



Monográfico sobre la Covid-19

**REVISTA DE ESTUDIOS
JURÍDICO LABORALES Y
DE SEGURIDAD SOCIAL**

**revista semestral
octubre 2020**

REJLSS

ISSN 2660-437X

1

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

MAYO-OCTUBRE 2020

PRESIDENTE

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

DIRECTOR

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

COORDINADORA GENERAL

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

SECRETARIA GENERAL

Estepanía González Cobaleda

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

José Luis Ruiz Santamaría.

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica especializada de acceso libre, abierto y gratuito. Editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) desde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocer trabajos, originales, inéditos y dedicados a las materias que sean propias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Se trata, en definitiva, de una revista interuniversitaria que se dirige a profesores universitarios, investigadores, estudiantes, abogados, graduados sociales, asesores y personas en general interesadas en los estudios jurídico-laborales, cuya finalidad consiste en promover la investigación y la actualización académica y profesional dentro de su especialidad.

DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN <http://www.revistas.uma.es/index.php/REJLSS>



Esta revista es una publicación de periodicidad semestral, con dos números ordinarios por año (además de los números extraordinarios) que cubren los períodos mayo-octubre y noviembre-abril, editada en formato electrónico.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Tribuna de actualidad
- Reseñas normativas
- Reseñas bibliográficas

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENCIA

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

DIRECCIÓN EJECUTIVA

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

COORDINACIÓN GENERAL

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España)

COORDINACIÓN DE PUBLICACIONES

María Salas Porras

Profesora Titular (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

SECRETARÍA GENERAL

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)



Estefanía González Cobaleda

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

VICESECRERATÍA GENERAL

Maria Rosa Vallecillo Cámez

Profesora Titular (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)

CONSEJO ASESOR

VOCALES

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada (España). Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Rosa Quesada Segura

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada (España)

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla (España)

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Complutense de Madrid (España)

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona (España)

María José Romero Ródenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Adriana Topo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Università degli Studi di Padova (Italia)



Marco Espósito

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

Paola Bozzao

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Riccardo Del Punta

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Firenze (Italia)

Ángel Luis De Val Tena

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza (España)

Juan García Blasco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza (España)

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

Jordi García Viña

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Barcelona (España)

María Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Jaume I de Castellón (España)

Inmaculada Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Jaume I de Castellón (España)

Stefano Bellomo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

Franco Scarpelli

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

Carmen Elena Domínguez Soto

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile).

Francisco Tapia Guerrero. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio Márquez Prieto

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)



CONSEJO DE REDACCIÓN

VOCALES

Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia (España)

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga (España)

María Iluminada Ordóñez Casado

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

Stefano Bini

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Córdoba (España)

Sara Guindo Morales

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada (España)

Silvia Fernández Martínez

Investigadora postdoctoral contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alcalá (España)

Enea Ispizua Dorna

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad del País Vasco (España)

María del Carmen Macías García

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

Jorge Baquero Aguilar

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

José Antonio Rueda Monroy

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Málaga (España)

María Fátima Poyatos Chacón. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga (España)

María del Pilar Ciménez Murugarren. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga (España)

María Rosa Martín Muñoz

Profesora contratada predoctoral.
Universidad de Granada (España)



Antonio Megías Bas

Profesor contratado predoctoral.

Universidad de Murcia (España)

Francisco Xabiere Gómez García

Profesor contratado predoctoral.

Universidad de León (España)

Matthieu Chabannes

Profesor contratado predoctoral.

Universidad Complutense de Madrid (España)

Conzalo Narváez Turci

Doctorando del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga (España)

Shelagh McKenzie

Abogada Internacional (Reino Unido)

COORDINACIÓN GENERAL

Salvador Perán Quesada

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

SECRETARÍA GENERAL

Francisca Moreno Romero

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid (España)

SECCIÓN JURISPRUDENCIA

COORDINACIÓN GENERAL

Francisco Lozano Lares

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

SECCIÓN TRIBUNA DE ACTUALIDAD

COORDINACIÓN GENERAL

Marina Fernández Ramírez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)



COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

VOCALES

Miguel Ángel Almendros González

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada (España)

Isabel María Villar Cañada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Jaume I de Castellón (España)

Guillermo Rodríguez Iniesta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Murcia (España)

Juan Antonio Maldonado Molina

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada (España)

Susana de la Casa Quesada

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

Manuel García Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

Djamil Tony Kahale Carrillo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Politécnica de Cartagena (España)

Olimpia Molina Hermosilla

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

María Inmaculada Marín Alonso

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Sevilla (España)

Natalia Tomás Jiménez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada (España)

Maria Teresa Igartua Miró

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Sevilla (España)

Daniela Da Rocha Brandão

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil)



Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Barcelona (España)

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Sevilla (España)

Raquel Vela Díaz

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén (España)

María de Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

Patricia Espejo Megías

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile). Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Aurora Adriana Vimercati

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Bari (Italia)

Lorenzo Ciasanti

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

COORDINACIÓN GENERAL

Juan Carlos Álvarez Cortés

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

COMITÉ DE GESTIÓN Y EDICIÓN DIGITAL

VOCALES

Constanza Alejandra Richards Yáñez

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile).

Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

Silvia Fernández Martínez

Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Comunidad CIELO Laboral.

Secretaria General y Responsable de la Plataforma informática de la Red Cielo Laboral.



José Erick Chávez Marín

Profesor de Derecho Internacional Público.

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Sofía Louise Martínez Martínez

Técnica de investigación de la “Cátedra de Emprendimiento Sostenible”

Universidad de Málaga (España)

Mario Millán Franco

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Trabajo Social y Servicios Sociales.

Universidad de Málaga. Miembro de la Comunidad CIELO Laboral

Jesús Avellaneda Menchón

Investigador predoctoral en la Universidad de Málaga e ingeniero informático en la empresa privada

COORDINACIÓN GENERAL

Antonio López-Quiñones García

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

* Fotografía de portada e interiores: Miguel Ángel Gómez Salado

SUMARIO

PRESENTACIÓN

Francisco Vila Tierno	12-14
-----------------------------	-------

ESTUDIOS DOCTRINALES

José Luis Monereo Pérez

POR UN NUEVO PACTO SOCIAL GARANTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA AFRONTAR LA CRISIS Y LA RECUPERACIÓN	16-83
---	-------

Cristóbal Molina Navarrete

LA PRETENDIDA “PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL” EN TIEMPOS DE COVID19: “VICIOS” DE UNA “LEGALIDAD (ADMINISTRATIVA) SIN DERECHO”	84-102
--	--------

Faustino Cavas Martínez

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19. Una apuesta insti- tucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia.....	103-145
---	---------

Héctor Omar García (Argentina)

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA: ¿Son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?	146-164
--	---------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Juan José Fernández Domínguez

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS [COMENTARIO A LA STJUE DE 19 DE MARZO DE 2020 (C-103/18 Y C-429/18), ASUNTOS SÁNCHEZ RUIZ Y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ]	166-176
---	---------

Jesus Martínez Cirón y Alberto Arufe Varela

PANDEMIA DEL CORONAVIRUS, TUTELA CAUTELAR LABORAL Y TRABAJADORES DE ATENCIÓN DOMICILIARIA* Un comentario al Auto del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Santa Cruz de Tenerife de 23 marzo 2020, en el procedimiento núm. 276/2020	177-185
---	---------

Francisca Moreno Romero

LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO ELEMENTO COMPETENCIAL. Sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla número 7, de 01 de abril de 2020	186-196
--	---------



GUÍA-RESEÑA NORMATIVA

José Ignacio García Ninet

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA -A MODO DE GUIÓN- DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19. Exposición temática con remisión a los textos legales completos relacionados en el Anexo.....

198-233

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

Miguel Cutiérrrez Bengoechea

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

235-243

José Luis Ruiz Santamaría

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA.....

244-251

José Antonio Rueda Monroy

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL. Análisis normativo
RDL 24/2020, de 26 junio.....

252-269

Matthieu Chabannes

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL.....

270-290

Jorge Baquero Aguilar

EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS.....

291-295

Maria Fátima Poyatos Chacón

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL.
El Sistema de Formación para el Empleo.....

296-311

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Francisco Miguel Ortiz González-Conde

RESEÑA DE "LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR"

313-315

Maria Rosa Martín Muñoz

RESEÑA DE "LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES: UN MODELO GARANTISTA".....

316-317

Jorge Baquero Aguilar

RESEÑA DE "ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA"

318-322

Alejandro Muros Polo

RESEÑA DE "ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL, CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS"

323-325

PRESENTACIÓN

NACER EN TIEMPOS DEL COVID...

Hace unos meses, en plena situación de confinamiento, se paralizó la actividad. O, mejor dicho, casi se paralizó. Cierto es que fábricas, comercios, industrias, bares, hoteles, restaurantes... vieron interrumpida su actividad, pero eso dio lugar al nacimiento de figuras como el Permiso Retribuido Recuperable, la adaptación de los ERTEs, etc. Esto supuso, sin duda, un incremento extraordinario de las tareas para los laboralistas, tanto en el plano práctico como en el teórico. A la par, la Universidad, en régimen de teletrabajo, seguía funcionando y, con ella, tanto los proyectos de investigación como la docencia. Pero ahora, con más temas que tratar, dada la extraordinaria expansión exponencial del Derecho Laboral de la crisis. Y así, los iuslaboralistas nos habíamos convertido en el centro de todas las miradas, explicando, razonando y debatiendo sobre la oportunidad de una u otras medidas.

En este contexto de hiperactividad mental de los especialistas en nuestra Disciplina, un grupo de jóvenes investigadores tiene a bien “alumbrar” una nueva revista científica, en la que dar cabida el intenso debate laboral del momento. La dificultad se centra en conseguir poner en marcha dicha revista, con las limitaciones propias de las gestiones y trámites que se realizan en el confinamiento. A pesar de todo ello, y fruto del empuje del que hoy aparece como Director de la publicación (incansable en su empeño), nace la Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), concediéndome el honor de presidir su Consejo Editorial.

Se conforma, de este modo, un amplio equipo, con presencia de investigadores de diversas Universidades, y con la colaboración del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga –institución ésta, la Universidad de Málaga, en la que se inserta como publicación electrónica– a través de una participación relevante de un número significativo de sus miembros. Y con una finalidad doble: la de dar la posibilidad de creación y participación a los investigadores en promoción y; la de publicar los más serios trabajos de nuestra mejor y más consolidada doctrina. En este sentido, el primer número, es buena muestra de ello, con la inclusión de artículos de los profesores José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, Juan José Fernández Domínguez, José Ignacio García Ninet, Faustino Cavas Martínez, Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela, Héctor Omar García, Francisca Moreno Romero...

De este modo, nace, en los tiempos del COVID una revista que quiere actuar como vacuna contra la inactividad, que quiere reflexionar y aportar soluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho y que tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad y seriedad.

Téngase presente que estamos llamados a ser los observadores de un importante proceso de cambio, porque la huella que quedará tras la pandemia (si se supera), no será significativa, sino determi-

nante. Es bueno recordar las palabras del Maestro Vida —que cobran total actualidad— cuando nos decía "...Ocurre... que los peligros de la desaparición de una civilización "social" que se preveían ya se han hecho realidad: y que no tienen vuelta atrás. Es posible que el "modelo socio-político" que surja después... sea más adecuado para el proseguir de una civilización que ya está aquí. Una civilización que desde luego tendrá que elaborar un concepto de justicia social distinto del actual; y los correspondientes conceptos de ética, de moral, de progreso... y de bienestar" (Vida Soria, J.).

Piénsese que nuestra disciplina viene a dar soluciones jurídicas a determinados problemas estructurales, en un intento de compatibilizar intereses radicalmente diferentes de grupos sociales contrapuestos o diversos. Y, en la situación actual, es absolutamente preciso buscar esas soluciones, por lo que estamos ante un panorama de fuerte producción normativa y jurisprudencial. Un panorama que debe ser objeto de análisis. Pero, para ello, debemos partir de la "centralidad de la dimensión subjetivo-estatutaria del régimen jurídico-laboral... [la] Naturaleza —excepcional— de sus leyes, enmascarada en su "ser especial" oficial... La intrínseca reversibilidad de la legislación laboral como técnica de regulación... La irreductible función ambivalente (productiva y distributiva) de la norma laboral" (Molina Navarrete, C. actualizando a Vida Soria). Y bajo estos parámetros, replantearnos la evolución de las instituciones laborales, antes, durante y después de la pandemia. Y es que el ordenamiento jurídico-laboral está absolutamente condicionado por el marco económico, social, político y cultural en que se genera.

Pero téngase en cuenta que el Derecho del Trabajo no responde a una línea evolutiva continua que nos permita trazar un criterio conforme al cual esta rama del ordenamiento va progresando. La característica histórica principal de éste ha sido el continuo cambio motivado por las circunstancias políticas, sociales o económicas, hecho que ha supuesto una imprevisibilidad típica que ha acompañado de continuo a la disciplina. Hoy por hoy, la realidad es la misma. El Ordenamiento jurídico-laboral camina sin una línea predefinida adaptándose a los cambios del tejido económico-social, el cuestionamiento del Estado del Bienestar, su adaptación a las variaciones socio-económicas o a las necesidades políticas del momento. Todo ello es lo que realmente perfila sus nuevas orientaciones. Es una realidad incuestionable que hoy por hoy no puede desligarse el Derecho del Trabajo de los ciclos económicos que rigen la política legislativa de los Estados o, en el ámbito en el que nos hayamos, de la Unión Europea e incluso de las diversas Organizaciones de carácter supranacional. Y en los tiempos del COVID, es precisamente la pandemia la que predetermina la conformación de la norma jurídico-laboral y la interpretación en su contexto. Siendo así, es obvio que se justifica, de manera fundamental, el análisis doctrinal de la caracterización y elementos definidores del Derecho del Trabajo del presente.

Como acertadamente se ha afirmado "del futuro del Derecho del Trabajo sólo se puede hablar a partir de presente, donde cristaliza el pasado y emerge el porvenir" (Monereo Pérez, J.L.). Tengamos presente que el objeto de nuestra disciplina es la constitución de un sistema de garantías para el ejercicio de la actividad productiva. Y que dicha actividad productiva es la razón o fundamento último sobre el que se construye cualquier relación jurídico-laboral. En tiempos de ausencia de trabajo o de crisis del trabajo, como en el actual, es indispensable profundizar sobre ese sistema de garantías y establecer medidas que faciliten la propia permanencia de la actividad.

PRESENTACIÓN

Siendo así, es indiscutible que hoy, más que nunca, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debe dar respuestas a la situación social que vivimos. Y nuestro objetivo, en síntesis, es que esta Revisa sirva de cauce para su difusión.

Larga vida a la revista. Buena lectura de la misma.

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Esta revista se conforma en el marco de las siguientes acciones investigadoras:

- Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VERSUS SUFICIENCIA?
- Proyecto PI8-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018
- Proyecto de Investigación “LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA DIGITAL”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028
- Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social (PAIDI)



ESTUDIOS DOCTRINALES



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
octubre 2020 - núm 1



ESTUDIOS DOCTRINALES

POR UN NUEVO PACTO SOCIAL GARANTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA AFRONTAR LA CRISIS Y LA RECUPERACIÓN

FOR A NEW SOCIAL COMPACT GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS TO DEAL WITH THE CRISIS AND RECOVERY

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum

jmonereo@ugr.es ORCID 0000-0002-0230-6615

Recepción de trabajo: 06-08-2020-Aceptación: 07-09-2020

"[Son]nuestras sociedades quienes han hecho al hombre un animal económico pero no somos hombres de este género"

MARCEL MAUSS*

- 1. DE LA CRISIS SANITARIA A LA CRISIS SOCIO-ECONÓMICA: LOS DILEMAS Y LAS RESPUESTAS DE POLÍTICA DEL DERECHO.
- 2. LAS MEDIDAS ALUVIONALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA Y LA DESORGANIZACIÓN POSTERIOR A SU EXTINCIÓN.
- 3. EL ESTADO DE ALARMA "EXTENDIDO" ADAPTADO A LA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA PANDEMIA COVID-19.
- 4. EL INGRESO MÍNIMO VITAL PARA SITUACIONES DE POBREZA (ABSOLUTA O RELATIVA) Y DE EXCLUSIÓN SOCIAL SEVERA.
 - 4.1. La crisis social derivada de razones estructurales y coyunturales vinculadas a la pandemia Covid-19.
 - 4.2. Rasgos configuradores del Ingreso Mínimo Vital como nuevo derecho social de desmercantilización.
 - 4.3. La relevancia histórico-jurídica de la nueva prestación de Seguridad Social no Contributiva. Las posibles líneas de evolución y propuestas de "legeferenda".
- 5. LA EXIGENCIA DE REFORMAS ESTRUCTURALES DESEABLEMENTE "PACTADAS" QUE SUPONGAN UNA MODIFICACIÓN DEL MODELO LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA.

* MAUSS, M.: *Essai sur le don*, en *Sociologie et Anthropologie* (1925), París, PUF, 2006, pág. 271.

RESUMEN

La Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales –en la dirección más solvente– se califica técnicamente de «*hecho social total*», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y commociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social.

Palabras clave: crisis sanitaria; crisis social; crisis económica; Derecho de la emergencia; flexibilidad laboral; derechos fundamentales de los trabajadores; Pacto Social; Ingreso mínimo vital; pobreza; exclusión social; vulnerabilidad; prestaciones no contributivas de Seguridad Social; derechos sociales de la ciudadanía; derecho a la reinserción profesional; derecho a la inclusión social

ABSTRACT

The current pandemic is not just a health crisis. It is what in the social sciences –in the most solvent direction– is technically described as a 'total social fact', in the specifics ense that it impacts and convulses all social relations and structures, and shocks all actors (political, social and economic), institutions and the values of society, posing a requirement of recomposition of social cohesion.

KEYWORDS: health crisis; social crisis; economic crisis; right of emergency; labour flexibility; fundamental workers' rights; Social Pact; minimum living income; poverty; social exclusion; vulnerability; non-contributory social security benefits; social rights of citizenship; right to professional reintegration; right to social inclusion

1. DE LA CRISIS SANITARIA A LA CRISIS SOCIO-ECONÓMICA: LOS DILEMAS Y LAS RESPUESTAS DE POLÍTICA DEL DERECHO

"La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres"

OLIVER WENDELL HOLMES Jr.¹

El impacto de la Pandemia Covid-19 ha supuesto una crisis de magnitudes extraordinarias: una crisis sanitaria con pérdidas masivas de vidas humanas; una crisis social y una crisis económica. Nos movemos en un ámbito donde en situaciones propias de una "sociedad del riesgo" actualizada, el Estado ha tenido que responder con un conjunto de medidas de distinta naturaleza, en muchos casos sin que se haya podido –o en algún caso no se ha sabido— dar respuesta con una planificación coherente de un cuadro de medidas interrelacionadas. La situación es la propia del desbordamiento político, jurídico e institucional. Sus consecuencias negativas en todos los ámbitos y especialmente en el ámbito socio-laboral se van a dejar sentir durante mucho tiempo (se habla ya de décadas). Ni siquiera está garantizada a corto plazo una estabilización de la crisis sanitaria, que es la detonante de la crisis económica y social extraordinaria que caracteriza la coyuntura en que vivimos. Por lo demás, en las situaciones que sobrepasan la prevención de riesgos –sin perjuicio de adaptarla en todo lo posible— es necesario ir más allá a través del principio de precaución para hacer frente a las situaciones de incertidumbre².

1 HOLMES Jr, O.W.: *The Common Law*, trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "commonlaw" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), por J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, pág.5.

2 Sobre el enfoque de la prevención integral distinguiendo el ambiente interno de trabajo y el ambiente externo de la salud pública, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Integración de la gestión de riesgos mediambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente", en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *La prevención de riesgos mediambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2011, págs. 327-378, con referencia específica a "La gestión integral de los riesgos" (*Ibid.*, Capítulo I, págs. 327 y sigs.) y a "Los principios comunes del Derecho polisistémico de tutela frente a los riesgos: los principios de precaución y responsabilidad y los problemas "inter-sistémicos" (Capítulo 2, págs. 351 y sigs.). Ya anteriormente, en MONEREO PÉREZ, J.L.: "Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental", en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, y en la monografía específica de MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P.: *Prevención de riesgos y medioambiente*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2010.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico los dos principios están unidos en el derecho fundamental a la protección del medio ambiente y en el derecho humano al desarrollo. Véase, explícitamente, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Protección del medio ambiente (Artículo 37 de la Carta de los Derechos

Se puede decir, así que la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales —en la dirección más solvente— se califica técnicamente de «hecho social total», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y commociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social³. Las organizaciones internacionales y multilaterales de todo tipo (como ONU, Cruz Roja Internacional, G7, G20, FMI, OTAN, Banco Mundial, OMC, etc.) no han estado a la altura de la tragedia, por su silencio o por su incongruencia. Tan sólo mínimamente han tenido una respuesta debilitada la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la “recomendación” (*Soflaw*) de medidas activas y redistributivas en la lucha global contra la Pandemia del Covid-19. Por su parte, la Unión Europea tuvo una inicial respuesta suave antes de adoptar de manera tardía pero eficiente una respuesta mínimamente a la altura de lo que se esperaba. Se trata del Fondo de Recuperación (“NextGeneration EU), aprobado el 21 de julio por el Consejo Europeo. Este fondo constituye una respuesta completamente distinta a la destructiva austeridad que se impuso para hacer frente al Crack de 2008. Este Fondo alcanza a 750.000 millones de presupuestos de gasto de los 27 países integrantes de la Unión. Se trata de un Fondo de adscripción finalista destinado a financiar proyectos de inversión que fomenten el crecimiento de la economía solvente y creadora de empleo y bienestar social. Todo ello marcado por las directrices de transición ecológica justa y respetuosa con el medioambiente y la digitalización de la economía en una era de innovación tecnológica y de Revolución 4.0. Se pretende no tanto conservar como propiciar en una respuesta ofensiva —no meramente defensiva— una transformación estructural general, pero que se centra en ciertos pilares básicos como el fortalecimiento del sistema sanitario (incluyendo la investigación en materia de salud), la investigación, la educación y la formación digital; sector de la cultura, las políticas sociales, la gestión mediambiental, infraestructuras de energías renovables, facilitar la movilidad sostenibles, etcétera. Esa estrategia para utilizar el Fondo racionalmente en la lógica económica, social, cultural, tecnológica y medioambiental, exigirá una mayor concreción por parte de las instancias políticas de la Unión para los próximo tres años, pero también por parte de los Estados, como el Español, que recibirá 140.000 millones de euros condicionados al logro de esos objetivos, no a otros sobre los que se ha especulado (como las reformas regresivas en materia de pensiones o de derechos laborales y sociales en general). De este modo todos los Gobiernos de la Unión deberán enfrentarse pronto a nuevos restos, pero sobre la base de unas *políticas ofensivas, es decir, proactivas que tratan de anudar la racionalidad económica con la racionalidad social y ecológica*.

Ello determina la articulación de una estrategia compleja de política social y económica.

Fundamentales de la UE”, en VV.AA: *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1017-1076, con referencia específica igualmente a “la gestión integral de riesgos: medio ambiente y riesgos laborales” (Capítulo 3, págs. 1037 y sigs.); y MONERO PÉREZ, J.L.: “Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)”, en VV.AA: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951-983.

3 MAUSS, M.: *Sociología y antropología*, trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.

Se trata, en cierto sentido, de una crisis agravada, porque abunda sobre el Crack de 2008, cuyas consecuencias sociales, económicas y política todavía se dejan sentir. Tuvo como elemento desencadenante el colapso del sistema financiero mundial en el marco de una creciente financiarización de la economía, pero en realidad se trata de la punta del iceberg, porque lo que expresa nítidamente sus las distorsiones de un modelo de crecimiento neoliberal de globalización conformado a la medida de los grandes fuerzas económicas y políticas de nuestro tiempo. La crisis económica, social y económica de la Pandemia del Covid-19, llega en un momento donde se cuestionaba en los hechos y en sector importante de la intelectualidad económica ese modelo afirmando el colapso de la globalización neoliberal, con la apertura de nuevos mundos posibles⁴. Por no hablar del “trilema político” de la economía mundial de Dani Rodrik⁵.

Pues bien: ha llegado el momento de cuestionar, efectivamente y con fundamento en su carácter destructivo en todos los órdenes de la vida, el modelo de globalización neoliberal actual y establecer un modelo atemperado y más equilibrado en todos los sentidos; a riesgo de que la hiperglobalización actual —que ha dejado indefensos a los Estados más débiles y, desde luego, a todos los trabajadores y personas más vulnerables y en situación precaria— acaba en teniendo consecuencias destructivas todavía mayores. En esta coyuntura, de nuevo, al menos las sociedades modernas más avanzadas (con Estado Social de Derecho) han podido establecer redes de protección social y laboral y un conjunto de instrumentos predispuestos para mitigar los efectos sociales. De este modo, el Estado Social ha podido atemperar el impacto de la situación crítica de los mercados. Respuesta que también se ha hecho valer en la presente crisis del Covid-19, que ha desautorizado a la ideología neoliberal y las estrategias de remercantilización de bienes comunes (y no se olvide que entre los bienes colectivos se encuentra, la salud y asistencia sanitaria, la educación, los servicios públicos sociales, etcétera) y de derechos sociales fundamentales. Las protecciones sociales públicas han impedido que se haya producido una catástrofe desde la perspectiva política y social (pero, contando con ella, también —y junto con otras medidas de intervención pública que han evitado el desmoronamiento del sistema a través de mecanismos para asegurar su supervivencia— ha contribuido a que no se produzca una catástrofe en términos económicos y no sólo estrictamente sociales), entre otras cosas manteniendo la demanda agregada, por no hablar de la paz social.

Y de nuevo se reproponen propuestas neokeynesianas sobre la base de un pacto social y político interclasista que permita garantizar el orden de la producción y un elevado nivel de empleo y de bienestar social. Se ha rememorado incluso los Pactos de la Moncloa, seguramente sin reparar en la diferencia de contexto político del momento, aunque quizás pensando en la idea de concentración o

4 Paradigmáticamente, ALTVATER,E: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, págs. 39 y sigs., y 245 y sigs.; SAPIR, J.: *El nuevo siglo XXI. Del Siglo americano al retorno de las naciones*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2010, págs. 173 sigs.

5 RODRIK, D.: *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012, págs. 203 y sigs. Ampliamente, MONERO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 382 y sigs.

unidad nacional que no es fácil de repetir en un contexto de confrontación de ideologías pluralistas. Lo que se ha de reclamar en el contexto de una democracia constitucional como la nuestra es más bien un *Pacto Constitucional* entre las fuerzas políticas sociales que busque una solución equilibrada en la reconstrucción del sistema social en un contexto que estará marcado por la Pandemia Covid-19. Al cual se añade, ahora, compromisos ecológicos y límites del crecimiento impuesto por el derecho humano al desarrollo y por el juego de los principios de prevención y de precaución. Con ello evitando que se confunda sin más el crecimiento económico con el progreso social, lo que en sí cuestiona ya la idea de un crecimiento exponencial el cual fomenta en sí una cultura propia del individualismo pose-sivo insolidario según el modo de pensar del neoliberalismo. De nuevo el Estado Social y sus políticas de planificación económica y sus sistemas de protecciones sociales viene a rescatar al capitalismo de sus tensiones disolventes y de sus crisis cíclicas ahora agravadas por la visibilidad de la inadecuación social y ecológico-personalista del modelo de globalización neoliberal. Pero también van a contribuir a aliviar el sufrimiento de millones de personas, muchas de las cuales despiertan de la promesas del “sueño neoliberal” de dominio de las fuerzas del mercado y el automatismo del progreso económico y el dominio de la naturaleza a través de las nuevas tecnologías (la Revolución 4.0, o cuarta revolución industrial). Ni el modelo ni las instituciones se han mostrado adecuados en defensa de la estabilidad económica ni de la protección del bienestar, la seguridad y la salud de las personas. Se sabe por experiencia que las situaciones de pobreza y exclusión social y la crisis ecológica, no se van a resolver de manera espontánea, sin que haya una intervención política del régimen democrático que conduzca el proceso de transición hacia una sociedad más civilizada, que ponga límites precisos a la tendencia a la mercantilización de todas las cosas, incluidos bienes comunes y derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos sociales (fórmula de síntesis que recoge a esa triada de derechos) son parte del desarrollo socio-económico y tienen un efecto multiplicador sobre el modelo de desarrollo al servicio de las personas, sin perjuicio de una razonable eficiencia económica. Son bien conocidos los problemas que ocasiona la desigualdad para el desenvolvimiento de sistema económico. Es necesario un cambio de enfoque que comporta pasar del desarrollo como simple crecimiento al desarrollo como progreso de la libertad creando las condiciones materiales adecuadas para aquella sea real y efectiva, en este sentido implica disponibilidad de ingresos, recursos y la capacidad para lograr la autorrealización y el modo de vida que es libremente elegido en comunidad⁶. Pero esas *condiciones materiales de la libertad* –liberación de la pobreza, ostentar un trabajo decente, tener un nivel de ingresos para una vida digna– no los puede garantizar para todos exclusivamente el mecanismo del mercado. Que esto se puede realizar en un sistema económico de capitalismo no es fácil, pero en cualquier caso es imposible en un capitalismo salvaje; puede realizarse acaso un capitalismo diferente, es decir, un capitalismo organizado bajo el dominio de la política democrática y los correctivos de una planificación típica del desarrollo humano; o si se quiere un capitalismo *limitado democráticamente y ecológicamente*.

De ahí el carácter virtuoso de las políticas de regulación (re)distributivas conjugadas con las políticas de regulación y racionalización constitucional del orden económico y del empleo. No resulta

⁶ Basta reparar en los estudios teóricos y empíricos de Amartya Sen, cuyas ideas fundamentales sobre desarrollo y libertad, y la teoría de la justicia anudando derechos y capacidades humanas, encuentra su colofón en SEN,A.: *La idea de justicia* (2009), Madrid, Ed. Taurus, 2010. Asimismo, *Ibid.*, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Ed. Planeta, 2000; *Ibid.*, *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

baladí hacer notar que es posible otro paradigma de globalización alternativo —excluyente de la ideología y racionalidad neoliberal—, tan sólo reflexionar sobre el hecho histórico de que la globalización es, por el momento, la última fase de un proceso histórico de larga duración tendente a la creciente mundialización de la economía, que combine de manera eficiente y virtuosa la racionalidad social y la racionalidad económica. Y esto es importante porque en la coyuntura actual, los Estados se conforman unidireccionalmente como “Estados de mercado” o “Estados de competencia económica”, cuyo principio axial es la eficiencia de la economía y la mejora de las condiciones de competitividad de las empresas⁷.

Llama poderosamente la atención que la derecha más radical continúe en una estrategia de confrontación y de deslegitimación del legítimo Gobierno de Coalición actual y que esto impida la conclusión de un Pacto de mínimos entre las fuerzas políticas (salvo la actitud del Partido Nacionalista Vasco y, en aspectos más puntuales, del Partido Ciudadanos). También es criticable que los partidos de izquierdas y conservadores de Cataluña hagan prevalecer la lógica de la “identidad nacional” pretendida sobre la lógica de la recuperación económica y de la protección sociolaboral de las personas en general y de los trabajadores en particular (trabajadores asalariados y trabajadores autónomos).

Sin embargo, en contraste, son varios los acuerdos tripartitos adoptados a partir del 11 de mayo de 2020 (Acuerdo Social de Defensa del Empleo; ASDE) en el marco de la concertación social entre el Gobierno de coalición y los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas. También desde el principio ese Acuerdo sociopolítico (Pacto Social) se tradujo y materializó jurídicamente —como manifestación de legislación negociada en la lógica de la concertación social— en el RDL 18/2020, de 12 de mayo. Se da lugar a esa típica forma de *Gobernanza horizontal y comunicativa* que caracteriza al fenómeno, intrínseca y sustancialmente político, de la concertación social. Que la idea es la de continuidad por esta senda de la concertación social lo puso de manifiesto la Disposición Adicional 2^a del pionero y ya aludido RDL 18/2020, al crear una Comisión de Seguimiento compuesta por las representaciones del Gobierno de coalición, y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Estos pactos de concertación social —materializados en legislación negociada— son importantes para una salida equilibrada la crisis multidimensional actual, pero no deberían impedir que se llevarán a cabo reformas estructurales necesarias para que dicha recuperación sea efectiva en términos de modelo socio-económico. Y esto reclama la realización de modificaciones importantes en la reformas laborales de los últimos años especialmente de la reforma legislativa de 2012 (reformas que, pese al lenguaje indiferenciado que se suele utilizar, no pueden ser calificadas como “sociales”, pues esta lógica de “justicia social” y de trabajo decente le es ajena), porque de lo contrario no habrá ninguna posibilidad para orientar el modelo de competitividad hacia la innovación, la calidad del productivo y la calidad del empleo (en términos de trabajo productivo “decente”), salvo que eludiendo la derogación necesaria de los aspectos más regresivos de las últimas reforma laborales se quiera hacer recaer —y aceptar— los costes de la crisis económica y social inducidos por la crisis sanitaria Covid-19 en los trabajadores (asa-

⁷ MONERO PÉREZ,J.L: *La organizaciónjurídico-económica del capitalismomoderno: El Derecho de la Economía*, Est.prel., a RIPERT,G.: *Aspectosjurídicos del capitalismomoderno*, Granada, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, espec.,págs.LXVIII y sigs.

lariados y autónomos; privados y públicos), lo cual sería rechazable por lo que supondría de ruptura del modelo de garantismo multinivel —y de equilibrios de racionalidad económica y justicia social que le es inherente— jurídicamente consagrado al máximo nivel en nuestra Constitución y en el estándar mundial de garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores⁸. Si no se deroga el núcleo liberalizador y regresivo de la reforma laboral de los últimos años, la precariedad en el empleo y la devaluación se producirán al amparo del propio marco de ordenación legal vigente, sin necesidad de recurrir a la “Derecho del Trabajo informal” o al fraude o abuso en la contratación laboral.

Por lo demás, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha venido apostando —siguiendo su larga tradición de existencia a partir de su constitución en la Parte XIII del Tratado de Versalles de 1919— por el diálogo y la concertación social como cauce de democracia procedural (técticamente, *de democracia deliberativa y comunicativa*)⁹ para buscar “legislaciones de compromiso” y soluciones transaccionales equilibradas no sólo en las relaciones laborales y política sociales, sino también en el equilibrio entre de las relaciones de poder en el mundo del trabajo entre las organizaciones empresariales más representativas¹⁰. Y es que en el capitalismo autorganizado y autorregulado —sobre todo a través de la *lexmercatoria* reguladora del comercio internacional— con apoyo de las grandes potencias mundiales y las regulaciones flexibles estatales (Estado de Mercado), las respuestas a la crisis no han sido precisamente solidarias, sino que han buscado el apoyo público selectivo en la minoración de beneficios y en la actual fase inestable de recuperación económica y ecológica (también “ecología humana”) y de garantía del derecho humano al desarrollo.

⁸ Para ese estándar multinivel puede consultarse MONERO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; y la trilogía interdisciplinar del garantismo multinivel en la sociedad mundial integrada por: VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012; VVAA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014; VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

⁹ Esta configuración específica de los procesos de concertación social es defendida en MONERO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social en España*, Valladolid, Ed. Lex Nova/Tromson-Aranzadi, 1999.

¹⁰ Véase OIT: *Observatorio de la OIT, segunda edición: El COVID-19 y el mundo del trabajo. Estimaciones actualizadas y análisis*, 7 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcms5/grupups/public/@dreports/@dcomm/documents/briefingnonte/wcms_740981.pdf. Donde se apuesta por el diálogo social y la concertación desde el garantismo y el trabajo decente o digno de la que trabaja, el reforzamiento de los sistemas de salud y asistencia sanitaria y la realización de políticas fiscales y laborales que hagan recaer los costes de la crisis del lado de la posición de los trabajadores. Ello exige el mantenimiento de los derechos fundamentales específicos e inespecíficos y la regulación del trabajo informal o irregular, que jurídicamente es un trabajo calificable de ilegal estrictamente. Véase MONERO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S.: “La OIT y el trabajo informal: la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal”, en VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2016, págs.3-26; VV.AA.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018; *Ibid.*, *La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019.

La OIT ha reiterado en diversos instrumentos la vigencia de la Declaración de Filadelfia, actualizándola para hacer frente a un mundo global, comenzando por declarar que el trabajo no es una mercancía y la garantía de los derechos sociales laborales individuales y sindicales. Y es de subrayar también que lo ha hecho respecto a la prevención de riesgos laborales y al Covid-19. La OIT ha advertido sobre la tendencia perniciosa del capitalismo histórico a la mercantilización de todas las cosas¹¹ y la orientación hacia los mercados dominados por la máxima de la flexibilidad/liberalización, con el triunfo del "Derecho flexible del Trabajo"¹². Le pretende legitimar este modelo iusliberal a través de la eficiencia económica y la creación de empleo, pero los hechos contradicen estas afirmaciones puramente ideológicas. La realidad, es que esta forma de capitalismo histórico –capitalismo puro de expansión ilimitada o más acentuadamente liberalizador– conduce a cuestionar la dignidad del trabajador y su materialización en un conjunto de derechos fundamentales, y ello se traduce en una enorme desigualdad y la tendencia hacia el autoritarismo en los países que han tenido una tradición propia del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Pero hay algo más la crisis sanitaria Covid-19 y su conversión en *crisis total* ha puesto de manifiesto los límites del modelo neoliberal de organización económico-social y con él de globalización neoliberal, pues han tenido que ser las grandes organizaciones públicas internacionales y ante todo los Estados nacionales los que han tenido que "salvar" al capitalismo de sus propias insuficiencias y tendencias destructivas. Las soluciones arbitradas por la Unión Europea y los Estados miembros son todo menos desreguladora; todo lo contrario: intensa y penetrantemente intervencionistas en todo el espacio económico y social. Es decir, una repuesta propia del capitalismo intervenido y organizado, cuando no de "capitalismo de Estado", más o menos democrático, más o menos autoritario, según el régimen político imperante en cada país en cada gran potencia estatal.

¹¹ Algo ya planteado por Karl Marx y a su estela por autores como POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989; y en fecha más reciente MILANOVIC, B.: *Capitalismo, nada más. El futuro del sistema que domina el mundo*, trad. Teófilo de Lozoya y Juan Rabaseda Gascón, Madrid, Ed. Taurus, 2020. En la era de la globalización el capitalismo muestra a la vez que una capacidad de adaptación y una enorme capacidad de destrucción –quizás es algo en lo que no insiste suficientemente Milanovic–. El autor da por hecho el triunfo irreducible del capitalismo, el aniquilamiento del capitalismo clásico, pero también el confinamiento del capitalismo "democrático" socialdemócrata. Por ello sólo ve dos direcciones de capitalismo fuerte –en realidad capitalismo de Estado– como el "liberal meritocrático" (paradigma, Estados Unidos) y el "político autoritario" (paradigma, China, pero también, se podría añadir Rusia que es un capitalismo autoritario como una democracia restringida). En cualquier caso, y pese a este escenario, apuesta por políticas redistributivas a través de impuestos y transferencias públicas sociales, que en el fondo es la conocida receta de "civilización" del capitalismo sin pretender superarlo. Lo que se aprecia es una tensión entre capitalismo y democracia constitucional participativa y de orientación redistributiva. En este sentido, MONERO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 460 y sigs. (sobre "El nuevo sistema mundial en una "situación de excepción": globalización neoliberal y crisis económica"). En perspectiva de crítica de economía política, STREECK, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuestas del capitalismo democrático*, Barcelona, Katz editores, 2016.

