinta es que la realidad evidencie, de nuevo, una fuerte distorsión de esa distinción formal, hasta propiciar, si la situación se prolonga en exceso y se vuelve invasiva, una «mutación constitucional *de facto*».

Para un sector jurídico muy autorizado, ya estamos en un estado de excepción *de facto*, materialmente, pues las restricciones son de tal intensidad y prolongación que el estado de alarma formal ya habría sido superado. Así lo cree el magistrado constitucional emérito don [Manuel Aragón](#), que habla de «arresto domiciliario suspensivo de la libertad de circulación y de derechos asociados a ella» (también incluye, a mi juicio ya más discutiblemente, la libertad de empresa, así como la propiedad privada). En cambio, para otro, no menos

*Para un sector jurídico autorizado,
estamos en un estado de excepción
de facto*

autorizado, encabezado por el profesor [Pedro Cruz Villalón](#) (catedrático de Derecho Constitucional y expresidente del TC), el régimen constitucional del estado de alarma se habría respetado. Sin embargo, el grado de interferencia en derechos y libertades está siendo de tal magnitud que la misma distinción entre una situación excepcional (alarma) y otra (excepción) habría quedado desbordada. De ahí que, si, con carácter general, asume que esta legislación de excepción sigue dentro de los cauces constitucionales, más de una de las medidas establecidas y, sobre todo, algunas de las anunciadas llevarían el orden constitucional al abismo referido, pues supondrían una «degradación alarmante de su calidad». A partir de aquí, decenas de juristas se han ido decantando por una vertiente u otra, lo que da idea de la entidad del problema.

¿Y los juristas del trabajo, en primera línea concernidos por el colosal embate, no tienen nada que decir sobre el mismo? ¿Qué están diciendo? ¿Cómo se pronuncian?... Silencio.

¿Y los juristas del trabajo cómo se pronuncian?... Silencio

8. Sorprendentemente, este debate está ausente, al menos hasta donde mi conocimiento alcanza, en el discurso jurídico-laboral. En estos momentos no parece merecer la más mínima relevancia entre nosotros. El intenso y largo estrés legislativo estaría exigiendo una inmensa labor de exégesis, a fin de intentar ofrecer pautas razonables de comprensión para su aplicabilidad a los operadores jurídicos, saturados en su gestión diaria con el aluvión de problemas aplicativos en su quehacer. No sería tiempo de afrontar tales cuestiones teóricas, ya habrá otro propicio cuando salgamos de la emergencia para afrontar tan espinosos, aun especulativos, dilemas; pero pueden esperar, se dirá (*primum vivere, deinde philosophari*).

Sin embargo, hay, a mi juicio, una razón más, y más importante, que puede explicar, pero en mi opinión nunca justificar, la indiferencia de la mayor parte de la comunidad científica jurídico-laboral hacia este debate y que contrasta de forma radical con lo que sucediera en la legislación excepcional de la crisis de 2008, el primer gran crac de este siglo. Este parece se quedará en «dinero de bolsillo» respecto del segundo, apenas un poco más de una década después (en el siglo XX, el gran crac del 29 conoció solo 11 años después otro seísmo, la Segunda Guerra Mundial, cuya salida se realizó primando el principio social). En efecto, aquella legislación de excepción antepuso las soluciones de austeridad, favoreciendo, frente al principio social [ex artículo 1 de la CE](#), el principio liberal (por ejemplo, máxima flexibilización de la gestión de empresas), a fin de recuperar la senda del crecimiento y el beneficio, así como el principio de protección del acreedor ([art. 135 CE](#)), reduciendo el gasto público, con suspensión de derechos sociales, y retornando a la senda de la estabilidad presupuestaria (a costa de la seguridad económica y ocupacional). Esta sacudida para el orden jurídico constitucional (e internacional) no tuvo contestación en el TC español, que la avaló (Sentencia del TC [-STC- 8/2015](#)). Reproches de índole jurídico –además de social– que sí recibió –justamente– en sede científica.

La legislación de excepción contra la emergencia de la COVID-19 está optando por una solución opuesta, la revigorización de lo público y, por lo tanto, del principio social del Estado constitucional de derecho. En su nombre, lo que ahora parecería restringirse (para algunos se trataría de una auténtica suspensión, radical crítica que no comparto en su absolutez) serían los principios liberales (libertad de empresa, facultad resolutoria de contratos, también fuera de lo laboral –arrendamientos–, declaraciones concursales, etc.), e incluso propietarios, sin que la estabilidad presupuestaria o el (gran) déficit público actúen como horizonte limitativo –político, o jurídico, otra cosa será la realidad– alguno. Dejando de lado que el contexto de la gobernanza económica comunitaria difiere (pese a las persistentes resistencias europeas a seguir tal senda de solidaridad financiera, mecanismos como el «[SURE](#)» evidencian el cambio), lo cierto es que la seguridad en el empleo (primado de la flexibilidad interna frente a la externa) y la seguridad económica (garantía de rentas para que nadie se quede atrás) serían el fin prevalente.

Se repite como un mantra, y así es, en general, que, a diferencia de la anterior, esta legislación de excepción ha adoptado un enfoque de gestión de derechos humanos sociales. Diversos órganos internacionales así lo han evidenciado y lo demandan con intensidad, de modo que se ha creado un contexto supralegal que favorece, además de exigir, una solución de este tipo. Y no son solo los organismos internacionales de la gobernanza social, también los de la gobernanza económica, aunque no siempre tengan la debida coherencia.

A diferencia de la legislación de la crisis de 2008, esta legislación de excepción ha adoptado un enfoque de gestión de derechos humanos sociales

En el ámbito de la gobernanza social internacional destaca, en el ámbito europeo, el Consejo de Europa y Consejo Europeo de Derechos Sociales, «[Building resistance: a rights-based, holistic approach against COVID-19](#)» («Construyendo resistencia: un enfoque holístico basado en los derechos contra el COVID-19»). En el ámbito americano, la Organización de los Estados Americanos dictó la «[Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1/2020, de 10 de abril, relativa a la pandemia y derechos humanos en las Américas](#)». En el escenario de la gobernanza económica mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la gran «bestia negra» en la crisis anterior, para cuya salida exigió austeridad en el gasto público y máxima flexibilidad en el mercado de empleo, parece haber mutado su piel en «gran benefactor». Frente al extremo dolor humano y el extraordinario coste económico derivado, a raíz de los confinamientos y de los cierres generalizados, propone políticas de expansión a fin de evitar ese «doble *shock*», sanitario y –derivado– económico-laboral. El FMI, pues, se convierte en un adalid del principio de solidaridad internacional, incluso de acicate sindical («[Perspectivas de la economía mundial, 14 de abril de 2020](#)»), porque el interés empresarial por la paz social también en época de crisis solo puede asegurarse con el acuerdo sindical: «Los sindicatos tienen un inmenso potencial de movilización para presionar a fin de lograr cambios legislativos que favorezcan a la fuerza de trabajo o para actuar de manera rápida y eficaz cuando es necesaria la asistencia humanitaria».

Pero ¿el fin social –loable, debido, necesario– justificaría cualquier medio políticamente decidido y formalizado mediante el poder de autoridad legislativa excepcional y en la medida establecida por tal saber (de expertos/as)-poder (público), por servir al bien común, fijado únicamente por aquel? No voy a responderla

directamente, queda claro que es retórica. Me interesa más argumentar, sobre casos, la urgente e importante necesidad de abrir este debate de forma seria también en sede jurídico-laboral. Por supuesto, no comparto la convicción de que no es tiempo para ello, que hay que esperar. Como tampoco creo que esta legislación de excepción socialmente orientada sea inocua para un buen número de derechos laborales (dejo de lado, en este momento, todo lo que tiene que ver con las medidas de Seguridad Social, la gran «paganini» de la crisis, conforme a su clásico papel de instrumento fundamental de amortiguador social e inversión productiva; no tengo ningún reproche al respecto desde este punto de vista). De ahí el enfoque central de este editorial, aunque no sea tampoco el espacio adecuado para afrontarlo con la profundidad que merece, de lo que habrá tiempo, en efecto, y en las páginas de próximos números iremos abordándolo, simultáneamente a los enfoques de «pura» actualidad sociolaboral (nuevas leyes de urgencia).

¿El fin social justificaría cualquier medio decidido y formalizado mediante el poder de autoridad excepcional?

Sin embargo, tampoco se puede dejar pasar, no solo por su trascendencia teórica, sino por su extrema relevancia práctica. Justamente por esta significación práctica querría rebajar la temida enjundia de estas cuestiones y ahuyentar el riesgo de deriva especulativa, acogiendo el método de la ilustración con casos concretos, pero de valor sistémico, como gusto hacer en esta sede (y, en general, en mis reflexiones jurídicas, las estrictamente ideológico-políticas son para otras tribunas, incluidas las redes sociales, en las que igualmente me muevo). Voy a elegir tres, de eminente significado jurídico-laboral, aunque desborde ese ámbito, y sin perjuicio de que haya otros –muy difundidos en la dramática actualidad de nuestro país– de índole público (penal, contencioso-administrativo) y privado (civil), que permitirían un análisis muy similar, en los que quizás reparemos con más detalle en próximos números, por tanto, en otro momento.

Pese a ello ofreceré, más sucintamente, algunas experiencias civiles, pero de índole social, que también ilustran que este cacareado y exhibido «enfoque de gestión de derechos humanos» frente a la tragedia pandémica tiene más de una falla. De ahí el reclamo a ese riesgo de doble abismo de colapso jurídico-institucional al que antes apelaba: de un lado, creer-justificar que la autoridad gubernativo-legislativa de excepción lo puede todo (prohibir, suspender, restringir) si está bien intencionada, en aras de bienes de interés común [ex artículo 128 de la CE](#) (sacrificio de ciertos derechos de libertad y dignidad individual); de otro, creer que toda política en este contexto socialmente deseable es económicamente posible (principio de universalización de la protección suficiente, al margen de su sostenibilidad económico-financiera). Aunque, en este punto, no comparto buena parte de sus reflexiones, de mucho interés doctrinal resulta la opinión vertida al respecto en el artículo periodístico

de referencia de don [Manuel Aragón](#), crítico con la deriva cesarista del poder ejecutivo en el estado de alarma (no estará de más recordar que fue propuesto por el PSOE, en su día, e incluido en el «bando progresista» del TC).

9. La habilitación para la prórroga decretal, por un número de veces indefinido en la ley, más allá de 3 meses después de levantada la alarma, de la preferencia por el teletrabajo es el primer ejemplo elegido. Esta regulación acumula numerosos vicios de técnica jurídica. El [artículo 15 del RDL 15/2020](#) ilustra bien este vicio sistémico relativo a la saturación cualitativa del orden jurídico laboral común, con deriva hacia lo que denomino «situación de peligro de colapso interpretativo del sistema en sí», a raíz de la extensa e intensa presión sobre él por la incesante e invasiva legislación de excepción anti-COVID-19.

La prórroga decretal, por un número de veces indefinido en la ley, de la preferencia por el teletrabajo, el primer ejemplo de antinomia

Como voy a intentar acreditar, la solución no solo tensa el orden jurídico ordinario, incluso comunitario, en el estado de alarma. Más allá, con una inquietante vocación de continuidad, sobreviviría a su causa excepcional. De ahí que devenga desproporcionada, salvo que se quiera –otra cosa es que se pueda– cambiar la naturaleza de esta alternativa forma de empleo y de organización del trabajo basada en la tecnología digital, aún inserta en el viejo trabajo a domicilio, convirtiéndola en un auténtico mito.