¹² Esta expresión y su sentido opuesto al Derecho del Trabajo clásico garantista del Estado Social de Derecho en MONERO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, 1996; *Ibid.* Caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo, Madrid, Ed. Civitas, 1996; *Ibid.* Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996; y su evolución acentuada en esa dirección liberalizadora en *Ibid.* La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

Ya en el temprano Comunicado de la Organización Internacional del Trabajo de 18 de Marzo de 2020 (OIT, Covid-19 y el mundo del trabajo: repercusiones y respuestas), se observaba que el diálogo social tripartito entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y empleadores es un instrumento fundamental para elaborar y aplicar medidas reparadoras sostenibles, a escalas comunitaria y mundial. Ello requiere organizaciones de interlocutores sociales sólidas, independientes y democráticas. Varias crisis, entre ellas la Gran Depresión de 2008, han puesto de manifiesto que sólo podemos evitar el riesgo de que se produzca un círculo vicioso a la baja mediante la aplicación de medidas políticas coordinadas y eficaces a gran escala.

Un diálogo social constructivo y continuo entre los gobiernos y los interlocutores es primordial para dar respuestas eficaces a escalas empresarial, sectorial y macroeconómica, como pone de manifiesto la experiencia adquirida en anteriores crisis económicas. Los gobiernos no pueden abordar las causas y las consecuencias de las crisis ni garantizar la estabilidad social o la recuperación sobre la base de medidas unilaterales. El diálogo social constituye un instrumento indispensable para gestionar las crisis de forma armonizada y eficaz y facilitar la recuperación, y es un *método de gobernanza* primordial para llevar a cabo cambios. El establecimiento de canales de comunicación eficaces y el diálogo ininterrumpido con los gobiernos son fundamentales para que las organizaciones de trabajadores y de empleadores puedan gestionar la reestructuración empresarial de manera sostenible y conservar el empleo.

Y ya apuntó que hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social *universal* eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económico y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos.

Hay un cierto grado de incertidumbre en estas previsiones, al no estar claro en qué medida se verán afectados los países de ingresos bajos o medios. Si el virus afectara a esas economías en la misma medida, la incidencia en los trabajadores en situación de pobreza será mucho mayor. Y en condiciones de incertidumbre hay que actuar con los principios de prevención y de precaución.

La OIT insiste en que las epidemias y las crisis económicas pueden repercutir de forma desproporcionada en determinados grupos de población, y propiciar un aumento de la desigualdad. Habida cuenta de la experiencia relativa a casos anteriores y la información de que se dispone actualmente sobre la crisis del Covid-19, así como los conocimientos adquiridos en crisis anteriores, cabe destacar los grupos de población más vulnerables son:

- las personas con problemas de salud subyacentes o de edad avanzada, con mayor riesgo de padecer graves problemas de salud;
- los jóvenes, que deben afrontar un elevado índice de desempleo y subempleo, y son más vulnerables frente a una disminución de la demanda de mano de obra, como se constató a raíz de la última crisis financiera mundial. Los trabajadores de más edad son asimismo más vulnerables en el

plano económico. A raíz de la epidemia del MERS, se puso de manifiesto que los trabajadores de más edad eran más proclives que las personas más jóvenes a encontrarse en situación de desempleo y subempleo, o de reducción de su horario laboral;

- las mujeres, a raíz de la amplia labor que desarrollan en los sectores más afectados (en particular el de los servicios), o por realizar un trabajo de primera línea para hacer frente a la pandemia (por ejemplo, las enfermeras). Según estimaciones de la OIT, el 58,6% de las mujeres que trabajan en todo el mundo lo hacen en el sector terciario, frente al 45,4% de los hombres. Las mujeres tienen menor acceso a servicios de protección social y soportan una carga laboral desproporcionada en la economía asistencial, en particular en el caso de cierre de escuelas o de centros de atención;
- los trabajadores sin protección social, en particular los trabajadores por cuenta propia, los ocasionales y los que llevan a cabo una labor esporádica en plataformas digitales, especialmente susceptibles de verse afectados por el virus al no tener derecho a bajas laborales remuneradas o por enfermedad, y estar menos protegidos en el marco de los mecanismos convencionales de protección social, u otros medios de compensación de fluctuaciones de ingresos; y
- los trabajadores migrantes, particularmente vulnerables a los efectos de la crisis del Covid-19 que restringirá su capacidad para desplazarse a su lugar de trabajo en sus países de acogida y para regresar con sus familias.

En lo que se refiere a las respuestas, la OIT insiste en la estrategia del trabajo decente y el papel regulador de las normas internacionales de trabajo. No es fácil precisar en contextos de incertidumbre el tipo de políticas serán las más eficaces para mitigar los efectos del Covid-19 en el mundo del trabajo. Al producirse una crisis, las Normas internacionales del trabajo proporcionan una base sólida para actuar a nivel político, habida cuenta de la función primordial que desempeña el trabajo decente para propiciar una recuperación sostenida y equitativa. Dichas normas, aprobadas por representantes de los gobiernos y las organizaciones de trabajadores y de empleadores, permiten promover un enfoque que facilite avances y fomente un desarrollo centrado en el ser humano, en particular mediante instrumentos políticos que propicien un aumento de la demanda y la mejora de la protección de los trabajadores y las empresas.

La respuesta a nivel político debería hacer hincapié en dos objetivos a corto plazo: la protección de la salud y el apoyo económico, tanto con respecto a la demanda como a la oferta

En primer lugar, los trabajadores y los empleadores, incluidas sus familias, deberían estar protegidos frente a los riesgos sanitarios que conlleva el Covid-19. Deberían implantarse medidas de protección en el lugar de trabajo y en las comunidades, o fortalecer las existentes, lo que exige un apoyo e inversiones públicas a gran escala.

En segundo lugar, deberían desplegarse esfuerzos en el plano político a gran escala de forma oportuna y coordinada para fomentar el empleo y los ingresos y promover la economía y la demanda de mano de obra. Esas medidas permitirían paliar los efectos de las pérdidas de empleo e ingresos de las

empresas y los trabajadores a corto plazo, y evitar efectos adversos en la oferta (incluida la pérdida de capacidad productiva de los trabajadores) y en la demanda (drástica reducción del consumo de los trabajadores y sus familias), para que no se produzca una recesión económica prolongada.

Es necesario adoptar medidas eficaces e integradas a gran escala en todas las esferas políticas para lograr resultados favorables y sostenibles. Habida cuenta de la rápida evolución de la crisis, es primordial llevar a cabo un meticuloso seguimiento de los efectos directos e indirectos de cada intervención, a fin de velar por la pertinencia de las medidas de respuesta en el plano normativo.

El fomento de la confianza por medio del diálogo es fundamental para que las medidas políticas resulten eficaces. En una coyuntura de mayor tensión social y de falta de confianza en las instituciones, es especialmente importante fortalecer los mecanismos de diálogo social y la confianza en los mismos, a fin de sentar unas bases sólidas que propicien una estrecha colaboración entre empleadores, trabajadores y gobiernos. El diálogo social a nivel empresarial es también primordial.

La OIT establece varios pilares fundamentales para luchar contra el Covid-19 sobre la base de

- las Normas internacionales del trabajo
- Protección de los trabajadores en ellugar de trabajo
- Fortalecimiento de las medidas en materia de SST
- Adaptación de acuerdos laborales y señaladamente el relativo al trabajo a distancia dadas las nuevas circunstancias de la pandemia.
- Prevención de la discriminación y la exclusión
- Acceso a servicios sanitarios de toda la población
- Ampliación del derecho a bajas remuneradas
- Fomento de la actividad económica y la demanda de mano de obra Promoción de una política fiscal eficaz
- Aplicación de políticas monetarias flexibles
- Apoyo financiero y de concesión de préstamos a sectores específicos, en particular el sanitario
- Apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos
- Ampliación de la protección social a toda la población
- Conservación del empleo: reducción del horario laboral y bajas remuneradas, entre subsidios
- Ayudas financieras y reducciones fiscales para las PYMES

La protección de los trabajadores en el lugar de trabajo para reducir todo lo posible los efectos directos del coronavirus, en consonancia con las recomendaciones y directivas de la OMS, ha de hacer hincapié en los aspectos siguientes:

- mejora de las medidas de SST, en particular el distanciamiento social, el suministro de equipos de protección (especialmente para los trabajadores sanitarios y afines, voluntarios y otras personas que estén en contacto permanente con la población), los procedimientos de higiene y los métodos de organización del trabajo (con apoyo de campañas de información y aumento de la concienciación), así como del diálogo social entre empleadores y trabajadores y sus representantes, por ejemplo en el marco de comités de SST;
- fomento de acuerdos laborales flexibles y adecuados, por ejemplo, sobre trabajo a distancia;
- prevención de la discriminación y la exclusión con respecto al Covid-19;
- fomento del acceso universal a servicios sanitarios de financiación conjunta, en particular para trabajadores no asegurados y sus familias;
- ampliación del derecho a bajas remuneradas o subsidios por enfermedad, para ocuparse del cuidado de los hijos o atender a otras personas, en el marco de programas de financiación conjunta, a fin de garantizar la estabilidad de los ingresos de personas enfermas, en situación de cuarentena o responsables del cuidado de niños, personas de edad avanzada u otros miembros de su familia;
- Fomento de la actividad económica y de la demanda de mano de obra mediante políticas económicas y de empleo que contribuyan a estabilizar la actividad económica, por medio de:
 - políticas fiscales eficaces, incluidas medidas de protección social, transferencias específicas y factores de estabilización automática sobre la base de prestaciones por desempleo, inversión pública y reducciones fiscales para personas de bajos ingresos y PYMES;
 - políticas monetarias flexibles (reducción de tipos de interés, flexibilización de los coeficientes de reserva y disposiciones específicas en materia de liquidez);
 - apoyo financiero y en materia de concesión de préstamos a las empresas, especialmente las PYMES, en sectores específicos. La inversión en sistemas sanitarios es fundamental para fomentar la resiliencia y la recuperación frente a la crisis de Covid-19, y crear empleo decente.
- apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos de las empresas y los trabajadores que se han visto afectados adversamente de forma indirecta (por ejemplo, como consecuencia del cierre de fábricas, la interrupción de las cadenas de suministro, las restricciones de viaje o la anulación de actos públicos), mediante:
 - medidas de protección social basadas en mecanismos existentes y/o la remuneración específica de trabajadores, en particular los trabajadores informales, ocasionales, temporeros y migrantes,

así como los que desarrollan su labor por cuenta propia (por ejemplo, mediante el fomento de las prestaciones por desempleo y programas de asistencia social o empleo público);

- disposiciones sobre conservación del empleo, en particular acuerdos sobre reducción de la jornada laboral o prestaciones parciales por desempleo, entre otros tipos de apoyo a las empresas por un período de tiempo determinado, por ejemplo subvenciones salariales (y reducción temporal de las retenciones fiscales en nómina o exención del pago de las cotizaciones a la seguridad social), concesión de bajas remuneradas a los trabajadores y ampliación de prestaciones existentes, bajas con fines de formación y subvenciones, entre otras medidas conexas;
- medidas de ayuda financiera o de reducción fiscal y deestabilización de ingresos por un período de tiempo determinado, con objeto de garantizar la continuidad de la actividad empresarial, en particular respecto de las PYMES y los trabajadores por cuenta propia (por ejemplo, mediante subsidios o programas de mediación para facilitar la concesión o la refinanciación de créditos con el fin de evitar restricciones de liquidez).

2. LAS MEDIDAS ALUVIONALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA Y LA DESORGANIZACIÓN POSTERIOR A SU EXTINCIÓN

El 14 de marzo de 2020 se publicó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El estado de alarma abarcaba todo el territorio nacional, con una duración prevista de quince días naturales (que después han sido objeto de prórroga), y estableciendo una autoridad competente el Gobierno, si bien y para el ejercicio de las funciones se declaraba como autoridades competentes en sus respectivas áreas: La Ministra de Defensa, El Ministro del Interior, El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, El Ministro de Sanidad. Asimismo, en las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los Ministros indicados, será autoridad competente delegada el Ministro de Sanidad.

Dicho Real Decreto terminaba con un anexo relativo a los equipamientos y actividades cuya apertura al público quedaba suspendida. La “cascada” posterior de normas de diverso rango no se hizo esperar y es de todos bien conocida y hace innecesario aquí entrar en más detalles¹³. Pese al carácter temporal del Estado de Alarma –en principio hasta la finalización en 21 de junio de 2020–, no se

¹³ Me remito para ello a los trabajos recogidos en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), convertido prácticamente en número Monográfico sobre la Pandemia Covid-19.

puede descartar que pueda ser declarado de nuevo —incidiendo de manera total o parcial en todo el territorio nacional— dependiendo de la evolución de la Pandemia Covid-19, que se sigue padeciendo en nuestro país, pero también a nivel mundial.

Hay que partir de reconocer que la gravedad de la situación a la que tenemos que hacer frente, nunca se había conocido y en estos momentos solo queda, aunque sea por sentido de la responsabilidad y confianza legítima, apoyar al Gobierno en su “lucha” contra la pandemia y sus consecuencias. Ahora bien, eso no quita o impide, que se pueda en estos momentos analizar, comentar y valorar las distintas medidas que se han venido tomando, que se hará básicamente desde las medidas de protección social. Dejar, por descontado, asimismo, que la *situación sanitaria excepcional* ha determinado medidas y procedimientos análogos en los diversos países de la Unión Europea de referencia comparables al nuestro (señaladamente los más afectos por la pandemia como Italia, Francia, etc.)¹⁴.

Ciertamente, la coyuntura ha estado marcada por el ritmo de los acontecimientos vertiginosos y la actuación del Gobierno, definiendo el rumbo a seguir a medida en que los retos se acrecentaban. Pronto se promulgaba el RD-Iey 7/2020, y tras el RD 463/2020, comenzará una continua e incesante producción legislativa, que limitándonos a análisis de aquellas disposiciones con rango de Real Decreto-Ley nos encontraremos con un conjunto de disposiciones realmente impresionante. Su punto de partida —expresado en la Exposición de Motivos— es la constatación del hecho de que la pandemia de COVID-19 está suponiendo una emergencia sanitaria a nivel global. Tal y como declaró la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo, el brote de COVID-19 se convirtió en una pandemia. Inicialmente localizado en la región china de Hubei, el brote de COVID-19 se ha propagado rápidamente por todo el mundo. La crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos. La economía se está viendo afectada por diversos canales, atendiendo a la evolución temporal y geográfica del brote de COVID-19. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requirió la adopción del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que ha declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, incluyendo limitaciones a la libertad de circulación, requisas temporales y prestaciones personales obligatorias y medidas de contención en el ámbito educativo, laboral, comercial, recreativo, o en lugares de culto. También se adoptan —entre otras— ciertas medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional, al aseguramiento de suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, el abastecimiento alimentario, el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural y ciertas medidas también en materia de transportes.

¹⁴ MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y la medidas legales adoptadas", en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laboralum*, núm. 23 (2020), págs. 11-53; y, en la misma revista, TRILLO GARCÍA, A.R.: "Seguridad Social y COVID-19", 57-174, y MORENO VIDA, M.N.: "Crónica legislativa, doctrina judicial y noticias bibliográficas. Medidas legales para hacer frente a la crisis sanitaria COVID-19", págs. 226-279. Asimismo, MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *La pensión de jubilación*, Murcia, Ed. Laborum, 2020.

Se establece un bloque de medidas de envergadura con el objetivo explícito de contribuir a evitar o atenuar un impacto económico, laboral y social prolongado más allá de la crisis sanitaria, dando prioridad a la protección de las familias, autónomos y empresas más directamente afectadas:

La normativa estatal de desarrollo, aplicación e interpretación de los RD-leyes reseñados, es impresionante (y no digamos la autonómica que resulta inabordable)¹⁵. En muchas ocasiones las normas son modificadas al cabo de unos días, lo que nos evidencian cierta improvisación.

En un balance de la labor legislativa del Gobierno en últimos meses de vigencia de pandemia Covid-19, es fácil acordarse de aquello que decía Ortega y Gasset de que el estado se había convertido en una ametralladora que dispara leyes sin cesar, o también de que no encontramos en un mundo de leyes desbocadas como agudamente observaba García de Enterría¹⁶, o como decía Carl Schmitt que estemos ante una *legislación motorizada*¹⁷. En principio, la inflación legislativa no tiene que ser considerada como negativa, máxime en una situación de crisis sanitaria mundial y que nos está afectando de lleno. Es posible que sea inevitable, necesaria y útil, ahora bien, a la vista de lo noticiado, no se puede evitar pensar en cierta improvisación en el actuar del Gobierno que prueba y se equivoca u olvida algo corrige.

3. EL ESTADO DE ALARMA “EXTENDIDO” ADAPTADO A LA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA PANDEMIA COVID-19 Y LA “LEGISLACIÓN MOTORIZADA” DE EMERGENCIA

Formalmente hemos estado en un estado de alarma prorrogado sucesivamente, pero la realidad nos lleva a pensar que se trata de un Estado de Alarma “extendido”, es decir, acompañado de algunas me-

¹⁵ Es suficiente consultar en la edición especial del BOE, códigos electrónicos que comenzó denominándose “Crisis Sanitaria COVID-19”, para pasar posteriormente a denominarse “Covid-19 Derecho Europeo, Estatal y Autonómico”. Cfr. www.boe.es, que es de actualización continua. También es interesante la dirección web: www.mjusticia.gob.es/ciudadanos/servicios-esenciales-justicia.

Las instrucciones, y criterios, respuestas a consultas, etcétera se pueden consultar en las páginas web de órgano del órgano emisor (Ministerio de Trabajo; Ministerio de Sanidad; Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración).

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, reimpresión 2000, págs. 42 y 48. Ortega hacía referencia a la “legislación incontinente”, véase ORTEGA Y GASSET, J.: «Individuo y organización» [1953], en *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, págs. 677-690, pág. 688.

¹⁷ SCHMITT, C.: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, pág. 20. Véase, MONERO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 89 y sigs., y 141 y sigs.

didas próximas a las propias de un estado de excepción sin serlo. Es ésta una cuestión discutible, que no encuentra una respuesta tan sencilla y nítida como podría esperarse desde una análisis apresurado¹⁸.

Por lo pronto hay que dejar constancia de la previsión específica de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que establece que de conformidad con el art. 116.2 de la Constitución Española, el Gobierno podrá declarar el estado de alarma cuando se produzcan “[...] crisis sanitarias, tales como epidemias [...]”. Por tanto, no hay aquí una motivación política de orden público de fondo, sino de carácter sanitario y sus consecuencias resultantes. En la perspectiva del factor causal determinante no hay ninguna objeción respecto al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y la subsiguiente legislación de emergencia. Al amparo del estado de alarma se autoriza la “*restricción del ejercicio de derechos fundamentales*” y no la suspensión del ejercicio de tales derechos fundamentales (STC 83/2016, de 28 de abril.). Por otra parte, conforme al art. 55.1 de la Constitución, los derechos fundamentales aludidos “podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”.

Adviértase que el art. 13.1 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, señala que: “Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento diecisésis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”.

Es manifiesto que el ejercicio de los derechos queda afectado sensiblemente tanto en el estado de alarma como en el estado de excepción, aunque la intensidad de esta afectación pueda ser mucho más intensa en éste último.

Y aquí como mínimo, están comprometidos: a) El derecho a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), pues la gran mayoría de los ciudadanos, en virtud de la declaración del Estado de Alarma, estaban confinados en sus domicilios sin poder circular libremente; b) El derecho de reunión, imposible en ese momento dado el estado de confinamiento obligado; c) El derecho al trabajo, hoy un eufemismo.

Resulta obvio que a ningún Gobierno que se precie está por la labor de la declaración de un estado de excepción por las connotaciones que tiene (y también por la naturaleza de las causas sustancialmente políticas que lo motivan); además, sería el primero de nuestra democracia. Teniendo en cuenta, además, que en tal caso las limitaciones pudieran ser aún de mayor extensión e intensidad que las ya adoptadas bajo la actual declaración del estado de alarma. Por otro lado, en una perspectiva de “realidad constitucional” necesita para ello contar con la aprobación expresa del Congreso de los Diputa-

¹⁸ MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y la medidas legales adoptadas)”, en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), págs. 11-53.

dos y no parece que las fuerzas políticas que apoyaron al grupo político mayoritario llegar al Gobierno puedan estar por labor, ni —seamos realista— tampoco las demás con representación parlamentaria. De aquí que se haya optado por una declaración del estado de alarma “extendida”, por así decir, a la que ha seguido una serie prórrogas y no se puede descartar que se vuelva a declarar un nuevo Estado de Alamar. No obstante, hay que ver un lado harto positivo y es el apoyo que a las medidas que directa (con su voto favorable) o indirectamente (con su abstención) han estado dando los diversos grupos políticos y que la ciudadanía resignada acepta. Tampoco, ciertamente, hay una acuerdo o consenso en la doctrina académica —disenso fácilmente apreciable en los posicionamientos que ya se han hecho públicos— sobre si en el plano de la teoría constitucional las medidas adoptadas al amparo del estado de alarma suponen o una limitación de tipo suspensiva o una restricción menor del ejercicio de los derechos fundamentales¹⁹. También es cierto, que el estado de alarma presenta una causalidad específica, frente a la declaración del estado de excepción propiamente dicho (que adquiere una dimensión causal más estrictamente “política”²⁰), previsto para situaciones distintas a la actual crisis sanitaria y con la autorización para establecer unas medidas más limitativas de los derechos y libertades fundamentales.

19 Basta reparar en la otra experiencia conocida y en la discusión técnico-jurídico que podría plantear en términos de interpretación rígida y formalista del art. 28.2 CE, el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, que declaró el estado de alarma (en un supuesto muy distinto al actual) dictado en la crisis del transporte aéreo derivada de los efectos de la huelga de controladores en los servicios esenciales para la comunidad y teniendo en cuenta el carácter de derecho fundamental del derecho de huelga (art. 28.2 Constitución, y mismo art. 55.1, que lo alude explícitamente, de la misma Norma Fundamental). La Declaración del Estado de Alarma se realizó al amparo de lo dispuesto en el art. 4 apartado c. en relación con los apartados a. y d. de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, se declara el Estado de Alarma con el fin de afrontar la situación de paralización del servicio público esencial del transporte aéreo (Art. 1). Las previsiones de esta del RD 1673/2010, supuso no sólo una militarización del servicio, sino también una militarización de los propios trabajadores. Por ejemplo, el art. 3. Ámbito subjetivo. “En virtud de lo dispuesto en los artículos 9.Uno y 12.Dos de la Ley Orgánica 4/1981 en relación con el art. 44 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasan a tener, durante la vigencia del Estado de Alarma, la consideración de personal militar a los efectos de lo previsto en el art. 10.Uno de la citada Ley Orgánica y en consecuencia, quedan sometidos a las órdenes directas de las autoridades designadas en el presente real decreto, y a las leyes penales y disciplinarias militares, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.5 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre”. También “el Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que designe adoptarán las decisiones pertinentes en cumplimiento de lo que dispone el art. 3 del presente real decreto” (art. 6. “Autoridad delegada del Gobierno”).

20 El propio art. 55.2 CE ya hace referencia significativa a “personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Pero también la misma Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que delimita el justificado motivo para Declarar el Estado de Excepción, en términos vinculados a situaciones relacionadas con la esfera política de riesgo (la noción de orden público en términos de violencia o peligro de la paz): Art. 13. 1. “Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento diecisésis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”. Este factor causal condicionante no haría precisamente fácil encaje de la pandemia del coronavirus dentro del marco del Estado de Excepción. Para versificarlo es suficiente reparar en los pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, SSTS 71/1994, FJ 3, 199/1987, fjs.2, 7 y 8, 153/1988, FJ. 5, 25/1081, FJ. 5).

Resulta harto significativo que, en Francia e Italia, con un sistema constitucional análogo al nuestro, se haya declarado también el Estado de Alarma o de emergencia sanitaria para hacer frente al coronavirus; y no el Estado de Excepción en sentido técnico-constitucional²¹.

En el fondo, la declaración del estado de alarma —como el mismo estado de excepción— constituye en sí una excepción a la normalidad constitucional como consecuencia de la gravedad de la situación material representada por la pandemia. El debate científico-jurídico queda abierto. Pero no debe olvidarse, en cualquier caso, que la declaración del estado de alarma, estado de excepción o estado de sitio, pueden afectar levemente al normal funcionamiento de las instituciones democráticas, pero no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de dichos estados. Por lo demás, su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados (art. 116. 5 de la Constitución).

Hay que decir, que existe un cierto reconocimiento generalizado —salvo en la oposición más frontal de algunos partidos (Partido Popular y Vox, partido de ultraderecha)— de que el Estado de Alarma —con el confinamiento y la limitación de la libertad de circulación y otras restricciones de derechos vinculadas a la lucha contra el Covid-19— ha sido imprescindible para la contención de mayores consecuencias trágicas para las personas, pero también para su mayor impacto en el sistema económico, cuya actividad y eventual reanudación se vería imposibilidad de llevar a cabo de no haberse acordado. De este modo el “mando único” estatal en la lucha con la pandemia del Covid-19 ha sido globalmente exitoso, más allá de los errores que de manera comprensible se han podido recaer por la misma situación de emergencia y su carácter mundial (piénsese en las dificultades del aprovisionamiento de material sanitario, donde los Estados y los mercados han mostrado una evidente insolidaridad, sin que la Unión Europea haya sabido o querido impedirlo en ese periodo inicial). Y nótese que el estado de alamar no

21 Para la comprensión de cómo el Estado de Alarma puede afectar al ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales, en un caso de derecho sindical de manifestación (art. 21 CE) en la celebración del día 1 de mayo, resulta especialmente significativo el razonamiento jurídico del Auto del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 30 de abril de 2020. El Tribunal Constitucional declara (con cita de numerosas sentencias precedentes del TC) la inadmisión del recurso de amparo interpuesto por la Central Unitaria de Trabajadores contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimó la demanda de manifestación sindical en Vigo el día 1 de mayo. El TC considera que no se dan las circunstancias que permitan el ejercicio del derecho (un derecho de libertad que se agota en el “agerelicere”) de manifestación por la situación de pandemia provocada por el Covid-19. La relación entre el derecho a la vida y el derecho de manifestación —como también el de reunión— exige una ponderación por la que, ante la falta de garantías de seguridad en una situación extraordinaria de máximo riesgo de contagio, ha de primar el primer derecho. El Alto Tribunal utiliza los criterios de adecuación a la finalidad, de ponderación entre los derechos en juego, y de proporcionalidad. Entiende que “la litación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del Covid-19”. Con la prohibición de celebrar la manifestación se trata de “evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria. La adecuación entre la finalidad pretendida por la limitación y la herramienta jurídica empleada en este caso, no parece por tanto inexistente” (fj. ii). Y añade: “Por último, un juicio de la proporcionalidad de la medida de prohibición, nos lleva a concluir que no existen indicios notables de concurrencia de la lesión denunciada” (fj. iii).

supuso una “recentralización” completa (ni menos lo que por algún autor se ha llamado “expropiación”) de competencias respecto de las redes sanitarias y, desde luego, respecto de la residencias de mayores, las cuáles siguieron siendo objeto de supervisión por las Comunidades Autónomas (CCAA), en el marco de la conformación de nuestro modelo de Estado compuesto de “federalismo débil”.

Con la quinta prórroga del estado de alarma se abrió un nuevo periodo en el abordaje de la pandemia con la “desescalada” y con la puesta en marcha de la llamada “cogobernanza” del Estado y las Comunidades Autónomas. En la sexta y última prórroga del estado de alarma se consolidó y acentuó esa cogobernanza con un protagonismo dual, pero creciente de los gobiernos autonómicos. El mando único ha cumplido su función, cómo actualmente lo está cumpliendo el gobierno más descentralizado por el protagonismo mayor de las Comunidades Autónomas. De este modo, se ha combinado de manera pragmática la respuesta centralizada del estado de alarma inicial –importante para doblegar la curva de contagios y la distribución de recursos sanitarios– y la descentralizada posterior a través de la acción –más o menos coordinada– de las Comunidades Autónomas. De este modo, la “nueva normalidad” se está caracterizando por el uso de las competencias autonómicas y la coordinación flexible del Estado (a través sobre todo del Ministerio de Sanidad) con la adaptación de medidas unificadoras, adicionales, complementarias o suplementarias, en todo cuanto sea necesario. Pero la evolución de la epidemia del COVID-19 y la situación de incertidumbre determinará si con carácter extraordinario y de urgente necesidad es necesaria la declaración de un nuevo estado de alarma (que como tal sólo puede ser declarado por el Gobierno estatal, aunque cabe dentro de él una combinación entre centralización-descentralización autonómica).

La técnica legislativa durante el periodo de emergencia ha sido la propia de una “legislación motorizada”, reflejo, en gran medida, de un desbordamiento jurídico-institucional ante la creciente expansión de la epidemia. Sorprende el iter de cómo se han redactado y diseñado las disposiciones promulgadas hasta la fecha²². Todos los grandes decretos leyes presentan largas Exposiciones de Motivos, y se advierte en ellos un desbordamiento institucional considerable, que sólo puede comprenderse y explicarse por la evolución diacrónica y expansiva de la Pandemia Covid-19. Ninguno de los Gobiernos europeos más afectados por la pandemia Covid-19 se ha salvado –en mayor o menor medida– de esa vorágine legislativa de emergencia o de excepción.

Esa “legislación incontinente” se verifica en la proliferación expansiva y aluvional de disposiciones de urgencia, muchas de ellas también “leyes medida”(Carl Schmitt y Franz Neumann) para hacer frente a situaciones concretas planteadas en los órdenes sanitarios, económico y social. Así, los Reales Decretos-leyes 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, 7/2020, de 12 de marzo, por el que se

22 Hubiera sido aconsejable haber tomado como referencia las Directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

En este sentido véase también titulares de diario “El País” de 17 de mayo de 2020 “El Gobierno ha dictado 209 normas en el estado de alarma. Los expertos respaldan el marco legal para la pandemia, pero alertan de la inseguridad jurídica de los cambios y la calidad técnica de algunos textos”. Pero a partir de esa fecha han seguido proliferando las normas de urgencia a todos los niveles, incluso sin Declaración de Estado de Alarma y adoptadas por los Gobiernos específicos de cada Comunidad Autónoma del Estado Social Autonómico español (lo cual ha resultado harto problemático cuando se limitan derechos fundamentales; y ello a pesar del hecho de que, en algún caso, se a requerido la “autorización” de órgano jurisdiccional ordinario. Basta reparar en el tenor literal de los artículos 55 y 116 de nuestra Constitución).

adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (Estos dos antes de la declaración del Estado de Alarma, Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con prórrogas sucesivas), 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID, 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19, 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no prestenservicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social para hacer frente al COVID-19, 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a la víctimas de violencia de género, 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, 21/2020, de 9 de junio, de medida urgentes de prevención, contención sanitaria ocasionada por el COVID-19, 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo²³.

Se inician con unas aparentes Exposiciones de Motivos, excesivamente largas y que realmente —en la mayoría de los casos, en un exceso de “pedagogía” legislativa— son un resumen y comentariode la parte dispositiva, cosa que no es lo que debe ser su objeto²⁴. En términos de conjunto adquieren una gran importanciael Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medida urgentes de prevención, contención sanitaria ocasionada por el COVID-19, que es un Real Decreto-Ley que muestra un mayor nivel de elaboración, el cual mantiene un enfoque integrador anudando aspectos preventivos y de precaución dentro y fuera de los lugares de trabajo²⁵, a lo que cabe añadir un sinfín de normas de desarrollo relativa a aspectos concretos o puntuales o precisiones variadas.

23 Un estudio y exposición de conjunto de prácticamente todas estas medidas puede encontrarse en las diversas aportaciones recogidas en los números 23 y 24 de 2020, de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*. Con aportaciones de seguimiento y valoración jurídico-crítica de J.L. Monereo Pérez, G. Rodríguez Iniesta, A. R. Trillo García, J. Aibar Bernad, M.N. Moreno Vida, Santos Miguel Ruesga Benito, J.C. Álvarez Cortes, entre otros autores.

24 Se supone que esa parte expositiva cumple su función cuando describe el contenido indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes, competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Solamente si es imprescindible, resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto y obviamente evitando exhortaciones, declaraciones didácticas o laudatorias o análogas.

25 Sobre el enfoque de la prevención integral distinguiendo el ambiente interno de trabajo y el ambiente externo de la salud pública, véase MONERO PÉREZ, J.L.: “Integración de la gestión de riesgos mediambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente”, en MONERO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *La prevención de riesgos mediambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2011, págs. 327-378, con referencia específica a “La gestión integral de los riesgos” (*Ibid*, Capítulo I, págs. 327 y sigs.) y a “Los principios comunes del Derecho polisistémico de tutela frente a los riesgos: los principios de precaución y responsabilidad y los problemas “inter-sistémicos” (Capítulo 2, págs. 351 y sigs.). Ya anteriormente, en MONERO PÉREZ, J.L.: “Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental”, en *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, y en la monografía específica de MONERO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P.: *Prevención de riesgos y medioambiente*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2010.

En el plano de la protección social pública las medidas adoptadas en España han sido relevantes para hacer frente a las situaciones de necesidad generadas por la pandemia, aunque en algunos casos adolecen de cierta improvisación. De cualquier modo, estamos ante una situación excepcional y no es fácil evitar desaciertos y contradicciones.

Al cuadro de medidas señaladas, se han añadido otras nuevas, especialmente la renta mínima garantizada o ingreso mínimo vital para las familias más vulnerables. Una renta mínima vital que, según el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, se añadirá a las renta mínimas autonómicas, sin sustituirlas y que reforzará nuestro sistema de protección social y con él se protegerá a las personas y la recuperación socio-económica. Pero es una nueva prestación llamada a tener una dimensión estructural y no simplemente coyuntural, porque al tiempo acabará subsistiendo—perfeccionada—una vez superada la crisis de la Covid-19. La nueva Renta Mínima Estatal se pensó ya originariamente que debería ser una prestación permanente de carácter no contributivo dentro del Sistema de Seguridad Social creada al amparo del bloque o grupo normativo constitucional regulador del Sistema de Seguridad Social (señaladamente, los artículos 41 y 149.1.17^a y concordantes de nuestra Norma Fundamental). Con ella se reforzarían los instrumentos de solidaridad social actualmente insuficientes y desvertebrados para garantizar el derecho a la existencia digna²⁶.

4. EL INGRESO MÍNIMO VITAL PARA SITUACIONES DE POBREZA (ABSOLUTA O RELATIVA) Y DE EXCLUSIÓN SOCIAL SEVERA

4.1. La crisis social derivada de razones estructurales y coyunturales vinculadas a la pandemia Covid-19

Como se constata en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (en adelante, LIMV), España se encuentra entre los países de la Unión Europea con una distribución de la renta entre hogares más desigual. Existe un elevado nivel de desigualdad, con situaciones de pobreza extrema y no sólo de desventaja social. Se aportan datos significativos al respecto y se indica que aunque las causas de estas altas tasas de desigualdad y pobreza son

26 En este sentido, expresamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la Renta mínima a la Renta Básica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018, espec., págs. 7 y sigs., y 57-120; *Ibid.*, "La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de seguridad social en la "sociedad del riesgo", en *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 10, núm. 2 (2020), págs. 424-505; *Ibid.*, "Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y de emergencia social: el ingreso mínimo vital", en *RTSS. CEF*, núm. 448 (julio 2020).

múltiples, un factor común es el débil efecto redistributivo del conjunto de la intervención del Estado en España en comparación con la mayoría de los países de nuestro entorno. Dicha debilidad deriva en parte del menor desarrollo y financiación de partidas con claro impacto redistributivo (en especial la ausencia de una política estatal de garantía última de ingresos, como existe en la mayor parte de los países europeos), y en parte también por el diseño concreto que han tomado las políticas públicas.

Ante esta realidad, han sido las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía las que han ido configurando diferentes modelos de políticas de rentas mínimas. Estos sistemas han desempeñado un papel muy relevante para la atención de las personas en situación de vulnerabilidad, tanto en los momentos de crisis económica como en las etapas de crecimiento. Sin embargo, se trata de modelos muy diferentes entre sí, con variaciones muy sustanciales en su diseño, y especialmente en sus grados de cobertura y nivel de protección. El resultado ha sido una heterogeneidad significativa en el acceso a las prestaciones sociales de las personas en situación de necesidad, muchas de las cuales continúan sin ser suficientemente cubiertas por nuestro Estado del bienestar. Estas debilidades del sistema de garantía de ingresos español han sido puestas de manifiesto de manera recurrente en informes y recomendaciones procedentes de las instituciones europeas. Así, en la recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España, se afirma que «el impacto de las transferencias sociales en la reducción de la pobreza está por debajo de la media europea y está bajando. Los programas de garantía de rentas están marcados por grandes disparidades en las condiciones de acceso y entre regiones, y por la fragmentación de los programas destinados a diferentes grupos de individuos en búsqueda de empleo y gestionados por diferentes administraciones» (punto 12). En la Recomendación de 2019, se afirma que «la proporción de personas en riesgo de pobreza y exclusión social, así como la desigualdad de ingresos sigue estando por encima de la media de la Unión (...). La pobreza infantil, aunque se está reduciendo, sigue siendo muy alta.» (punto 14).

También en el marco comunitario, el “Pilar Europeo de Derechos Sociales”, adoptado en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo en noviembre de 2017, pretende dar a los ciudadanos europeos unos derechos sociales nuevos y más efectivos. Este Pilar Europeo de Derechos Sociales establece veinte principios fundamentales, uno de los cuales (principio 14) está dedicado a la renta mínima, señalando que: «Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral».

Por otra parte, con el fin de prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social en España, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2019 se aprobó la Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023. Entre otros elementos, la estrategia identifica la reducción de la desigualdad de rentas entre los principales desafíos de las sociedades europeas y en España en particular.

Estos problemas ya existían, por causas estructurales y deficiencias del sistema general de protección social pública, pero a mayor abundancia la necesidad de instaurar un medida de renta mínima

o de ingreso mínimo vital como política destinada a corregir estos problemas se ha visto “acelerada” por la crisis sanitaria del COVID-19 y el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Más allá del impacto directo sobre la actividad económica, la pandemia ha desembocado en una profunda crisis social, que afecta especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad. De ahí el establecimiento como medida de urgencia —y en el marco del Derecho de la emergencia actual, aun siendo una medida de carácter estructural y permanente— un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional. Este mecanismo, articulado a partir del mandato que el art. 41 CE otorga al régimen público de Seguridad Social para garantizar la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia. Materializando esa finalidad se aprueba el IMV como prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

Es en este contexto —como se percibe de carácter estructural y no limitado a la situación coyuntural de la tragedia de la Pandemia Covid-19—, donde hay que enmarcar el Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 01-06-2020)²⁷ (en adelante, LIMV). El real decreto-ley tiene por objeto la creación y regulación del ingreso mínimo vital (IMV) como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (es decir, con referencia a las personas más desfavorecidas, los pobres —en sentido absoluto, indigentes— o relativo, con insuficiencia grave de recursos, los marginados y los excluidos por falta de trabajo o ser “trabajadores pobres”) en los términos que se definen en el real decreto-ley. El Ingreso Mínimo Vital es una nueva prestación de la Seguridad Social que va acompañada de estrategias de inclusión focalizadas. El IMV, que será de carácter permanente dentro del cuadro del catálogo prestacional de la Seguridad Social, tiene como principales objetivos la redistribución de la renta, con la intención de erradicar la pobreza extrema, y la inclusión social y participación en el mercado laboral de las personas en situación de vulnerabilidad. El IMV es la respuesta del Gobierno de coalición al problema estructural de pobreza que existe en España y que hasta ahora no ha sido suficientemente atajado por las políticas y medidas protectoras existentes, como han puesto de manifiesto en numerosas ocasiones las recomendaciones remitidas a España desde diferentes organismos internacionales²⁸ y, por supuesto,

27 El Congreso convalidó este Real Decreto-ley por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital. Cfr. Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. De conformidad con lo dispuesto en el art. 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, acordó convalidar el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, publicado en el "BOE" número 154, de 1 de junio de 2020. Se ordena la publicación para general conocimiento. Palacio del Congreso de los Diputados, 10 de junio de 2020.-La Presidenta del Congreso de los Diputados, Meritxell Batet Lamaña.