No volveré aquí sobre los aspectos críticos de la regulación del [artículo 5 del RDL 8/2020](#). Fueron subrayados en el [anterior editorial](#). Se destacó su configuración obligatoria, al menos en forma aparente, no solo para el empleador, sino para la persona trabajadora, salvo que choque con los referidos límites de factibilidad de un mandato legal (posibilidad técnica, razonabilidad organizativa). Sin embargo, el teletrabajo se ordena jurídicamente (en normalidad) bajo el principio de voluntariedad, de conformidad con la doctrina jurisprudencial ([STS de 11 de abril de 2005, rec. 143/2004](#)), fijada sobre la base del referido principio comunitario de voluntariedad en relación con la prohibición de novación de modalidades contractuales sin consentimiento ([art. 13 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#), respecto del [Acuerdo Marco europeo de 16 de julio de 2002](#) –recibido en nuestro sistema convencional en 2004–). Por lo tanto, su prórroga, varios meses más allá del fin del estado de alarma, hace mucho más difícil justificar la fuerte presión que genera en el sistema jurídico-laboral. La razón de ser basada en su uso como medida preventiva de índole organizativa y alcance colectivo (preferente, [conforme al art. 15 Ley de prevención de riesgos laborales –LPRL–](#), a las individuales; también el permiso retribuido recuperable), si ya es de dudosa legitimidad –de obligada aceptación para el empleador, en virtud de la decisión de autoridad gubernativa– aun en estado de alarma, entiendo que perdería su justificación, o, en todo caso, devendría desproporcionada, si se mantiene no solo finalizada la emergencia sanitaria (estado de alarma), sino muchos meses después.

Este precepto legal es ilustrativo del cúmulo de vicios de técnica jurídica que alimenta esta deficiente legislación de excepción. A las lagunas (no regula un buen número de temas, de gran complejidad –por ejemplo, compensación de gastos de energía utilizada, horas extras, qué sucede con la obligación de registro horario ex [art. 34.9 ET](#), desconexión digital fuera de horas de trabajo, difuminándose la diferencia cuando se está en el domicilio, etc.–) y antinomias (no solo devalúa el principio de voluntariedad, también el de protección eficaz de la seguridad y la salud en el trabajo ex arts. 14 y 16 LPRL), suma otros. Alguno, como el de la total oscuridad en su redactado, quizás puede parecer banal en el contexto crítico que analizamos, pero teniendo en cuenta que la calidad de la norma ayuda a su eficacia, habría que exigir más cuidado.

La norma dice así:

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo de la disposición final décima, del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, se prorroga lo establecido en los artículos 5 y 6 de dicha norma. El contenido de estos artículos se mantendrá vigente durante los 2 meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, modificado por la disposición final 1.17 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. [...]

La pregunta que surge de inmediato, al estilo de un desafío casi matemático de los que tanto circulan estos días en las redes sociales, es: ¿cuánto tiempo de vigencia tiene, entonces, la regulación del teletrabajo decretado por crisis sanitaria? Habrá que hacer la suma, yendo a las diferentes normas remitidas formalmente, a modo de jeroglífico digno de la celeberrima película de los hermanos Marx. Así, resultaría:

$x \text{ (finalización del estado de alarma: incógnita que solo puede despejar el Gobierno)} + 1 \text{ mes adicional (por precaución)} + 2 \text{ meses adicionales (por decisión de autoridad)} = x + 3 \text{ meses}$

¿No había otro modo de formularlo ante tan atropellada e incesante legislación? Sí, claro. Al respecto, cómo no rememorar una de las más célebres lecciones de Juan de Mairena, en su clase de Retórica y Poética (Antonio Machado, *Sentencias y donaires*):

–Señor Pérez, salga usted a la pizarra y escriba: «Los eventos consuetudinarios que acontecen en la rúa».

El alumno escribe lo que se le dicta.

–Vaya usted poniendo eso en lenguaje poético.

El alumno, después de meditar, escribe: «Lo que pasa en la calle».

–No está mal.

A mi juicio, la versión lingüística inteligible de la norma para la ciudadanía podría ser: «De acuerdo con la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020 [...] se proroga lo establecido en sus artículos 5 y 6. Estos artículos se mantendrán vigentes durante los 3 meses siguientes al fin del estado de alarma».

Puro prurito lingüístico, se dirá; quizás. No obstante, vamos a su semántica: ¿la suma da 3 meses? No necesariamente. ¿Cuánto tiempo, entonces? Solo el Gobierno lo sabe, solo él lo decide: «En atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto». Aquí emerge otro vicio jurídico, típico del principio de autoridad frente al principio de legalidad (la soberanía reside en el Parlamento, clave del principio democrático): la deslegalización reguladora. Toda la legislación de excepción está plagada de remisiones a niveles de regulación inferior, invirtiendo la pirámide kelseniana de las fuentes (primero los «criterios de sótano ministerial», luego los reglamentos, después la ley, en su forma de decreto-ley y, solo en último lugar, la Constitución, que es la gran sufridora, si bien con la excusa de defender otros bienes constitucionales prevalentes, colectivos).