28 No es baladí hacer notar que esta medida del IMV ha sido valorada muy positivamente por la Directora del Fondo Monetario Internacional, Kristalina Georgieva, quien en respuesta a la pregunta “España ha aprobado una renta mínima vital para familias vulnerables. ¿Cree que debería ser una herramienta per-

la doctrina científica. Su puesta en marcha se ha acelerado²⁹ para ayudar a cubrir las situaciones de vulnerabilidad causadas por la COVID-19, que se suman a las de las familias que ya se encontraban en dificultades previamente.

El IMV adopta una decisión de política del Derecho de gran envergadura porque asume como propia y legítima la iniciativa de establecer una nueva medida de garantía de rentas que antes sólo estaba encomendada a las Comunidades Autónomas a través de sus instrumentos "asistenciales" con distintas denominaciones. Es obvio que no estamos ante una "recentralización", sino más bien ante una racionalización motivada por la necesidad de establecer una solución homogénea y coherente para todo el territorio español, cubriendo las limitaciones intrínsecas y extrínsecas de las rentas mínimas disponibles por las Comunidades Autónomas. Pero con ello se realiza la finalidad propia de la Seguridad Social tal como viene establecida en el art. 41 de la Norma Fundamental.

El IMV es toda una política social que constituye un nuevo pilar prestacional de nuestro Sistema institucional de Seguridad Social (art. 41 CE y normas concordantes del bloque normativo constitucional regulador de la Seguridad Social) y que se engarza alrededor de una prestación, de forma que,

manente o solo adscrita a esta crisis?" responde con contundencia: "Primero, bravo. España ha adoptado una medida apropiada para proteger a las personas más vulnerables de esta crisis y, segundo, sí, tiene lógica hacerla permanente. Con la advertencia de que hay también instrumentos regionales y se tiene que hacer algo de trabajo para asegurarse de que hay una coherencia, de que no se producen solapamientos que generen injusticias. La pobreza en España es más alta en comparación con la eurozona, especialmente entre los niños. Un 21% de la población se encuentra bajo el umbral de la pobreza, cuando en la Unión Europea es menor del 17%. En cuanto a gente en riesgo de pobreza, España estaba en el 26% y la UE, en el 22%. En otras palabras, España ha hecho un trabajo importante para mejorar en igualdad y este es un buen instrumento. Al salir de esta crisis debemos construir estabilizadores de protección social". Entrevista en el Diario *ELPAÍS*, Sección "Economía y Trabajo", Lunes 15 de junio de 2020, págs. 38-39, en particular pág. 39.

29 COALICIÓN PROGRESISTA (PSOE/UNIDAS PODEMOS): *Un nuevo Acuerdo para España*, Madrid, a 30 de diciembre de 2019. En cualquier caso, ya había iniciativas en marco del Derecho Internacional y en la propia Unión Europea. No sólo es su amparo directo en el art. 34 de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de la Unión Europea, sino también el instrumento de "Derecho blanco" (*softlaw*), el cual ha adquirido una gran relevancia en el "Derecho comunitario", aunque en sí importante en el plano de la política del Derecho, del Pilar Europeo de Derechos Sociales, dicho instrumento se aprobaría en la Cumbre de la Unión Europea de noviembre de 2017, y en cuyo apartado 14, establece que "Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínimas adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que puedan trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral". Véase, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones, "Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales", Estrasburgo, 8.3.2016 COM(2016) 127 final. Consultese, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistema de seguridad social", en *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. U, Núm. 2 (2018), págs. 251-298; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018, págs. 7 y sigs., en particular pág. 10. Para un estudio sobre del alcance comprensivo de las rentas mínimas en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de la UE)", en VV.AA: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.; y reforzando el análisis de la necesaria perspectiva de la garantía multinivel de los derechos fundamentales, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANDO, P.G.: "Derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículos 30 de la Carta Social Europea)", en VV.AA: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MonereoAtienza y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 925 y sigs. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Madrid, ed. Atelier, 2017, págs. 187-245.

más allá de la ayuda monetaria incluye estrategias de inclusión, en coordinación con las comunidades autónomas y los ayuntamientos, que permitan a las personas en situación de vulnerabilidad económica transitar a una situación mejor que les permite una inclusión social efectiva en una sociedad democrática. Los beneficiarios contarán con incentivos a la contratación y también se creará un “Sello Social” para las empresas que les ofrezcan formación y empleo.

Además, se fomentará la participación en el mercado laboral con incentivos. Cuando el titular de la prestación no tenga empleo y lo encuentre, parte de su salario estará exento transitoriamente en el cálculo de la prestación. En el caso de que esté ocupado, cuando su salario se incremente, la cuantía de la prestación se reducirá en una cantidad inferior. En el caso de que el titular no esté ocupado, se exigirá la inscripción como demandante de empleo para el acceso a la prestación.

Para el reconocimiento de la prestación se tendrán en cuenta los ingresos del año inmediatamente anterior, aunque para atender las situaciones de vulnerabilidad generadas por la pandemia de COVID-19, también se podrá reconocer para solicitudes cursadas durante 2020 teniendo en cuenta la situación de ingresos de este año.

El resultado del Ingreso Mínimo Vital y de las distintas estrategias y políticas de inclusión será evaluado anualmente por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), mediante la emisión de la correspondiente opinión.

4.2. Rasgos configuradores del Ingreso Mínimo Vital como nuevo derecho social de desmercantilización

1. Su *finalidad típica* general es la lucha contra la desigualdad a través de la garantía de ingreso y la igualdad de oportunidades. La ordenación es nítida en su propio tenor literal, cuando delimita el objeto del real decreto-ley, indicando que “tiene por objeto la creación y regulación del ingreso mínimo vital como prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas” (art. 1. Objeto). Subyace la idea-fuerza de establecer una prestación económica que cubra el riesgo general de pobreza y de exclusión social.

Esta prestación nace con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos. La prestación no es por tanto un fin en sí misma, sino una herramienta para facilitar la transición de los individuos desde la exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia una situación en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad. Aunque la situación de privación económica que sufren las personas a las que va dirigida esta medida esté en el origen de su situación de vulnerabilidad, la forma concreta que tomará su inclusión social variará en función de las características de cada individuo: para algunos,

será el acceso a oportunidades educativas, para otros, la incorporación al mercado de trabajo o, la solución a una condición sanitaria determinada. Este objetivo de inclusión condiciona de manera central el diseño de la prestación, que, incorporando las mejores prácticas internacionales, introduce un sistema de incentivos buscando evitar la generación de lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores. Para aplicar este sistema de incentivos, resulta fundamental la cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de unos itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital, dado que, en el ejercicio de sus competencias, pueden acceder de manera más directa a las realidades concretas de los perceptores a través de los servicios sociales, pieza clave en la articulación del sistema. El sector privado también será copartícipe del diseño de estos itinerarios de inclusión, estableciéndose un Sello de Inclusión Social que acredite a todas aquellas empresas que ofrezcan oportunidades de empleo y formación a los perceptores del ingreso mínimo vital. El IMV no es, pues, una política dirigida apriorísticamente a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto. Esta política actuará así como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo: carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables (Véase Exposición de Motivos de la LIMV).

2. Prestación de Seguridad Social no contributiva y, por tanto, inserta en el Sistema institucional de la Seguridad Social. Debe destacarse al respecto una multiplicidad encadenada de títulos competenciales. Este real decreto-ley –establece la Disposición final novena, relativa al Título competencial– “se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 13.^a, 14.^a, 17.^a y 18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la *competencia exclusiva* sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación *básica* y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”. Adviértase que la “legislación *básica*” ex art. 149.1.17^a CE presupone la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan dictar una legislación *no básica* ostentando, de asumirlas, una competencia compartida que va más allá de la simple ejecución de la competencia “exclusiva” estatal por los órganos administrativos de dichas Comunidades Autónomas (Monereo Pérez, 2020, p.1495). La STC 239/2002, de 11 de diciembre (BOE núm. 9, de 10 de enero de 2003), vino a dar una apertura constitucional a la competencia autonómica para completar las medidas de Seguridad Social establecidas por la legislación estatal (en cuyo Fallo se desestiman los conflictos positivos de competencia promovidos por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, por el que se establecen ayudas económicas complementarias a favor de pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no

contributivas, y 62/1999, de modificación del Decreto 284/1998, y declarar que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma).

No estamos ante una prestación de carácter asistencial, ni tampoco ante una prestación técnica de servicios sociales, aunque requiera de prestaciones serviciales de carácter accesorio y que se utilice en su materialización de la colaboración activa de las Comunidades Autónomas. La legitimidad y oportunidad constitucional es evidente atendiendo a los títulos competenciales, los cuales se vinculan directa y funcionalmente con el art. 41 de la Norma Fundamental.

La medida del IMV —y su progresivo perfeccionamiento— supondrán un avance importante en la construcción expansiva de nuestro Modelo de Seguridad Social. Su establecimiento permitirá equilibrar la configuración de un modelo integrado por una doble esfera, contributiva y no contributiva, en el que esta segunda ha sido hasta ahora un elemento secundario en términos de conjunto. El IMV supondrá una profundización de este último ámbito no contributiva de la Seguridad Social.

La Constitución ofrece un marco especialmente favorable para esta profundización de esta vector de no contributivo de la Seguridad Social, sin detrimento del segmento contributivo. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional respecto al art. 41 CE (en interpretación sistemática con los artículos 1 y 9.2), la doctrina constitucional concibe la Seguridad Social como una «función del Estado» que atiende a cambiantes situaciones de necesidad (SSTC 37/1994; 65/1987). Pero también atendiendo al ideal de cobertura que se recoge en el estándar multinivel de garantía del derecho a la Seguridad Social (artículos 10.2 y 96 de Texto Constitucional).

Aunque hay que establecer las líneas más nítidas de demarcación conviene retener que conforme al art. 8. 3, “A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el artículo 18”. Por lo tanto la regla es de compatibilidad. Ahora bien, admitido que no estamos ante una medida asistencial del art. 148.20 CE, sino ante una medida típica de Seguridad Social no contributiva o asistencial interna a dicho sistema institucional, la cuestión residirá en establecer los nexos de relación y las posibilidades de “legislación no básica” que ofrece el mismo art. 149.1.17 CE, pues sólo hay una reserva de competencia exclusiva en lo que se refiere literalmente a la “legislación no básica” (a diferencia de lo que acontece respecto de la legislación laboral ex art. 149.1.7 CE). También el desarrollo reglamentario podría establecer vías de engarce y de solución preventiva de posibles conflictos de competencia, que en términos de principio aquí no existen (Recuérdese que con arreglo a lo previsto en el art. 8.5, “Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación”. Pero habría que entrar más sutil y nítidamente en el acoplamiento estructural y funcional entre los respectivos ámbitos competenciales del Estado (Seguridad Social no contributiva) y de las Comunidades Autónomas (Asistencia Social).

Es ésta una medida que perfecciona el “ideal de cobertura” en la lógica evolutiva que ha inspirado siempre el desarrollo de la seguridad social: la invención de sistemas prestacionales que hagan

frente a las nuevas necesidades sociales dentro de la socialización pública (o nacionalización estatal) de su cobertura solidaria.

El IMV o renta mínima vital configurada como prestación no contributiva de Seguridad Social permite una protección pública homogénea para todas las personas –individuales o en unidades de convivencia– en todo el Estado español, sobre pasando el carácter invertebrado y dispar actual de las rentas mínimas territorializadas por Comunidades Autónomas. Ello sin perjuicio de reconocer la aportación extraordinaria que se ha llevado a cabo por el Estado Social Autonómico en esta materia. Pero esta nueva renta mínima de ámbito estatal inserta en el Sistema de Seguridad Social era ya necesaria para hacer frente a las situaciones protegidas y superar los límites de las rentas mínimas autonómicas.

Siendo ello así, lo más lógico es que esta prestación específica se incluyera directamente en el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, y como un capítulo separado del Título VI, relativo a las “Prestaciones no contributivas”. Tanto más, dado que se configura no como una prestación de carácter excepcional respecto al sistema general vigente, sino como una prestación permanente del Sistema. Por tanto, es criticable técnicamente que no se haya insertado en dicho Título. Y debería hacerse lo antes posible para subsanar esta deficiencia de técnica legislativa, que tiene además el inconveniente de política del Derecho de hacer visible una supuesta provisionalidad (y esto dejar mal situada a esta medida) de una medida que en su concepción ya originaria no la tiene (a pesar de algunas presiones políticas). Pero nunca es tarde si la dicha es buena: hay que incluir lo antes posible –sin esperar más tiempo innecesariamente– esta medida en el TRLGSS, lo cual es también importante para dotarla de una mayor visibilidad y ante todo *estabilidad en el sistema jurídico*.

3. La *financiación* es íntegramente estatal con cargo a presupuestos generales del Estado. La financiación del ingreso mínimo vital se realizará a cargo del Estado mediante la correspondiente transferencia a los presupuestos de la Seguridad Social (Cap. VI de la LIMV).
4. La *gestión* es pública y residenciada en el INSS para garantizar su homogeneidad al igual que las demás prestaciones del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de la colaboración en la gestión por parte de las Comunidades Autónomas; las cuales –no se olvide– al amparo del art. 149.1.17^a pueden asumir una legislación no básica, que lógicamente respete ese núcleo esencial básico, sin el cual se produciría una disfuncional regulación asimétrica de esta institución prestacional de Seguridad Social. El INSS será el organismo competente para el reconocimiento y control de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad de suscribir convenios y de las disposiciones adicionales cuarta y quinta. La tramitación del procedimiento se realizará por medios telemáticos. Hay que evitar que los procedimientos burocráticos de reconocimiento del derecho al IMV acaben siendo intimidatorios y estigmatizadores que desincentiven la incorporación al programa de ayuda social proactiva.
5. *Derecho subjetivo perfecto* de las personas protegidas una vez acreditada la situación o contingencia protegida. Se establece que: “El ingreso mínimo vital se configura como el derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se en-

cuentren en situación de vulnerabilidad económica en los términos que se definen en el presente real decreto-ley. A través de este instrumento se persigue garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias" (Art.2. Concepto y naturaleza.1). Lógicamente, es un derecho subjetivo perfecto a la prestación económica (y vale decir también a las accesorias) cuando se acreditan los requisitos exigidos legalmente, porque se trata de una medida condicionada a un déficit de recursos económicos del sujeto o de la unidad de convivencia tomada como supuesto de hecho de la norma.

Su orientación es decididamente universalista y regida por un principio de automaticidad, no se requieren los requisitos instrumentales de afiliación, alta y cotización. Sí, acreditar la residencia y la situación de necesidad en los términos exigidos por la ordenación legal. La ordenación legal distingue entre personas beneficiarias (art. 4 LIMV: a) Las personas integrantes de una unidad de convivencia en los términos establecidos legalmente; b) las personas de al menos 23 años y menores de 65 años que viven solas, o que compartiendo domicilio con una unidad de convivencia en los supuestos del art. 6.2.c), no se integran en la misma, siempre que concurren determinados requisitos explícitamente previstos) y personas titulares (art. 5 LIMV: "las personas con plena capacidad de obrar que la soliciten y la perciban, en nombre propio o en nombre de una unidad de convivencia. En este último caso, la persona titular asumirá la representación de la citada unidad. La solicitud deberá ir firmada, en su caso, por todos los integrantes de la unidad de convivencia mayores de edad que no se encuentren incapacitados judicialmente") del IMV, que pueden no coincidir.

Sujetos titulares también los extranjeros, conforme al art. 19 ("Acreditación de los requisitos") "La residencia *legal* en España se acreditará mediante la inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia, en cualquiera de sus modalidades en el caso de extranjeros de otra nacionalidad". Este requisito puede plantear graves problemas sobre todo respecto de las personas migrantes en situación administrativa irregular; y hay que tener en cuenta que muchas de estas personas están realizando trabajos precarios que los sitúa abiertamente dentro de esa categoría de marginalidad que suele llamarse "trabajadores pobres". Esta exclusión puede ser criticable desde la perspectiva de los derechos sociales y del principio de igualdad y no discriminación; y desde luego plantea el gran problema de erradicar el trabajo informal o irregular (que para el jurista es típicamente un trabajo en condiciones de ilegalidad y contrario al "trabajo decente" o digno)³⁰. Hay que tener en cuenta la lógica *in fine* que inspira a artículos como el 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pero también el art. 2 ter ("Integración de los inmigrantes").

6. Carácter condicionado al nivel de rentas obtenidas por el sujeto o la unidad de convivencia. No se trata, por tanto, de una renta básica incondicionada como derecho de ciudadanía plena e indi-

³⁰ Puede consultarse exhaustivamente, VV.AA: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2016, 621 págs.

ferenciada en relación a situación económica de las personas destinatarias. Se trata, pues, de un sistema de renta mínima basado en la solidaridad social bajo en condicionamiento de la comprobación de recursos de la persona individual o de la unidad de convivencia.

7. *Medida de carácter permanente dentro del Catálogo de prestaciones no contributivas del Sistema jurídico e institucional de Seguridad Social. Lo cual se comprende porque atiende a situaciones de necesidad social consideradas institucionalmente como de carácter estructural aunque agravadas por la crisis social generada por la pandemia del Covid-19. Ciertamente, esta medida se adapta “En desarrollo del art. 41 de la Constitución Española, y sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, el ingreso mínimo vital forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva”. (Art.2. 2 Concepto y naturaleza). Ya se ha señalado antes que debería insertarse expresamente en el cuadro de prestaciones no contributivas del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).*
8. *La acción protectora se resuelve en una prestación económica principal que se fijará y se hará efectiva mensualmente en los términos establecidos en la LIMV y en sus normas de desarrollo (por establecer todavía). Ello no obstante, a esta prestación principal se añade y anuda una serie de prestaciones accesorias que tiene que ver con las políticas activas de empleo, de inserción en el mercado de trabajo, y con las más amplias políticas de inclusión social.*

En cuanto a la determinación de la cuantía mensual de la prestación de IMV que corresponde a la persona individual o a la unidad de convivencia vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada, según lo establecido en la LIMV y su normativa de desarrollo, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen esa unidad de convivencia del ejercicio anterior, en los términos establecidos en los artículos 8, 13 y 17, siempre que la cuantía resultante sea igual o superior a 10 euros mensuales (art. 10).

Implícitamente se consagra un *Principio de adecuación social finalista* respecto de la cuantía económica del IMV. Lo cual se expresa en dos sentidos: por un lado, la un ingreso mínimo garantizado que se califica de “vital”, lo que indica que quiere garantizar no simplemente un nivel de “subsistencia” en la cobertura de las necesidades, sino un nivel digno de vida, aunque ciertamente se expresa con una cuantía de intensidad mínima. En segundo lugar, el principio de adecuación social finalista se expresa en la ordenación normativa al señalar que: “Se articula en su acción protectora diferenciando según se dirija a un beneficiario individual o a una unidad de convivencia, en este caso, atendiendo a su estructura y características específicas” (art. 3.a) del RD-Ley 20/2020). Es importante señalar que la norma elude el concepto de “familia” (que de por sí ya ha adquirido un alcance más amplio abarcando distintos tipos de familia con diversos modos de formalización jurídica, las llamadas de “hecho” también están “juridificadas”) (El estudio más completo que se ha realizado en nuestro País sobre la protección social de la familia es, sin la menor duda, el realizado en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, 2018, *pasim*), aunque evidentemente lo comprende en el más amplio concepto normativo de “unidad de convivencia”, conforme a la delimitación imperativa realiza ex art. 6 (Unidad de convivencia), que establece un concepto legal general/

al que se añaden una serie de excepciones tipificadas como tales que confirma ese concepto y regla general. El concepto general se expresa en los siguientes términos: “Se considera unidad de convivencia la constituida por todas las personas que residan en un mismo domicilio y que estén unidas entre sí por vínculo matrimonial o como pareja de hecho en los términos del artículo 221.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o por vínculo hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad, adopción, y otras personas con las que conviva en virtud de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente” (art. 8.1). Por su parte, se establece un “como excepción” a la regla anterior una serie de supuestos específicos de “consideración de unidad de convivencia a los efectos previstos en este real decreto-ley” (art. 8.2). El carácter excepcional supone que no admite nuevas inclusiones, ni tampoco interpretaciones extensivas, ni analógicas exorbitantes del fin explicitado en la normativa (dentro de respecto a los límites intrínsecos de la interpretación analógica).

9. *Carácter no sustitutivo* respecto de las medidas de “ayuda social” (la técnica de ayuda es la que se utilizó para que las Comunidades Autónomas pudiesen asumir competencias en materia de rentas mínimas de inserción, o ingresos de solidaridad o salario social, que con distintas denominaciones han ido evolucionando hacia una asistencia social moderna que reconoce derechos subjetivo a las prestaciones económicas y serviciales dispensadas) (El carácter complementario y no sustitutivo de una renta de subsistencia estatal respecto de las rentas mínimas autonómicas había sido mantenido por la Monereo Pérez, 2018, p. 111.). En cualquier caso, está pendiente a través de la normativa reglamentaria que el real decreto-ley prevé, llevar a cabo una racionalización de la articulación entre ésta y otras ayudas.

10. *Medida de carácter subsidiario*, pues sólo actúa, cuando se está por debajo del nivel mínimo de ingresos que se garantiza, por un lado, y por otro, cuando se esté por debajo de ese nivel mínimo sólo se completa hasta llegar a él; y asimismo cuando se reciben otras prestaciones como, por ejemplo, las rentas mínimas de inserción. En efecto, se dispone que: el IMV “Garantiza un nivel mínimo de renta mediante la cobertura de la diferencia existente entre la suma de los recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga la persona beneficiaria individual o, en su caso, los integrantes de una unidad de convivencia, y la cuantía de renta garantizada para cada supuesto en los términos del art. 10” (Art. 3.a) del RD-Ley 20/2020).

11. En cuanto a *la duración es potencialmente indefinida* atendiendo a la misma duración/superación de la situación de necesidad objetiva objeto de cobertura (cuestión distinta es que si tiene éxito y se supera la situación de necesidad fijada en el nivel mínimo de rentas legalmente establecido, desaparecerá el presupuesto de hecho de la norma y con ello el derecho actual de la RMV, sin perjuicio de que el sujeto pueda actualizar ese derecho si vuelve a encontrarse en cualquier momento ante la situación de necesidad).

12. *Condicionalidad.* Incorpora una posición de *deber jurídico recíproco*, que se refleja en los requisitos de acceso (art 7 LIMV), en la indicación de los deberes que los sujetos protegidos asumen en el desenvolvimiento dinámico del disfrute de la prestación y en el régimen de infracciones y sanciones (artículos 33 y 34 LIMV). Por un lado, del sujeto protegido sobre el que recaen “cargas” anudadas

al derecho relativas a la aceptación de ofertas de trabajo adecuado y a actividad formativas o de reciclaje profesional. Por también conlleva, *al mismo tiempo*, el deber público de poner todos los medios necesarios para facilitar la incorporación al mercado de trabajo (vinculado al derecho al trabajo). Por consiguiente: la “activación” adquiere una doble vertiente, subjetiva del sujeto para esa puesta a disposición, y objetiva del poder público/Administración pública actuante para poner los medios adecuados para garantizar la inclusión social y el derecho al trabajo.

13. Incorporación de medidas proactivas tienen que ver con el objetivo básico de superación de las situaciones de falta de integración en la sociedad (señaladamente, pobreza o marginalidad “descalificadora”) o de exclusión social por el trabajo (su falta o insuficiencia dada su precariedad manifiesta). En efecto, se indica que IMV “Se configura como una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación en la sociedad. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones” públicas (art. 3.d). Pese a carácter modesto, el IMV se corresponde las nuevas necesidades y técnicas emergentes de la Seguridad Social “pasiva” a la “Activa” (el Estado Social Activo) El dato normativo es que este tipo de “derechos sociales” prestacionales se reconfiguran como derechos sociales “condicionados” al cumplimiento de deberes jurídicos de actuación adicionales por parte de los sujetos protegidos o beneficiarios (En la perspectiva histórica del desarrollo diacrónico de las políticas de Seguridad Social, puede consultarse, Monereo Pérez, 2012, 271 ss.; 2007, *passim*.). Estas medidas proactivas son fundamentales, y no deben considerarse como simples medidas de acompañamiento (aunque están poco enfatizadas en la ordenación reglamentaria se previsible y deseable que se concreten).

Conforme al art. 3. d) LIMV, el IMV precisamente “se configura como una red de protección dirigida a permitir el tránsito desde una situación de exclusión a una de participación (activa) en la sociedad. Contendrá para ello en su diseño incentivos al empleo y a la inclusión, articulados a través de distintas fórmulas de cooperación entre administraciones”. Lo que, es obvio, presupone la suscripción de un compromiso por parte de los sujetos protegidos, generador de deberes u obligaciones jurídicas asumidas al acceder a la prestación que condicionan el derecho (lo que puede dar lugar a la suspensión del derecho ex art. 14, o incluso a la extinción del mismo ex art. 15).

Se contempla la promoción de estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del ingreso mínimo vital, en coordinación con todas las administraciones involucradas. Asimismo, se prevé la firma de convenios con otros órganos de la administración, con comunidades autónomas y entidades locales, pudiendo estos convenios regir la cooperación en el procedimiento administrativo, en el desarrollo de estrategias de inclusión o en cualquier otro ámbito de relevancia para los fines del ingreso mínimo vital.

El programa de IMV deberá fomentar la resiliencia de la persona o unidad de convivencia protegida—más allá de la necesaria labor de supervisión—. La resiliencia confiere poder y capacidad para resistir y recuperarse de la situación de vulnerabilidad derivada de la pobreza o exclusión social desde el punto de vista de las personas y en vista a la imagen que de ellas se proyecta en la sociedad de inclusión, inclusiva.

14. *El IMV es intransferible:* “No podrá ofrecerse en garantía de obligaciones, ni ser objeto de cesión total o parcial, compensación o descuento, retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre” (art. 3.6).

15. Por último, el IMV es compatible con el trabajo. Es más: el modelo legal promueve esa compatibilidad, pues lo que desea es la inclusión social a través del trabajo, no desincentivarlo. Adviértase que IMV pretende ser, una medida de *estructura jurídica y finalista compleja* que combina medidas pasivas (prestación económica que garantice un nivel de subsistencia digno, situada en la dirección de garantizar el derecho a la existencia) y medidas activas (formación/capacitación profesional y mecanismos que propician la incorporación o reinserción en el mercado de trabajo, en la línea de garantizar el derecho al trabajo). En este sentido se la puede calificar como una nueva y típica *renta activa de inserción*. El art. 8. 3, establece que “A efectos de este real decreto-ley, no computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas, y otros ingresos y rentas de acuerdo con lo previsto en el art. 18” (“Cómputo de los ingresos y patrimonio”). Por su parte, se añade en el apartado 4 que “Con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan. En estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales. 5. Reglamentariamente se podrán establecer, para supuestos excepcionales de vulnerabilidad que sucedan en el mismo ejercicio, los supuestos y condiciones en los que podrán computar los ingresos y rentas del ejercicio en curso a los efectos de acceso a esta prestación”. Comentar, adicionalmente, que no sólo se trata de evitar que se des-incentive la incorporación al mercado de trabajo (lo cual se sitúa, quiérase o no, en una lógica de “activación subjetiva”), sino también el aspecto positivo –y menos de control disciplinario– consistente en el fomento del trabajo como derecho de integración social (art. 35.1 CE), lo cual se sitúa en una lógica garantista de “activación objetiva”. Es harto significativo que la Exposición de Motivos destaque la idea de activación y los mecanismos de control posible del fraude; aunque, ciertamente, no descuida la idea-fuerza de la inclusión social por el trabajo profesional. La compatibilidad con el trabajo es importante para evitar el “riesgo moral” de que la IMV actúe como un desincentivo para aceptar una oferta de trabajo adecuado (y no lo es tanto si es poco remunerado) y contrarrestar la “trampa de la pobreza” y la “trampa de la precariedad”. La compatibilidad trabajo-IMV pretende evitar ese “riesgo moral” entre posibles costes de transacción.

Queda pendiente, todavía, una reflexión sobre la mejora de esta nueva medida de protección social –IMV– para alcanzar sus fines idóneos (por el momento se residencia más en las situaciones de extrema necesidad, cuando habría que esperar más que se avanzara hacia una renta mínima garantiza *condicionada* que vaya más allá de la lógica del “mínimo vital” para penetrar en una lógica de fomento de la integración social plena, aunque sin alcanzar todavía el objetivo utópico –que no significa irrealizable– de una renta básica universal “incondicionada”), lo cual implica, entre otras cosas, la mejora de su cuantía y la racionalización interna de las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social. Al tiempo habrá que racionalizar todas las prestaciones mínimas del sistema de protección social en los niveles no contributivos y asistenciales, con las prestaciones familiares y su conexión con el importe del salario mínimo interprofesional; sin que se afecte al nivel o vector contributivo profesional que tiene su lógica propia, incluida la noción de “suficiencia contributiva” referenciada a las rentas de activo dejadas de percibir con los correctivos correspondientes. Por el momento las prestaciones por hijo o menor a cargo han sido integradas en el IMV (Disposición transitoria séptima). Pero a la par que el IMV se convierte en una más intensa renta mínima garantizada de carácter también condicionado, el proceso de racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales deberá ir avanzando. Siempre que se respete el mantenimiento de la Seguridad Social Contributiva y su catálogo de prestaciones, pues nuestro modelo de Seguridad Social no es “residual” sino “institucional” orientada en el nivel contributiva a dispensar prestaciones próximas a las rentas de activo (concepto de suficiencia contributiva, frente a la noción de suficiencia no contributiva y asistencial que atiende ante todo a garantizar una subsistencia digna sin necesidad de otorgar prestaciones equivalentes a las rentas de activo).

Parece que el legislador es consciente de la necesidad de una *mejora*, y del inicio a la parte de todo un proceso de *racionalización* del conjunto de prestaciones basadas ante todo en *técnicas de ayuda social* (prestaciones no contributivas y mecanismos asistenciales). Pues se prevé que con el objetivo de evitar duplicidades de cara al ciudadano y en aras de una mayor efectividad de la política, la puesta en marcha del ingreso mínimo vital exigirá también una progresiva reordenación del conjunto de ayudas estatales cuyos objetivos se solapan con los de esta nueva política. Este proceso de reajuste se iniciará con la eliminación de la actual prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33 por ciento. La progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas que deberá abordarse en los próximos años permitirá una focalización en colectivos particularmente vulnerables que contribuya a una mayor redistribución de la renta y la riqueza en nuestro país. Desde esta perspectiva, el IMV supone el inicio de un proceso de *reorganización de las técnicas de ayuda* de nuestro modelo general de protección social pública.

Por otra parte, esta importante medida de garantía de ingresos –que opera como un estabilizador social y permite instaurarla con carácter homogéneo en toda España–, está lejos todavía de ser suficiente, pero va a dejar vacíos de cobertura protectora. Hay que proseguir en esta línea hacia una más completa renta mínima garantizada a nivel estatal, incluso yendo más allá de la relevante –pero inacabada– iniciativa legislativa popular (ILP), que fue propuesta por los dos sindicatos más representativas de nuestro país. Y ello con independencia de que se refuercen los distintos mecanismos de garantías de rentas contributivas (desempleo y jubilación, señaladamente), cuya intensidad o calidad protectora debe mejorar para homologarnos con otros países europeos de referencia comparables al nuestro.

Con todo, el IMV constituye una prestación extremadamente *compleja* en su estructura interna y en sus relaciones dinámicas y funcionales con otras prestaciones que atiende a resolver la cuestión social de la pobreza y la exclusión social. Ello exigirá una racionalización del conjunto de prestaciones no contributivas y asistenciales, su régimen de compatibilidad con ellas y con el trabajo de la persona o unidad de convivencia. De ahí la enorme importancia del desarrollo reglamentario, respecto del cual, cabe añadir, que la Ley reguladora debería haber establecido unas bases y condicionantes legales respecto al desarrollo a través de lo que debe ser un típico Reglamento de Ejecución, el cual presupone una unidad finalista entre Ley-Reglamento, coherente y jerárquicamente estructurada.

Pero el IMV constituye un paso histórico en si ya muy relevante para avanzar hacia una renta mínima garantiza *suficiente* en términos de intensidad protectora en el sentido previsto en el art. 41 CE, por referencia al estándar multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social a que remite en vía interpretativa el art. 10.2 CE. Permitirá atenuar o paliar —que no a superar en términos satisfactorios— la situación de mayor desigualdad de ingresos en comparación con otros Estados Europeos de referencia comparables al nuestro. Existe una alta cronificación del desempleo en una horquilla letal porque el desempleo de larga duración afecta a jóvenes y personas maduras. En este sentido el IMV actúa como suelo de protección social respecto de la pobreza y situaciones extremas de exclusión social, sobre el cual —y sin perjuicio de otras prestaciones complementarias— las comunidades autónomas podrían intervenir con carácter complementario conforme a sus necesidades y posibilidades de recursos. Pero si se quiere evitar el “estigma de la pobreza” —la “trampa de la pobreza” que impide salir de ella— es necesario impulsar políticas activas de empleo.

La Europa Social de los Derechos, no puede quedarse sólo en palabras, entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una *Directiva Marco* sobre Rentas Mínimas, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el Derecho Social Comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas —y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia— en la UE. Con ello se garantiza también “el derecho a tener derechos” en el sentido de Hannah Arendt.

4.3. La relevancia histórico-jurídica de la nueva prestación de Seguridad Social no Contributiva. Las posibles líneas de evolución y propuestas de “legeferenda”

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad

NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), art. 25

En definitiva, la creación de una RMI de ámbito estatal era cada vez más necesaria. Por otra parte, la implantación de la RMI a nivel estatal es constitucionalmente legítima y tiene amparo en la normativa internacional (art. 10.2 y 96 CE). La base constitucional para el establecimiento de una renta mínima garantizada o renta mínima de inserción a nivel estatal está legitimada, justificada y adecuadamente en los artículos 41, 9.2 y 149.1.17^a de la Constitución (y todas ellas interpretadas con arreglo al garantismo jurídico multinivel que se impone deducir del art. 10.2 CE, norma de interpretativa de apertura constitucional a dicho estándar garantista), para la protección de las personas frente a situaciones necesidad no adecuadamente satisfechas por otros instrumentos o mecanismos de protección social pública (señaladamente, las rentas mínimas de inserción de las CC.AA), con cargo a Presupuestos Generales del Estado (como ocurre con las prestaciones no contributivas o con la renta activa de inserción en el marco de la protección por desempleo). Nuestro texto constitucional ex art. 41 y normas concordantes del bloque constitucional de la Seguridad Social configura un sistema mixto de Seguridad Social, con ámbitos contributivos y asistenciales o no contributivos, y con una marcada orientación a realizar el elemento o dimensión asistencialista o no contributivo. Es visible la plasmación de la tendencia hacia la universalización subjetiva y objetiva o prestacional pública y la consagración explícita del principio de suficiencia vinculado a la calidad de las prestaciones dispensadas por sistema de Seguridad Social en su doble y heterogénea dimensión contributiva y asistencial.

Esta nueva prestación de Seguridad Social no contributiva, aparte de que puede ser completada por las CCAA, no impide la subsistencia de las rentas mínimas autonómicas si estas lo considerasen oportuno reclamando su competencia en materia de asistencia social garantizada constitucionalmente ex art. 148.1.20^a CE (véase, STC 239/2002, de 11 de diciembre); o, en su caso, su facultad de dictar una “legislación no básica” al amparo del art. 149.1.17^a CE. La instauración de esta renta mínima garantizada (acompañada en la esfera del Derecho Laboral por una política del Derecho cuyo objetivo sea el pleno empleo y la orientación hacia el “trabajo garantizado”, decente o digno de la persona que trabaja; esto es, en contraposición con el trabajo precario) puede permitir completar las redes de la protección social pública atendiendo de modo más eficiente y equitativo a la tutela de las situaciones de necesidad vinculadas al desempleo prolongado y a la exclusión social. Se trata de un subsidio condicionado a la situación de necesidad y la disponibilidad de recursos del sujeto protegido; un subsidio que, por supuesto, es necesariamente compatible con la realización de políticas activas de pleno empleo para todos. Se trata de garantizar el derecho a la existencia digna de una parte de la población des-calificada socialmente como “población excedente” situada en los márgenes de la estructura social, sin excluir (más bien presuponer a medio/largo plazo) que en un futuro pudiera avanzarse reflexivamente hacia una Renta Básica o Ingreso Básico incondicionado universalista, que implicaría una refundación más intensa, en cierto sentido, de los actuales sistemas de protección social pública y del propio Estado Social de Derecho.

La exigencia de este tipo de rentas de subsistencia y de inserción laboral e inclusión social se impone frente al problema estructural —y no sólo coyuntural— de lucha contra la pobreza y la exclusión social, ante las consecuencias de la “Revolución 4.0” (Cuarta Revolución Industrial), desestructuración del modelo estándar de trabajo propio del fordismo, o las situaciones derivadas de Pandemias sanitarias o de las consecuencias negativas del cambio climático o el deterioro medioambiental. Es la era

de la inseguridad social creciente (de la “sociedad del riesgo”) y, en relación a ello, de la redefinición de los sistemas de protección social pública. Y en un contexto de progresivo vaciamiento (por no decir, desmantelamiento; cuando no de intentos de deslegitimación) de las instituciones de la solidaridad social propias del Estado Social redistributivo e integrador ante la implantación de una sociedad de mercado de competencia generalizada con el desplazamiento paulatino del “Estado Social” por la forma “Estado de mercado”.

La renta mínima garantizada se configura como derecho subjetivo de Seguridad Social (una nueva prestación no contributiva de carácter pro-activo por su orientación hacia la reinserción profesional y social) y, por tanto, gozando de la necesaria justiciabilidad a través del orden social de la jurisdicción (puede consultarse, Monereo Pérez, 2018, pp. 98 ss.; Monereo Pérez y Molina Navarrete, 1999; Monereo Pérez, 2015, pp. 713-755; Suárez Corujo, 2014, pp. 49-60.). La renta mínima garantizada puede ser una vía para la protección de las personas en edad de trabajar sin protección por desempleo o de personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social y supondrá un reforzamiento del sistema de protección social clásico del Estado social. Se configura como una prestación de Seguridad Social en su ámbito no contributivo o asistencial, con financiación íntegramente estatal y con cargo a imposición general. La prestación de renta mínima garantizada o ingresos mínimos será, de este modo, una prestación de último recurso —red de seguridad— a la que se accede tras agotar las prestaciones contributivas o asistenciales de desempleo o, en su caso, por no haber podido generar derecho a las mismas. El objetivo de la prestación de renta mínima garantizada es proteger adecuadamente a quienes queriendo y pudiendo trabajar carecen de empleo y sufren una situación de necesidad económica. La medida tendrá naturaleza estructural o permanente en su cristalización normativa, no coyuntural. Se percibirá por la persona afectada de forma indefinida mientras se mantenga la situación de necesidad y tendrá una línea “pro-activa”, combinando el subsidio no contributivo con políticas activas de empleo.