En suma, ¿cuánto durará la preferencia forzada del teletrabajo? Lo que estime mejor el Gobierno. ¿Mejor en función de qué? De las «circunstancias» que él decida. Como sentenciara el texto evangélico (Mateo 6: 25-34), «el día de mañana traerá su afán» («y basta a cada día su propio mal»), será el poder-saber gubernamental el único competente para desvelar en cada tiempo el –erráticamente redescubierto– afán de teletrabajo, devenido mítico. Todo hasta que esté el Gobierno en condiciones de establecer una nueva regulación legal (ya anunciada) más acorde con la «nueva normalidad» perseguida, esto es, con el «nuevo derecho» querido. En tanto, la regulación actual presiona hasta el límite, y desborda, los límites jurídicos, además de los de factibilidad, puesto que resulta absolutamente inconcebible que se puedan garantizar los derechos básicos de millones de personas trabajadoras «obligadas» a asumir esta forma de organización del trabajo, como el legalmente obligatorio registro horario ex [artículo 34.9 del ET](#) (¿qué convenios colectivos van a regular esta situación, como prevé el [art. 34.9?](#); ¿qué capacidad de control inspector hay, cuando se realiza en el domicilio y rige la inviolabilidad del [art. 18 CE?](#)).

¿Cuánto durará la preferencia forzada del teletrabajo? Lo que estime mejor el Gobierno. ¿Mejor en función de qué? De las «circunstancias» que él decida

10. El segundo ejemplo seleccionado de la experiencia forense más reciente nos va a permitir ilustrar la segunda dimensión de este riesgo de colapso interpretativo, los límites no del derecho al poder excepcional, sino los «límites del hecho al derecho» en excepción (aquí en emergencia sanitaria). Me refiero a la cuestión, hoy muy conflictiva, del alcance concreto de la obligación empleadora de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo ex [artículo 14 de la LPRL](#), respecto al riesgo de contagio de COVID-19 en los centros de

trabajo. En el momento más álgido de la pandemia, la insuficiencia contrastada de EPI llevó a un aluvión de demandas en busca, como grito desesperado, de una orden judicial que convierta la escasez real (desabastecimiento de un mercado salvaje internacional) en EPI concretos, a disposición efectiva de las personas trabajadoras, haciendo realidad su derecho.

Pero el problema no es solo histórico. Aunque la situación ha ido mejorando, lenta y erráticamente (medios defectuosos), la protección preventiva eficaz sigue, en muchos casos, valorándose como otra «misión imposible». Así derivaría de la ausencia de esa disponibilidad de mercado, además de las crecientes exigencias, típicas del principio de precaución (control termográfico, mascarillas adecuadas, [test rápidos](#), aislamiento social, trazabilidad digital, etc.), para una enigmática «nueva normalidad» en la era pos-COVID-19. Pese a ello, el legislador de excepción pone énfasis en la obligación empresarial de asegurar la protección de la salud laboral (por ejemplo, el [RDL 13/2020](#), para el empleo agrario).

Que el derecho no es solo «el arte de lo bueno y lo justo» (Ulpiano), sino también «el arte de lo posible», incluso en una rama jurídica tan exigente como el derecho de la seguridad y salud en el trabajo, lo reconoce –además del referido [art. 5 RDL 8/2020](#)– el propio artículo 16.3 del [Convenio 155 de la OIT](#) (y el art. 5.4 [Directiva 89/391/CEE](#), directiva marco). Establecida la obligación de protección con todos los medios «necesarios y adecuados», se condiciona a «la medida en que sea razonable y factible» y el proceso «esté bajo su control». Este doble estándar de la prevención-protección razonablemente posible de los riesgos laborales ([STS 97/2019, de 7 de febrero](#)) ha inspirado la corriente judicial que deniega medidas cautelarísimas (inaudita parte) para proporcionar EPI a los profesionales, por ser notoria su escasez y no depender de las empresas su consecución. El [Auto de la Audiencia Nacional 18/2020, de 6 de abril](#) –entre otros–, sigue este enfoque posibilista de la Sala Contencioso-Administrativa del TS, luego parcialmente corregido (el Auto del TS –[ATS–, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2020, rec. 91/2020](#), asume ahora que la Administración debe hacer más para proveer al personal de EPI, si bien le da un margen de tiempo amplio –15 días– para que le vaya informando de su grado de cumplimiento). A su entender, la decisión judicial de inmediatez carecería de «utilidad», pues no permite «ejecutividad al convertirse en una obligación de hacer imposible de cumplir en estos momentos» (FJ 5.º). Eso sí, sustituye la garantía de efectividad de la obligación jurídica de protección de la salud por una obligación moral de aplauso social e institucional.

El derecho no es solo «el arte de lo bueno y lo justo» (Ulpiano), sino también «el arte de lo posible», incluso en el derecho de la seguridad y salud en el trabajo

Este ajuste de las obligaciones preventivas a la «medida de lo posible» ([art. 2.2 directiva marco](#)) y la necesaria atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales para fijar el alcance concreto de la obligación preventiva forman parte del acervo jurisprudencial europeo. Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el derecho nacional puede contemplar situaciones de excepcionalidad y gravedad que restrinjan el

alcance de las obligaciones preventivas, en aras de bienes colectivos, como la seguridad y la vida. Así lo reafirma, con fuertes condicionantes, la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2020, asunto C-211/19](#).

Sin embargo, aun conociendo y citando esta doctrina, el mismo hecho notorio de la insuficiencia de medios de protección por la escasez actual en el mercado y la dificultad de la Administración, y de las empresas, de disponer de manera inmediata de EPI es valorado de forma opuesta por otra corriente judicial en el orden social, sin que la Sala Social del TS tenga competencia para fijar una posición común para las medidas cautelares (el [ATS de 6 de abril de 2020, rec. 2/2020](#), ha rechazado su competencia funcional en este asunto, sin entrar en la cuestión de la competencia material, que asume para el orden social, con lo que conocen dos órdenes de una misma materia –una profunda sima en el [art. 2 e\) Ley reguladora de la jurisdicción social](#)–). A su juicio, el derecho no sabe de posibilidad o imposibilidad de mercado, sino solo de reconocimiento de garantías y derechos (por ejemplo, Auto del TSJ –ATSJ– de Cataluña 15/2020, de 16 de abril), de modo que no sería competencia judicial:

[...] declarar la prioridad que las autoridades gubernativas han de establecer en orden a distribuir los equipos de protección de las personas trabajadoras, ni pronunciarnos sobre su eventual escasez, sino garantizar la seguridad y salubridad en el desarrollo de la actividad laboral, tanto en situación de normalidad, como en la excepcional que en la actualidad concurre.

En sentido análogo, los AATSJ de Cataluña de 2 de abril de 2020, demanda 8/2020, para la policía autonómica; Madrid de 1 de abril de 2020, rec. 318/2020; País Vasco de 15 de abril de 2020, demanda 4/2020, para el personal sanitario, si bien ha dictado análogos para la policía autonómica vasca; o Auto del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de 6 de abril de 2020, rec. 239/2020, etc.).

No podemos profundizar aquí más en esta intensa polémica judicial, que tendrá más de un nuevo capítulo en la época pos-COVID-19. Pero sí merece la pena reseñar dos aspectos de esta corriente fuertemente convencida del poder del derecho –incluso de convertir la escasez en suficiencia–. De un lado, se considera que la única posibilidad de imponer un «deber de sacrificio» del derecho fundamental a la protección eficaz en materia de prevención de riesgos de las personas trabajadoras es que fuese «suspendido» o «limitado» por el estado de alarma, lo que podría haber sucedido conforme a la [Directiva 89/391/CEE](#) (incluso conforme a los arts. 2 y 5 [Convenio Europeo de Derechos Humanos –Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de julio de 2014, caso Brincat y otros c. Malta–](#)), y no habría sucedido así. De otro, hace la siguiente advertencia, respecto del [artículo 116.6 de la CE](#): «[...] la declaración de los estados de alarma [...] no modifican el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes».

Otro trascendental aviso a navegantes. Esta vez no del legislador a los destinatarios, sino del intérprete institucional a la autoridad gubernativo-legislativa, evidenciando que,

en la democracia constitucional, frente a la dictadura constitucional (Carl Schmitt), la autoridad está siempre sujeta a los principios constitucionales, en especial de seguridad jurídica –este brillará por su ausencia en la legislación de excepción anti-COVID-19– y de responsabilidad, prohibiendo la arbitrariedad. Pero, de este modo, el debate jurídico-

laboral entra de lleno en el debate más general de orden constitucional, incluso jurídico –lo que echo de menos por las razones que ya apunté–, relativo a si la legislación de excepción en la emergencia anti-COVID-19, así como en sus múltiples desarrollos y aplicaciones, puede o no introducir tales limitaciones en los derechos fundamentales (única facultad restrictiva reconocida constitucionalmente al poder en alarma) que, *de facto*, devengan auténticas suspensiones (solo permitidas al poder extraordinario del Gobierno en estado de excepción).

De este modo, el debate jurídico-laboral entra en el debate constitucional relativo a limitaciones en los derechos fundamentales que, *de facto*, devengan suspensiones

11. Entramos, así, en el tercer ejemplo elegido, de máxima actualidad y pleno simbolismo en el mes de mayo, para acreditar mi inquietud sobre el riesgo de saturación o colapso sistémico del orden jurídico-laboral, como una expresión más de la propia mutación constitucional que, *de facto*, entraña una legislación de excepción tan abrumadora, incesante y contradictoria como la que prolifera para hacer frente al COVID-19. Se trata de la tensión que se ha producido entre el deber constitucional del poder gubernativo de proteger la salud pública (arts. 15, 40 y 43 CE) y el derecho fundamental de reunión y manifestación (art. 21 CE). Un conflicto añadido a la larga saga en esta emergencia y que suele resolverse con lógicas prohibicionistas y suspensivas de derechos fundamentales.

Me permitiré, antes de exponer el nudo judicial de este conflicto entre la legislación de excepción y el orden constitucional-laboral, hacer un breve recorrido por el contexto general, que ayuda a comprenderlo mejor. En España, al igual que en Italia, y a diferencia de otros países euro-

peos (Alemania), las prevalencias de los principios de interés colectivo sobre el liberal, y de autoridad sobre el democrático, en buena medida, han hecho derivar el estado de alarma en «estado de histeria prohibitiva», desbordando el artículo 116 de la CE. La salud pública, en un contexto de máximo temor gubernativo al contagio, una vez se pasó de una fase inicial de banalización a otra de confinamiento máximo (ley del péndulo tan característica), ha mutado en el valor absoluto, en cuyo altar el sacrificio de todo valor jurídico que lo pueda poner en riesgo se justificaría. La regla axial del distanciamiento social tiende a la identificación con lo colectivo, dejando en un segundo plano lo individual, salvo para realizar actividades económicas, esenciales en un primer momento, y ahora también no esenciales.

España ha hecho derivar el estado de alarma en «estado de histeria prohibitiva», desbordando el artículo 116 de la CE

En ciertos casos, ese primado, en pandemia de COVID-19, de lo colectivo-prohibitivo sobre lo individual-liberal, y de lo gubernativo sobre lo democrático, puede tener justificación. Por supuesto en el ámbito económico y laboral, a favor del bien social empleo, o vivienda (por ejemplo, limitaciones para despedir, sin que haya una auténtica prohibición ni el límite a la libertad de empresa sea desproporcionado; límites al ejercicio de facultades del arrendador, sin que se desborden los canales constitucionales). También en lo civil-administrativo (limitaciones para la libertad circulatoria; órdenes de confinamiento o aislamiento de contagiados, e incluso de asintomáticos –como se propone para la desescalada–, con apercibimiento sancionador; incluso en el acceso a datos de tipo personal a través de controles tecnológicos, si se limitan al fin de la gestión del riesgo de contagio y respetando la normativa de protección de datos, etc.). Pero en otros casos, la protección de la salud pública no puede ser la patente de corso gubernativa, yendo más allá de lo estrictamente necesario y sacrificando por completo el valor y el derecho fundamental en juego que colisiona con el valor de la eficacia y el de la precaución sanitarias.