La creación de una renta mínima garantiza a nivel estatal en la coyuntura actual (y como posible —y no exento de controversia— paso intermedio hacia el establecimiento a más largo plazo —de manera particularmente meditada— de una renta incondicionada o ingreso de ciudadanía) deriva de la constatación de las insuficiencias del tradicional sistema de protección por desempleo (prestación contributiva y subsidios asistenciales) y del conjunto heterogéneo e inorganizado de rentas mínimas autonómicas actualmente vigentes (Rentas Mínimas de Inserción, actualmente existentes, que son, sin duda, legítimas al amparo del título competencial autonómico en materia de asistencia social (art. 148.1. 20^a CE) y tanto más después de la amplitud competencia que autoriza la doctrina establecida por la 239/2002, de 11 de diciembre.).

La renta mínima garantizada será, verdaderamente, el último recurso de la red de seguridad de los sistemas de protección social pública. En el marco de la Unión Europea se está discutiendo sobre la implantación de una “renta mínima europea” (Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Renta mínima europea e indicadores de pobreza” (Dictamen de iniciativa), 2014/C 170/04), aprobado en sesión plenaria de 10 de diciembre de 2013). El CESE subraya la acuciante necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la Unión Europea mediante una Directiva Marco dirigida a combatir la pobreza facilitando la inclusión en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza, e insta a la Comi-

sión a emprender una acción concertada que responda a la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 2011 (Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea como la pobreza y la exclusión social (2011/2052(INI), DO C 153E de 31.5.2013, 57-78). La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tiene otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo (familiares, o miembros de la “unidad de convivencia”). La renta mínima garantizada no debe confundirse con el “salario mínimo”, que se fija por medio de la legislación o por medio de los convenios colectivos. (Otras políticas distintas al respecto son: a) una renta básica universal, que es una ayuda permanente, de cuantía fija, que se paga a intervalos preestablecidos a cada ciudadano adulto, independientemente de su situación económica o social o de su disponibilidad para el trabajo; y b) un impuesto negativo sobre la renta, basado en el concepto de tipo impositivo marginal). La medida es compatible con otras iniciativas de la lucha contra la pobreza y la desigualdad a través de otros tipos de medidas de reforma legislativas, como señaladamente a través de la fiscalidad progresiva y su gestión por la Agencia Tributaria.

El fundamento principal de la renta mínima garantizada europea estaría en el art. 34. 3 –en relación con el art. 1 que establece que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”– de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango *normativo* asimilado al de los tratados fundamentales de la Unión ex art. 6.1 TUE), conforme al cual “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”. Para el CESE los nuevos regímenes de renta mínima debería ir acompañados de políticas generales y disposiciones específicas, como las políticas activas del mercado laboral, destinadas a ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse en el mercado de trabajo, servicios de colocación, una gestión de las prestaciones y los programas relativos al mercado laboral, como la formación y la creación de empleo apoyadas por estrategias de activación adecuadas, para dar mayores oportunidades a las personas en busca de empleo. Son esenciales, asimismo, unos organismos eficaces de organización del mercado laboral, atención sanitaria y políticas de vivienda, así como servicios públicos asequibles y accesibles de gran calidad³¹. El establecimiento de una renta mínima de inserción permitiría combatir la pobreza y ciertos niveles de desigualdad, e incluiría junto a las ayudas o subsidios económicos la aplicación de políticas activas de empleo, sin que, por tanto, entre en juego el prejuicio de que la medida pueda desincentivar la búsqueda de empleo por parte de los sujetos protegidos.

Su implantación se situaría en la línea de política del Derecho impulsada por el denominado Pilar Europeo de los Derechos Sociales, pero yendo más allá de una mera convergencia de objetivos para

³¹ Sobre este alcance prestacional del art. 34.3 de la Carta de la Unión Europea, véase MONEREO PÉREZ, J.L. (2012). “Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV. AA. *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.

abrazar un línea de *armonización* comunitaria de rentas mínimas garantizadas. A tiempo, tras un periodo de experimentación del modelo de solidaridad social condicionada y selectiva (RMI y fórmulas similares) habría que avanzar hacia la implantación de una renta básica universal e incondicional (sin prueba de recursos y sin contrapartidas), que completase el Sistema de Protección Social del Estado Social de Derecho; es decir, un modelo de solidaridad social incondicional y universal. Es un nuevo modelo de solidaridad social introducido en el corazón del Estado Social de Derecho. Se trataría de una garantía contra la exclusión social y de defender la libertad real para todos. Esta técnica de protección social formaría parte de las condiciones materiales de la libertad (garantizando sólo en parte las condiciones materiales de la existencia de los individuos), y será posible confirmar nuevamente y en la práctica que la generosidad de las transferencias o prestaciones sociales no constituye un desincentivo para trabajar (ni generalizable ni sustancialmente relevante). La implantación como un nuevo derecho social de desmercantilización de las personas en todos los ámbitos donde se desarrolla su personalidad y dignidad humana debe ser el objetivo principal de un renovado Estado Social de Derecho.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), “Por una Directiva marco europeo sobre la renta mínima” [Dictamen de iniciativa], aprobada en pleno nº. 541, el 20. 02.2019 (SOC/585-EESC-2018-02210.00-00-AC-TRA (EN) 1/16- Ponente: Georges Dassis.), apuesta una por una decidida implantación de una Directiva marco europea sobre la renta mínima. Su punto de partida es ahora más contundente, pues se indica que los textos fundamentales de la Unión y sus compromisos, como la Estrategia Europa 2020, que pretende reducir en veinte millones el número de personas en riesgo de pobreza, no han arrojado los resultados esperados. La *aplicación del principio de subsidiariedad, con el método abierto de coordinación (MAC) como único instrumento, resulta por tanto insuficiente para alcanzar los objetivos fijados*. Establecer un marco europeo vinculante para una renta mínima decente en Europa que permita generalizar, apoyar y convertir en decentes (adecuados) los sistemas de renta mínima de los Estados miembros constituiría, por tanto, una primera respuesta europea importante al grave y persistente problema de la pobreza en Europa.

La renta mínima decente en Europa a través de un instrumento normativamente vinculante como es la Directiva marco (El recurrir a la legislación de la UE encuentra un fundamento jurídico reside en el artículo 153, apartado 1, letras c) y h), del TFUE.) está justificada por la necesidad de garantizar el acceso a todos los que precisan ayuda y de que esta se adecúe a sus necesidades reales. La renta mínima decente es también un instrumento al servicio de la integración/reintegración laboral de las personas excluidas y de la lucha contra el fenómeno de los trabajadores en situación de pobreza, pese a tener empleo.

Los sistemas de renta mínima hay que concebirlos en términos no de carga sino de *inversión social*. Los sistemas de renta mínima decente benefician no solo a las personas necesitadas, sino también a la sociedad en su conjunto. Garantizan que las personas que los necesitan se mantengan activas dentro de la sociedad, les ayudan a reconciliarse con el mundo laboral y les permiten vivir dignamente. Unas rentas mínimas decentes son indispensables para conseguir una sociedad más igualitaria, constituyen la base real de la protección social y garantizan una cohesión social que beneficia a toda la sociedad. Los sistemas de renta mínima apenas representan un porcentaje reducido del gasto social, pero arrojan un retorno de inversión considerable, mientras que la ausencia de inversión tiene repercusiones

muy negativas para las personas y conlleva costes elevados a largo plazo. Forman un conjunto de estímulos eficaces, ya que el dinero gastado revierte inmediatamente en la economía, frecuentemente en los sectores que más acusan la crisis. Como resultado de la interacción entre las rentas mínimas y el salario mínimo, también contribuyen a garantizar salarios decentes y a evitar el aumento del número de trabajadores pobres.

En cuanto al modelo de renta mínima o renta de subsistencia se trata de una renta mínima garantizada de carácter condicionado y no de una renta básica universal e incondicionada (Advierte que no se debe confundir el concepto de renta mínima decente, objeto del presente dictamen, con el de renta universal abonada a todos los miembros de una colectividad (municipio, región o Estado) sin requisitos relativos a sus recursos o su situación laboral. Además, aunque la mayoría de los países cuentan con sistemas de renta mínima, aún debe examinarse su adecuación con respecto a las necesidades, ya que en la mayoría de los casos sigue siendo un problema. Alemania y Francia obran en este sentido.).

Interesa destacar que ahora se vincula directamente la renta mínima europea con el concepto de trabajo decente impulsado por la OIT. Se ha trabajado ya mucho sobre la renta mínima y se han expresado numerosas posiciones al respecto. Mediante este dictamen, el CESE insiste en el concepto de «renta mínima decente» (ingresos mínimos para llevar una vida digna, por encima del umbral de pobreza), inspirándose en el concepto de «trabajo decente» de la OIT (<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>). De ahí que se haga referencia a una «renta mínima europea decente».

La OIT ha insistido en el contexto de la Pandemia del Covid-19 en la necesidad de la protección de los ingresos de las personas. Añadiendo que “Hay que aplicar reformas institucionales y políticas en profundidad para facilitar la recuperación sobre la base de la demanda y aumentar la resiliencia por medio de sistemas de protección social universal eficaces que constituyan factores estabilizadores automáticos en los planos económicos y social frente a la crisis. Ello contribuirá asimismo a recuperar la confianza en las instituciones y en los gobiernos”. Por lo demás, se subraya, el Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral. Es manifiesto que será preciso establecer políticas orientadas al pleno empleo en el marco de una recuperación económica y desde luego poner en valor que los sistemas de protección social refuerzan la resiliencia y permiten hacer frente a emergencias a corto plazo en plano social, así como mitigar los efectos de crisis venideras (y el coronavirus no se ha ido). Los sistemas de Seguridad Social eficaces y eficientes son factores estabilizadores económicos y sociales muy eficaces en los planos económico y social en particular si se implantan antes de que se produzca una crisis. Cabe reconocer nítidamente la función que desempeña la protección social para fomentar la demanda agregada en situaciones de crisis y mitigar las desigualdades sociales que propicia la justicia social y la paz social (OIT., 2020. Este Comunicado institucional de la OIT proporciona una evaluación preliminar de las posibles repercusiones del Covid-19 en el mundo del trabajo y se

propone un conjunto de medidas a nivel político y jurídico para mitigar esas repercusiones negativas y facilitar una recuperación sólida, eficaz y solidaria.). De este modo es posible establecer una relación virtuosa entre las medidas sociales (racionalidad social) y las medidas económicas (racionalidad económica) bajo un enfoque integrador propio del Estado Social de Derecho³².

A los fundamentos jurídicos ya aludidos se indica que revisten especial importancia las referencias jurídicas de los Tratados, como por ejemplo el art. 3 del TUE, que cita entre los objetivos de la Unión el pleno empleo y el progreso social, pero también la lucha contra la exclusión social y la discriminación y el fomento de la cohesión económica, social y territorial, así como la solidaridad entre los Estados miembros, el art. 9 del TFUE, que precisa que «[e]n la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana», y, más concretamente, el artículo 151 del TFUE que abre el título X sobre la política social y que menciona como objetivos de la Unión y de los Estados miembros «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones», objetivos que resultan realizables por la Unión en la medida en que esta (artículo 153, apartado 1, del TFUE) «apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; [...] h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral; [...] j) la lucha contra la exclusión social; [y] k) la modernización de los sistemas de protección social [...].».

El enfoque de los objetivos a perseguir con esta institución se apoya en los trabajos de economistas como Amartya Sen (Sen, 2010), sobre lo que él mismo denomina «capabilities» (enfoque de las capacidades), compuestas por tres elementos: Salud/esperanza de vida; Saber/nivel de formación; Nivel de vida. Lo que implica que asume una determinada idea en cuanto a la realización de la justicia social a través de un sistema de derechos y de garantías de las capacidades humanas. Es también el enfoque básicamente análogo que ha mantenido Martha Nussbaum (Nussbaum, 2011; 2007).

También se intuye que la introducción de una renta mínima garantizada podría conducir a una racionalización de las *ayudas sociales* en determinados países. Y reténgase que se hace referencia a las prestaciones basadas en la ayuda social (técnicas de ayuda que asumen la lógica de la compensación —típicos de la asistencia social y de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social— y no la lógica de la sustitución como sería el caso de las prestaciones contributivas de los regímenes profesionales típicos de Previsión y Seguridad Social Contributiva. Este enfoque es, por ejemplo, el que subyace a la propuesta de «renta universal del trabajo» formulada en el plan de lucha contra la pobreza presentado por el presidente de la República Francesa, que pretende «garantizar una base mínima de dignidad a todos los que puedan beneficiarse de ella, fusionando el mayor número de prestaciones sociales». Del mismo modo, el debate iniciado en Alemania sobre la introducción de una renta míni-

32 MONERO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, ed. Bomarzo, 2012, espec., págs. 213 y sigs.

ma de solidaridad contribuiría a la lucha contra la pobreza, en particular para los desempleados de larga duración, al simplificar el sistema de ayudas sociales. El Gobierno ya ha reservado 4 000 millones de euros con esta finalidad hasta 2021.

Por otra parte, la instauración de una renta básica o ingreso universal no debe ser (en la lógica del reformismo democrático-social) una pretendida alternativa al objetivo irrenunciable del pleno empleo de calidad y a la lucha por el trabajo garantizado, pues se trata de dos objetivos plena y necesariamente compatibles en una perspectiva de profundización en la mejor tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social Activo. La renta básica —o ingreso básico— incondicional supondría una decisiva reforma modernizadora y de mejora de los actuales sistemas de Estados del Bienestar. Pero no una alternativa sustitutoria de la Seguridad Social contributiva tal como la conocemos, la cual deberá ser mantenida respectando su propia lógica de sustitución de las rentas de activo dejadas de percibir durante la etapa de vida activa del sujeto protegido.

La renta básica a nivel de la Unión Europea, finalmente, tendría la virtualidad de hacer más visible la idea —o, mejor, proyecto político— de construir una Europa de los Derechos basada en la garantía de los derechos sociales fundamentales, siendo, ésta, una parte relevante de la *base normativa común* de una Europa Social como “derecho a la existencia digna de la persona”. He aquí la posible emergencia de un *welfarepost-nacional* en el espacio geopolítico de la Unión. Pues, en definitiva, el derecho a una renta básica acaba por asumir la función de un “derecho a tener derechos” en el sentido de Hannah Arendt y Rodotà). Por tanto, estamos ante una institución que va más allá del discurso de implantar una simple “malla de seguridad” —una “última red de protección social”—, pues —sin dejar de ser eso— se sitúa en el marco de una política de rentas que autentificaría una libertad real para todos y el disfrute efectivo del conjunto de los derechos fundamentales.

La Europa social no puede quedar sólo en palabras, entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una *Directiva Marco Europea sobre Rentas Mínimas*, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el Derecho Social Comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas —y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia— en la UE. La intensificación del proceso de construcción europea afectaría a la viabilidad política y jurídica de la propuesta de avanzar en una modelo social para una Europa Social, que se haga merecedora de esa denominación y con ello merezca una mayor adhesión y legitimación política de los pueblos europeos. Aquí la Unión Europea actuaría como una unión de transferencias redistributivas, siendo la renta básica —o ingreso básico— un pilar para la supervivencia y perfección del llamado modelo social europeo. Y contribuiría a evitar la competitividad basada en las ventajas legislativas de los sistemas de protección social nacionales, es decir, evitaria, en gran medida, la tentación de reducir la protección social dispensada en nombre de la competitividad. Por lo demás, la renta básica no exige desmantelar el resto del sistema de protección social pública, sino tan sólo una racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales a menudo desorganizadas, superpuestas y desvertebradas. Y a esa racionalización habría que añadir un incremento ponderado del papel de los impuestos en la financiación del sistema (señaladamente en el vector no contributivo del Sistema de Seguridad Social en el que se insertaría la renta mínima garantizada). De nuevo nos

encontramos con un problema decisión sustancialmente política, pues de lo que se trata es de cómo acrecentar y distribuir los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales y a través de ellos mejorar la vida de las personas. Ello se resuelve, pues, en la exigencia de adaptación permanente —creativa, y no simplemente reactiva— de las técnicas de protección social a los cambios socio-económicos y tecnológicos en orden la cobertura de las necesidades de las personas.

Eso sí, implicaría, aparte de la racionalización y más acentuado modelo público mixto de financiación, un marco de planificación económico-social que la complete como garantía de ingresos (incluidas esas medidas de fiscalidad progresiva). Es dar cuenta de la preferencia del fin impulsando los medios de para alcanzarlos de viable realización.

Con todo la renta mínima garantizada no es una simple “fórmula mágica” de la ciencia jurídica; es un nuevo instrumento de gestión de lo social necesario para evitar la desprotección efectiva de un cada vez más amplio número de personas expulsadas del mercado de trabajo o en situación de exclusión social o de pobreza (a la que el trabajo precario no es capaz de liberar), que de lo contrario quedarían en la periferia, esto es, en los márgenes de la sociedad.

Al tiempo y tras una larga fase de experimentación de una renta mínima europea y estatal podría pensarse en un objetivo de más largo alcance, a saber: ante los cambios estructurales en curso los Sistemas de Seguridad Social deberían incorporar (en una dirección que permite el art. 34 de la Carta de la UE y las Recomendaciones de la OIT) una nueva rama de prestaciones más ambiciosa y compleja como es la Renta Básica. La implantación de la renta básica universal e incondicionada (RBU) ha encontrado un apoyo en el Consejo de Europa (Resolución 2197/2018, de 23 de enero de 2018, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y en el Parlamento Europeo (Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para la lucha contra pobreza y la exclusión social). La renta básica aparece como una medida jurídico-institucional necesaria para repensar no sólo la Seguridad Social sino también el Estado del Bienestar en nuestra época el cual debe alcanzar siempre sus objetivos de garantizar el derecho a la existencia digna de la persona a través de una renovación constante de sus instrumentos técnicos organización de las tutelas dispensadas³³. Esta renta básica o ingreso universal puede ser viable técnicamente y posible desde el punto de vista económico-financiero a condición de que se renueve el pacto social de la postguerra mundial (La crisis institucional del pacto social de la postguerra, que determinó la construcción de los Estados del Bienestar, es hecho verificado desde hace varias décadas. Puede consultarse, por ejemplo, Merkel., 1995, pp. 19 ss.; Monereo Pérez., 1996, pp. 185 ss. Para el advenimiento de la forma “Estado de mercado” en el marco de un capitalismo financiero especulativo, puede consultarse Harvey., 2007, pp. 73 ss.; Altvater., 2011, pp. 155 ss.; Monereo Pérez., 2015, pp.460 ss.) sobre

³³ El fundamento de esta concepción dinámica del Estado del Bienestar, en MONERO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Ed. Bomarzo 2018; *Ibid.*, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. Laborum, 2019; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, *passim*; en una perspectiva de larga duración, *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec. págs. 19 y sigs. y 159 y sigs.).

el alcance de la desmercantilización que a través de los derecho sociales ha de garantizada el Estado Social y de recrear los sistemas de Seguridad Social nacionales y fomentar un impulso a la solidaridad en el nuevo horizonte de una “economía-mundo” que ha alcanzado el nivel que conocemos de “globalización”, en cuyo marco se ha ampliado el “mercado-mundo” que tiende a la mercantilización y re-mercantilización de las protecciones sociales estructuradas principalmente en el ámbito nacional. Es ésta una nueva expresión por la lucha permanente en una sociedad democrática por garantizar la seguridad de la existencia de la cuna a la tumba para todas las personas (el ideal de Beveridge más allá de sus limitaciones liberales); el necesario impulso hacia una mayor redistribución de la renta que añada a los mecanismos estándar tradicionales una prestación consistente en la renta básica universal e incondicionada, la cual tiene la virtualidad de garantizar un cierto nivel de desmercantilización y con ello también una autonomía básica de las personas. Se comprenderá, así, que esta medida, lejos de una idea utópica ingenua, podría permitir —en unión con otras— la renovación (o si se quiere reinvencción) del modelo de Estado Social contemporáneo en una sociedad cada vez más fragmentada y compleja en su estructuración y en un contexto de construcción y dominio del capitalismo global (Es suficiente reparar en que la renta mínima y la renta básica son una de las condiciones materiales de la libertad real), que hace visible un largo giro del capitalismo de postguerra al neoliberalismo.

Y todo ello, se insiste, sin pretender en absoluto que sea una alternativa a las prestaciones de la Seguridad Social contributiva: una gestión de la reducción por reemplazo de éstas por esta nueva renta garantizada universalista e incondicional no parece deseable, ni tampoco factible en una sociedad democrática que la rechazaría. Por lo demás, hay que tener en cuenta que los fenómenos a los que responde no son coyunturales, ni pasajeros en gran medida, sino un producto de nuestra época que hunde sus raíces en la exclusión y marginación social crecientes de amplias capas de la población que evidencia una desconexión y ruptura de la sociedad entre los de abajo y los de arriba; un fenómeno que introduce una fractura desestabilizadora tanto desde la perspectiva social como desde la política, y que debilita profundamente los pilares en los que se sustentan las democracias constitucionales. Esta medida merece ser considerada seriamente como una de las alternativas posibles a la crisis sociales realmente existente y la que se intuye en el porvenir de instauración de un mundo neoliberal. El derecho a una renta básica —así concebido— es un elemento importante de un proyecto de política del Derecho encaminado hacia la reconstrucción de la sociedad civilizada.

Se trata de crear desde el Estado democrático las condiciones para que el futuro del trabajo y de los sistemas de protección social sea construido y modelado al servicio de las personas que integran la comunidad política. Medidas como las orientadas a la política de pleno empleo de calidad y a mejorar la integración y los sistemas de solidaridad social deben formar parte del programa del Estado democrático (y por extensión de la Unión Europea, que debe caminar hacia una Europa de los Derechos) de reconstrucción y remodelación (porque no será suficiente “reconstruir”, sino también “reinventar” nuevos órdenes de organización de la actividad socio-económica) de la economía y de las instituciones jurídicas que rigen de la sociedad. El tiempo del desmantelamiento de los derechos sociales y de la precarización debería acabarse y recuperar la lógica de la legislación de compromiso social de un “nuevo contrato o Pacto Social para este siglo veintiuno en curso” (que es lo que, por cierto, es la inicia-

tiva de política del Derecho que está postulando la Organización Internacional del Trabajo). Salvo que se quiera —con lógica autodestructiva— el retorno de una sociedad del riesgo basada en la aceptación irresponsable de “incertidumbres fabricadas”.

5. LA EXIGENCIA DE REFORMAS ESTRUCTURALES DESEABLEMENTE “PACTADAS” QUE SUPONGAN UNA MODIFICACIÓN EN SENTIDO GARANTISTA DEL MODELO LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA

Es difícil que en el futuro inmediato nadie se atreva a discutir la imperiosa necesidad de reforzar —en su doble dimensión preventiva y reparadora— al Sistema Público de Salud en todo el Estado Social Autonómico español. Hay que tener en cuenta que la Covid-19 está siendo una Pandemia global y es posible —desgraciadamente— que se sucedan otras situaciones análogas que den lugar a una enfermedad de dimensiones mundiales como ésta.

Al final, como está planteando insistentemente la Organización Internacional del Trabajo (aparte del Gobierno de Coalición y, en gran medida, los agentes sociales de nuestro País), de lo que se trata es de refundar el Estado Social de Derecho a través de un nuevo *contrato o pacto social*, entre todos los actos políticos y agentes sociales comprometidos con la democracia constitucional. El nuevo contrato social ha de tener una dimensión no exclusivamente nacional, sino también de la Unión Europea (*Contrato Social de la Unión Europea*); la Unión Europea como tal ha venido dando una respuesta tardía, insuficiente y deficiente a la tragedia humana, social y económica que planteada por la pandemia del Covid-19. Por ello, es necesario profundizar en la construcción de una verdadera Europa Social de los derechos y de las libertades fundamentales (en el sentido integral ya previsto, pero insuficientemente desarrollado en el Derecho de la Unión, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); en cuyo contexto el Derecho Social sea, efectivamente, una “legislación de compromiso social” (en expresión de George Scelle, defensor de un orden internacional basado en la paz y en la solidaridad social) entre la racionalidad social y la racionalidad económica. Se ha señalado, con razón, que “una simple declaración de derechos no basta, se necesitan instituciones que permitan que los derechos se hagan realidad”³⁴. Ese debería ser el alcance de la “nueva normalidad” en el marco de una realidad social y geopolítica que ya ha sido —trágicamente— profundamente cambiada.

Cabría interrogarse sobre qué es lo que se ha podido hacer hasta el momento respecto a ese gran contrato social, no sólo reactivo, sino también refundador.

34 POLANYI, K: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989, pág. 399.

En primer lugar, en el plano internacional, las instituciones internacionales hacen lo que pueden y se les deja hacer, por las grandes potencias y los poderes fácticos de las grandes empresas multacionales. Hasta cierto punto de vista se podría afirmar que están “secuestradas” por el voto detentado selectivamente por las grandes potencias mundiales, pero además nos encontramos con un determinado modelo de globalización neoliberal que es orientado para la maximización de los beneficios de los grandes grupos de empresas transnacionales. Por ello resultará muy difícil llegar a acuerdos sobre cómo combatir la pandemia de la Covid-19 (o cualquier otra de las probables pandemias que sobrevengan) ni, evidentemente, sobre un necesario modelo de desarrollo humano sostenible, en la lógica de una ecología humana³⁵. Como se indicó al principio las Naciones Unidas, se han visto impotentes para llegar a mecanismos de acción sobre la propia pandemia (ha habido una lucha mercantilizada sobre los recursos sanitarios a nivel global, con enriquecimiento de las multinacionales del sector y con la insolidaridad manifiesta de los que han tenido mayor capacidad y presión de compra). El Fondo Monetario Internacional y la OCDE han reaccionado muy tarde y con unas orientaciones y posibilidades muy limitadas.

Por su parte, la OIT ha realizado un esfuerzo extraordinario en la lucha por el trabajo decente, pero lo ha hecho sobre todo a través de instrumentos “softlaw” relevantes, pero carentes de fuerza normativa, a excepción de normas fuertes como el Convenio OIT, núm. 190, sobre la violencia y el acoso, de 21 de junio de 2019.

Por su parte, la Unión Europea, más próxima por ser un espacio geopolítico al cual pertenecemos, ha respondido muy tarde a través de un paquete de medidas económico-financieras importantes, aunque haciendo visible la carencia de importantes elementos de gobernanza económica de la propia Unión Europea y poniendo de manifiesto —y de manera muy visible— las diferencias de interés entre Norte-Sur en Europa. En cualquier caso, esas medidas son imprescindibles para la dar una respuesta a la pandemia y para hacer frente a sus consecuencias. Ahora bien, lo que resulta particularmente criticable en este contexto es la persistencia en no asumir competencias normativas sustantivas (es decir, a través del Derecho Social de la Unión Europea) en materias como la salud pública y la asistencia sanitaria de Seguridad Social, como también el raquitismo de su normativa “hardlaw” en materias tan relevantes como puedan ser las pensiones, el desempleo, etcétera; como el no adoptar una decisión generalizable de una Directiva-Marco sobre una renta mínima garantizada universalista de carácter condicionado (no parece factible pensar, por el momento, en una renta básica incondicionada y universal). Los límites del método abierto de coordinación han sido y siguen siendo útiles, pero debería aplicarse una política de empleo con base normativa y abundar asimismo en la creación de un Derecho de la Seguridad Social Europeo que supere el desbordamiento institucional actualmente existente en la materia —como se puede apreciar fácilmente en la tarea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto, persiste el riesgo de que la política y el Derecho del Trabajo

³⁵ MONERO PÉREZ, J.L.: "Derecho al Desarrollo (Artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MonereoAtienza, C. y Monero Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951-983.

y de la Seguridad Social nacionales queden subordinados a la “constitución económica de la Unión”, es decir, en términos más expresivos, al Derecho de la Competencia comunitario; y todo ello con la vigencia impuesta durante la Crack de 2008(que ha sido una crisis extendida de larga duración y de gravísimas consecuencias sociales, económica y ecológicas) de la “regla de oro” aducida frecuentemente para restringir derechos sociales de contenido prestacional (dicha regla está incorporada en nuestro texto constitucional ex art. 135).

Esto no será suficiente para cambiar el modelo de crecimiento neoliberal, no ya sólo a nivel global, sino dentro de la propia Unión Europea. Sería necesaria profundizar en el proceso democrático de integración de la Unión Europea y que ésta desarrolle una política económica y social común basada en combinación de derechos y libertades sociales y económicas que la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya prevé (y que está dotada de valor de Tratado de la Unión Europea ex art. 6.1 del TUE, pero condicionada en su eficacia a que se aplique el “Derecho” comunitario, pues de lo contrario prácticamente no existe con fuerza normativa directa (aunque siempre actúe como fuente de inspiración de toda decisión de los poderes públicos de la Unión, incluidos los procesos de interpretación); si bien es cierto que siempre estará ahí para informar la actuación de los poderes públicos de la Unión y del mismo TJUE, sobre todo si se tiene en cuenta el garantismo multinivel que presiden en los ordenamientos jurídicos europeos, con la vigencia de la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que abre la competencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos).

Pero también es importante atender a un cierto “giro” de la política de la Unión Europea operado en la Cumbre del Consejo Europeo celebrada el 21de julio de 2020, donde a pesar de la fuerte división política y social existente entre los Estados miembros de la Unión Europea se ha alcanzado un gran acuerdo de solidaridad y de mutualización de las deudas, que acaba siendo —si quiera o no ver— un gran paso hacia el avance en el proceso de integración política e institucional de la Unión. Es, por tanto, un hito histórico en el desarrollo de la Unión como espacio de decisión política. Es una medida todavía insuficiente, pero resulta ser la línea correcta que opera un giro radical respecto de las políticas de austeridad (ya fracasadas en el crack de 2008), al optarse por una política ofensiva de incrementar la cuantía del fondo de recuperación, evitando —al menos explícitamente— la condicionalidad de precarizizar aún más el mercado de trabajo y reducir los estándares de protección social (señaladamente, el sistema de pensiones y servicios sociales tan importantes como la asistencia sanitaria y la educación). Se afrontan así los modelos de crecimiento en el espacio geopolítico de la Unión adoptando un enfoque que supera la vista limitada a través de las medidas coyunturales y atisba la necesidad de adoptar medidas de tipo estructural, política medioambiental, avanzar en la “constitución social europea” (derecho social comunitario construido a partir de un Sistema de los Tratados de la UE que incorpore con plena efectividad jurídica la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, abriendo la competencia incondicionada del TJUE³⁶, evitando, así, el predominio de la “constitución económica” de la Unión

³⁶ Véase MONERO PÉREZ, J.L.: “La Interpretación y la aplicación de la Carta (Artículos 51 a 54)”, VV.AA: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1301-1444.

sobre la débil “constitución social” europea), y abordar una mayor democratización de las estructuras institucionales de la Unión, dando más poder al Parlamento Europeo y cambiando el sistema de unanimidad en materia económica y social por la regla de la mayoría simple o cualificada, según los casos.

Por el momento, cabe decir, que no se trata de una política de austeridad y que no es cierto que la contrarreforma laboral como el mantenimiento y mejora del sistema de pensiones vigente en España choque frontalmente con las exigencias de las instituciones de la UE (el Derecho laboral europeo es manifiestamente incompleto y no existe un Derecho de la Seguridad Social que, por el momento, vaya más de los mecanismos de coordinación y de estrategias en instrumentos o reglas “soft law” en el espacio de la Unión).

Existe un margen de política del Derecho para valorar las circunstancias y determinar el alcance de la realización del programa del Gobierno de Coalición. Es cierto también que la pandemia Covid-19 supuso una paralización de la actividad económica y del empleo de consecuencias gravísimas. El Gobierno de Coalición actúa correctamente con un paquete de ayudas económicas y una actuación en el mercado de trabajo que ha tratado de garantizar el mantenimiento del empleo evitando los despidos (ERTEs masivos e introducción de una nueva prestación social para los trabajadores autónomos). Esta medida puede dilatarse en el tiempo, pero no puede convertirse en indefinida por su coste excesivo y porque realmente lo deseable es la reactivación económica y la recuperación de los niveles de empleo. En cualquier caso, esta medida acabó por no proteger a los trabajadores temporales, dada la elevadísima e injustificable tasa de temporalidad en nuestro País. Lo que ha supuesto la destrucción de más de un millón de empleos netos. La situación de incertidumbre generalizada con la Pandemia no ayuda precisamente, y ello va a suponer la desaparición de muchas empresas y, por tanto, la perdida de muchos empleos de carácter indefinido. Entonces la política económica e industrial del Gobierno central y de los Gobiernos autonómicos deberá tomarse en serio el proceso de reindustrialización y en cualquier caso, la recolocación de los trabajadores en actividades menos afectadas por la Pandemia (las más afectadas han sido las actividades de servicios vinculadas al turismo y a la construcción; la menos algunas del sector de distribución y logística, del sector industrial y agrario, comercio electrónico, reparto de turismo, elaboración de productos de consumo básicos, empresas vinculadas a las nuevas tecnologías de la información, las vinculadas a la digitalización y transición ecológica de un modelo productivo destructivo hacia un modelo de economía más verde, etcétera). Para racionalidad económica y racionalidad social se unen para afrontar el problema del riesgo de pobreza y exclusión social severa, que se han incrementado desde la crisis de 2008 y acrecentado con el crack de la pandemia covid-19. Esto supone enlazar el modelo productivo y de crecimiento con el modelo de relaciones laborales ante la emergencia de “crisis totales” que en cuanto tales son polifacéticas, pues inciden en los campos económicos, sanitarios, sociales, políticos y jurídicos; y lo hacen en condiciones de mundialización del orden económico.

¿Y cuál es el estado de situación normativo y de política del Derecho en España? Ya se ha indicado suficientemente el sentido de la legislación de emergencia y sus límites en el marco de una renovación continuada del Estado de Alarma (que no ha sido un Estado de Excepción, ni podría serlo constitucionalmente, pues está previsto para otras circunstancias conforme a la misma Ley Orgánica).

ca de desarrollo de estos estados extraordinarios previstos diversamente, en términos cualitativos de intensidad e incidencia sobre el desenvolvimiento vital de los derechos y libertades fundamentales). Sin descuidar la realidad de una Pandemia todavía existente –y por tanto produciendo nuevas consecuencias sociales y económicas agravantes de la situación crítica–, correspondería, y así se dice, por la OIT y el actual Gobierno de Coalición, llegar a un gran Pacto Social (en otras palabras, un *nuevo “contrato social”*), que como siempre ha dado y ofrecido buenos resultados en nuestro País, aunque se pueda legítimamente discrepar de algunas de las medidas que han sido adoptadas en estos acuerdos sustancialmente políticos, sociales y económicos.

Si se quiere realizar un programa de reformas estructurales y preventivas de las crisis sanitarias y ecológicas, deberá rediseñarse el *contrato social*, haciendo frente a los nuevos riesgos con nuevos paradigmas. No es necesario recordar aquí las virtualidades de la concertación y una de su expresión cualificada como el pacto social. En nuestro país la concertación social ha presidido la construcción del sistema democrático de relaciones laborales desde la misma transición política, reflejándose formalmente en acuerdos tripartitos de ámbito nacional y autonómico y en “leyes negociadas”. Se puede afirmar, con todo, que la concertación social de los últimos años se ha convertido en el instrumento político-social más flexible de organización del sistema de relaciones laborales y de los requerimientos de consenso social adicional indispensable para su buen funcionamiento. Pero, en cualquier caso, se pone de relieve que la concertación social ha devenido en un instrumento permanente (aunque de desarrollo discontinuo) y dinámico para la gobernabilidad política del sistemas de relaciones laborales y la conformación de nuestro sistema de protección social pública en el mercado del Estado del Bienestar. No debe olvidarse que la función de la concertación social se vincula íntimamente con la creciente necesidad de una gestión consensuada de los procesos sociales en los sistemas de gobierno de los países avanzados, como culminación de los procesos de racionalización flexible que preside su funcionamiento. La concertación social constituye un método o procedimiento sociopolítico para la adopción de decisiones conjuntas o en colaboración entre el Gobierno o poder público y los agentes sociales. Implica un encuentro entre poderes públicos y privados. En el proceso de concertación se produce una negociación o una consulta político-social entre los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) y los poderes públicos. El método de la concertación es en sí sustancialmente político, pues de lo que se trata es, en el fondo, de hacer partícipes a las grandes organizaciones profesionales en la gestión de la política social y económica y de corresponsabilizarlas, de algún modo, en las correspondientes decisiones del poder público³⁷. Sin duda el diálogo social y la concertación social ya han sido un procedimiento eficaz para impulsar el crecimiento económico, el empleo y la protección social pública (incluyendo, en especial, pensiones, desempleo y rentas mínimas garantizadas)³⁸.

³⁷ Véase, ampliamente, MONERO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á.L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida y R. Muñoz de Bustillo, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2012, págs. 3 y sigs.; MORENO VIDA, M.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1989; MONERO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999.

³⁸ En este sentido, y en una evaluación de la trayectoria de la concertación social, MONERO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, cit., págs. 331 y sigs., 354 y sigs., y 365 y sigs.

1. El primero de ellos ha sido la importante medida que va más allá de lo coyuntural y alcanza a lo estructural consistente en el Ingreso Mínimo Vital, que ha sido una medida adoptada en el marco de la concertación social y materializada en una “legislación negociada”. Una medida modesta en sí, pero que puede hacer frente a las situaciones de pobreza absoluta y relativa en que se encuentran muchas personas, familias y unidades de convivencia. Pero es una medida que en su progresivo perfeccionamiento está llamada a ser un nuevo Pilar del Estado del Bienestar.

2. Se dispone un “Acuerdo por la reactivación Económica y el Empleo”, de 3 de julio de 2020, celebrado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas de nuestro País. Es un Acuerdo tripartito, un Pacto Social típico, que aborda importantes aspectos y que tiene que materializarse a través del procedimiento legislativo, por un lado, y por otro, a través de los procedimientos de autorregulación social (negociación colectiva) entre las organizaciones profesionales más representativas como sujetos sociopolíticos en el sentido expresamente previsto en el art. 7 de nuestra Norma Fundamental. Sin embargo, es un Acuerdo importante en sí mismo, pero resulta muy limitado en sus objetivos.

- Su naturaleza es *sustancialmente política* —es un instrumento que carece de fuerza normativa—, y más precisamente de política del Derecho Social.
- Tiene un *carácter programático* de indicación de objetivos y principios rectores a seguir en lo que se pretende la *apertura* de un proceso de diálogo y concertación social sobre las reformas que han de ser llevada a cabo para la recuperación económica y social de las consecuencias de una crisis social y laboral inducida por la crisis sanitaria provocada por el impacto extraordinario del Covid-19.

a. Los firmantes comparten la urgencia de impulsar la reactivación económica y la creación de empleo tras la desescalada de las medidas contención adoptadas ante la persistente emergencia sanitaria causada por el COVID 19. La idea-fuerza es sentar las bases necesarias para un crecimiento económico más sostenible e inclusivo, apoyado en la economía “verde” y la transición ecológica justa, en la digitalización, en la reindustrialización del país y el desarrollo de sectores estratégicos, en la colaboración público-privada, la I+D y la ciencia, en la educación y la formación profesional, en la creación de empleo de calidad y un mejor funcionamiento del mercado de trabajo, en el aumento de la productividad y el refuerzo de nuestro Estado del Bienestar. Todo ello, advirtiendo la necesidad del refuerzo de nuestros servicios públicos en los distintos niveles de la Administración, especialmente sanidad y atención a nuestros mayores, claves ante una situación de emergencia sanitaria similar a la actual.

b. En ese amplio objetivo perseguido se plantea no es un Acuerdo cerrado, sino abierto a un amplio desarrollo; o, dicho en otras palabras, se trata de la apertura de un *proceso de diálogo* y concertación social que supondrá nuevos encuentros con la posibilidad de alcanzar acuerdos concretos. Todo ello partiendo de la centralidad del trabajo decente o digno en un modelo de empresa que sea socialmente responsable y que asuma efectivamente las responsabilidades legales.