Hay casos con relevancia laboral, pero no solo, que ilustran ese excesivo celo prohibitivo (por ejemplo, prohibición del trabajo de entrenar, individualmente o en grupo, pero con distanciamiento social, a los [profesionales y clubes de fútbol](#) en lugares titularidad del club, no en espacios públicos). Pero los casos más conocidos, y sin duda límite, son de índole cívico-administrativo y cívico-social. Algunos ilustran muy bien esa tensión entre la legislación de excepción y, sobre todo, su aplicación y el orden constitucional, que se ve saturado, desbordado, evidenciando tal cúmulo de contradicciones que incluso unas autoridades entran en colisión con otras.

No tengo posibilidad aquí de dedicarle la mínima atención que merecen, evidenciando cómo se ha actualizado en más de una ocasión la deriva del estado constitucional de alarma en un estado policial, autoritario y paternalista al tiempo, desviado respecto del principio liberal y democrático que también alienta nuestro orden constitucional, clave en el desarraigo de viejos tics autoritarios del pasado (o eso creemos). Solo puedo dejar constancia de algunas muy señeras, unas manifestadas estrictamente durante la época más álgida de la pandemia, finalizando con el estado de alarma, y otras que tendrán un recorrido pos-COVID-19 mucho más profundo, también en sede judicial. Un claro ejemplo de que la prohibición se ha instalado en el orden (caótico) jurídico y social de alarma, amenazando con ser uno de los grandes fiascos, es la espada de Damocles que se cierne sobre las sanciones por inobservancia del deber de cooperación cívica con las órdenes de confinamiento.

De un lado, se han tramitado ya más de un millón de denuncias al respecto, sin que haya posibilidad real de tramitarlas, por la carencia de medios (límite de lo posible). De otro, el propio Ministerio de Justicia, a través de la Abogacía del Estado (en un informe muy

De un lado, se han tramitado ya más de un millón de denuncias sin que haya posibilidad real de tramitarlas. De otro, el propio Ministerio de Justicia ha dejado en evidencia jurídica al Ministerio de Interior

elaborado jurídicamente), ha dejado en evidencia al Ministerio de Interior, y de paso a las deficiencias de la regulación de alarma en este aspecto. El Ministerio de Interior se defiende con una Guía de sanciones, manteniéndose en sus trece («sostenella y no enmendalla»), de modo que el solo incumplimiento de la norma del estado de alarma debe considerarse, en sí, «desobediencia a las órdenes del Gobierno», por su notoriedad a la población, al difundirse en prensa. En tanto, la «verbena de criterios judiciales dispares» ya ha comenzado, en su vertiente penal, de modo que mientras en unos juzgados de instrucción se aplica el delito de resistencia, incluso traen a colación medidas cautelares que parecen más bien sacadas de la noche oscura medieval, como el «[destierro](#)», otros no (el juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pontevedra, en el [Auto de 16 de abril de 2020, proc. 396/2020](#)).

Otra manifestación de este extremado celo prohibitivo, en aras del bien colectivo de la salud pública con sacrificio absoluto de derechos fundamentales individuales, es la decretada muerte en soledad. Esta no solo generó un doble dolor (sufrimiento), pues a toda agonia del tiempo postrero se suma la falta de proximidad de un ser querido, no porque no exista, sino porque se prohibió, sino el desconocimiento del derecho fundamental a la buena muerte, a la muerte digna ex [artículo 10 de la CE](#). Así lo evidenció el Comité de Bioética de España, órgano asesor del Gobierno ([Declaración sobre el derecho y el deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con COVID-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad](#)), que pidió al Gobierno que cambiara esa decisión.

Otra manifestación de este extremado celo prohibitivo es la decretada muerte en soledad

No puedo adentrarme aquí más en este ámbito cívico-social, pero sí dejar constancia de que llovía sobre mojado, pues debe recordarse que el primado de lo gubernativo-colectivo determinó que algunos servicios sanitarios, ahogados por la presión asistencial con contagios graves en aumento, tuvieran que adoptar prioridades de atención, según la edad –resultando perjudicadas las personas de mayor edad–. Pese a que ha habido todo tipo de posiciones al respecto, alentando un cierto [movimiento cívico-cultural crítico](#), lo cierto es que el Ministerio de Sanidad se vio obligado a elaborar un criterio que dejara claro el derecho a la atención sanitaria al margen de la edad ([Informe de 2 de abril de 2020 sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia](#)). Con ello, se evidenciaba la necesidad de recordar lo obvio: lo jurídico (el límite insuperable de protección del estado de dignidad humana individual, al margen del cálculo –económico– colectivo) limita lo político (la decisión de distribución de bienes asistenciales escasos conforme al valor de la eficiencia).

Esta mezcla de histeria prohibitiva y de paternalismo también amenazaba –y amenaza– el futuro. Así, se proyectaría (dejo para otro momento la deriva hacia el estado policial digital) en el momento de la salida para las personas de más edad, dejándolas más tiempo confinadas. Esa primera intención gubernativa, ante la presión social, ha cedido, y también las personas ancianas pueden salir, aunque en horarios diferentes. No habría sido

«graciosamente concedido» por la magnánima autoridad al mando (esa célebre, tanto como inexistente, «guerra contra el coronavirus», errada metáfora de gran rédito político). Ha sido «conquistado», a través de la presión social, [más necesaria en unos países, menos en otros](#).