En cierto sentido se podría decir que este Acuerdo, es una suerte de *Declaración de principios y objetivos generales* sobre la recuperación económica y el empleo desde un punto de vista de una estrategia de largo alcance, los cuales deberán ser materializados a lo largo del proceso de diálogo y concertación social. Sentar las bases de una nueva economía y de un nuevo Derecho del Empleo. Y en tal sentido es una forma de gobernanza de la salida a la crisis pluridimensional, que implica a los interlocutores sociales y al Gobierno nacional de las Comunidades Autónomas. Por tanto, se combina la Gobernanza vertical –propia de la responsabilidad pública de gobierno y regulación de las relaciones laborales y de protección social– y la Gobernanza horizontal –propia de los agentes sociales–, pero también a la Gobernanza reflexiva –que involucra el proceso de dialógico y comunicativo tripartito entre el Gobierno y los agentes o interlocutores sociales dentro de la lógica del intercambio político que supone el proceso de concertación social.

c. Se trata de partir de lo ya alcanzado por la política gubernamental para estabilizar y crear una dinámica de crecimiento cualitativo. Esa continuidad hacia la estabilidad se explicita en el propio Acuerdo Social: “Desde el inicio de la crisis, se han puesto en marcha un conjunto de medidas excepcionales en el ámbito económico y social que, acompañando a las medidas sanitarias, han permitido preservar el tejido productivo, el empleo y las rentas familiares. Entre ellas, destaca la movilización de más de cien mil millones de euros en avales públicos a través del ICO para garantizar la liquidez del conjunto de la economía, en especial de las PYMES, el establecimiento de un mecanismo ágil para los Expedientes de Regulación Temporal de empleo (ERTES) con fuerte apoyo público y la adopción de una red de seguridad para las familias (instrumento, éste, que ha sido determinante en la crisis sanitaria, al evitar –de manera generalizada en todo tipo de empresas– la destrucción masiva de empleos y contribuyendo, así, a preservar “capital humano” y tejido productivo que habría sido difícilmente sustituible de otra forma) y los trabajadores incluyendo una prestación extraordinaria para los autónomos por cese de actividad y el establecimiento de un mecanismo permanente de Ingreso Mínimo Vital para los colectivos más vulnerables”.

En este marco, el Gobierno ha puesto en marcha medidas adicionales para impulsar y acompañar la progresiva reactivación económica, incluyendo planes de choque que movilizan un importante volumen de recursos públicos para los sectores estratégicos más afectados por la crisis inducida por el Covid-19. En esa dirección se ha extendido hasta el 30 de septiembre de 2020 un mecanismo de protección de los trabajadores y empresas acogidas a ERTE (Expedientes de regulación temporal de empleo; en realidad ya habría que hablar desde la reforma de 2012, con la supresión de la autorización administrativa, de “procedimientos” de regulación temporal de empleo), tanto por fuerza mayor como por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, con la idea de que pueda servir de transición hacia un modelo permanente de cara al futuro. Los ERTE se han convertido en el instrumento de regulación jurídico-laboral que ha contribuido con éxito a contener el hundimiento del empleo, tanto en términos estadísticos –ha afectado masivamente a varios millones de trabajadores– como de impacto sobre el bienestar social y asimismo a limitar –desde el punto de vista estructural– el gasto en desempleo asociado a una crisis de una enorme envergadura. Se ha tratado de medidas excepcionales, de emergencia social y empresarial (pues muchas de las empresas no habrían podido soportar las consecuencias económicas derivadas de la crisis sanitaria como factor determinante).

- d. Dentro del paquete de medidas económicas, el Gobierno, en el marco del Acuerdo Social, se compromete a poner en marcha un segundo programa financiero de apoyo público a la solvencia y la inversión empresarial de cincuenta mil millones de euros, orientado a impulsar el crecimiento (que es calificado de sólido, inclusivo y sostenible), a reforzar empresas solventes en sectores estratégicos, y a impulsar la demanda interna, como palanca necesaria para reactivar la actividad económica e incrementar el empleo. En ambos sentidos favorece una recuperación facilitando la reanudación de la actividad productiva. Estas medidas ya fueron objeto de acuerdos entre los agentes sociales sobre la base de un diagnóstico realista del carácter destructivo del COVID-19. El Pacto Social alcanzado pretende proseguir esa dirección constructiva de búsqueda de soluciones equilibradas en la salida de la crisis a través de un crecimiento más inclusivo, pero también de una revisión de los factores distorsionantes de un modelo de desarrollo y configuración de las relaciones laborales (Este enfoque queda, desde luego, por verificar en la concreción y despliegue operativo de las medidas).
- e. En la perspectiva más directa jurídico-laboral, se pretende generar empleos en sectores emergentes y situando la *creación de empleo de calidad en el centro de la recuperación y evitando que el despido sea el principal mecanismo de ajuste ante caídas de actividad o cambios del ciclo económico*, ante caídas de actividad o cambios del ciclo económico, con un reparto del coste equitativo entre los agentes implicados.
- Al respecto el objetivo es estabilizador del empleo, pues se acuerda impulsar la reincorporación a las empresas de los trabajadores afectados por los ERTEs derivados la crisis del Covid 19, primando los ajustes de capacidad en horas de trabajo y no en empleos. Igualmente, las empresas impulsarán la recontratación de los trabajadores con contrato temporal cuya relación laboral finalizó durante la crisis sanitaria cuando las circunstancias así lo permitan, *potenciando en la medida de lo posible la contratación indefinida*.
 - Desarrollo de mecanismos eficaces para la formación y recualificación de los trabajadores capacitándolos en el ámbito digital y tecnológico.
 - Establecer un marco adecuado para el trabajo a distancia y la adaptabilidad de la jornada laboral, conciliando los distintos intereses en juego.
 - Modernizar las políticas activas de empleo con la finalidad de reorientar los recursos correspondientes hacia un sistema eficaz de apoyo personalizado, formación y recualificación de los trabajadores.
 - Pero se deja demasiado abierto un aspecto nuclear como es modernizar nuestro “marco laboral a fin de minimizar el impacto sobre el empleo de crisis futuras”. Decir esto es decir, muy poco, como luego se indicará porque lo que sería necesario es abordar un nuevo Estatuto de los Trabajadores que aborde desde las causas la precariedad en el empleo (restricción de la contratación laboral disfuncional y desnaturalizada; uso abusivo de la contratación temporal vinculada a la subcontratación; preferencia de los convenios de empresas sobre los convenios supraempresariales o de sector; regulación actual de la ultrat�ividad que provoca inseguridad jurídica; reconfiguración de las modificaciones sustanciales referentes a los convenios extraes-

tatutarios o concernientes a la reducción de las cuantías salariales; abordar de una vez por todas la regulación de los grupos de empresas, etcétera) (N: Mi Ponencia en el Congreso AEDTSS y el conjunto de las ponencias específicas; y para la crítica del modelo vigente, mi monografía sobre “La metamorfosis del Derecho del Trabajo”).

- Lo mismo cabe decir, respecto al sistema de protección social y servicios públicos de carácter social. El Acuerdo se limita a llevar a cabo una declaración de principios: en primer lugar, indicando como objetivo el reforzamiento de los Servicios Públicos en los distintos niveles de la Administración, especialmente en el servicio sanitario y el sistema de dependencia, así como en el servicio público de empleo, mejorando la calidad de los empleos y los mecanismos de coordinación y de colaboración público-privada existentes. En segundo lugar, planteando la necesidad de abordar *las necesarias adaptaciones para el refuerzo y la garantía de sostenibilidad y suficiencia a largo plazo del sistema público de pensiones, protegiendo así su poder adquisitivo*. Hay que señalar que esta problemática de las pensiones se someta al proceso político-social del Pacto de Toledo, y si no hay acuerdo entonces el Gobierno deberá proponer iniciativas legislativas para garantizar ese objetivo.
- f. Se pretende poner en práctica un Pacto por la Industria que permita impulsar un proceso de *reindustrialización*, que diversifique, equilibre y modernice su estructura productiva, y apoyar los sectores estratégicos que fomenten una economía más resiliente. Hay que tener en cuenta que cuando en el periodo de finales de la década de los setenta y durante los años ochenta se llevaron a cabo los procesos de reconversión, la normativa reguladora trazó como objetivo preferente el realizar un proceso alternativo —y no simplemente compensador— de reindustrialización; y esto, ésta política de reindustrialización, cabe decir, críticamente, que nunca se realizó debidamente y de manera generalizada en todas las zonas afectadas. Tales procesos abocaron hacia el incremento del sector de servicios muy dependiente de factores tan contingentes como el turismo y la economía de servicios a él asociadas. Además, se asoció con el predominio disfuncional del sector de la construcción con las consecuencias bien conocidas. Esto ha quedado evidenciado en la crisis inducida por la pandemia y la falta de suministro de bienes de interés general (o la dificultad de reorientarlos hacia la producción de material sanitario de complejidad técnica). La doctrina criticó, en su momento, este desequilibrio en el binomio reconversión/reindustrialización³⁹. Nunca es tarde si la dicha es buena, dice sabiamente el refranero español. Al efecto, no estaría demás aprovechar algunos de los análisis, diagnósticos y propuestas recogida en el Informe 04/2019, relativo a “La industrial en España: Propuestas para su desarrollo”⁴⁰. Precisamente en dicho Informe se aboga por expresamente por

³⁹ En este sentido, MONERO PÉREZ, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988; *Ibid.* "La flexibilidad laboral y las políticas de reorganización industrial en España", en RIVERO LAMAS, J. (Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza/Instituto de Relaciones Laborales, 1993, págs. 363-434.

⁴⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe 04/2019. La industria en España: Propuestas para su desarrollo*, Ed. Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2020.

un “Pacto de Estado por la Industria”, indicando que España necesita desarrollar una “cultura industrial” que explique, defienda y promueva sus realidades industriales. El objetivo es afrontar los retos relacionados con la sostenibilidad, la digitalización, la evolución de las cadenas globales de valor, los cambios en la demanda mundial o las deficiencias estructurales del entorno empresarial comunitario. De este modo, se debe adoptar una nueva política industrial que se oriente a la recuperación del protagonismo de esta actividad como motor de crecimiento y creador de empleo, incidiendo en su calidad, mediante un enfoque dirigido prioritariamente a la mejora de la competitividad a través de actuaciones de apoyo al sector y la coordinación con las directrices de la nueva política industrial de la Unión Europea. Se subraya que el Pacto de Estado por la Industria debe tener un carácter global y coherente con participación directa del Gobierno, de las distintas Administraciones y de los interlocutores sociales, contando asimismo con el apoyo y el compromiso de los partidos políticos con representación parlamentaria, incorporando además una política de comunicación orientada a mejorar la percepción social del sector industrial. El procurar el diálogo tripartito es cuestión de democracia participativa —y más específicamente “deliberativa”—, pero también de eficiencia. El consenso es virtuoso para los objetivos democráticos y de eficiencia económica y del crecimiento del empleo de calidad. Por otra parte, el carácter eminentemente horizontal de la política industrial requiere de un entramado colaborativo entre las diversas Administraciones públicas y agentes sociales que facilite la toma de decisiones y aplique de manera efectiva dicha política.

Dos cuestiones a subrayar más en apretada síntesis, para no alargar el tratamiento de esta importante cuestión en el marco del Acuerdo político social tripartito (Pacto Social):

- La primera concierne es la relativa a la industria 4.0 y la digitalización dentro de las propuestas de actuación sobre factores de competitividad. El sector industrial —se indica— se considera protagonista de la transformación digital, que ofrece la oportunidad de cambiar el patrón de crecimiento económico y asegurar un avance estable y sostenible en las perspectivas económica, social y ambiental. No obstante, los resultados económicos y sociales de toda esta transición digital, un proceso que ya es una realidad pero que está en continuo desarrollo y cambio, no están predeterminados, sino que dependen de la estrategia y la proactividad de todos los agentes implicados.
- La segunda hace referencia al “capital humano” y unas relaciones laborales que sean capaces de anticipar los cambios y adaptarse activamente a unos requerimientos de competencias más complejas y dinámicas. En tal sentido las prioridades pasan por proporcionar las cualificaciones necesarias para garantizar la cobertura de los perfiles profesionales demandados y, más a largo plazo, por impulsar la competitividad, facilitar condiciones para extender el tejido y el empleo industrial de calidad, y reforzar la empleabilidad positiva de los trabajadores en los sectores industriales de futuro. La formación de los trabajadores debería atender, por todo ello, a facilitar la transición a la industria 4.0, buscando converger con las trayectorias de los países industriales más avanzados en este ámbito⁴¹.

⁴¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe 04/2019. La industria en España: Propuestas para su desarrollo*, Ed. Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2020, espec., págs. 179 y sigs.

Se trata de propiciar una nueva economía sostenible en términos de crecimiento responsable (incluida la responsabilidad jurídica y social de la empresa) y ecológicamente sostenible; una transición “verde” y “ecológica” del conjunto de los sectores productivos y la economía circular. Y orden económico competitivo desde la calidad (competitividad por la innovación y la calidad del productivo y del empleo cualificado).

Hay que tomarse en serio, por otra parte, el desarrollo eficiente de la economía social y el sistema de cuidados, con el fin de reformar el Estado del Bienestar; y, aunque no se dice expresamente ello exigirá mejorar las condiciones de trabajo y empleo, partiendo de la estabilidad como principio preferente y la formación y recualificación permanentes.

- g. Se asume el compromiso, una vez más, de luchar contra la economía sumergida: impulsar medidas eficaces para aflorar la economía sumergida, luchando contra el fraude, la precariedad y la evasión fiscal. Hay que puntualizar que la precariedad se refiere indudablemente a la precariedad e indefensión más absoluta de los trabajadores (asalariados y “supuestamente” autónomos; nacionales y extranjeros “irregulares”) que se hallan en situaciones que cabe calificar su rubor de “explotación”.
- h. Que el Acuerdo Social suscrito es un acuerdo general de criterios de actuación necesitados de especificación resulta innegable, cuando se evidencia que lo que se pretende tras esta declaración de objetivos es inicial un proceso de diálogo social: reactivas, con carácter inmediato, las mesas de Diálogo Social ya constituidas e incorporar medidas tendentes a la creación de empleo. Asimismo, abordar los compromisos recogidos en este documento en los foros correspondientes, en línea con las demandas de la sociedad, que reclama diálogo y medidas eficaces para salir de esta crisis de manera solidaria y construir un futuro mejor.
- i. Llama la atención —quizás por prudencia ante la dificultad que ello pueda plantear— que el Acuerdo no alude en ningún momento significativo a una reforma de la Constitución (lo cual se entiende bien, dado que la concertación como proceso sociopolítico no es el ámbito adecuado para abordar este tipo de reformas), y lo que es más significativo: tampoco se hace referencia a la *necesaria reforma del Modelo de Estatuto de los Trabajadores*, que contiene regulaciones inadecuadas y lagunas sorprendentes para la recuperación de un empleo de calidad. Es cierto que se hacen referencias puntuales a la problemática del empleo de calidad, pero no a los instrumentos necesarios que lo garanticen, por un lado, y por otro, a la necesidad de una regulación más precisa y correcta del trabajo a distancia y en particular del teletrabajo. La misma cuestión del teletrabajo ya está planteando problemas para la concertación social respecto al Anteproyecto de Ley del Teletrabajo, incluidas las amenazas de la CEOE de que si no se regula bien los empresarios podrían plantearse hacer contratos en Portugal o Brasil⁴². Por el contrario las organizaciones sindicales más representativas (CCOO y UGT) se han mostrado más proclives hacia una negociación más abierta que garantice el trabajo decente de los trabajadores que presenten servicios mediante esta forma de trabajo a distancia.

⁴² El sorprendente carácter amenazante “entrecomillado” en declaraciones recogidas en *ELPAÍS*, jueves 9 de julio de 2020, Sección Economía y Trabajo, pág. 41.

Pero esto es manifiestamente insuficiente y resulta obvio que los sujetos negociadores ya han eludido las cuestiones más espinosas por la existencia de fuertes divergencias en la orientación de las reformas. Señaladamente, respecto a la necesidad imperiosa de revertir la reforma laboral neoliberal realizada por el Partido Popular en 2012 y –en menor medida, aunque también– algunas de las reformas liberalizadoras que se habían hecho durante el Gobierno del PSOE. La cuestión no es baladí, porque parece imposible por inviable conseguir una recuperación de los equilibrios de poder en el sistema de relaciones laborales⁴³, que se ha roto visiblemente en favor del lado empresarial, sin abordar las materias más relevantes que lo ha determinado (flexibilidad neoliberal en despidos, modificaciones sustanciales, aspectos liberalizadores de la subcontratación empresarial, disfuncionalidad una contratación laboral que propicia el fraude y el abuso de derecho de manera sistemática; la escandalosa imposición “opelegis” de la primacía de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior prácticamente en todas las materias fundamentales; la falta de regulación legal suficiente de los grupos de empresas; la desatención legal estatutaria de los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores antes las nuevas tecnologías –más allá de una limitada regulación en la ley de protección de datos y la inclusión del art. 20bis relativo al derecho a la desconexión digital–, el ataque al sindicalismo que supone el modelo legal de regulación de la ultraactividad y el tratamiento “contractualista” –supuestamente de derecho común– de los llamados convenios colectivos extraestatutarios, modificables unilateralmente por el empleador ex art. 41 del ET, y un largo etcétera).

De este modo la derogación de ciertas medidas de reforma laboral introducidas unilateralmente por el Gobierno sin acuerdo con los agentes sociales se hace imprescindible, como también la introducción innovadora de otras medidas que configuran seguridad jurídica a todos los actores económicos y sociales y una mayor protección a los trabajadores. Es verdad que el Gobierno de coalición parece –no sin discrepancias internas en dicha coalición gubernamental– inclinarse ahora no tanto por una derogación de la reforma laboral del 2012 realizada por el Partido Popular, como de una “reforma de los aspectos más lesivos de la legislación” laboral. Éste es un debate que se viene realizando ya en el marco de la llamada comisión de reconstrucción económica, que está elaborando un documento para su debate en el pleno del Congreso de los Diputados.

Es verdad que en la materia se ha llegado a afirmar que es el tiempo de reformas pero no de contrarreformas. Pero en realidad se trata de un puro juego dialéctico, haciendo trampas en el solitario, por la sencilla razón de que sin la realización de contrarreformas cualitativas de carácter neoliberal va a ser imposible que tengas un mercado laboral que funcione correctamente en la orientación de la lucha por la competitividad a través la innovación, la competencia y la calidad del trabajo (sin suprimir el principio legal absolutista de la preferencia de orden público laboral de los convenios de empresa sobre los de ámbito superior en todas las grandes materias fundamentales; sin la regulación disfuncional de la ultraactividad, sin la modificación de los contratos temporales es imposible garantizar una mínima estabilidad en el empleo, sin afrontar la obsolescencia de la subcontratación empresarial

⁴³ KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad., y estudio preliminar de Jesús Galiana Moreno, “In Memoriam” de Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

ex art. 42 del ET, o la regulación de las transmisión de empresas desmaterializadas, a re-regulación del trabajo a distancia, como se ya está realizando, y un largo etcétera. Hay quedarse con el aserto de que cuando algo no funciona hay que cambiarlo para que todo funcione mejor para un mercado de trabajo dinámico. Y es lo cierto que los aspectos indicados algo no va bien en la lógica compromisoria y transaccional de un Derecho del Trabajo que equilibre las lógicas de la racionalidad económica y las propias de la racionalidad social.

Por el momento, la creación del fondo europeo para la recuperación no ha supuesto un listado de condiciones exigentes respecto a las políticas laborales y de protección social, siempre que se respeten los objetivos de la recuperación económica y la cohesión social. Sigue vigente el objeto del compromiso electoral de derogar los aspectos más regresivos y disfuncionales de la reforma laboral del Gobierno del Partido Popular —con Mariano Rajoy como Presidente del Gobierno— realizada en 2012.

Además, ello será necesario porque no serán suficientes las reformas en el Derecho de la economía, habrá que realizar otras reformas en el Derecho Social con proyección de futuro. La OCDE ha señalado que la pandemia del COVID-19 es una crisis de salud mundial sin precedentes en nuestra historia reciente. El brote generalizado de esta enfermedad ha provocado la recesión económica más grave registrada en casi un siglo y está causando enormes daños en la salud, el empleo y el bienestar de la población a nivel mundial. Las perspectivas del empleo son problemáticas y se centran en dos escenarios marcados por la incertidumbre: uno de ellos contempla un segundo brote de contagios masivos y nuevos confinamientos antes de que finalice el 2020, el otro no prevé nuevos brotes significativos. La pandemia se ha convertido en una crisis de empleo que es mucho peor que la crisis de 2008. Las mujeres, los jóvenes y los trabajadores de bajos ingresos son los más afectados⁴⁴.

La OCDE advierte que la crisis económica derivada del COVID-19 puede derivar en una “crisis social”, pero la realidad es que esta deriva ya se está produciendo, y tiende a convertirse en una crisis general de una pandemia convertida en un “hecho social total”. Por ello va a ser necesaria una revisión en sentido garantista —y, por tanto, no restrictiva de derechos— del Estado del Bienestar postpandemia. Un Estado del Bienestar Activo, que responda a las exigencias de protección social, con la invención de nuevas medidas protectoras, racionalización de las existentes y coordinado con las políticas activas de empleo. Y sin incurrir en el error de la instrumentalización al servicio del restablecimiento de la rentabilidad empresarial y de la reestructuración de las empresas. Su objetivo finalista debe ser el diseñado en el art. 41 CE, y atendiendo al garantismo multinivel cuya apertura en vía de canon interpretativo es el art. 10.2 de la Norma Fundamental. Y en este sentido teniendo en cuenta artículos como el 12 de la Carta Social Europea y el Convenio núm. 102 de la OIT. En este orden de ideas, no debe olvidarse el enfoque de los derechos y sus garantías que presiden las intervenciones de la OIT reafirmando la vigencia de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, 15 de junio de 2010). En ella se parte de la premisa

⁴⁴ <http://www.oecd.org/berlin/presse/oecd-beschaeftigungsausblick-2020.htm>; <http://www.oecd.org/coronavirus/en/>; OECD Employment Outlook Report | 07/07/2020; Perspectivas económicas de la OCDE Informe digital | 10/06/2020.

—oportuna para la coyuntura actual de la Pandemia Covid-19— que “en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuerzan mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia”. En esa lógica de ensamblar razón económica y razón social (en el diseño de un modelo socio-económico garantista de los derechos y libertades fundamentales), se observa igualmente que con el objetivo de mantener el vínculo entre progreso social y económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo revista una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano. Se reitera que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales⁴⁵.

En el marco del Estado del Bienestar Activo, deben armonizarse la racionalidad social (que es la razón de la sociedad) y la racionalidad económica, que es importante para generar los recursos para una sociedad avanzada y para la propia sostenibilidad de los sistemas de protección social, pero que necesitan también de esas protecciones no sólo defensivamente, sino también ofensivamente para generar un equilibrio virtuoso en una sociedad de mercado, que no se debe confundir con una sociedad “para” el mercado. Dicho en otras palabras, hay que acabar con la praxis —ya ensayada— de desplazar el Estado Social de Derecho por un “Estado de mercado”, al servicio preferente de las fuerzas dominantes en el mercado que están camufladas bajo el paradigma de las “exigencia de la competitividad”, nueva fórmula mágica de la ciencia jurídica⁴⁶. Esto supone descuidar la importante función del Estado en la economía, lo que no ha hecho sino confirmar la lucha contra el COVID-19. Pero en la lógica de equilibrio y de compromiso socio-económico que es inherente al constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. Su éxito ha residido en demostrar en los hechos de la experiencia que se puede llevar a cabo un desarrollo al mismo tiempo con eficiencia social y económica, bajo el prisma de un modelo intervencionista en libertad de economía social de mercado. Es necesario establecer una red de seguridad más completa para todos y mejorar las prestaciones y servicios sanitarios y con ellos el estatuto del personal a ellos adscritos; y lo mismo cabe decir de

45 Importa también retener la Recomendación OIT (2017), sobre el Empleo y el Trabajo Decente para la paz y la resiliencia, de 16 de junio de 2017, que apuesta por la adopción de medidas relativas al empleo y al trabajo decente precisamente “para responder a las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres y con miras a la prevención”. En ella se apuesta por el pleno empleo, productivo y libremente elegido y el trabajo decente que son factores decisivos para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia; garantizar la efectividad de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y el conjunto de los derechos humanos respetando las normas internacionales de trabajo pertinentes; combatir la discriminación y garantizar la igualdad de oportunidad; la protección de las personas más vulnerables; condiciones de trabajo seguras y decentes, el respeto al principio de solidaridad social y protección social; la gobernanza contando con el importante papel del diálogo social, la negociación colectiva y la concertación social, etcétera (Señaladamente, Partes II y III).

46 WIETHOLTER, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, Ed. Edersa, 1991.

los servicios de cuidados a las personas en una sociedad del envejecimiento; mejora que presupone medios y dignificación de las condiciones de trabajo de los cuidadores⁴⁷.

Hay que fortalecer y renovar el Estado del Bienestar Activo para afrontar los retos del siglo veintiuno. Por lo demás, nuestra Constitución configura la democracia en una triple y necesaria dimensión, formal/procedimental, sustancial y pluralista (reténgase, paradigmáticamente, la fuerza normativa conformadora de los artículos 1, 9.2, 10, apartados 1 y 2, 7, 28, 35, 37, 41 y sigs., 103, 129.2, entre las piezas normativas que integra el grupo o bloque normativo que conforma la "constitución social")⁴⁸. De este modo, la forma política de "Estado de Mercado", que supondría que el Estado estaría preferentemente orientado unidireccionalmente a la satisfacción de los intereses de las fuerzas del mercado y hacia la competitividad a través de la restricciones de derechos y garantías sociales no tiene cabida en nuestra Norma Constitucional; y de hacerse así supondría un vulneración fragante de ésta, produciéndose una inadmisible "Mutación fáctica", sin previa reforma constitucional según el procedimiento expresamente previsto en la propia Constitución. Por ello, en una coyuntura de reformas legislativas de envergadura como la actual conviene recordar los condicionamientos y límites constitucionales que se impone deducir para el legislador infraconstitucional de los mandatos contenidos en el Texto Fundamental, como norma jurídica que ejerce su supremacía en todo el ordenamiento jurídico.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO MELLADO, L.C., JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2014.

47 Puede consultarse, MONERO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Ed. Comares, 2019.

48 Que de la democracia constitucional no puede sino ser sustancial está implícita en la idea de que la garantía efectiva para todos los derechos y libertades políticas, religiosas y civiles, exige como *presupuesto previo* que se protejan antes los derechos económicos, sociales y culturales. Esta idea estaba presente en los fundadores del Estado Social y del Derecho Social, como MENGER, A: *El derecho civil y los pobres [rectius "Clases desposeídas"]*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: AntonMenger y el socialismo jurídico en España" (pp. 7-112), a cargo de J.L. Monero Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998, espec., págs. 274 y sigs., y 349-352; *Ibid.*, *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo*, edición y estudio preliminar, "Derechos sociales y Estado democrático social en AntonMenger" (pp. XI-LXXVIII), a cargo de J.L. Monero Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. Para ese enfoque, que parte de la interdependencia y comunicabilidad de los derechos y libertades fundamentales, puede consultarse MONERO PÉREZ, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I y II), en *Revista española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núm. 56-57 (1992-1993); *Ibid.*, "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización", en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995); *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social del España, 1996; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *Ibid.*, *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de HermannHeller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. En la perspectiva filosófica se ha defendido esa unidad de los derechos y el carácter de condicionante material de los derechos sociales respecto del ejercicio de los derechos civiles y políticos. Así, paradigmáticamente, NUSSBAUM, M.: *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, trad. Albino Santos Mosquera, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2020, Capítulo 1, págs. 11 y sigs., y Capítulo 7, págs. 253 y sigs.

ALTVATER, E., *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011.

AÑON ROIG, M.J., "Derecho a un nivel de vida adecuado y medios de subsistencia", en VV.AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 543 y sigs.

ARENDT, H., *La condición humana*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, 2 Tomos, Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018, publicado en Murcia, ed. Laborum.

BADEL, M., "La lutte contre les exclusions en droit français le rôle des minimas sociaux. Rapport France", en VV.AA.: *La exclusión social: Estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (Dir.), MATEOS Y DE CABO, Ó.I. (Coord.), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2018, págs. 317-337.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

CASTEL, R., *El ascenso de las incertidumbres*, Buenos Aires, FCE, 2010.

CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, 3 Vols., Madrid, 1996-2003.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, *Informe 04/2019. La industria en España: Propuestas para su desarrollo*, Ed. Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2020.

FERRAJOLI, L., Derechos y garantías. La ley del más débil, trad. P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Prólogo y traducción de P. Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, 2011.

FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Ed. Civitas, 1990, reimpresión 2000.

GARCÍA ROMERO, B., *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, CES, 1999.

GOERLICH PESET, J.M. "Política de inserción laboral (II. Empresas de Inserción)", en VV.AA., *Las políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERRNAT, J.A., LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2016, págs. 895 y sigs.

HARVEY, D., *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Ed. Akal, 2014.

HOLMES Jr, O.W., *The Common Law*, trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), por J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

LÓPEZ INSUA, B.M., *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Ed. Atelier, 2020.

LÓPEZ INSUA, B.M., "La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social", en VV. AA. *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. La-borum, 2015, págs. 385 y sigs.

LUHMAN, N., *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana, 3^a ed., 2006.

MARX, K. y ENGELS, F., *Crítica del Programa de Gotha& Crítica del Programa de Erfurt [1875-1891]*, en *Obras Escogidas*, edición y estudio preliminar, "Marxismo y racionalidad crítica en la larga duración" (pp. XI-LXX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012.

MAUSS, M., *Sociología y antropología*, trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.

MAUSS, M., *Essai sur le don*, en *Sociologie et Anthropologie*(1925), París, PUF, 2006s [*rectius "Clases desposeídas"*], trad. Adolfo Posada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: AntonMenger y el socialis-mo jurídico en España" (pp. 7-112), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998.

MÉDA, D., *El Trabajo: Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

MENGER, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo & El Estado Democrático del Trabajo*, edición y estudio preliminar, "Dere-chos sociales y Estado democrático social en AntonMenger" (pp. XI-LXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

MILANOVIC, B., *Capitalismo, nada más. El futuro del sistema que domina el mundo*, trad. Teófilo de Lozoya y Juan Rabasseda Gascón, Madrid, Ed. Taurus, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I y II), en *Revista espa-nola de Derecho del Trabajo. Civitas*, núm. 56-57 (1992-1993).

MONEREO PÉREZ, J.L., *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económ-i-ca de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs. y Coords.), Granada, ed. Comares, 2002, págs. 1425-1524.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social (art. 22 DUDH; art. 9 PIDESC)", en VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, ed. Comares, 2014, págs. 515 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derecho al Desarrollo (Artículo 28 DUDH; 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en VV.AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951-983.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derecho al Trabajo (Artículo 1 de la Carta Social Europea)", en VV.AA., *La garantía multinivel de los dere-chos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MO-NEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 361 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, ed. Comares, 2017, págs. 629 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 625 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social del España, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS. CEF. Núm. 429 (diciembre 2018)*.

MONEREO PÉREZ, J.L., "El derecho a la Seguridad Social (Art. 41 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete,C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., «El modelo español de protección contra el desempleo», en VV.AA.: *Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad*, López López, J. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1997.

MONEREO PÉREZ, J.L., "El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques", en VV. AA. *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2015, págs. 125 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L., «*Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica*», estudio preliminar a JELLINEK,G.:*La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, Granada, Ed.Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Integración de la gestión de riesgos mediambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente", en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.): *La prevención de riesgos mediambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2011, págs. 327-378.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores" (I) y (II), en *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas*, núms. 56-57 (1992-1993), núm. 57 (1993), espec., págs. 85 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á.L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida y R. Muñoz de Bustillo, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2012, págs. 3 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de HermannHeller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Ed. La borum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La flexibilidad laboral y las políticas de reorganización industrial en España", en RIVERO LAMAS, J. (Coord.): *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza/Instituto de Relaciones Laborales, 1993, págs. 363-434.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Madrid, ed. Atelier, 2017, págs. 187-245.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La Interpretación y la aplicación de la Carta (Artículos 51 a 54)", VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1301-1444.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, ed. Bomarzo, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía*, Est.prel., a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, edición a cargo de J.L. Monero Pérez, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización", en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995).

MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La renta de "subsistencia". En especial, la renta de inserción como derecho social", en VV.AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A.P., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015, págs. 713-755.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L., "La renta Mínima para las familias sin recursos", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (2018): *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS, celebrado en Madrid, octubre de 2018, publicado en Murcia, ed. Laborum, 2018, págs. 831 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., *La teoría crítica social de Thorstein Veblen: sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)", en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Los derechos sociales fundamentales ante las recientes reformas: un desafío para el trabajo decente", y VEGA RUIZ, M.L. "El futuro del trabajo: ¿Regular un derecho humano? El debate sobre la centralidad del ser en el trabajo", en VVAA.: *El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Congreso Internacional de Granada, Monereo Pérez, J.L., Túlio Barroso, F., Las Heras, H. (Dirs.), Moreno Vida, M.N. y Maldonado Molina, J.A. (Coords.), Murcia, Ed. Laborum, 2018, págs. 27-84.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo", en ROJAS RIVERO, G. (Coord.): *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Albacete, ed. Bomarzo, 2012, págs. 203-328.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental", en *Relaciones Laborales*, núm. 10 (2009).

MONEREO PÉREZ, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Pilar Europeo de Derechos Sociales y Sistemas de Seguridad Social", en *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8, Núm. 2, 2018, págs. 251-298.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en revista *Documentación Laboral*, núm. 83, 2008, págs. 11-109.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Protección del medio ambiente (Artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE)", en VV.AA.: *La Europa de los Derecho. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1017-1076.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Refundar el ordenamiento laboral para juridificar plenamente el principio de justicia social y el trabajo decente", en *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, Vol. 9, núm. 1 (2019), págs. 220-294.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de la UE)", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.

MONEREO PÉREZ, J.L., "Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad. Desempleo y políticas de activación e inserción", en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y DE VAL TENA, Á (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M (COORD). *El trabajo decente*, Granada, Ed. Comares, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ-AZNARTE, T., *El Estado Social Autonómico*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M., "Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)", en VV.AA., *La garantía multínivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 395 y sigs.

MONERO PÉREZ, J.L., y LOPEZ INSUA, B.M., "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015), págs. 27-72.

MONERO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999.

MONERO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monero Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N.(Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 131 y sigs.

MONERO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., "Derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículos 30 de la Carta Social Europea", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MoneroAtienza y Monero Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 925 y sigs.

MONERO PÉREZ, J.L. y PERÁN QUESADA, S., "La OIT y el trabajo informal: la Recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal", en VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Monero Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2016, págs.3-26.

MONERO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P., *Prevención de riesgos y medioambiente*, Granada, Ed. Comares (Col. Prevención de Riesgos y Calidad Ambiental), 2010.

MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La pensión de jubilación*, Murcia, Ed. Laborum, 2020.

MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y la medidas legales adoptadas", en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23, 2020, págs. 11-53.

MORENO VIDA, M.N., "Crónica legislativa, doctrina judicial y noticias bibliográficas. Medidas legales para hacer frente a la crisis sanitaria COVID-19", en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), págs. 226-279.

MORENO VIDA, M.N., *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1989.

NUSSBAUM, M.C., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Barcelona, Ed. Paidós, 2011.

NUSSBAUM, M.C., *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, Ed. Paidós, 2007.

NUSSBAUM, M., *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, trad. Albino Santos Mosquera, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 2020.

OIT, "Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adaptada por la conferencia Internacional del trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 10 de junio de 2008.

OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, adoptada por la Conferencia Internacional del trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, el 15 de junio de 2010), 2^a ed., revisada, 2010.

ORTEGA Y GASSET, J., «Individuo y organización» [1953], en *Obras completas*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

PÉREZ REY, J. y MORÁN, H., "El Acuerdo Social en defensa del empleo: Un Acuerdo fruto de la responsabilidad de Estado", en *Revista de Derecho Social*, núm. 90, 2020.

PIKETTY, TH., *Le Capital au XXI^e siècle* (2013), París, Editions du Seuil (publicado por la Editorial Fondo de Cultura Económica en español, 2016; y por la Ed. RBA, 2015).

PISARELLO, G. y DE CABO, A. (eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

POLANYI, K., *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, trad. J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

RADBACH, G., *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. Aníbal del Campo, revisión, edición, y estudio preliminar, "Gustav Radbruch: un modelo de jurista en el constitucionalismo democrático social" (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

RAVENTÓS, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2007.

Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, números 23 y 24 de 2020. Con aportaciones de seguimiento y valoración jurídico-crítica de J.L. Monereo Pérez, G. Rodríguez Iniesta, A. R. Trillo García, J. AibarBernal, M.N. Moreno Vida, Santos Miguel Ruesga Benito, J.C. Álvarez Cortes, entre otros autores.

RAVENTÓS, D. y CASASSAS, D. (Eds.), *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2011.

REVILLI, M., *Más allá del siglo XX. La política, las ideologías y las asechanzas del trabajo*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2001.

RIFKIN, J., *El fin del trabajo. El declive de la fuerza del trabajo global y el nacimiento de la era posmercado*, Barcelona, Ed. Paidós. 1996.

RODGERS, G. et altri., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

RODOTÀ, S., *El derecho a tener derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

RODRÍK, D., *La paradoja de la globalización. La democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2012.

SAPIR, J., *El nuevo siglo XXI. Del Siglo americano al retorno de las naciones*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2010.

SCHMITT, C., *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950.

SEARLE, J.R., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Oviedo, Ed. Nobel, 2000.

SEN, A., *La idea de justicia* (2009), Madrid, Ed. Taurus, 2010.

SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Ed. Planeta, 2000.

SEN, A., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

SENNETT, R., *La corrupción del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2000.

STANDING, G., *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Epílogo de Daniel Raventós y DavideCasassas, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente, 2018.

STIGLITZ, J., *El precio de la desigualdad*, Madrid, Ed. Taurus, 2012.

STREECK, W., *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, Buenos Aires-Madrid, Kartz Editores, 2016.

TRILLO GARCÍA, A.R., "Seguridad Social y COVID-19", en la *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23 (2020), págs. 57-174.

VALLECILLO GÁMEZ, R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos*, Granada, Ed. Comares, 2008.

VAN PARIJS, PH., *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. Francisco Álvarez, Barcelona, Ed. Paidós, 1996.

VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT,Y., *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017.

VILA TIERNOW, F., "Política de inserción laboral (I. Rentas Mínimas de Inserción)", en VV.AA., *Las políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, MONERO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERRNAT, J.A., LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2016, págs. 875 y sigs.

VV.AA., *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, L.A. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018.

VV.AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

VV.AA., *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (Dirs.), López Insua, B.M. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2018.

VV.AA., *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2016.

VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.

VV.AA., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europa*, MonereoAtienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

VV.AA., *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. y López Insua, B.M. (Dirs. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), 2016, 1086 págs.

WIETHOLTER, R., *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Madrid, Ed. Edersa, 1991.



ESTUDIOS DOCTRINALES

LA PRETENDIDA “PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL” EN TIEMPOS DE COVID19: “VICIOS” DE UNA “LEGALIDAD (ADMINISTRATIVA) SIN DERECHO”

THE SEARCHED “PROHIBITION OF EMPLOYMENT LABOR” IN THE TIME OF COVID19: “VICES” OF A “LEGALITY (ADMINISTRATIVE) WITHOUT LAW”

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

[ORCID 0000-0001-8830-6941](#)

Recepción de trabajo: 00-08-2020-Aceptación: 00-09-2020

■ I. INTRODUCCIÓN: “LLUEVE SOBRE MOJADO” PARA UNA NUEVA RETÓRICA DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ■ II. LO QUE DE DICE LA NORMA, PESE A LO QUE QUERRÍA SU AUTOR: PROHIBIR TEMPORALMENTE ¿LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE?. 1.1. La pretendida prohibición de “despido por absentismo” siembra un precedente “de retórica jurídica perversa” 1.2. “Tropezando dos veces...”: ¿Si el Gobierno quiere prohibir el despido por causas ligadas a la covid19 porque no lo escribe con palabra de ley? 1.3. Una mirada comparada clarificadora: ¿Por qué la legislación argentina sí sabe formular técnicamente una prohibición y no la legislación española? ■ III. EL DESPIDO POR CAUSAS VINCULADAS A LA COVID19: ¿DESPIDO SIN CAUSA JUSTA O CON CAUSA PROHIBIDA? ■ IV. EL DESPIDO FRAUDULENTO SE SANCIÓN CON IMPROCEDENCIA, NO NULIDAD, SALVO EL COLECTIVO: LAS PERIÓDICAS “REBELDÍAS” DE LA INSTANCIA SOFOCADAS, HASTA AHORA, POR LA JURISPRUDENCIA. ■ V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGOR UN RDL, CON SU PUBLICACIÓN EN EL BOE O CON SU DIFUSIÓN MEDIÁTICA TRAS APROBACIÓN GUBERNATIVA? VI. REFLEXIÓN FINAL: ¿LA RETÓRICA VOLUNTARISTA DEL LEGISLADOR ES PER SE LA LEY, AL REVELAR SU ESPÍRITU FRENTE A LA LETRA?

RESUMEN

En España, el artículo 2 del Real Decreto-ley 2/2020, 27 de marzo suscita un grave problema interpretativo. Aunque el Gobierno parece buscar una prohibición del despido de las personas trabajadoras por causa de la crisis derivada de la covid19, en el texto legal no queda nada claro que se trate de un despido con causa prohibida y, por lo tanto, no conllevaría la nulidad del despido, sino solo una indemnización de despido (el coste de la arbitrariedad empresarial). Los primeros pronunciamientos judiciales han asumido que sí existe esa causa de nulidad. Sin embargo, los razonamientos dador para llegar a tan conflictiva solución son extremadamente parcios y débiles, por lo que es muy probable que esas decisiones sean revocadas por las instancias judiciales superiores. En todo caso, el precio de esta legislación defectuosa es el incremento extremo de la inseguridad jurídica, en un sistema jurídico cada vez más estresado.

PALABRAS CLAVE: prohibición de despido; leyes laborales covid19; activismo judicial; despido nulo

ABSTRACT

Social legislation derived from the state of alarm is intended to minimize the impact pre-emptive problem. Although the Spanish Government seems to be seeking a prohibition against the dismissal of workers due to the crisis stemming from the covid19, in the legal text it is not at all clear that it is a dismissal with a prohibited cause and, therefore, would not entail the nullity of dismissal, but only severance pay (the cost of business arbitrariness). The first judicial cases have assumed that there is such a cause for annulment. However, the reasoning given to reach such a conflictive solution is extremely weak, technically not very rigorous, so it is highly likely that these decisions will be reversed by the higher judicial instances. In any case, the price of this defective legislation is the extreme increase in legal insecurity, in an increasingly stressed legal system.

KEYWORDS: prohibition of dismissal; labor laws covid19; judicial activism; null dismissal

I. INTRODUCCIÓN: "LLUEVE SOBRE MOJADO" PARA UNA NUEVA RETÓRICA DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Frente al ideal racional del Derecho Civil clásico, dirigido a proteger utilidades de tipo individual sobre la base de la exigencia de responsabilidad también individual, el ideal (lo que no quiere decir que siempre esté en la realidad) del Derecho Social del Trabajo implica la adopción de soluciones jurídicas (legislativas y convencionales) que supongan una equilibrada distribución de los beneficios (ventajas) y costes (riesgos) entre ambas partes de las relaciones de trabajo¹. La preferencia de protección del interés social subyacente a la toma de decisiones legislativas en este ámbito atiende, aun de forma transaccional, tanto los intereses (y puntos de vista) de una parte cuanto los intereses y puestos de vista de la otra, representados. De ahí que sus normas sean más proclives a adoptar formas de acuerdo de compromiso, de transacciones mutuas, que imposiciones de autoridad, salvo las normas de mínimos (normas imperativas, orden público social), en aras de las exigencias de protección del contratante débil frente a las tentaciones de uso arbitrario de los poderes de los sujetos más fuertes².

Como es lógico, esta necesidad de equilibrio es más visible, también más difícil, allí donde más delicado es el momento de la relación de trabajo, en el extintivo. La cuestión del cese, en especial por razones de interés empresarial, esto es, del despido, confronta no solo intereses legítimos de ambas partes, sino incluso derechos de rango hoy no solo constitucional sino fundamental, sobre todo si se atiende a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE): la libertad-interés de la empresa a disponer solo de las personas necesarias en cada momento para la rentabilidad de su proyecto o negocio empresarial, sin asumir los costes derivados ni de excedente ni de la ausencia del personal más competente, de un lado; el derecho-interés legítimo de las personas trabajadoras a no ser penalizadas ni por decisiones arbitrarias de las empresas, ni aún menos por circunstancias estrictamente personales de las que no son responsables. De ahí la necesidad de un modelo de estabilidad (seguridad en el empleo ex art. 35 CE) que, sin impedir (prohibir), ni obstaculizar, a las empresas las decisiones exigibles de reajuste de plantillas que precise en cada tiempo, presuponga siempre una "causa justificada".

Naturalmente, el problema derivará a la hora de alcanzar el conveniente acuerdo sobre cuáles son esas causas justificadas (la "justa causa", típica del lenguaje clásico de la legislación laboral en la materia, en la que subyacía no solo una dimensión económica, sino también ético-social, depurada con el eufemismo de "improcedente"), así como, en coherencia, sobre los efectos (análisis costes-garantías) de los ceses realizados fuera de esas causas justificadas (los costes de la arbitrariedad)³. Prueba de ello es

1 Vid. EWALD, F. "Le droit du travail: une legalité sans droit", *Droit Social*, 11, 1985 pp. 723 y ss.

2 Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 15 y ss.

3 Vid. GORELI HERNÁNDEZ, J. *El coste económico del despido o el coste de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, CARL, Sevilla, 2010; GIMENO DÍAZ DE ATAUR, P. *el coste del despido y otras formas de terminación de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

que, mientras el Gobierno deshojaba la margarita, en la fase inmediatamente anterior a la tragedia de la covid19, de la derogación de la reforma laboral de 2012, decidió actuar con una cirugía parcial, a golpe de autoridad gubernativa, sin abrir el diálogo social, menos ensayar un acuerdo con la patronal (bajo el lema falaz "la salud no se negocia, porque es un derecho fundamental"), derogando el –ya devenido muy conflictivo en los Tribunales– art. 52 d) ET (el despido por absentismo). La decisión gubernativa acaba de ser reafirmada por el Parlamento (Ley 1/2020,15 de julio) , sin modificar ni una coma de una regulación que, sin embargo, no era clara, pese a su aparente sencillez, dadas sus deficiencias técnicas⁴.

Pocos podíamos sospechar que, en ese momento, se iniciaba una nueva retórica de política legislativa, que hallaría una nueva y relevante continuidad, ahora extensiva, en la legislación de emergencia sanitaria dictada para levantar el célebre "escudo social" frente a los efectos económico-laborales de la pandemia de covid19. ¿En qué consiste esta suerte de nuevo arte persuasivo-disusorio de despidos (ceses en general) carentes de causas de justificación para el nuevo Gobierno, desde el intento de recuperación del principio tuitivo el Derecho del Trabajo (*labor-friendly*), frente al liberal-productivista de la reforma de 20120 ("business-friendly")? Básicamente consiste en comunicar que se adoptan "prohibiciones de despido", por lo tanto, potencialmente "sancionables" con nulidad, pero formalizar, en el redactado finalmente publicado en el BOE, solo "causas injustificadas" de cese. De este modo, en una deliberada ambigüedad política, el textolegal queda abierto a las más variadas interpretaciones en las múltiples sedes judiciales.

Pero ¿con qué fin se adopta esta técnica legislativa tan queridamente ambigua? ¿No es algo maquiavélica? ¿No introduce un factor de inseguridad añadida a un sistema ya suficientemente estresado, si no colapsado, al hacer de la alta imprevisibilidad actual de las decisiones judiciales en un sistema multinivel, más conflictivo que dialógico, un complemento de la norma legislada para que adquiera sentido práctico? ¿La expectativa de protecciónismo máximo que crea en una parte del mundo del trabajo no puede ir en contra de las expectativas de la otra, devaluando la confianza en el sistema? Cierto, más preguntas que, de momento, respuestas. Pero no constituyen ninguna expresión propia del razonamiento en el vacío ni de la pura especulación doctrina, sino la conclusión de un análisis mucho más extenso y profundo de la entera legislación, realizada en aluvión, de forma atropellada y excepcional para un tiempo de trágica pandemia, cuya aplicación hasta el momento, primero por la autoridad gubernativa ("decisiones de ventanillas o de despachos administrativos"), y ahora judiciales, vendrían a confirmar lo desvelado.

Las decenas (ya en sí una profunda anomalía jurídica y socio-económica) de leyes de autoridad gubernativa que conforman esta "legislación socio-laboral de excepción" frente a la emergencia sanitaria, para algunos analistas preludio de un "nuevo Derecho del Trabajo" (más robusto, valiente "osado e irreverente" con el poder capitalista -A. Baylos, F. Trillo, etc.), para mí una auténtica devaluación del Derecho del Trabajo a mera "legalidad (administrativa) sin Derecho –razón jurídica—" (hace de la legitimidad de sus fines sociales excusa para todo déficit de técnico-legal), comparten una característica:

⁴ Vid. GÓMEZ SALADO, M.A. "El Real Decreto-ley 4/2020, 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos más vulnerables", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n. 446, 2020, pp. 79 y ss.

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

sus redactados son tan imprecisos, ambiguos y confusos que requieren de un constante actuar de autoridad complementario, para tener sentido práctico. En otros términos, de una forma que evoca los modelos de intervencionismos administrativos de otro tiempo (más autoritarios), la publicación en el BOE de una norma no permite conocer la regla a aplicar para la vida de las relaciones de trabajo que ordenan, sino que precisan estar atentos a un sinfín de "otros boletines", administrativos, no normativos (Dirección General de Trabajo —DGT—, Tesorería General de la Seguridad Social —TGSS—, Criterios de la ITSS, etc.), en los que, periódicamente, se actualiza, el sentir, la voluntad práctica, del autor de la norma legal. Criterios que, por supuesto, pueden estar sujetos a cambios y, muy frecuentemente, los experimentan, añadiendo nebulosidad, incluso tenebrismo a un sistema muy inestable y presionado ya, por lo que precisaría lo contrario, seguridad.

Sin entrar ahora en más concreción, pues no es esa la dimensión que ahora busco tratar en este estudio de este problema más general, podría traerse a colación, para una significativa ilustración de lo que se quiere afirmar aquí, tanto la evolución del concepto sobre "fuerza mayor parcial" (concepto tan abierto en la norma legal que queda al albur tanto de la DGT en su presupuesto como de la TGSS en sus efectos, sobre todo relativos al beneficio excepcional de la exención de cuotas sociales, cada vez más parciales) como la propia decantación de la protección social de ciertos colectivos, como la prestación de cese extraordinaria, sucesivamente reformada, a menudo, "a golpe de tuit"⁵. Pero no es este, decía, el tema que pretendo analizar aquí, sino, como apunté más arriba, el más incierto aún, a mi juicio, de si existe o no, en nuestra legislación socio-laboral excepcional de emergencia, una auténtica prohibición de despedir (de cese en general) ex art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo y si, en consecuencia, la sanción por su incumplimiento es la nulidad o si, por el contrario, tan solo cabría calificarlo de improcedencia.

Por supuesto, una vez más, mi reflexión no se conducirá únicamente por la senda del razonamiento doctrinal estrictamente teórico, sin negar su extraordinario valor a fin de comprender con más seguridad un orden jurídico laboral cada vez más ensombrecido y vaporoso, sino que encontrará referentes prácticos judiciales. En efecto, como se sabe, pues ha tenido una repercusión mediática muy considerable, el Gobierno ya ha hallado, en la primera ocasión, esa decisión judicial que buscaba, o en la que confiaba, para dar sentido práctico a una regla prohibitiva de despedir que, sin embargo, no se ha atrevido —pese a que ha tenido decenas de oportunidades— a formular claramente de ese modo, como sí han hecho otras legislaciones comparadas. Este juego a la ambigüedad, con una íntima esperanza —y deseo— de encontrar una suficiente secuencia judicial que terminey clarifique lo que le norma no dice, pero sí querría decir la voluntad de su autor, es el que habría aceptado la —a mi juicio, profundamente errada, carne de suplicación social— *Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) n. 3 de Sabadell, 93/2020, 6 de julio*.

5 Eje. BELTRÁN DE HEREDIA, I. "ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo". <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracioncritica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>. Más ampliamente, el autor en "COVID-19: Caminando en la niebla y el derecho laboral de la excepción". <https://ignasibeltran.com/2020/06/04/covid-19-caminando-en-la-niebla-y-el-derecho-laboral-de-la-expcion-ponencia/>. Para más detalle MOLINA NAVARRETE, C. "Tormenta sociolaboral perfecta" y "encomiendas a santa Bárbara": la Seguridad Social ¿bala mágica frente al riesgo de COVID19?, Editorial número 447, junio 2020, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, pp. 5 y ss.

II. LO QUE DICE LA NORMA, PESE A LO QUE QUERRÍA SU AUTOR: PROHIBIR TEMPORALMENTE. LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE?

2.1 La pretendida prohibición de "despido por absentismo" siembra un precedente "de retórica jurídica perversa"

Aunque es bien conocido que el primer —que no el único ni el más determinante— criterio hermenéutico es atender al sentido propio de las palabras expresadas por la ley para formular una norma, no soy proclive a recoger, en un estudio científico-jurídico, los redactados literales de las normas. La labor interpretativa no es la de saber leer, sino la de comprender el sentido de las palabras en su conjunto sistemático y para la realidad a la que deben ser aplicadas convertidas en regla práctica. Ahora bien, puesto que aquí la redacción jurídica es muy importante para identificar el verdadero alcance de la ley no entiendo ocioso recordar brevemente los redactados más significativos. También se hará en este apartado un análisis comparado, trayendo a colación otra ley nacional que, como la argentina, buscaría lo mismo que la legislación española, pero lo habría dicho de un modo inequívoco, sin perjuicio de que su aplicación judicial se está revelando amplia, precisamente por el alto grado de incumplimiento de la prohibición legal —aquí sí, por lo que se dirá—. La comparación de unos textos y otros será un criterio útil para despejar, a mi juicio, las dudas sobre lo que dice realmente el art. 2 del RDL 9/2020, sin la grandilocuente y solemne retórica oficialista con la que se la ha querido envolver.

Vayamos primero a los antecedentes o precedentes inmediato de técnica legislativa del Gobierno autor, ya bajo el influjo desbordante de la pandemia, del art. 2 RDL 9/2020. Me refiero a la ya citada derogación del despido por absentismo. Primero el RD 4/2020, 18 de febrero, y ahora la citada Ley 1/2020, se limitarían a decir lo siguiente: "*Queda derogado el apartado d) del artículo 52 ET*". Pero ¿qué significa derogar una causa precedentemente justificativa de despido? ¿Lleva a su prohibición efectiva o a la ilicitud de todo despido que trate de seguir justificándose en aquella causa? Que, en sí misma, pese a la retórica política y sindical desplegada en contra de esta causa (menos relevante de lo que pareciera), no vulnera ningún derecho fundamental, ni en los términos de la Carta Constitucional española (STC 118/2019, 16 de octubre), ni tampoco en los de la CDFUE (STJUE 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero), parece claro, a la luz de la consolidada posición jurisprudencial mayoritaria —sin perjuicio de votos particulares—.

Ni el TC ni el TJUE rechazan la legitimidad empresarial del despido por absentismo laboral. Otra cosa es que, como indica el TJUE, la regulación precedente sí podía resultar dañosa para la estabilidad en el empleo de grupos especialmente vulnerables, como las personas con discapacidad o las mujeres. Por lo tanto, la ilegitimidad no estaría en la causa en sí, sino en su concreta regulación. Ciertamente, el legislador tiene toda la legitimidad necesaria para optar por la solución más radical, derogar la causa.

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

Pero con esa decisión no se resuelve la cuestión de si se trata de una "causa prohibida" o una "causa injustificada", o un "despido sin causa real" (esto es, un despido fraudulento). Por lo tanto, nada se resuelve con seguridad sobre sus consecuencias en caso de incumplimiento de esta previsión legislativa, adoptando eventuales despidos objetivos por esta causa, más o menos explicitada. Precisamente, como la Exposición de Motivos de la Ley 1/2020 recoge, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno contemplan la validez y eficacia de esta causa de extinción contractual, pero sin que se especifique, sino que se valora en el "contexto del concepto genérico de despido por justa causa" (ej. la conocida "*cause réelle et sérieuse*" del artículo L-1232-1 Código de Trabajo francés)". No se trataría, pues, sino de un cambio de modelo legislativo, pues con esta genérica formulación normativa son los Tribunales los que valoran justificación y proporcionalidad en atención a la situación concurrente en cada caso. Este es el escenario que el TJUE tuvo en cuenta en el asunto Ruiz Conejero.

En consecuencia, si el interés de evitar el absentismo laboral injustificado no supone, en sí, un interés espurio, sino solo por el riesgo que presenta de derivar en decisiones discriminatorias (en especial indirectas, por razón de la discapacidad, o de enfermedad de larga duración equivalente a la discapacidad, o por razón de sexo-género), el despido basado solo sería nulo si vulnerase un derecho fundamental, siendo improcedente en otro caso, por carecer ahora de justificación. Justamente, así parece desprenderse de la STSJ 274/2020, de 17 de enero, que pese a concluir la disconformidad de tal causa de despido con el Derecho Internacional del Trabajo (art. 6 del Convenio 158 OIT y 24 de la Carta Social Europea), termina calificando el despido efectuado bajo tal causa –antes de su derogación– como despido improcedente, no nulo⁶.

Por supuesto, no dudo de la posibilidad de una relectura teleológica y valorativa del sistema jurídico, en especial a la luz del doble juicio de convencionalidad respecto de las normas internacionales y de conformidad comunitaria, que permita alcanzar, en tal caso, la sanción de nulidad. Lo que ahora trato de evidenciar es que el legislador no ha aportado una verdadera luz al respecto, manteniendo abiertas ambas posibilidades. Más aún. Esta dualidad hermenéutica no es ajena al "juego de política jurídica" buscado por el legislador, antes bien, des deliberado, en efecto, de modo que ha fiado (apostado) la decisión última a la expectativa de una corriente judicial crítica con el estado actual del Derecho de precedentes, para provocar un cambio radical. Sin ese complemento, la norma legal puede servir, deliberadamente, por encima de su retórica político-social, a ambas "señoras": la improcedencia y la nulidad. En tanto se constata si hay fortuna o no en la recogida judicial del guante desafiante, se confía en que haga su efecto el arte de persuasión-disuasión que supone la sola posibilidad de que, en efecto, no solo cuaje en la doctrina judicial la tesis de la nulidad, sino la de la indemnización adicional, por estar en juego derechos "fundamentales" (integridad, salud, dignidad, no discriminación, etc.)

6 En este sentido GÓMEZ SALADO, M.A. "El Real Decreto-ley 4/2020...", ob. cit. p. 104. Defiende la nulidad BAYLOS, A. ¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) ET", <https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral/despidonulo-ccoo-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225132001171457.html>

2.2 "Tropezando dos veces...": ¿Si el Gobierno quiere prohibir el despido por causas ligadas a la covid19 porque no lo escribe con palabra de ley?

Mojado ya el recientemente resembrado suelo jurídico-laboral de inseguridad jurídica, cuando se prometía lo contrario, más certidumbre aplicativa (habría bastado que el legislador hubiera escrito, blanco sobre negro, en el BOE, no en las varias tribunas de opinión seguidas por sus promotores, que: "queda derogado el art. 52 d) ET..., por lo que todo despido amparado en esta causa queda prohibido, debido ser calificado como nulo, con los efectos derivados de tal calificación"), apenas un mes después se volverá a tropezar en la misma piedra. Pero ahora el tropiezo es de mayor entidad, porque afecta a unas de las piezas esenciales (junto a los ERTE por fuerza mayor —total y parcial— y sus inauditos y colosales beneficios sociales, a pagar por la ciudadanía en su conjunto) del pretendido robusto escudo socio-laboral levantado para intentar proteger el empleo de los efectos devastadores de la pandemia: la garantía de empleo ex art. 2 RDL 9/2020.

La simple lectura no ya solo de este artículo 2, sino de la disposición adicional 6^a del RDL 8/2020, la otra garantía de salvaguarda de empleo en tiempos de covid19, deja bien claro lo refractarias que son las leyes sociolaborales de emergencia a formular técnicamente prohibiciones, pese a la difusa retórica político-gubernamental sobre su intención de dar esa dimensión a sus decisiones restrictivas de ceses laborales asociados al impacto de la covid19. El citado art. 2 (medidas extraordinarias para la protección del empleo) rehúye la palabra "prohibir", para, en cambio, expresar de forma explícita que estamos en terreno de las "causas injustificadas". Así dice:

"La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP) en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, **no se podrán entender como justificativas** de la extinción del contrato de trabajo ni del despido"

¿Sí el legislador quería que la ley dijese de verdad lo que en su retórica político-social viene difundiendo, por qué no lo expresó así en el BOE? Técnicamente era —y es— tan sencillo como haber dicho: "la fuerza mayor las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020... **quedarán prohibidas como causas de extinción** del contrato de trabajo ni del despido **mientras estas estén en vigor**". La norma legal —hace tiempo que las leyes dicen lo que dicen, no lo que los legisladores dicen que sería su voluntad— dice que tales causas "no se podrán entender" como "causas justificativas", por lo que es manifiesto que ha eludido el término "causas prohibidas". En consecuencia, abocaría al terreno de la improcedencia por su incumplimiento ex art. 55 ET.

Para reforzar esta negativa (o incapacidad técnica) a formular prohibiciones (no es obstáculo serio el art. 38 CE, porque admite restricciones ex art. 35 CE, pues la estabilidad real que ofrece la prohibición es temporal y, además, proporcionada, porque los costes de aquélla se socializan en gran medida) vayamos a la disposición adicional 6^a del RDL 8/2020. Interesa atender tanto a la formulación de

esta otra garantía de empleo como a los efectos que explícitamente le atribuye al incumplimiento. En el primer plano, el de la formulación, de nuevo se huye de toda expresión que signifique prohibición, para expresarlo en términos de "**compromiso temporal de mantenimiento de empleo**".

En el segundo, el plano de los efectos por su incumplimiento, la perplejidad es todavía mayor, si se quiere atribuir a estos preceptos el sentido real que en su retórica se utiliza, el esquema de la prohibición. ¿Por qué? Porque bien sabido es que, cuando se trata de incumplimientos de este tipo de pactos establecidos convencionalmente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que considera que sus consecuencias deben ser la improcedencia de la extinción (STS, 4^a, 925/2018, 23 de octubre)⁷. ¿Dice, o sugiere, esto el precepto legal de urgencia? No. Al contrario, pues sabido es que se limita a explicitar que las consecuencias serán (únicamente) la devolución de los beneficios sociales que la empresa haya recibido, pues, evidentemente, si no cumple con su compromiso de dar estabilidad real a las personas empleadas no puede mantener las ventajas sociales que ha recibido, pues la seguridad en el empleo es la contrapartida del esfuerzo social por sostener ese empleo, con ingentes recursos de seguridad social.

3. Una mirada comparada clarificadora: ¿Por qué la legislación argentina sí sabe formular técnicamente una prohibición y no la legislación española?

¿Acaso no hay otra forma de expresar técnico-jurídicamente esta garantía de estabilidad real atendiendo a las circunstancias excepcionales y provisionales —aunque se dilaten ya en extremo, sin certeza de que no reaparezcan con los rebrotos masivos— de la situación pandémica? Sí, claro que la hay, aquí es válido aquello de que querer de verdad la prohibición (voluntad del legislador) es poder formularla (voluntad de la ley), pues entra perfectamente, bajo determinadas condiciones, en la potestad legal, sin que se pueda considerar inconstitucional, ni, en nuestro caso, contraria al art. 16 CDFUE (la libertad de empresa como derecho económico fundamental comunitario). Y para poner de relieve la facilidad técnico-legislativa de esa opción miremos, aunque sea más allá del atlántico, a una Nación "hermana", Argentina. El denominado Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020 (BO 31/3/2020) prohíbe, sin ambages ni duda de ningún tipo, los despidos y suspensiones "**sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por 60 días**" (prorrogables, y de hecho se han prorrogado).

En este caso, la —usual— retórica y grandilocuencia político-social de este tipo de leyes (la finalidad de la medida es «garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales»), se confirma plenamente en las palabras del Boletín Oficial de la República de Argentina. El artículo 2 del referido DNU es cristalino como un mar de coral

⁷ No estamos aquí, tampoco, en el caso de eventual incumplimiento del proceso de negociación de un despido colectivo, traicionando la buena fe negociadora, pues el compromiso viene impuesto legalmente. En aquellos casos sí se podrá declarar la nulidad de la extinción decidida (STS 26 de marzo de 2014, rec. 86/2012), en este no, por el origen legal del compromiso.

"Prohibíanse los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial)" (el DNU 487/2020, BO 19 de mayo de 2020 lo prorrogó 60 días, hasta el 29 de julio de 2020)⁸

¿Queda alguna duda? No. Pero, por si acaso, el artículo 4 refuerza la prohibición al disponer qué significa exactamente prohibir un despido —o su suspensión, salvo en los supuestos del artículo 223 bis LCT, que permite situaciones análogas al ERTE español—, con lo que fija sus efectos de nulidad de pleno:

«los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2º y primer párrafo del artículo 3º del presente decreto, **no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales**».

Como era de esperar, una garantía tan intensa de seguridad en el empleo (típico modelo de estabilidad real) estaba destinada a hallar resistencia empresarial. Por eso, son muy numerosas ya las resoluciones judiciales que se han visto obligadas a aplicar, *incluso con medidas de tutela cautelar*, para evitar que pueda tener efecto alguno de disolución del vínculo, ni siquiera de facto, la garantía. La doctrina judicial de las diversas instancias ha reafirmado la nulidad de la extinción en tales casos, sin plantearse problema alguno de constitucionalidad. Más aún. Refuerzan su legitimidad apelando al Derecho Internacional del Trabajo, una suerte de principio de civilización jurídica.

La única cuestión dudosa en la doctrina judicial argentina es la relativa a si esta garantía de estabilidad real absoluta (prohibición de cese laboral durante la covid19) cubre o no los desistimientos durante el periodo de prueba. Inicialmente, la doctrina de instancia laboral había venido asumiendo su inclusión, por entender que donde no distingue la ley no debe hacerlo el intérprete⁹. Pero la doctrina de apelación laboral ha mutado el criterio y considera que los desistimientos típicos del periodo de prueba no gozan de la protección absoluta o del blindaje previsto por la ley para los despidos y suspensiones de contrato, **porque una medida de este tipo necesita que se contemple expresamente en el tenor literal de la norma**, que se redacta de forma taxativa (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, de 16 de junio de 2020)

No es irrelevante tampoco esta cuestión para nuestro país. Las normas españolas tampoco resuelven, en su imprecisión y déficits técnicos, esta cuestión, ni en el art. 2 ni en la disposición adicional

8 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335976/norma.htm>. Una síntesis más completa, aun breve, GRISOLÍA, Julio Armando. "Las normas laborales como consecuencia del covid19". <http://revista-ideides.com/normas-laborales-en-la-emergencia-economica-y-como-consecuencia-del-covid-19-dnu-329-2020-bo-31-3-2020-dnu-332-2020-bo-1-4-2020-y-res-mtess-279-2020-bo-1-4-2020/>

9 Para diversas decisiones judiciales sobre la norma argentina, vid. Incumpliendo normas: Reincorporación de un trabajador que había sido despedido sin causa, infringiendo el decreto sobre la prohibición de despidos por la emergencia sanitaria. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/05/07/la-crisis-economica-y-sanitaria-que-afecta-al-pais-y-al-mundo-agravada-por-el-virus-covid-19-justifica-la-admision-de-la-cautelar-innovativa-que-ordena-la-rein incorporacion-del-trabajador-que-habia-si/>

6^a. Como la disposición argentina, tampoco las españolas dan cabida expresa al periodo de prueba, pues hablan de extinciones y despidos, no de esa causa singular y autónoma de cese que es el desistimiento unilateral del art. 14 ET. Como es bien sabido, en estos casos, el empleador no está obligado a esgrimir causa alguna para la disolución del vínculo contractual, sin perjuicio de quedar sujeta su conducta a los límites jurídicos generales, como la prohibición de violación de derechos y libertades fundamentales, así como la prohibición de abuso o fraude de ley ex art. 6.4 CC.

III. EL DESPIDO POR CAUSAS VINCULADAS A LA COVID19: ¿DESPIDO SIN CAUSA JUSTA O CON CAUSA PROHIBIDA?

Precisamente, a este último precepto del Código Civil —aunque materialmente se trate de una institución jurídica de uso común en todos los sectores del ordenamiento, sin perjuicio de sus especialidades— acudirá la primera sentencia que ha decidido avalar la retórica gubernamental sobre la prohibición de despedir ex art. 2 RDL 9/2020, haciendo decir a la norma legal lo que esta no dice, pero, parece, sí querría el Gobierno dijera. Para ahorrarse el engorro técnico de discernir, acude al art. 6.3 y al art. 6.4 CC al tiempo.

Se trata de la —ya célebre, tanto como errada, por lo que se comentara— SJS 3 de Sabadell 93/2020, 6 de julio 2020, que ha merecido todo tipo de críticas, unas de favor o laudatorias otras muy críticas, tanto del ámbito académico como profesional¹⁰. En el asunto decidido por esta sentencia, se planteaba la nulidad de la decisión extintiva de la relación de prestación de servicios —calificada como indefinida, por fraude de ley en la contratación temporal— de la trabajadora (al servicio de la empresa Bimbo Donuts Iberia, SAU) por varios motivos. Uno relativo a la violación de derechos fundamentales, pues se defendía que la extinción obedecía a una discriminación por razón de la edad —la jueza va a rechazar esta argumentación, por entender que no se ha probado indicio alguno a tal respecto, lo que parece manifiesto en el caso—.

El otro, que es el más interesante, por la pretendida violación de los arts. 6.3 (“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto...”) y el art. 6.4 CC («Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»), con relación al art. 2 del RDL 9/2020. No va huérfana de mayores razonamientos esta parte de la demanda. Al contrario, se enmarca sea en una interesante relectura constitucional de este tipo

¹⁰ Para una crítica jurídica y ocupacional en Martín Godino, “Prohibir el despido no mejora el empleo”. En <https://www.expansion.com/economia/2020/07/16/5f10a268468aeb0d1f8b457f.html>

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

de decisiones (asociadas a los arts. 10, 15 y 24 CE) como en un cierto –y obligado– juicio de convencionalidad de la norma nacional respecto de normas internacionales (STC 140/2018), en este caso el Convenio 158 OIT.

La sentencia asumirá plenamente esta argumentación, si bien no atenderá, más bien silenciará, a diferencia de sus cuidados razonamientos jurídicos en torno al carácter fraudulento de la relación laboral y la declaración de indefinida, estas consideraciones constitucionales e internacionales. El resultado empobrecerá adicionalmente su, de por sí ya muy parca, argumentario jurídico. La sentencia se limita, en este punto, el nodal, a una interpretación teleológica de la ley nacional, especial laboral y civil común, sin más referencia constitucional, ni internacional, ni tan siquiera jurisprudencial, como si el carácter excepcional de la situación excusara toda desvinculación (*liberación*) de esta.

En un sintético razonamiento final (precedido tan solo por la afirmación, según la EM del RD 8/2020, de estar ante normas imperativas, lo que va de suyo), considera aplicables todos los preceptos referidos (arts. 6.3 y 4 CC y 2 RDL 9/2020), pues:

“la empresa se ampara en **causa inexistente** para conseguir **un resultado prohibido** por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral a fecha de 28 de marzo, **cuando las normas vigentes proscriben** la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de covid19. **En consecuencia, procede declarar la nulidad del despido** notificado a la actora con efectos de 8 de marzo de 2020, con las consecuencias previstas en artículo 55.6 ET”.

De esta manera tan lacónica y con un razonar tan pretendidamente apodictico, que prescinde de cualquier duda (no solo metódica o por hipótesis, sino evidente, ante el déficit técnico de la norma aplicable y la contradicción radical a la jurisprudencia social existente, hasta hoy, en torno a las consecuencias del despido en fraude de ley) sobre esta cuestión, orillando la profunda discusión científica y social al respecto¹¹, asume que la exposición de motivos (voluntad del legislador) sana cualquier duda. De modo que de ella se deduciría que solo la nulidad puede responder al designio gubernativo de evitar despidos asociados a la situación excepcional derivada de la crisis sanitaria y social. Por lo, tanto la falta de referencia al efecto de nulidad no sería sino una laguna –todo esto lo omite la sentencia, que lo da todo por sabido y debe considerarlo disquisiciones teóricas aburridas e innecesarias para la decisión que ya ha tomado, y solo necesita revestir de una mínima apariencia de razonamiento jurídico– a integrar por la interpretación, siendo determinante el criterio teleológico. Una vez más, no albergo dudas sobre la posibilidad jurídica de que esta tesis sea viable, de derecho positivo, pero, desde luego, las razones para ello no pueden ser las –casi inexistentes– ofrecidas por esta sentencia, pues

¹¹ Incluso el sector doctrinal que, con buenas razones asume una posición favorable a la nulidad, pues “el espíritu de la norma aboga a mi parecer por sustentar la tesis de la nulidad”, termina aceptando lo obvio, y es que “la inexistencia de mención expresa introduce dudas respecto a la misma”. Vid. E. ROJO. “Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial”. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html>

LA PRETENDIDA “PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL” EN TIEMPOS DE COVID19

carece de la mínima solvencia científico-técnica y jurídico-normativa exigida para un asunto de estas características. No basta con el “espíritu” de una norma para dilucidar su sentido.

El artículo 3 CC exige un mayor esfuerzo del intérprete, aunque esté decidido a sacarle las castañas del fuego y corregir técnicamente la defectuosa redacción de la ley, tan solo imputable al legislador, por cuanto la solución era —y es— bien fácil. Ni está nada claro que haya una causa prohibida de despedir en tales casos en nuestra legislación, por lo argumentado, ni mucho menos es automática asociar la sanción de nulidad a un despido en fraude de ley, como los propios arts. 6.3 y 6.4 CC reflejan. Ni la norma legal habla nunca de causa prohibida ni la nulidad puede presumirse, menos cuando la norma realmente aplicable, el ET, acota la nulidad a determinados supuestos -no variados, ni tan siquiera temporalmente y, al revés, la norma primeramente llamada en estos casos derivaría la improcedencia (art. 55 ET).

No cambia esta visión el Convenio 158 OIT —la sentencia no repara en él, pese a que la demanda lo reclama—, porque distingue plenamente entre “causa justificada” y “causa prohibida”, dejando a los Estados ratificadores la decisión de especificar unas y otras, salvo las que consideran obligatoriamente como prohibidas (art. 4 C 158 OIT). La falta de causa suficiente para despedir —norma imperativa— convierte en antijurídica la decisión, pero no determina el tipo y efectos de esa antijuridicidad, que pueden ser múltiples, según cada régimen legal y su comprensión jurisprudencial concretos. Podría, en efecto, ex art. 6.3 CC, tenerse como contrario a derecho, y recibir la sanción que fije la ley reguladora, o, cabría calificarlo como fraudulento, conforme al art. 6.4 CC, y en tal caso predicar de la decisión su invalidez e ineeficacia plena, aplicando la nulidad. Pero también podría suceder que, según el entramado legislativo especial, estatutario y procesal, en tales casos, las consecuencias jurídicas fueran otras, incluso al despido en fraude de ley, como sostiene la jurisprudencia, que recordaremos ahora, absolutamente omitida por la sentencia —siquiera sea para descartarla por vivir otro tiempo—.

En efecto, así viene sucediendo —sin que la legislación de urgencia haya incluido excepción alguna a tal fin, al menos formalmente— en el ordenamiento laboral vigente, que diferencia entre los efectos jurídicos que se derivan de un despido sin causa justa (improcedencia) y un despido con causa prohibida (nulidad). Realmente, los despidos sin causa no existen, son despidos con causa arbitraria (sin causa real y seria) y, salvo que se trate de un supuesto legal o jurisprudencialmente reconducible a nulidad, el efecto general es la improcedencia.

Ni siquiera los efectos de la improcedencia son necesariamente la indemnización por daño de ruptura (cumplimiento por equivalente monetario), sino que quedan a la elección del sujeto beneficiario de una opción (generalmente el empleador, salvo convenio que establezca otra cosa), por lo tanto, no pueden identificarse propiamente con el llamado incumplimiento por equivalencia (indemnización), sí con un modelo de estabilidad obligacional (modelo de garantismo débil). En cambio, los efectos de la nulidad es el cumplimiento in natura, esto es, en especie (readmisión), sin perjuicio de que haya situaciones (excepcionales) que contemplen la opción del sujeto beneficiario, en este caso la persona trabajadora (acoso, violencia de género). En este caso estamos ante lo que se conoce como un modelo de estabilidad real (modelo de garantismo fuerte). La *improcedencia sin readmisión* (puede haber improcedencia con readmisión) implica una tutela través de una indemnización legal tasada omnicomprehensiva de todos los daños y sin someterse a prueba alguna (sin que la legislación laboral exija al

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

empresario una "complementaria" por daños reales). La nulidad, con readmisión o no (en el caso muy excepcional de que no sea así) sí contempla esa tutela adicional. No porque lo prevea el art. 55.6 ET, sino por la doctrina jurisprudencial aquilatada.

Todo esto, en principio, cuenta con el aval no solo del TC sino del Convenio 158 OIT (no respeta, en cambio, la función disuasoria de la indemnización tasada). Dejamos ahora la disquisición, más dogmática, e incluso nominal, que jurídica, al menos práctica, de si nuestro sistema jurídico se organiza sobre el "*despido libre, pero indemnizado*" (como mantuve en mi juventud de laboralista, siguiendo la posición de la mejor doctrina laboralista italiana —Federico Mancini—), o si se trata más bien de un sistema de "*despido causal (justificado), insuficientemente disuasorio*". Descartando que el despido pueda resultar un negocio jurídico abstracto (sin causa), y siendo igualmente evidente el efecto (aun de facto) de disolución del vínculo contractual a pesar de su carácter infundado (que la norma procesal bien puede rehabilitar, bien puede confirmar), queda claro que en el primer paradigma se pone énfasis en la faceta económica (la indemnización es el coste de la arbitrariedad), la jurídica en la segunda¹². Pero solo un falaz reduccionismo jurídico podría prescindir de ambas vertientes.