Llego así al final del contexto de mutación del oficial estado de alarma en otro fáctico de excepción. Los últimos ejemplos de deriva hacia el estado de celo prohibitivo-suspensivo me dan el pie perfecto para afrontar el citado conflicto constitucional-laboral que acreditaría mi crítica a esta visión tan restrictiva de derechos fundamentales en el momento aplicativo de la legislación excepcional anti-COVID-19. Conocíamos hace unos días que colectivos de *riders* (los repartidores a domicilio a través de plataformas digitales) habían visto rechazada, por la autoridad gubernativa, su solicitud de manifestación el 1 de mayo. Diversos sindicatos, con una misma o análoga pretensión, sufrieron el mismo rechazo, por la misma razón: primero la salud (como en el bolero). Pues bien, de nuevo, la diversidad interpretativa está servida.

Ante este conflicto, especialmente simbólico por la fecha tan conmemorativa en que se produce –antesala del 1 de mayo–, el ATC de 30 de abril de 2020 inadmitió –aunque hubo una fuerte discusión interna– el primer recurso de amparo planteado al respecto, confirmando la negativa del ejercicio del derecho de reunión y de manifestación

El ATC de 30 de abril de 2020
confirma la negativa del ejercicio del
derecho de reunión decretada por la
autoridad gubernativa

ex [artículo 21 de la CE](#) decretada por la autoridad gubernativa en Galicia y avalada por la STSJ de Galicia, Sala Contencioso-Administrativa, 136/2020, de 28 de abril. Para el TC español, una vez recordada su doctrina en materia de estado de alarma ([STC 83/2016](#)), e incluso citada la Sentencia del TC Federal alemán de 15 de abril de 2020, la prohibición del ejercicio del derecho de reunión y manifestación para conmemorar el 1 de mayo no resulta contraria al orden constitucional, porque debe primar el interés público a la prevención frente al riesgo de contagio (la salud y la integridad como valores preferentes) en un escenario de alta incidencia del mismo, como sería Vigo (argumento realista). Si bien el derecho se reconoce en el estado de alarma, se valora proporcionada la prohibición, al no quedar garantizado el valor de la prevención del riesgo de contagio con las medidas previstas. Sin perjuicio de un análisis de mayor calado en ocasiones futuras, esta doctrina constitucional deja en evidencia la aporía que esta distinción crea, de modo que un estado de alarma puede terminar provocando, en los hechos, las mismas consecuencias suspensivas en derechos fundamentales que en excepción.

Por fortuna, no todos los niveles judiciales tienen la misma comprensión del conflicto. La STSJ de Asturias, Sala Contencioso-Administrativa, 151/2020, de 30 de abril, sí ha reconocido el derecho de manifestación para la misma fecha –1 de mayo– y objeto que el

La STSJ de Asturias, Sala Contencioso-
Administrativa, 151/2020, de 30 de
abril, sí ha reconocido el derecho
de manifestación para el 1 de mayo

asunto anterior, ponderando la existencia de suficientes garantías de prevención (distanciamiento social individual) del riesgo de contagio sin sacrificio total del derecho constitucional fundamental. Este –bien fundado– pronunciamiento, en línea más con la doctrina constitucional alemana que con la española, sobre el criterio de interpretación favorable al derecho fundamental, considera que no es legítima una prohibición absoluta del derecho, si la imposición de condiciones que permitan el ejercicio de aquel respetando los imperativos de prevención del contagio. Por eso concluye que:

Deberá estar limitada, conforme a lo comunicado por la entidad convocante, a la participación de sesenta ciudadanos, en vehículo particular, cubierto, turismo, con un único ocupante en cada uno, sin que sea admisible la participación en otro tipo de vehículo no cubierto, esto es, motocicleta o bicicleta, por la posibilidad de contagio al exterior [...].

Esta sentencia cuenta con un sugerente voto particular en el que se pedía a la sala que plantease cuestión de inconstitucionalidad contra el [artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020](#) (declara el estado de alarma), pues, a su juicio, la prohibición gubernativa no obedece tanto a una interpretación rígida de la legislación de excepción, sino más bien a esta misma. Este razonado voto particular intenta abrir, pues, la caja de Pandora, aunque, de momento, fallidamente. No obstante, como se decía, [la posición del TC no es monolítica](#). Veremos.

12. Este último ejemplo (pero los demás aquí esbozados también) evidencia que vivimos una situación de perniciosa inversión de los términos constitucionales, pues el régimen jurídico de libertad con límites excepcionales (legales) se ha tornado en otro de [confinamiento dentro de los domicilios con algunas excepciones](#) (gubernativas). Por eso, son cada vez mayores las sombras jurídicas que se ciernen sobre la adecuación de un creciente número de aspectos de las leyes de excepción anti-COVID-19 a los límites jurídicos, así como, sobre todo, de un buen número de sus aplicaciones. Los ejemplos se multiplican a cada paso, también en la desescalada, sin que, a mi juicio, la loable finalidad social justifique la enorme presión contra el sistema, jurídico y no solo. Ejemplo postrero de esta devaluación del derecho a legalidad administrativa (la legislación de emergencia como pura legalidad de subsuelo gubernativo sin derecho), el anuncio, por nota informativa ministerial, de la compatibilidad de la prestación extraordinaria por cese de actividad de las personas trabajadoras autónomas con la actividad.