IV. EL DESPIDO FRAUDULENTO SE SANCIONA CON IMPROCEDENCIA, NO NULIDAD, SALVO EL COLECTIVO: LAS PERIÓDICAS "REBELDÍAS" DE LA INSTANCIA SOFOCADAS, HASTA AHORA, POR LA JURISPRUDENCIA

La SJS 3 Sabadell, 93/2020, de 6 de julio, no solo concluye el carácter prohibido de la causa de despedir vinculada a la covid19, sin analizar la redacción legal ni la citada conexión sistemática del precepto con el orden común vigente, entendiendo que al ser una ley excepcional sigue pautas diferentes (así se presume de su silencio de razones para no entrar en argumentar nada respecto a la situación legislativa vigente estatutaria y procesal), sino que asocia automáticamente la sanción de nulidad al despido objetivo por causa relacionada con el estado de excepción y alarma. Pero del mismo modo que se ha recordado que la interpretación sistemática del precepto abocaría más a una visión legal de la causa como injustificada, no propiamente prohibida, que hubiera requerido una explícita calificación como tal (la EM sirve tanto para armar un razonamiento como causa antijurídica, contraria a norma imperativa, cuanto prohibitiva), ahora conviene poner de relieve que esta automaticidad entre causa prohibida y causa fraudulenta con la nulidad no se sostiene en la jurisprudencia social actual,

¹² De interés, al respecto, Cfr. I. BELTRAN, La «prohibición» de despido del art. 2 RDLey 9/2020 no acarrea la nulidad (comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/20), <https://ignasibeltran.com/2020/07/22/la-prohibicion-de-despido-del-art-2-rdley-9-2020-no-acarrea-la-nulidad-comentario-critico-a-la-sjs-3-sabadell-6-7-20/>

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

en el Derecho de precedentes jurisprudenciales, que contrasta vivamente con esta comprensión de la instancia social comentada del "Derecho legislado de excepción".

En efecto, vigente desde hace décadas los arts. 3 y 4 del CC, desde 1993 —antes se sostenía lo contrario—, la jurisprudencia social, dominante desde hace largo tiempo, ha venido rechazando su aplicación para calificar los despidos en fraude de ley con la sanción de nulidad. La calificación judicial de nulidad de un despido, a fin de garantizar la estabilidad real que supone conminar al cumplimiento *in natura* del programa de prestación comprometido), encuentra en el orden jurídico-laboral otras razones (lógicas e intereses) que, en su dimensión más transaccional, como se dijo, requiere constatar otros elementos de mayor fuerza jurídica, como la protección de derechos y libertades fundamentales o, como veremos, un preponderante interés social, de índole colectiva. En la ley, sustantiva y procesal laboral, y al margen de las críticas y posiciones doctrinales contrarias, el modelo de cumplimiento *in natura* no deriva del art. 6.4, sino del ET y CE.

Aunque periódicamente hemos asistido a una cierta "rebelión de instancia (a veces de suplicación) judicial" social frente a este estado de cosas, del arte interpretativo jurisprudencial social, también recurrentemente el TS las ha sofocado, al menos hasta hoy. La jurisprudencia ha limitado los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la norma. Muy interesantes es el recorrido por las diversas épocas de este debate que realizó la STS 5 de mayo 2015, RCUD 2659/2014¹³, dejando bien claro que, desde mediados de la década de los años 90 del siglo pasado, su posición no ha variado ni un ápice. El TS rechaza asumir toda función de suplencia legislativa, a diferencia de lo que ahora parece pretender, en otro asalto a la estabilidad de la lectura jurisprudencial social, ahora sobre el argumento de estar ante una genuina legislación excepcional, por tanto interpretable al margen de los parámetros "comunes" vigentes —si bien la sentencia ni siquiera se para a realizar este argumento de forma explícita y suficiente, pese a la centralidad del mismo—.

Esta sentencia nos recuerda que tanto la jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad como improcedente, no nulo, cuanto la más general relativa a la calificación de la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión—el llamado «despido fraudulento»— viene sosteniendo que se trata de situaciones que no justifican, por sí mismas, la calificación de nulidad. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la LPL de 1990, que no modifica ni el ET ni la LRJS, el art. 108.2 LRJS "**enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo**". Dentro de esta relación exhaustiva no aparece la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivón coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.

¹³ La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la calificación jurídica que merece la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo que le unía con el actor. Para éste, como consecuencia de lo que entiende como incumplimiento empresarial del pacto de estabilidad en el empleo que permitió un fenómeno subrogatorio, la decisión extintiva, reconocida de modo expreso por la empresa como un despido improcedente, debe calificarse como un despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho. Por el contrario, para la empleadora, ausente cualquier incumplimiento de aquél pacto de estabilidad, debe mantenerse la calificación de improcedencia. Se admite la existencia de contradicción y, en consecuencia, se pone de relieve que hubo una densa polémica interna judicial al respecto. La "rebeldía" de ciertas doctrinas de suplicación a este estado de cosas fue sofocada, de forma reiterada, por el Tribunal Supremo. O al menos así ha sido hasta el momento.

LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de «apoyo o refrendo legal»¹⁴ de la nulidad del despido fraudulento se inicia en 1993 y ha continuado inalterada, tantas veces como se ha intentado su asalto o derrumbe (cada década ha tenido sus intentos, tanto a finales de siglo XX, como en la primera década del siglo XX). Así:

"Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia... no la de nulidad del mismo"

Así, la cuestión ha vuelto recurrentemente a la Sala social del TS, reiterando el argumento, con añadidos de razonamiento actualizados con la STS, 4^a, 29 de septiembre de 2014 (RCUD 3248/2013). Siempre, sí, salvo respecto de un supuesto –no, tampoco la sentencia de Sabadell refiere a la misma, pese a que le hubiese sido muy útil–. Se trata a la excepción que supone la STS, 4^a, 17 de febrero de 2014, Rec. 143/2013, en relación con la calificación de los despidos colectivos en fraude de ley.

En estos casos, si bien el legislador eliminó expresamente de su elenco de causas de nulidad de los despidos colectivos los realizados con abuso de derecho o fraude de ley, habiéndolos incluidos de manera expresa en una redacción precedente (art. 124. 9 LRJS, en la redacción dada por el RDL 3/2009) del art. 124.11, párrafo tercero LRJS (no había laguna, pues, sino un silencio elocuente del legislador, que quería evitar que fuese norma general la nulidad), la doctrina del TS integró este precepto procesal, en lo que consideró una laguna legal o jurídica, no un silencio elocuente (una zona legislativamente excluida del Derecho común o coherente que resultaría aplicable de no mediar la voluntad legal excluyente)¹⁵. Para la jurisprudencia social pesaría, en este caso, al mediar un interés colectivo fuerte, más el principio jurídico institucional de la sanción con nulidad del despido fraudulento o abusivo que la voluntad legislativa de exclusión de la misma, y su apuesta por la mera improcedencia.

¹⁴ El argumento originario y reiterado es: "si hubiera deseado que esta figura, de creación jurisprudencial, continuara vigente la hubiera incorporado al art. 108 LPL, tal como hizo anteriormente con el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales".

¹⁵ "La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista... o no haya respetado el procedimiento establecido..., así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales...". Se recordará que la versión del art. 124.9 del originario derecho legislado en esta materia añadía: "o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho" (RDL 3/2012).

V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGOR UN RDL, CON SU PUBLICACIÓN EN EL BOE O CON SU DIFUSIÓN MEDIÁTICA TRAS APROBACIÓN GUBERNATIVA?

La utilidad de este argumento es máxima para quienes sostienen la nulidad de los despidos en tiempos de covid19. Pero, no le ha merecido la pena, a la instancia social rastrearla y recrearla para dar solvencia y rigor a su argumentación. La juzgadora asume que con la EM del RDL 8/2020 es suficiente (basta la voluntad del Gobierno-legislador para convertirla en ley, al margen de sus imprecisiones y deficiencias técnicas, que ni ve ni le merece la pena reparar en ellas) para alcanzar la conclusión de nulidad. Y ello hasta, incluso, pasar por alto el “pequeño detalle” de la falta de vigencia efectiva del art. 2 del RDL 9/2020, pues la fecha de comunicación de extinción del contrato fue el 27 de marzo, subrayando que ya estaban en vigor el RD 463/2020 de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, y el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Pero no el RDL 9/2020, que entraría en vigor un día después, justo cuando tenía efectos el despido.

Precisamente, esta situación, le permite a la juez realizar un juicio de intenciones, lo que no deja de ser discutible. Así, con respecto al RDL 9/2020 considerará que:

“se había aprobado, y estaba pendiente de publicación, el RDL 9/2020 que fue publicado en BOE de 28 de marzo, fecha de efectos del despido, **no siendo verosímil considerar que la demandante desconociera los términos de la norma en el momento de notificar la extinción**”.

En suma, el conocimiento mediático de una norma de urgencia (como sostuvo el Ministerio de Interior respecto de las sanciones por incumplir el confinamiento) parece suficiente garantía de transparencia y publicidad, dando por aplicable una norma que, sin embargo, no ha entrado en vigor todavía. Es evidente que esta tesis no puede ser asumida sin más tampoco, habiendo sido objeto de valoraciones, de nuevo, diferentes, pues mientras que para un sector de la doctrina comentarista más avezada, se trata de una “tesis muy lógica y plausible” (Eduardo Rojo), para otro es muy problemática y de muy difícil aceptación (I. Beltrán). A mi juicio, dado que no se aplica directamente la ley no vigente, sino como criterio interpretativo de normas existentes, comunes y urgentes, cabe aceptar ese uso hermenéutico, como el TS hace en más de una ocasión.

VI. REFLEXIÓN FINAL: ¿LA RETÓRICA VOLUNTARISTA DEL LEGISLADOR ES PER SE LA LEY, AL REVELAR SU ESPÍRITU FRENTE A LA LETRA?

En suma, no habría problema insalvable para utilizar el criterio del “espíritu del tiempo jurídico” para anticipar la entrada en vigor de una norma, con lo que reforzaría la relectura que hace de las normas sí aplicables por razón del tiempo. Sin embargo, como se viene argumentando, el problema de esta —lacónica, errática y errada— sentencia no es este, sino el razonamiento seguido para alcanzar un fallo tan disruptivo con el sistema jurídico establecido y sin más base que el propósito del legislador, su voluntad, con toda marginación del verdadero debate: ¿qué dice realmente la norma legal, cuya voluntad o su sentir práctico es diferente y autónomo de la voluntad del legislador, salvo hacer de esta, proclamada más en las tribunas mediáticas que en el BOE, la norma?

El resabio autoritario de un modo de razonar jurídico de este tipo es manifiesto, pues hace mucho tiempo que la ciencia y la cultura jurídicas diferencian netamente, en un Estado Social y Democrático de Derecho, entre la voluntad legislativa y la voluntad legal. Justamente, esta marcada distinción sirvió para corregir los excesos del gobierno-legislador autor de la reforma de 2012 y orientados a depurar de toda valoración judicial los conceptos y las normas jurídico-laborales. Que se considere en este caso que el fin es más loable —por ser garantista— que aquél —por ser liberal— y por tanto justifica los medios, no puede servir de legitimación jurídica de una decisión que no se preocupa, so pena de desvirtuar la función jurisdiccional.

Queda claro que el propósito del legislador es utilizar la ambigüedad legislativa para que sean los tribunales los que resolvieran definitivamente la cuestión, también en la confianza de que la crisis sería corta y que, en última instancia, cuando la justicia se pronunciase de forma definitiva, firme, el problema habría acabado. La realidad dista de ser esa. Pero al margen de cuál sea la estrategia perseguida por el gobierno-legislador, se ha evidenciado una técnica-legislativa muy cuestionable. Las leyes de emergencia han lanzado una forma de producción legislativa que devalúa notablemente el papel no ya de la Ley, sino del sistema de fuentes jurídico-laborales en general. Frente a las fuentes formales (Ley del Parlamento, negociación colectiva), potencia las fuentes materiales, no ya las propiamente de valor legal, aun del ejecutivo (Reales Decretos leyes, dictados de forma incesante, aun atropellada), sino incluso las que no tienen valor normativo.

De este modo, frente a las “razones de Derecho”, estas leyes reflejan una amplia secuencia de “procesos decisionales”. La racionalidad jurídico-social se reduce a estricto decisionismo político-social. Decisiones de autoridad gubernativa con valor de ley, las decisiones de autoridad administrativa, no vinculantes, pero indispensables para saber qué sentido práctico tienen aquéllas y, finalmente, decisiones judiciales, necesarias para completar el contenido de normas que la autoridad gubernativa ha dejado, de una forma deliberada, en la ambigüedad, para evitar el conflicto político-social derivado de

una visión excesivamente radical, unilateralmente garantista, de la norma social, como en el caso de la políticamente pretendida, pero legalmente no formulada, prohibición de despedir. El Gobierno prefiere, en estos casos difíciles, a diferencia de otros, como el argentino, no "mojarse" y deja la finalización de la tarea, la completitud de la norma en su utilidad práctica, en manos de la autoridad interpretativa judicial, en la confianza de que, en alguna de las milinstancias, integrantes del sistema judicial, encuentre eco su querer y no poder —o no saber—. El Gobierno confía, pues, en cierto activismo judicial.

Al margen de la solución de fondo al problema —que ya se ha dicho, un riguroso proceso de interpretación jurídica podría decantar solventemente en una dirección o en la contraria—, no se puede compartir ni la estrategia legislativa ni tampoco el "contagio" judicial de esta mala técnica legislativa. El legislador pudo, y puede, y debe, resolver esta situación sin dificultad técnica alguna, haciendo, como otras normas comparadas, una formulación legal coincidente con su —pretendida— voluntad. Si quiere prohibir este tipo de despidos, no solo está en su competencia, sino que seguramente es lo más coherente con la situación —otra cosa es su realismo, pues, como evidencia la realidad argentina, los incumplimientos en la práctica son también "pandemia", al ser muy rigurosa la ley y entrar en conflicto con una realidad muy incierta y cambiante—. Le basta formular tal prohibición y asociarle la nulidad. Ha tenido casi una treintena de oportunidades para hacerlo, pero siempre lo rehúye. ¿Por qué? Sea cual sea la respuesta, aunque no está fuera del análisis jurídico, pues un criterio básico es la "teleología" de la norma, el fin que use busca, lo cierto es que el gobierno-legislador prefiere dejar la respuesta a una suerte de "juego de tronos entre togados". De este modo, puede mantener expectativas en ambos sectores, sin recibir el envite del "perdedor", aun a precio de introducir mayor incertidumbre e imprevisibilidad en un sistema que está al borde del colapso.



ESTUDIOS DOCTRINALES

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia

EMPLOYMENT TEMPORARY ADJUSTMENT PROCEDURES DUE TO COVID-19.

An institutional commitment to the preservation of employment in times of pandemic

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

cavas@um.es ORCID 0000-0002-2111-0693

Recepción de trabajo: 29-06-2020- Aceptación: 22-07-20

- 1. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA COMO DETONANTE DE LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS SOBRE AJUSTE TEMPORAL DE EMPLEO.
- 2. LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS LIGADAS AL COVID-19 DURANTE EL CONFINAMIENTO.
 - 2.1. Observaciones preliminares.
 - 2.2. Noción de fuerza mayor temporal derivada del Covid-19: ambigüedad legal y protagonismo de la interpretación administrativa.
 - 2.3. Especialidades procedimentales de los ERTEs por fuerza mayor Covid-19.
 - 2.4. Exoneración de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.
 - 2.5. Los ERTEs por causas objetivas relacionadas con la COVID-19.
 - 2.5.1. Ámbito material.
 - 2.5.2. Duración.
 - 2.5.3. Especialidades procedimentales.
- 2.6. Impugnación judicial de los ERTEs por Covid-19.
- 3. LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS LIGADAS AL COVID-19 DURANTE EL PERÍODO DE TRANSICIÓN A LA "NUEVA NORMALIDAD".
 - 3.1. Planteamiento general.
 - 3.2. Prórroga de los ERTEs por fuerza mayor Covid-19.
 - 3.3. Exención de cotizaciones durante la desescalada.
 - 3.4. Supuestos excluidos y límites al reparto de dividendos.
 - 3.5. Medidas relacionadas con los ERTEs por causas ETOP.
 - 3.6. Medidas conexas.
- 4. LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS VINCULADAS AL COVID-19 EN LA FASE DE "NUEVA NORMALIDAD".
 - 4.1. ERTEs por fuerza mayor "en transición".
 - 4.2. ERTEs por causas ETOP.
 - 4.3. ERTEs por "rebrotos".
- 5. REVISIÓN OFICIAL DE LOS ERTEs.
- 6. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO.
 - 6.1. Prohibición de despidos y extinciones por Covid-19.
 - 6.2. Suspensión de los contratos de duración determinada afectados por ERTEs.
 - 6.3. Compromiso empresarial de mantenimiento del empleo tras la salida del ERTE.
- 7. BALANCE Y PROPUESTAS.
- 8. SUGERENCIA BIBLIOGRÁFICA

RESUMEN

La legislación social derivada del estado de alarma tiene como finalidad minimizar el impacto del COVID-19 en el tejido empresarial y en el empleo. En este contexto de crisis sanitaria, social y económica, se ha registrado una producción normativa aluvional, con una sucesión de disposiciones de distinto rango y procedencia que introducen nuevas medidas o amplían, modifican o reinterpretan otras previamente adoptadas, para adaptarse a las cambiantes exigencias derivadas de la situación de emergencia provocada por el coronavirus.

En el presente trabajo se analiza la figura del expediente temporal de regulación de empleo por fuerza mayor y por causas objetivas relacionadas con el Covid-19, eje o pieza central del Derecho social generado durante la pandemia, dejando fuera del estudio el tratamiento de la protección por desempleo de la que se benefician las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; suspensión de contrato; reducción de jornada; empleo

ABSTRACT

Social legislation derived from the state of alarm is intended to minimize the impact of COVID-19 on the business fabric and on employment. In this context of sanitary, social and economic crisis, alluvial normative production has been registered, with a succession of provisions of different rank and origin which introduce new measures or extend, modify or reinterpret others previously adopted, in order to adapt them to the changing demands from the emergency situation caused by the coronavirus.

The purpose of this essay is to analyze the institution of suspension of contract and reduction of working time due to force majeure or objective causes related to Covid-19, a central piece of social law generated during the pandemic, leaving out of the study the treatment of unemployment protection.

KEYWORDS: Covid-19; suspensión de contrato; reducción de jornada; empleo

1. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA COMO DETONANTE DE LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS SOBRE AJUSTE TEMPORAL DE EMPLEO

La situación de emergencia sanitaria provocada por la covid-19 ha sometido a una intensa prueba de esfuerzo al ordenamiento jurídico, en su conjunto, y al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en particular. En España, con el precedente de dos decretos leyes (DD.LL. 6/2020 y 7/2020) que declararon situación asimilada a accidente de trabajo para el personal laboral y funcionario, respectivamente, las bajas médicas por contagio o aislamiento debidas al coronavirus, el pistoletazo de salida de la ingente producción normativa alumbrada para dar respuesta a las gravísimas consecuencias sanitarias, sociales, laborales y económicas de la pandemia lo dio el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Esta norma (seis veces prorrogada) incorporaba importantes restricciones a la libertad circulatoria y severas medidas de contención al desarrollo de la actividad social y económica, que supusieron la clausura temporal de numerosas empresas, negocios y establecimientos (comercio, restauración, hostelería, educación, espectáculos públicos...), con el propósito inabdicable de contener la expansión de la pandemia; restricciones y medidas de contención que solo comenzaron a relajarse, tras casi dos meses de estricto confinamiento, con la aplicación del Plan para la Transición hacia una “Nueva Normalidad” (más conocido como plan de “desescalada”) aprobado por el Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020 y que entró en vigor el pasado 3 de mayo, con inevitable impacto en las medidas socio-laborales implementadas hasta esa fecha.

Con fundamento en la situación de excepcionalidad dimanante del estado de alarma, se han promulgado más de una docena de decretos leyes, los cuales conforman una serie —con alojamiento propio en la página web del BOE— que arranca con el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y se cierra (por el momento) con el RDL 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda; así como un tropel de decretos, órdenes ministeriales, resoluciones e instrucciones de ámbito estatal, sin olvidar las disposiciones aprobadas por las comunidades autónomas en su específico ámbito territorial para hacer frente a los efectos negativos de la pandemia y adaptar las medidas aprobadas por la autoridad central.

El objetivo de este potente caudal de normas es luchar contra la Covid-19 desde diversos frentes, implementando para ello una panoplia muy variada de actuaciones y medidas, un buen número de ellas laborales y de Seguridad Social: flexibilización de expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs); exoneración/bonificación de cotizaciones a la Seguridad Social; medidas extraordinarias para la protección del desempleo y el cese de actividad de personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia; promoción del trabajo a distancia (teletrabajo); facilitación de la adaptación y

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

reducción de jornada para cuidado de menores y familiares dependientes (programa Mecuida); interrupción del cómputo de contratos temporales incluidos en ERTEs; permiso retribuido obligatorio y recuperable en actividades no esenciales; prohibición de despidos y extinciones por circunstancias relacionadas con la Covid-19; compromiso empresarial de mantenimiento del empleo de personas trabajadoras incluidas en ERTEs por fuerza mayor; moratorias y aplazamientos para el ingreso de cotizaciones y pago de deudas a la Seguridad Social; disponibilidad parcial sobre planes pensiones... Unas medidas que, después de aprobadas, se han visto sometidas a constantes revisiones, con ampliaciones, correcciones y reinterpretaciones, para atender situaciones y necesidades inicialmente no previstas o para corregir disfunciones observadas durante su aplicación. El resultado es un panorama normativo extraordinariamente complejo y confuso, debido a la profusión y movilidad de unas disposiciones que, por la precipitación con que han sido redactadas, generan numerosas dudas interpretativas y abonan el terreno de la incertidumbre y la inseguridad jurídica.

Con todo, el riguroso juicio crítico que desde una perspectiva técnica merecen estas normas debe ser atemperado al contextualizarlas en el excepcional momento que presidió su aparición, máxime si se considera la bondad de los objetivos perseguidos con todas ellas: defensa del empleo y mantenimiento del tejido productivo durante la crisis, para recuperar la normalidad de la actividad empresarial y de las relaciones de trabajo una vez superada la situación de emergencia sanitaria; proteger a las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que han perdido su ocupación; apoyar económicamente a las empresas y contener la expansión de la enfermedad.

El Derecho Social de la pandemia se configura así como un subconjunto normativo, surgido aluvionalmente al calor de la crisis sanitaria y vinculado estrictamente a la situación de excepcionalidad provocada por el brote del coronavirus, que se impone parcial y coyunturalmente a las previsiones de la legislación laboral común, pero sin desplazar a ésta por completo. No es, por tanto, un bloque normativo que se haya construido en el vacío o a partir de la nada. De hecho, aunque la legislación social de la emergencia ha acuñado algún concepto inédito (como el de fuerza mayor parcial), se nutre en gran medida de instituciones y reglas del Derecho del Trabajo común, sobre las que aquélla proyecta determinadas excepciones y especialidades cuya vigencia viene acotada temporalmente, de modo que ambos grupos normativos, general y especial, concurren y se complementan en la regulación de instituciones fundamentales para gestionar los efectos sobre el mercado de trabajo de la crisis sanitaria. Así, y por exemplificar lo dicho, un ERTE por Covid-19 no es otra cosa que un ERTE ordinario, sometido a las disposiciones contenidas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y en el RD 1483/2012, al que se aplican las "medidas excepcionales" (traducidas en especialidades procedimentales) contenidas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 y, en materia de Seguridad Social, las "medidas extraordinarias" recogidas en los artículos 24 y 25 de la misma disposición legal (exoneración de cotizaciones empresariales, inexigibilidad de periodo mínimo de carencia para acceder a la protección por desempleo, no consunción de tiempo máximo de prestación). Muchas cuestiones que no aparecen expresamente tratadas en los decretos leyes que se han promulgado para hacer frente a los efectos sociales y económicos de la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 solo encuentran adecuada solución aplicando supletoriamente reglas, categorías y principios de la legislación social común.

Otra característica reseñable de la normativa generada por el COVID-19 es el elevado volumen de recursos públicos que consume la batería de medidas adoptadas para combatir sus efectos. Centrándonos en el área sociolaboral, el impacto económico de las medidas anticovid ha venido a alterar el delicado equilibrio financiero del sistema público de Seguridad Social —ya bastante maltrecho antes de la crisis sanitaria—, como resultado de la confluencia de dos circunstancias: la disminución del flujo de ingresos por cotizaciones (ERTES bonificados, destrucción de puestos de trabajo, retracción en la tendencia de creación de empleo preexistente a la pandemia) y el incremento del gasto en protección social (subsidios de IT por contagio/aislamiento, prestaciones extraordinarias por desempleo y por cese de actividad, ingreso mínimo vital).

Un gasto social tan notable, sumado a las importantes inversiones que será preciso efectuar con carácter inmediato para propiciar la reactivación de la economía y el empleo, sitúan en un primer plano de atención (y preocupación) el diseño, contenido y enfoque (más o menos liberal/conservador/progresista) de las decisiones, tanto internas como de ámbito europeo, que habrán de adoptarse en los próximos meses en materia fiscal, financiera y presupuestaria para hacer frente a la crisis económica, social y laboral que ha dejado tras de sí la pandemia.

2. LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS LIGADAS AL COVID-19 DURANTE EL CONFINAMIENTO

2.1. Observaciones preliminares

En lo que constituye una clara apuesta por la flexibilidad laboral interna como alternativa a los despidos para abordar los efectos negativos de la crisis sanitaria sobre las empresas y las relaciones laborales, en el capítulo II, arts. 22 a 28, del RDL 8/2020, de 17 de marzo, se adoptaron diferentes medidas en materia de suspensión de contratos y reducción de la jornada (ERTEs) con el objetivo de evitar que una situación coyuntural como la causada por la pandemia tuviera un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. Tales medidas, caracterizadas como excepcionales y extraordinarias, vinieron a simplificar y agilizar la tramitación de los ERTEs, ya sea de suspensión de contratos o de reducción de jornada, fuera por causas de fuerza mayor relacionadas con la Covid-19, o bien por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), al tiempo que se articularon medidas encaminadas a un doble propósito: a) reducir significativamente los costes económicos que en circunstancias de normalidad representaría para las empresas el mantenimiento de este tipo de mecanismos de ajuste temporal de empleo, regulando incentivos en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social (art. 24); b) velar por los derechos de las personas trabajadoras afectadas por los ERTEs, a cuyo efecto se flexibilizan los requisitos para que puedan optar a la protección por desempleo, reconociendo el derecho a protección aunque se carezca del período de ocupación cotizada mínimo necesario para

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

ello regulado en la LGSS, y se preserva su derecho a prestaciones futuras con la puesta del contador a cero para los períodos de protección que se consuman durante la situación de emergencia sanitaria (art. 25). En todo caso, el régimen ordinario contenido en el artículo 47 ET y en el RD 1382/2012 siempre se ha mantenido para los ERTEs no relacionados con la crisis del coronavirus.

En efecto, como señala el preámbulo del RDL 24/2020, “*toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias. Todo ello acompañado con la capacidad de respuesta ante las medidas preventivas necesarias y las decisiones que en materia sanitaria fuesen acordadas por las autoridades competentes*”.

Es importante retener que, si bien el RDL 8/2020 no contempla restricciones funcionales a las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, el artículo 1 del RDL 9/2020 establece que, con independencia de su titularidad pública o privada o el régimen de gestión, los centros sanitarios y centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por los departamentos ministeriales competentes, en tanto que prestan servicios esenciales, deben mantener su actividad, pudiendo únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes.

Por otro lado, la legislación social de emergencia no contempla previsión alguna que exceptúe la vigencia durante del estado de alarma de lo establecido en la disposición adicional 17^a del ET, conforme a la cual los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada previstos en el artículo 47 “*no serán de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado*”.

Para terminar de acotar el ámbito material de los ERTEs por COVID-19, procede indicar que el artículo 34 del RDL 8/2020 prevé normas específicas en materia de contratación pública para paliar los efectos del COVID-19. Esas normas específicas establecen una solución distinta en función del tipo de contrato de que se trate, previendo en varios supuestos (contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, contratos públicos de obras) un régimen de resarcimiento para el caso de que, como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para combatirlo, no fuera posible su ejecución; indemnización por daños y perjuicios que incluirá los gastos salariales que efectivamente asuma el contratista respecto del personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato durante el período de suspensión. En consecuencia, los contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a estos contratos públicos no quedarían en suspenso, ni por fuerza mayor, ni por ninguna otra causa.

La extensión personal de las medidas de suspensión o reducción de jornada se limitará a aquellos contratos de trabajo que estén directamente vinculados con la pérdida de actividad causada por la fuerza mayor. En otras palabras, las medidas a aplicar (suspensiones y/o reducciones) deben ser

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

proporcionadas al volumen de actividad paralizada o de imposible realización. En relación con las personas trabajadoras que pueden ser incluidas en el ERTE por COVID-19, el RDL 8/2020 no efectúa ninguna precisión ni inclusiva ni excluyente, de modo que la suspensión de contrato o reducción de jornada puede alcanzar a cualquier trabajador de la empresa cuya actividad se vea afectada por la causa determinante del ERTE, con independencia de la duración o clase de contrato (temporal o indefinido, a tiempo completo o a jornada parcial, común o especial). Para los contratos temporales incluidos en el ERTE, el RDL 9/2020 prevé reglas específicas, dirigidas a garantizar la duración íntegra de los mismos, que se analizarán más adelante.

Los procedimientos de suspensión y reducción de jornada previstos en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 también serán de aplicación, con las particularidades indicadas en tales preceptos, a las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado (que mantienen vínculo societario con la cooperativa) y sociedades laborales (en este caso la relación es laboral) incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo.

2.2. Noción de fuerza mayor temporal derivada del Covid-19: ambigüedad legal y protagonismo de la interpretación administrativa

La paralización que ha afectado a buena parte del tejido productivo durante el período álgido de la pandemia como consecuencia de las limitaciones impuestas por el Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma, han tenido su reflejo laboral en los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada, a los que se han acogido millares de empresas y que ha afectado a una de cada cinco personas trabajadoras en España. En la mayoría de dichos expedientes la causa alegada ha sido la fuerza mayor prevista en el artículo 22 del RDL 8/2020.

Ha suscitado numerosas dudas la consideración de lo que sea *fuerza mayor* por causa del COVID-19. Y su concreción es importante, porque la medida de exoneración/reducción de cuotas prevista en el art. 24 del RDL 8/2020 se reserva a los ERTEs por fuerza mayor, no alcanzando a los ERTEs por causas objetivas (aunque relacionadas con la pandemia), y podría darse la circunstancia de que un ERTE autorizado por silencio administrativo fuera revisado *a posteriori* por la autoridad laboral y ésta concluyera que no existía fuerza mayor (aunque pudiera existir causa objetiva), con lo que la empresa vendría obligada a ingresar las cuotas no satisfechas en su momento, con recargo e intereses.

La fuerza mayor suele entenderse en el contexto de las relaciones de trabajo como el hecho o acontecimiento involuntario, imprevisible o inevitable, externo al círculo del empresario que impide la actividad laboral¹. Cebe distinguir entre fuerza mayor propia (eventos catastróficos como plagas, incendios, inundaciones, terremotos...) e impropia, esto es, simples hechos imposibilitantes no catastróficos, en la que se encuadra el denominado *factum principis* o decisión de los poderes

1 SSTS/Soc. de 7 marzo 1995 (rcud. 2482/1992) y 10 febrero 1997 (rcud. 5367/1991).

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

públicos, imprevisible e inevitable, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral². En todo caso, el dato de la involuntariedad resulta necesaria ya que de lo contrario no hay fuerza mayor impropia sino una ilicitud empresarial previa, cuyas consecuencias debe asumir la empresa (p. j., clausura de centro de trabajo por ilegalidad de la actividad desarrollada en el mismo).

Sin embargo, esta noción clásica de fuerza mayor laboral ha sido objeto de concreción por la normativa anticovid. A este respecto, el propio RDL 8/2020 se ocupa de precisar cuándo concurre fuerza mayor, definiendo los elementos que permiten apreciar la concurrencia de la causa y el papel de la autoridad laboral. En su artículo 22.1, el citado decreto-ley dispone que se considerarán provenientes de fuerza mayor (temporal), con los efectos previstos en el artículo 47.3 que remite al artículo 51.7, ambos del Estatuto de los Trabajadores, las suspensiones y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el Covid-19, y de manera concreta las debidas a las siguientes situaciones:

- Declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- Decisiones vinculadas con el Covid-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas.
- Las debidas a situaciones urgentes y extraordinarias provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo que queden debidamente acreditadas.
- 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 mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del Covid-19.

Por lo tanto, no únicamente las actividades que se han visto suspendidas por el Gobierno como medida sanitaria para contener la expansión de la pandemia (comercio, restauración, hostelería, espectáculos públicos, educación...) son susceptibles de acogerse a un expediente de fuerza mayor por COVID-19; también podrán hacerlo aquellas empresas cuya actividad no ha sido clausurada por el Decreto 463/2020 pero se ha visto afectada negativamente por las medidas de contención y limitación a la movilidad, transporte colectivo, etc., derivadas de la declaración del estado de alarma. Así lo han apreciado varios pronunciamientos judiciales, revisando la denegación administrativa a la existencia de fuerza mayor³.

2 STS/Soc. de 5 julio 2000 (ECLI: ES:TS:2000:5546).

3 P.ej., SJS nº 1 de Murcia, de 1-6-2020 (ECLI: ES:JS0:2020:1849) establece que no solamente pueden acogerse a ERTE por fuerza mayor las actividades que debieron paralizar su actividad relacionadas en el Decreto que declaraba el estado de alarma, sino todas las que también se vieron afectadas por dicha situación, como es la actividad de asistencia a vehículos en carretera, debido a la baja movilidad registrada durante el estado de alarma. SJS nº 1 de León, de 3 julio 2020 (ECLI: ES:JS0:2020:2156), aprecia fuerza mayor incardinable en el art. 22.1 ET respecto de empresa concesionaria que por decreto de la alcaldía redujo significativamente el servicio de transporte urbano.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Con esta regulación tiene lugar, como se ha indicado, una “recreación” del concepto tradicional de fuerza mayor, no contemplado con anterioridad y estrictamente asociado a la situación de emergencia sanitaria provocada por la Covid-19; una noción de fuerza mayor que, por lo dicho, reviste rasgos de excepcionalidad y coyunturalidad. Como vino a precisar en su didáctico preámbulo el RDL 15/2020, de 20 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo: *“En el caso de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, la necesidad de acudir a medidas de ajuste en el ámbito laboral viene impuesta, en muchos supuestos, por las circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa descritas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, con ánimo exhaustivo. La fuerza mayor definida en este precepto, por lo tanto, no está configurada por referencia a la construcción doctrinal y clásica de dicho concepto en nuestro ordenamiento civil. Se trata de un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediablemente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta. Define este artículo 22 los supuestos a los que se atribuye de manera objetiva esa condición o carácter involuntario, perentorio y obstativo, correspondiendo a la autoridad laboral constatar la concurrencia de los hechos descritos, el necesario vínculo entre aquellos y la actividad productiva singular de la empresa, así como la proporcionalidad entre las medidas propuestas, en sus términos personales y objetivos, y el suceso configurado como de fuerza mayor”*⁴.

La Exposición de Motivos del RDL 15/2020 contiene este otro pasaje: *“A diferencia de otros sucesos catastróficos, la fuerza mayor descrita en el artículo 22 del real decreto-ley se vincula a unas circunstancias concretas de carácter cambiante que son decididas en cada caso por la ley; de ahí su definición, los elementos que satisfacen en cada caso la concurrencia de la causa y el papel atribuido a la autoridad laboral. En consecuencia, tal y como se procede a aclarar con la modificación del artículo 22 recogida en el presente real decreto-ley, la fuerza mayor podrá ser parcial. En este sentido, puede esta no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante esta crisis, concurriendo la causa obstativa descrita en el artículo 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial”*⁵.

La concreción de lo expresado en el preámbulo se traslada al texto normativo del RDL 15/2020 mediante su disposición final octava, que modifica la redacción del art. 22 del RDL 8/2020 para introducir en este precepto el siguiente párrafo: *“En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad”*.

⁴ La negrita es nuestra.

⁵ La negrita es nuestra.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Se abre de este modo una vía jurídica para que no todo el personal de una empresa que realiza actividades consideradas esenciales sea tratado de la misma manera a efectos de una posible suspensión de contratos o reducción de jornada, permitiéndose la presentación de un ERTE por fuerza mayor parcial en empresas que mantienen su actividad durante el estado de alarma en relación con el personal que lleve a cabo una parcela de dicha actividad que no deba obligatoriamente mantenerse durante el mismo.

La dificultad de precisar la noción de fuerza mayor derivada del COVID-19 (en particular sus fronteras con las causas ETOP), así como sus efectos sobre las relaciones laborales en aquellas empresas que se acojan voluntariamente a las medidas excepcionales y urgentes contempladas en el RDL 8/2020 y disposiciones posteriores, ha determinado que tengan que emplearse a fondo durante el estado de alarma los diversos órganos y centros directivos con competencias en la materia (Dirección General de Trabajo, SPEE, TGSS, Dirección General del organismo estatal ITSS, etc.) fijando criterios administrativos (no vinculantes, pues por mucha confianza que inspiren, la última palabra la tienen los tribunales en caso de impugnación judicial) para resolver las numerosas dudas generadas por una normativa tan abundante como mutable y sembrada de ambigüedades y, precisamente por ello, difícil de interpretar y aplicar.

2.3. Especialidades procedimentales de los ERTEs por fuerza mayor Covid-19

En el caso de que la interrupción de la actividad se entienda ocasionada por fuerza mayor, será necesario, en todo caso, seguir el procedimiento establecido al efecto en el artículo 47 del ET y en los artículos 31 a 33 del Real Decreto 1483/2012. No obstante, con el propósito de agilizar la obtención de la autorización precisa para suspender los contratos o reducir la jornada cuando el ERTE obedece a las causas previstas en el artículo 22.1 del RDL 8/2020, en el apartado 2 de ese mismo precepto se han previsto las siguientes especialidades:

- a. El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará 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 deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de éstas.
- b. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.
- c. La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, sin perjuicio de poder ampliarlo hasta 10 días (art. 21.5 Ley 39/2015), 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 ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde la

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

fecha del hecho causante de la fuerza mayor; la notificación debe ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado (art. 40.2 ley 39/2025).

- d. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.
- e. Volviendo a lo previsto en la legislación administrativa común, en el caso de que transcurra el plazo máximo establecido para notificar la resolución expresa, la solicitud se entenderá autorizada por silencio administrativo (positivo) (art. 24.1 y 2 Ley 39/2025), sin perjuicio del deber de la Administración de dictar resolución expresa, que en caso de silencio positivo solo puede ser confirmatoria de la estimación.

Para la tramitación de los ERTEs que afecten a las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, el artículo 22 del RDL 8/2020 establece en su apartado 3 que resultará de aplicación el procedimiento específico previsto en el RD 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada, salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados c) y d) del apartado anterior.

Las especialidades referidas no serán de aplicación a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados antes de la entrada en vigor del RDL 8/2020 y basados en las causas previstas en el mismo (DT 1^a).