Ciertamente, aunque excepcional, no es extraño. El [RDL 13/2020](#) ya la establece para facilitar mano de obra en el campo –pese a todo, está resultando poco eficaz, configurándose como la única alternativa sólida regularizar a miles de inmigrantes en situación irregular–. No sorprende que, pues, para facilitar el reinicio de la actividad, en condiciones tan complejas, como las que fija la desescalada, se consienta que quien cobra una prestación por cese de actividad la mantenga pese a reanudarla. Mi crítica no es al fondo –aunque

tiene altos costes para la ciudadanía– sino a la forma, ¿sin reforma legislativa que fije la compatibilidad se puede llevar a cabo? Para el Gobierno, sí, todo es posible, si así lo decide en aras del bien común.

Pero no es este el peor vicio jurídico. Su prolongación, intensidad y gran cúmulo de vicios de técnica jurídica diluyen las fronteras entre la alarma y la excepción. Por supuesto, la Constitución no carece de varios caballos de Troya, que introducen y validan el principio de autoridad en el funcionamiento del Estado de derecho, limitando el principio democrático. Pero tampoco está ausente la idea del límite, si bien, cuando se ejercita con una fuerza tan invasiva, como hace la legislación anti-COVID-19, diferenciar entre restricción y suspensión se torna cada vez más difícil, hasta revelarse o imposible o irrelevante, porque es tal la restricción que resultan equivalentes en la pérdida de efectividad de derechos. Aquí se han expuesto algunos ejemplos, dentro y fuera del ámbito laboral. No es cuestión de insistir.

Para cerrar este análisis –primero, pero no de urgencia–, bien podría ilustrar un sugerente cuento este riesgo de caos interpretativo al que nos aboca la legislación de excepción. Está narrado por uno de los mayores filósofos legistas chinos (cómo no), muy conocido por sus ponderados ensayos sobre los gobiernos autocráticos y los gobiernos por la ley, Han Fei Tzu (o Han Feizi, versión romanizada del chino), en su *Tratado de filosofía* (difundido con su nombre romanizado) del siglo III antes de Cristo (leído en la novela de Juan Gómez-Jurado *Reina Roja*). Dice así:

Un hombre intentaba vender, en el mercado, una lanza y un escudo. Los potenciales compradores preguntaban, una y otra vez:

–¿Cómo de buena es tu lanza?

–Inmejorable, ¡podría perforar cualquier escudo que se le interpusiera!

–¿Y tu escudo, cómo es de bueno?

–No lo hay mejor, ¡impenetrable para cualquier lanza!

–Entonces ¿qué crees que ocurriría si tu impenetrable escudo fuese atacado por tu infalible lanza?

Compungido, entonces, el hombre calló, no supo qué contestar.

Las sombras crecen. Y el problema no es solo de presente, o de pasado epidémico, en la medida en que amenaza también el futuro. Más de un aspecto de esta legislación, que como excepcional no debería crear derecho con vocación de permanencia, sino tener fecha de caducidad (por ejemplo, el nuevo concepto artificial de fuerza mayor impropia parcial ex [art. 22 RDL 8/2020](#), tras la [reforma por RDL 15/2020](#), pretende [dar salida a necesidades de flexibilidad empresarial y de](#)

*Las sombras jurídicas (y socioculturales)
crecen y amenazan también el futuro*

[seguridad del empleo](#)), evidencia su voluntad de perdurar. Técnica y socialmente, tal pretensión abre notables e inquietantes interrogantes.

El coronavirus está sometiendo a durísimas pruebas de resistencia y capacidad a todo nuestro sistema, desde luego jurídico, pero también cultural. El éxito de países asiáticos en su lucha contra la misma pandemia impulsa, sobre la primacía de lo colectivo sobre lo individual, una deriva hacia el estado policial, tanto a la vieja usanza (prohibiciones), cuanto a la moderna (control tecnológico mediante una creciente bio-psico-política digital). Si la digitalización nos embriaga por su promesa de más eficacia en la gestión, pese al favor europeo por la libertad y por el derecho de protección de datos, el principio de prevalencia de lo colectivo (socialización de los daños por no prevenir los riesgos) tendría como contrapartida la recuperación de una vieja idea: la autoridad te protege, tú, ciudadano, obedeces, por lealtad y patriotismo. La [conciencia crítica](#) se desvanece ante el miedo no solo a la libertad, sino ante la sola idea de riesgo.

Como enseña nuestra parábola de la lanza y el escudo: ¿puede la lanza de lo colectivo (salud) contra el coronavirus atravesar el escudo de los derechos y libertades individuales de las personas –trabajadoras, pero no solo–?

¿Puede el doble escudo sanitario-social resistir la lanza de las libertades individuales? A mi juicio, no podemos dejar el necesario cambio en manos del virus ni tampoco de la legis-

lación excepcional. Es hora de reclamar la restauración de nuestros derechos y libertades, también en el ámbito laboral, sin que quepa aceptar un bienestar sin derecho, una legalidad a golpe de decreto –sea ley o no–. En última instancia, lo que este inmenso drama, no solo nacional, sino mundial, en parte natural (virus), en parte fabricado (las deficiencias de gestión), nos revela es, como ya afirmara Naoni Klein, que: «En momentos de crisis, la población está dispuesta a entregar un poder inmenso a cualquiera que afirme disponer de la cura mágica».

[¿Puede el doble escudo sanitario-social resistir la lanza de las libertades individuales? A mi juicio, no podemos dejar el necesario cambio de modernidad en manos del virus ni de la legislación excepcional](#)

El colmo de la tragedia es que esa cura mágica no existe y, de existir, es muy costosa, en términos económicos, sociales, morales y, como vemos, jurídicos.

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2020). La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 5-30.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y Seguridad Social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Entra en <https://tienda.cef.udima.es> y consigue tu libro

Tu currículum no dice que

TE SACASTE EL GRADO MIENTRAS CUIDABAS A TU HIJO.

En la UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

DESCUENTO ESPECIAL EN GRADOS. MATRÍCULA ABIERTA