Diez días más tarde, se promulgó el RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias de las previstas en el RDL 8/2020, para paliar los efectos del COVID-19. El referido decreto ley introdujo dos previsiones que modalizan la regulación de los ERTEs por la causa prevista en el artículo 22 del RDL 8/2020:

Con el ánimo de flexibilizar la tramitación de los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada en las sociedades cooperativas, el artículo 9 del RDL 9/2020 dispuso que fuera el Consejo Rector el que asumiera la competencia para aprobar la suspensión total y/o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y emitiera la correspondiente certificación para su tramitación, en los términos previstos en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, cuando por falta de medios adecuados o suficientes la Asamblea General no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales.

- La imposibilidad material de dar respuesta en el breve plazo de 5 días al aluvión de ERTEs solicitados por la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 podía generar diferencias en la duración de los ERTEs, pues numerosas empresas los habían solicitado para un período superior a la duración del estado de alarma, en previsión de que la situación de dificultad económica y productiva se

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

prolongase más allá de su finalización. La estimación por silencio positivo comportaría en tal caso la autorización del ERTE por el plazo indicado en la solicitud de ERTE.

- Con el fin de homogeneizar la duración de los ERTEs por fuerza mayor que se autorizan expresamente y los que son aprobados por silencio administrativo, el RDL 9/2020 introdujo en su disposición adicional primera la siguiente medida:

"La duración de los expedientes de regulación de empleo autorizados al amparo de las causas previstas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la misma norma, entendiéndose, por tanto, que su duración máxima será la del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus posibles prórrogas."

Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta"⁶.

Importa señalar que, durante el período álgido de la pandemia, tanto la Dirección General de Trabajo como el SPEE aplicaron un criterio de máxima flexibilidad, admitiendo que las empresas pudieran realizar modificaciones en los ERTEs aprobados sin tener que dirigir nueva solicitud a la autoridad laboral, ya fuera para sustituir suspensiones por reducciones de jornada, ya fuera para llevar a cabo reincorporaciones a la actividad y devolución de personas trabajadoras al ERTE (no así para dar de alta en el mismo a nuevos trabajadores, que sí precisaría autorización); a tal efecto, y siempre que la empresa no presentase la renuncia total al ERTE, bastaba con comunicar los períodos de actividad de cada persona trabajadora a la entidad gestora, a efectos de regularizar las prestaciones de desempleo. Este criterio administrativo contrario a la imposición de trabas burocráticas a las empresas para la gestión de los ERTEs sería posteriormente legalizado por el RDL 18/2020, ya durante la etapa de desescalada.

También se ha venido admitiendo la presentación de ERTEs mixtos, con medidas de suspensión para unos trabajadores y reducción de jornada para otros, dependiendo del ámbito funcional de incidencia de la fuerza mayor.

En fin, el RDL 11/2020 introdujo una nueva disposición adicional décima en el RDL 8/2020 dedicada a "especialidades en aplicación del capítulo II a las empresas concursadas", y que se justifica en la exposición de motivos por la necesidad de que en la difícil situación económica provocada por la pandemia, estas empresas puedan acceder a un ERTE cuando hayan sido afectadas por la situación derivada del COVID-19, y de esta manera, se afirma "podrían no ver menoscabada su viabilidad al poder disfrutar

⁶ Con posterioridad, el RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, acordó prorrogar la vigencia de los ERTEs por Covid-19 vigentes a fecha 13 de mayo de 2020 hasta el 30 de junio de 2020, desvinculando así su duración máxima de la del estado de alarma (que expiró el 21 junio 2020).

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

de las ventajas asociadas a los ERTEs del Real Decreto-ley 8/2020: la posibilidad de acceso en caso de afectación por la situación derivada del COVID-19; una tramitación más ágil, prácticamente inmediata en caso de fuerza mayor; la reposición de la prestación por desempleo; y la exoneración (parcial o total, según el número de trabajadores) en caso de ERTE por causa de fuerza mayor". A tal efecto, se declara que la normativa aplicable a dichos procedimientos será la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, con las especialidades previstas en los artículos 22 a 28 y en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020; no resultará de aplicación el procedimiento del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de modo que el ERTE no será aprobado por el juez del concurso, al que no obstante habrá de informarse de forma inmediata de la solicitud, resolución y medidas aplicadas, por medios telemáticos; asimismo, se reserva un papel destacado a la administración concursal.

2.4. Exoneración de cotizaciones empresariales a la Seguridad Social

El artículo 24 del RDL 8/2020 estableció una serie de medidas extraordinarias en materia de cotización, en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19 durante el período de confinamiento. La regulación era ciertamente novedosa, pues la legislación general no contempla que las empresas se apliquen rebajas en las cotizaciones durante la vigencia de un ERTE, ni por fuerza mayor ni por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debiendo asumir los costes sociales de estas medidas.

Así, en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19, la Tesorería General de la Seguridad Social exoneraba a la empresa del abono de la aportación empresarial (prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras durase el período de suspensión de contratos o reducción de jornada. Esta medida se aplicaba cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 personas trabajadoras en situación de alta en la Seguridad Social. Como la norma no distingüía, en el cómputo entraban tanto las personas con contrato laboral indefinido como temporal, a tiempo completo o parcial, incluidas las relaciones laborales especiales.

Si la empresa tenía 50 personas trabajadoras o más en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzaba al 75 % de la aportación empresarial.

En todo caso, la exoneración de cuotas no se aplicaba de oficio por la TGSS, sino a instancia del empresario, previa comunicación de la identificación de los trabajadores y período de la suspensión o reducción de jornada.

La exoneración a la empresa del abono de la aportación empresarial no tenía efecto perjudicial alguno para la persona trabajadora, dado que se mantenía la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resultara de aplicación lo establecido en el artículo

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

20 de la Ley General de la Seguridad Social.

El control de la correcta aplicación de este sistema de exoneración de cuotas tenía lugar mediante la verificación por parte de la TGSS de **que el Servicio Público de Empleo Estatal había procedido al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo** por el período de que se tratase.

En cuanto a la vigencia de este régimen de exoneración total o parcial de cuotas, en principio estaba prevista su aplicación mientras se mantuviera la situación extraordinaria derivada del COVID-19 (art. 28 RDL 8/2020). Con posterioridad, el RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, refirió el sistema de cotizaciones establecido en el artículo 24 del RDL 8/2020 exclusivamente a los meses de marzo y abril de 2020, al tiempo que incorporaba un nuevo régimen de exoneración de cotizaciones para los meses de mayo y junio que buscaba estimular la reincorporación progresiva al trabajo, una vez superadas las dificultades más graves de la pandemia. Con efectos retroactivos sobre las cotizaciones de los meses de marzo y abril de 2020, el citado RDL 18/2020 también incluyó en el cómputo de la plantilla de las empresas a las personas asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena, y añadió un nuevo apartado 5 al artículo 24 del RDL 8/2020 para concretar la imputación presupuestaria de las cuotas exoneradas⁷.

Por último, la disposición final octava (ap.2) del RDL 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, modificó el apartado 2 del artículo 24 RDL 8/2020 para precisar que no es posible aplicar exoneraciones, durante los meses de marzo y abril, en las cotizaciones de empresas sometidas a ERTEs vinculados al COVID-19, sin haber cumplido el requisito de suministrar por medios electrónicos los datos relativos a inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, así como los referidos a la cotización y recaudación; a tal efecto, se concreta que la inaplicación del artículo 20 del TRLGSS, que regula la adquisición, mantenimiento, pérdida y reintegro de beneficios en la cotización, se limita a lo dispuesto en su apartado 1 (exigibilidad de estar al corriente del pago de las cuotas).

2.5. Los ERTEs por causas objetivas relacionadas con la COVID-19

2.5.1. Ámbito material

Al margen de la situación de fuerza mayor prevista en el art. 22.1 del RDL 8/2020, o una vez desaparecida ésta, las empresas podrán adoptar medidas de suspensión o reducción de jornada fundadas, con carácter general, en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, todas ellas derivadas

⁷ Las exoneraciones reguladas en el art. 24 RDL 8/2020 serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes, de las mutuas colaboradoras en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales, del Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de la aportación empresarial para desempleo y por formación profesional y del Fondo de Garantía Salarial en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

del Covid-19 (p. ej., por la necesidad de ajustar sus plantillas a la disminución de la carga de trabajo) cuando no fuese posible la adopción de otras medidas de ajuste alternativo, o adoptadas las mismas, no fuesen suficientes. Este tipo de ERTEs resulta especialmente indicado en empresas que se dedican a actividades que no han sido directamente afectadas por las medidas de contención previstas en el RD 463/2020 sobre declaración del estado de alarma.

2.5.2. Duración

De conformidad con el artículo 28 del RDL 8/2020, la posibilidad de acogerse a las peculiaridades previstas para este tipo de expedientes temporales por causas ETOP únicamente se mantendría mientras estuviera vigente la situación de emergencia sanitaria provocada por la crisis del coronavirus. Posteriormente, el RDL 18/2020 extendió la duración de los ERTEs previstos en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 hasta el 30 de junio de 2020, independientemente de que en esa fecha ya se hubiera levantado el estado de alarma.

Diferente cuestión es la relativa a la duración de la concreta medida suspensiva o de reducción de jornada que pueda haberse acordado en el seno de este tipo de expedientes, pudiendo la misma ir más allá de la vigencia del artículo 23 RDL 8/2020.

2.5.3. Especialidades procedimentales

Como se expuso, en este tipo de ERTEs se seguirán las normas procedimentales establecidas al efecto por la normativa de aplicación (art. 47 ET, RD 1382/2012), con las peculiaridades recogidas en el artículo 23 del RDL 8/2020 y de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de su disposición transitoria primera.

Tales especialidades son:

- En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas 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 (siendo suficiente, a criterio de la DGT, que la comisión esté conformada por un solo sindicato), tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación (que tiene preferencia para negociar el ERTE), la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del ET. En cualquier caso, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días (2 días menos que el plazo previsto en la legislación común, que en algunos casos puede llegar hasta los 15 días).

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

- 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 siete días (frente a los 15 días previstos en la legislación general).
- El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de siete días (15 días en un ERTE ordinario).

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 algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, salvo en lo relativo al desarrollo del período de consultas y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados b) y c) del apartado anterior.

Las especialidades referidas no serán de aplicación a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de jornada comunicados antes de la entrada en vigor del RDL 8/2020 y basados en las causas previstas en el mismo (DT 1ª).

2.6. *Impugnación judicial de los ERTEs por Covid-19*

La resolución de la autoridad laboral que no aprecie fuerza mayor puede ser impugnada por la empresa (art. 33.5 RD 1483/2012), encauzándose la demanda por la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, excluidos los prestacionales, regulada en el artículo 151 y concordantes LRJS.

En cuanto a la decisión empresarial, la misma puede ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando aquella pudiera tener objeto la obtención indebida de la prestaciones por parte de los trabajadores afectados por la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo (art. 47.1 ET), utilizando para ello el procedimiento de oficio (art. 148 y concordantes LRJS).

La decisión empresarial también podrá ser impugnada por los trabajadores afectados por la medida, acudiendo en este caso a la modalidad procesal específicamente prevista para la valoración de las decisiones empresariales de flexibilidad interna (art. 138 LRJS), a cuyo fin el órgano judicial habrá de declarar si la medida es “justificada o injustificada”. En este segundo caso, la sentencia deberá declarar la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenar al empresario al pago de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora que hubiera pagado las mismas (art. 47.1 ET).

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

El artículo 47.1 ET termina diciendo que cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual; la interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución. Sin embargo, esta previsión se ha visto afectada por la normativa de urgencia promulgada con motivo del COVID-19, que ha rebajado el umbral de trabajadores exigido para tramitar en estos casos el proceso de conflicto colectivo.

En efecto, el RDL 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, establece en su artículo 6 que las suspensiones y reducciones de jornada adoptadas en aplicación de lo previsto en el art. 23 RDL 8/2020 (esto es, ERTE por causas ETOP relacionadas con el COVID-19), y siempre que dichas medidas afecten a más de cinco trabajadores, se tramitarán conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo, no siendo exigible superar el umbral del artículo 51.1 ET que prevé el art. 154 LRJS. El objetivo es tratar de evitar el colapso de los órganos judiciales al reducir las impugnaciones de carácter individual sustanciadas al amparo del art. 138 LRJS, al tiempo que se salva el riesgo de emisión de resoluciones contradictorias en relación con una misma medida.

Los sujetos legitimados para promover dicha impugnación colectiva serán los descritos en el art. 154 LRJS, a los que se añade la comisión representativa que prevé el art. 23.1.a) del RDL 8/2020.

Asimismo, el mencionado RDL 16/2020 dispone lo siguiente en sus artículos 7.1.b) y 7.2:

- Durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (hecho que ocurrió el pasado 4 de junio), y hasta el 31 de diciembre de 2020, en el orden jurisdiccional social tendrán carácter urgente y preferente, entre otros, los procedimientos para la impugnación individual, colectiva o de oficio de los ERTEs ex arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.
- En el orden jurisdiccional social, tendrán carácter urgente a todos los efectos y serán preferentes respecto de todos los que se tramiten en el juzgado, salvo los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, los siguientes:
 - los procedimientos para la impugnación individual o colectiva de los ERTEs ex arts. 22 y 23 RDL 8/2020 (no se menciona a los procedimientos de oficio);
 - los que se sustancien para hacer efectiva la modalidad de trabajo a distancia o la adecuación de las condiciones de trabajo previstas en el art. 5 RDL 8/2020; y
 - los procedimientos para la aplicación del plan MECUIDA ex art. 6 RDL 8/2020.

3. LOS ERTE'S POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS LIGADAS AL COVID-19 DURANTE EL PERÍODO DE TRANSICIÓN A LA "NUEVA NORMALIDAD"

3.1. Planteamiento general

Una vez controlada la propagación de la pandemia, el Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020 aprobó el “Acuerdo de transición hacia la nueva normalidad”⁸ que contemplaba cuatro fases (0, 1, 2 y 3), con relajación progresiva de las restricciones impuestas por el estado de alarma provocado por la crisis sanitaria del Covid-19.

Surgió entonces la necesidad de ajustar las medidas laborales y de Seguridad Social adoptadas para combatir los efectos de la pandemia a esta nueva realidad, caracterizada por la reactivación progresiva de la economía, de la actividad laboral y de la vida social, a cuyo efecto diversas órdenes del Ministerio de Sanidad establecerían las condiciones de la desescalada, incluyendo las medidas de prevención, colectivas e individuales, de tipo organizativo, higiénico y técnico, a cumplir en las actividades reanudadas.

Con tal propósito de promulgó el RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, publicado en el BOE del día 13 (que fue también el de su entrada en vigor), y que es plasmación del denominado “Acuerdo Social para la Defensa del Empleo (ASDE)”, alcanzado el 8 de mayo (día en que se cumple el primer centenario del Ministerio de Trabajo) y rubricado en La Moncloa por el Gobierno y los interlocutores sociales (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME) el 11 de mayo de 2020. Es el decimotercer decreto ley derivado del estado de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19.

En su preámbulo puede leerse lo siguiente: “*Cumplido su objetivo inicial, se impone la necesidad, tras este periodo excepcional, de reactivar de manera progresiva la economía, mediante la dinamización de aquellos sectores cuya actividad continúa limitada por restricciones sanitarias derivadas, entre otras situaciones, por las medidas de confinamiento y contención acordadas en el marco del estado de alarma*”. Y más adelante dice: “*Tras tres semanas de intensas negociaciones, estas medidas pretenden dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de «nueva normalidad», salvaguardar el empleo y proteger especialmente a las personas trabajadoras*”.

⁸ A la vista del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por “nueva normalidad” cabe considerar la etapa que comienza con el levantamiento del estado de alarma y la finalización de las restricciones asociadas al mismo, y que se extenderá hasta que por parte del Gobierno se declare, de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica, concluida la crisis sanitaria provocada por la pandemia del coronavirus.

Con la aprobación de esta norma se materializa el objetivo político, demandado por varios grupos parlamentarios, de desvincular las medidas excepcionales para la defensa del empleo adoptadas durante el período de confinamiento —fundamentalmente contenidas en los RRDDLL 8/2020 y 9/2020— de la vigencia del estado de alarma (con fecha de finalización incierta en el momento en que se aprobó el RDL 18/2020), prorrogándolas hasta el 30 de junio de 2020, pero con posibilidad de ampliación más allá de esa fecha por acuerdo del Consejo de Ministros y por razones sanitarias.

3.2. Prórroga de los ERTEs por fuerza mayor Covid-19

El artículo 1 del RDL 18/2020 dispone la extensión temporal, hasta el 30 de junio de 2020 como máximo, de los ERTEs aprobados durante el confinamiento en virtud del artículo 22 del RDL 8/2020, distinguiéndose entre las situaciones de fuerza mayor total (ap. 1) y parcial (ap. 2), distinción que es clave para determinar el régimen de exoneración de cotizaciones al que más adelante se hará referencia.

Por *fuerza mayor total* (FMT) se entiende la situación en las que se encuentran aquellas empresas que, a fecha 13 de mayo de 2020, cuenten con un ERTE de suspensión o reducción de jornada al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020, y estuvieran afectadas por las causas referidas en dicho precepto que impidan el reinicio de su actividad, mientras duren las mismas y, como máximo, hasta el 30 de junio de 2020.

Se encontrarán en situación de *fuerza mayor parcial* (FMP) aquellas empresas y entidades que cuenten con un ERTE autorizado con base en el artículo 22 del RDL 8/2020, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020. Para determinar el impacto de las causas previstas en el artículo 22 del RDL 8/2020 y, por ende, de la fuerza mayor derivada de las mismas, habrá que considerar el tipo de causa, la actividad de la empresa, su ubicación geográfica, la fase de desescalada en que se encuentra el territorio donde esté radicado el centro de trabajo, entre otras variables.

En el párrafo segundo de su artículo 1.2, el RDL 18/2020 preceptúa que las empresas y entidades que se encuentren en situación de FMP “deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada”⁹.

De la literalidad de la norma se infiere que, en tanto cesen o disminuyan las restricciones o limitaciones impuestas a lugares, establecimientos y actividades —dependiendo de la situación de cada centro, con posible tratamiento diferenciado si hay distintas ubicaciones, con fases o medidas diferentes— las empresas quedarán afectadas *ex lege* por FMP y deben reiniciar sus actividades gradualmente, situación que se mantendrá, como máximo, hasta el 30 de junio de 2020. El decreto-ley se decanta, además, por la reanudación de la actividad del mayor número posible de personas trabajadoras, aun-

⁹ Los subrayados son nuestros.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

que sea con jornada reducida, por ser la opción que, en líneas generales, menos perjuicio les ocasiona. Se priman así las reducciones de jornada respecto del mantenimiento de contratos suspendidos con parte de la plantilla. Como se expresa en el preámbulo del RDL 18/2020: “*El objetivo es facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y que permitirán atender de manera paulatina a la oferta y demanda de productos y servicios de las empresas, en la medida en la que la actividad y estructura de personal lo permitan. Asimismo, lo anterior permite garantizar una mejor gestión del tiempo de trabajo, reduciendo los tiempos de exposición, de conformidad con la información actualizada por parte de las autoridades públicas sobre la prevalencia del COVID-19*”.

La reincorporación total o parcial de las personas trabajadoras en la medida necesaria para el desarrollo de la actividad, **bien porque pasen de suspensión a reducción o bien porque se incorporen a tiempo completo desde una reducción o porque aumenten su jornada**, no se plantea en la norma como algo discrecional para la empresa, sino como un deber que, de no ser atendido, puede deparar a la empresa varias y negativas consecuencias: obligación de abono de retribuciones por incumplimiento del deber de ocupación efectiva [arts. 4.2.a) y 30 ET)]; regularización de cotizaciones y reintegro de prestaciones por desempleo indebidamente satisfechas a los trabajadores; responsabilidad administrativa conforme a la LISOS, por abuso o fraude en la aplicación de medidas de ajuste temporal de empleo. Como se sabe, la fuerza mayor es un hecho externo a la empresa, que escapa a su círculo de organización y control; por tanto, si desaparece la imposibilidad legal de reabrir y es posible retomar la actividad, aunque sea de manera parcial y progresiva, la empresa no podrá declarar que se encuentra en situación de FMT. Aquellas empresas que decidan no reanudar parcialmente la actividad por no serles rentable (disminución de la clientela, gastos superiores a los ingresos...), no quedarán amparadas por la situación de FMT, pero con el RDL 18/2020 se les ofrece la posibilidad de presentar un ERTE por causas ETOP estando aún vigente el ERTE por fuerza mayor (art. 2), eso sí, sin derecho a aplicarse exoneración o rebaja en las cotizaciones a la Seguridad Social.

Con todo, y siendo la expuesta la interpretación que mejor acompaña con la letra y la finalidad del RDL 18/2020, la DGT ha sostenido el muy discutible criterio (por otra parte, no vinculante) de que corresponde a la empresa valorar en función de sus circunstancias particulares: 1) en qué momento las causas por las que se autorizó el ERTE por fuerza mayor permiten la recuperación parcial de su actividad y 2) en qué medida la reincorporación de los trabajadores afectados, y en qué porcentaje de su jornada, es necesaria para el desarrollo de la actividad¹⁰. El mismo criterio sigue la TGSS.

Evidentemente, no todas las empresas, ni siquiera las que desarrollan una misma actividad, quedarán afectadas del mismo modo por las restricciones aún vigentes durante la etapa de desescalada¹¹.

¹⁰ Criterio Técnico de la DGT, Subdirección General de Ordenación Normativa, de 27 mayo 2020. Consulta sobre el Real Decreto-ley 18/2020. ERTEs fuerza mayor total o parcial. Ref. DGT-SGON-733PGG.

¹¹ Así, p. ej., no serían comparables, a efectos de declaración responsable de FMT o FMP, la situación a partir del 13 de mayo de 2020 de la cafetería ubicada en el centro de una gran ciudad y la de la cafetería emplazada en zona de costa, cuya clientela se nutre mayoritariamente de turismo internacional, estando las fronteras cerradas.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Pero no parece defendible que la empresa tenga plena discrecionalidad para decidir si se mantiene en situación de FMT o progres a FMP cuando su decisión no es inocua, pues están en juego cantidades ingentes de recursos públicos, sea para desplegar protección por desempleo (incluso sin carencia, poniendo el contador a cero), por cese de actividad (caso de autónomo-empleador), sea para bonificar cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

La entrada en vigor el pasado 13 de mayo del RDL 18/2020 ha generado la duda acerca de si es posible presentar nuevos ERTEs por fuerza mayor derivada de la Covid-19 después de esa fecha o solo prorrogar/modificar los preexistentes. Pareciera que el artículo 1 del RDL 18/2020 cercena la primera posibilidad, pero lo cierto es que el artículo 22 RDL 8/2020, y las causas en él previstas, subsisten mientras dure la emergencia sanitaria (art. 28 RDL 8/2020), en el bien entendido de que esos nuevos ERTEs no resultarán premiados con exoneración de cotizaciones.

También se ha planteado si sería posible volver a la situación de FMT desde la FMP. En la lógica del RDL 18/2020, la reanudación de actividades opera conforme a una progresión creciente, de modo que la respuesta sería negativa, a menos que se produjera una regresión en la desescalada y se impusieran nuevas medidas de contención, en cuyo caso sería necesaria una nueva norma (previsiblemente, otro decreto ley) que permitiera este tipo de ERTEs. Cosa distinta (y admitida) es que una empresa, siempre que no haya renunciado totalmente al ERTE, pueda devolver al mismo a personas trabajadoras a las que hubiera rescatado para desarrollar una actividad, **si a posteriori constata que el volumen de trabajo generado por la reanudación de la actividad es inferior al inicialmente estimado**.

La lógica de máxima flexibilidad en la administración de los ERTEs que se observó en la etapa de confinamiento se proyecta durante el período de transición hacia la nueva normalidad, pero ahora con expreso reconocimiento normativo (anticipado por Criterio Técnico DGT de 1 mayo 2020).

La recuperación de la actividad laboral durante el período de desescalada se realizará de forma gradual y flexible, para lo cual se mantienen las causas y las medidas extraordinarias previstas en el RDL 8/2020, *“que permite responder plenamente y con carácter dinámico a las necesidades tal y como fueron planteadas inicialmente, dejando de hacerlo por razón de su desafectación o desvinculación sobre la actividad y la plantilla de la empresa, sin imponer nuevas y gravosas condiciones de procedimiento”* (Preámbulo).

A tal efecto, establece el artículo 1.3 del RDL 18/2020 que las empresas y entidades deberán comunicar a la autoridad laboral la renuncia total, en su caso, al ERTE autorizado, en el plazo de 15 días desde la fecha de efectos de aquélla.

De la preceptividad expresa no se infiere que exista obligación de notificar a la autoridad laboral las simples modificaciones en el ERTE autorizado, mientras el mismo esté en vigor (afectaciones/desafectaciones de trabajadores, transición de ERTE suspensivo a reducción de jornada); sí se comunicarán dichos cambios a la TGSS y al SPEE, a los efectos oportunos.

Así, la renuncia por las empresas y entidades a los expedientes de regulación temporal de empleo o, en su caso, la suspensión o regularización del pago de las prestaciones que deriven de su modificación, se efectuará previa comunicación de éstas al SPEE de las variaciones en los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo.

Estas empresas y entidades deberán comunicar al SPEE aquellas variaciones que se refieran a la finalización de la aplicación de la medida respecto a la totalidad o a una parte de las personas afectadas, bien en el número de éstas o bien en el porcentaje de actividad parcial de su jornada individual, cuando la flexibilización de las medidas de restricción que afectan a la actividad de la empresa permita la reincorporación al trabajo efectivo de aquellas.

3.3. Exención de cotizaciones durante la desescalada

El RDL 18/2020 ha previsto en su artículo 4 un nuevo régimen de exoneración de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social, diverso del establecido en el artículo 24 del RDL 8/2020, y con vigencia limitada a los meses de mayo y junio, para los supuestos de prórroga de ERTE por fuerza mayor Covid-19, distinguiendo entre los supuestos de FMT y FMP (descritos en el art. 1). El propósito de este nuevo sistema de incentivos es promover la reactivación de la economía y del empleo; de ahí que las exenciones presenten un importe superior para los supuestos de personas trabajadoras “reactivadas” de empleo que para los casos en que los trabajadores permanecen en el ERTE, con el contrato totalmente suspendido o sin variación de jornada.

Si la empresa permanece en situación FMT (art. 4.1), la TGSS exonerará a dichas empresas, respecto a las cotizaciones devengadas en los meses de mayo y junio de 2020, del abono de la aportación empresarial prevista en el art. 273.2 LGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, distinguiendo en función de la dimensión de la plantilla a 29 de febrero de 2020:

- Si tuvieran menos de 50 personas trabajadoras, o asimiladas a éstas, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración es del 100%.
- Si tuvieran 50 personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.

A efectos del cómputo de plantilla, por personas “asimiladas” deben entenderse, no las situaciones de asimilación al alta que permiten conservar la vinculación con el sistema de Seguridad Social, sino aquellos colectivos que, sin revestir la condición de trabajadores por cuenta ajena, se caracterizan como asimilados a éstos a tenor de los artículos 7.1.a) y 136 de la LGSS.

Para las empresas y entidades afectadas por un ERTE por FMP, los porcentajes de exoneración de cuotas dependerán de tres factores: a) volumen de trabajadores de estas empresas y entidades; b) mes al que corresponda la exoneración; y c) períodos y porcentajes de jornada afectados por el reinicio y la suspensión. Con esos condicionantes, la exoneración de la aportación empresarial a la Seguridad Social, incluidos los conceptos de recaudación conjunta, alcanzará las siguientes cuantías (art. 4.2):

a. *Respecto de los trabajadores que reinician su actividad (total o parcialmente):*

Para empresas y entidades que el 29 de febrero tuvieran en situación de alta menos de 50 trabajadores, o asimilados: el **85 % en mayo y el 70% en junio**.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Para las que en aquella fecha hubieran tenido 50 o más trabajadores, o asimilados, en situación de alta: el **60% en mayo y el 45% en junio**.

b. *Respecto de los trabajadores que continúen con sus actividades suspendidas (total o parcialmente):*

Para empresas y entidades que el 29 de febrero tuvieran en situación de alta menos de 50 trabajadores, o asimilados: el **60% en mayo y el 45% en junio**.

Para las que en aquella fecha hubieran tenido 50 o más trabajadores, o asimilados, en situación de alta: el **45% en mayo y el 30% en junio**.

Conviene precisar que las empresas y entidades que rescaten a personas trabajadoras del ERTE, pero para trabajar una jornada inferior a la habitual, aplicarán las exoneraciones del apartado a) respecto del porcentaje de jornada trabajada y las del apartado b) respecto del porcentaje de jornada reducida (desempleo parcial).

Las exenciones en la cotización en ERTES de fuerza mayor se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social, a instancia de la empresa, previa comunicación sobre la situación de fuerza mayor total o parcial y la identificación de las personas trabajadoras afectadas y el periodo de suspensión de contratos o reducción de jornada.

Dicha comunicación se realizará, por cada código de cuenta de cotización, mediante una declaración responsable que deberá presentarse a través del Sistema RED, antes de que se solicite el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente.

Para el control de estas exoneraciones bastará la verificación de que el SPEE proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo para el periodo de que se trate. Posteriormente, y en virtud de la disposición final 13^a del RDL 19/2020, se modificó el artículo 1.3 del RDL 18/2020 para incorporar la obligación de la comunicación de renuncia o, en su caso, la suspensión o regularización del pago de las prestaciones que deriven de la modificación de un ERTE temporal autorizado, no solo al SPEE sino también al Instituto Social de la Marina, por ser ésta la entidad gestora que reconoce y abona la prestación por desempleo en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. En virtud de la DF 13^a, se **modifica el art. 1.3 RDL 18/2020**.

Una medida muy relevante es que las personas trabajadoras no se verán afectadas por estas exoneraciones, manteniéndose la consideración de dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que, según ha precisado el RDL 19/2020, resulte de aplicación lo establecido en el apartado 1 del art. 20 LGSS (no se exige a las empresas estar al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social para disfrutar de estos beneficios).

La actividad interpretativa y orientadora de la TGSS en cuanto al alcance, contenido y dinámica de este régimen de exoneraciones ha sido particularmente intensa, resolviendo dudas referidas al momento y forma en que debe presentarse la declaración responsable; consideración de las actividades

preparatorias sin reanudación efectiva de la actividad hacia el público o clientes o de la reincorporación del autónomo titular de la empresa, a efectos del pase a la situación de FMP; aplicación de exoneraciones por empresas que hubieran rescatado a trabajadores del ERTE antes del 13 de mayo; situación de trabajadores reactivados que posteriormente regresan al ERTE; inicio de la situación de FMP en empresas que cuentan con varios centros de trabajo, entre muchas y variadas cuestiones¹².

La disposición final 13^a del RDL 19/2020 ha modificado el apartado 5 del artículo 4 del RDL 18/2020, en relación a las exoneraciones establecidas en el mismo (correspondientes a mayo y junio), para concretar el régimen de imputación presupuestaria de tales exenciones (en los mismos términos que ya vimos para las exenciones de marzo y abril).

3.4. Supuestos excluidos y límites al reparto de dividendos

Con ponderado criterio, el artículo 5 del RDL 18/2020 excluye de la posibilidad de prórroga de los ERTEs por fuerza mayor Covid-19 (y de las ventajas a ellos anudadas) a las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios que puedan ser considerados paraísos fiscales conforme a la normativa vigente. La medida no posee carácter retroactivo (por lo que no cabe reclamación de las cuotas dispensadas hasta la entrada en vigor del RDL 18/2020), pero los ERTEs por fuerza mayor a los que se hubieran acogido estas empresas expiraron automáticamente el 13 de mayo de 2020, sin perjuicio del posible encadenamiento, sin solución de continuidad, con un ERTE por causa ETOP.

Por otro lado, las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas que se acojan a los ERTEs regulados en el artículo 1 del RDL 18/2020, y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos, no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes de regulación temporal de empleo (año 2020), salvo si devuelven la parte correspondiente a la exoneración de cuotas. Esta limitación a repartir dividendos no será de aplicación para aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social. Asimismo, no se tendrá en cuenta ese ejercicio en que no se distribuyan dividendos a efectos del derecho de separación de los socios en caso de falta de distribución de dividendos regulado en el art. 348.bis.1 de la Ley Sociedades de Capital.

El RDL 24/2020, de 26 de junio, extiende hasta el 30 de septiembre de 2020 las previsiones contenidas en el artículo 5 del RDL 18/2020.

3.5. Medidas relacionadas con los ERTEs por causas ETOP

Con la superación del estado de alarma y el consiguiente alzamiento de las restricciones impuestas a la movilidad personal y a la actividad económica y social no van a desaparecer de forma inmediata

¹² Vid. Boletines Noticias RED de la TGSS, números 11/2020, 12/2020, 13/2020 y 14/2020.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

todos los efectos negativos de la pandemia. La enorme crisis económica y social que la misma ha desencadenado se va a prolongar durante meses e incluso años. De ahí que muchas empresas, una vez superada la etapa de los ERTEs por fuerza mayor, hayan decidido o estén pensando tramitar procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas ETOP, y no descartan acudir más adelante, si las circunstancias lo exigen, a despidos colectivos.

El RDL 18/2020 regula en su artículo 2 las especialidades para los ERTEs por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP) que se inicien entre el 13 de mayo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 18/2020) y el 30 de junio de 2020, previendo que éstos sucedan a los ERTE por fuerza mayor una vez que cesen las causas habilitantes de los mismos.

Las situaciones contempladas por este precepto para los ERTEs por causas ETOP (no se indica, pero hay que entender que relacionadas con el Covid-19) son dos:

- a. Los vigentes a 13 de mayo de 2020 mantendrán las condiciones previstas en la comunicación final de la empresa hasta la fecha de finalización referida en la misma.
- b. A los que se inicien entre el 13 de mayo de 2020 y el 30 de junio, se les aplicará el artículo 23 del RDL 8/2020, con las especialidades allí previstas y, además, las que establece el propio RDL 18/2020 para los que sucedan a un ERTE por fuerza mayor Covid-19, a saber:
 - i. se abre la posibilidad de que se inicien estando vigente un ERTE por fuerza mayor;
 - ii. se retrotraen los efectos a la fecha en la que finaliza el ERTE por causa de fuerza mayor cuando el debido a causas ETOP se inicie después de finalizado aquél.

La justificación de estas medidas se recoge en el preámbulo del RDL 18/2020, al señalar que para “*evitar innecesarias interrupciones que redunden en un perjuicio o desprotección de las personas trabajadoras, se dispone de manera expresa la posibilidad de que los efectos de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos retrotraigan sus efectos a la fecha de finalización de los expedientes por causa de fuerza mayor que los precedieran*”.

3.6. Medidas conexas

En paralelo a la ampliación hasta el 30 de junio de las medidas flexibilizadoras de los ERTEs, la disposición final 2.^a del RDL 18/2020, modificando la disposición final tercera del RDL 9/2020, de 27 marzo, extiende a esa misma fecha las dos medidas siguientes (sobre las que se volverá más adelante):

- Prohibición de despidos y extinciones por la fuerza mayor y las causas ETOP contempladas en los artículos. 22 y 23 RDL 8/2020, en las que se amparan los ERTEs derivados del COVID-19 (art. 2 RDL 9/2020).

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

- La suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, **interrumpirá** el cómputo de su duración, así como de los períodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas (art. 5 RDL 9/2020).

Por otro lado, el artículo 3 del RDL 18/2020 extiende hasta el 30 de junio de 2020 la vigencia de las medidas extraordinarias en materia de desempleo para las personas trabajadoras afectadas por un ERTE, sea por fuerza mayor o por causas objetivas derivadas del COVID-19 (art. 25, apdos. 1 a 5, RDL 8/2020), con la ventaja de cobrar la prestación aunque no se reúna el período mínimo de carencia y que la misma no compute a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos; y extiende hasta el 31 de diciembre las previsiones sobre protección por desempleo destinadas a los trabajadores fijos discontinuos y para los que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas (art. 25.6 RDL 8/2020).

En la disposición adicional primera del RDL 18/2020 se habilita al Consejo de Ministros para que pueda ampliar la prórroga de los expedientes de regulación de empleo a los que se refiere el artículo 1, en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020. Este acuerdo podrá, a su vez, prorrogar las medidas extraordinarias en materia de cotización reguladas en el artículo 4, o extenderlas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas ETOP, así como prorrogar las medidas de protección por desempleo previstas en el artículo 25.1 del RDL 8/2020, por el período de tiempo y porcentajes que en dicho acuerdo se determinen.

Por último, en la disposición adicional segunda del RDL 18/2020 se crea una “Comisión de Seguimiento tripartita laboral” del proceso de desconfinamiento, integrada por representantes de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de las organizaciones de empresarios CEOE y CEPYME y de los sindicatos UGT y CCOO, que tendrá como función principal *“el seguimiento de las medidas que, en el ámbito laboral, se están adoptando durante la fase de excepcionalidad atenuada, el intercambio de los datos e información recabada por las organizaciones integrantes y el Ministerio de Trabajo y Economía Social al respecto, así como la propuesta y debate de aquellas medidas que se propongan por este o por cualquiera de las organizaciones que la integran”*¹³.

Esta comisión, que se reunirá con carácter ordinario el segundo miércoles de cada mes y extraordinariamente cuando lo soliciten tres de las cuatro organizaciones integrantes de la misma, deberá ser consultada con antelación suficiente y con carácter previo a la adopción de las medidas de ampliación de prórroga que llegado el 30 de junio podrá de nuevo adoptar el Consejo de Ministros.

¹³ La disposición adicional tercera del RDL 24/2020 renueva las funciones de esta comisión, atribuyéndole a partir del 27 de junio de 2020 (fecha de entrada en vigor del citado decreto ley) “la valoración de las medidas recogidas en este y de la evaluación de la actividad económica y el empleo, así como el análisis de las eventuales medidas futuras para la protección del empleo y del tejido productivo”.

4. LOS ERTEs POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS OBJETIVAS VINCULADAS AL COVID-19 EN LA FASE DE “NUEVA NORMALIDAD”

Con la espada de Damocles del 30 de junio de 2020 como fecha en la que habría de operar la caducidad de los ERTEs por fuerza mayor y el resto de beneficios contemplados en el RDL 18/2020, el Gobierno y los agentes sociales suscribieron el pasado 25 de junio el II Acuerdo Social para la Defensa del Empleo (II ASDE), por el que se prorrogan hasta el 30 de septiembre de 2020, con las debidas adaptaciones al momento actual, las medidas contenidas en el RDL 8/2020 y en el I ASDE. Para la integración normativa de este nuevo fruto del diálogo social, el Gobierno ha promulgado el RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, publicado en el BOE de 27 de junio que es, asimismo, la fecha de su entrada en vigor.

Con la prórroga de los beneficios de los ERTEs ocasionados por la crisis sanitaria hasta el 30 de septiembre, se permite proteger a las personas trabajadoras y a las empresas mientras se adaptan al escenario económico de la nueva normalidad, al tiempo que se prevén medidas de acompañamiento en caso de que un eventual rebrote impida la actividad.

4.1. ERTEs por fuerza mayor “en transición”

A partir del 27 de junio de 2020, ya no será posible solicitar un ERTE por fuerza mayor amparado en el art. 22 RDL 8/2020, y aquellos expedientes que se hayan solicitado con anterioridad, se mantendrán como máximo hasta el 30 de septiembre (de ahí que los denominemos ERTEs “en transición”). Así lo ha dispuesto el RDL 24/2020 en su artículo 1. Se ha impuesto la tesis gubernamental de ampliación por tres meses, frente al criterio defendido por los agentes sociales de fijar ya una fecha de ampliación más lejana en el tiempo, la del 31 de diciembre.

Las empresas y entidades que sigan acogidas a ERTEs por fuerza mayor deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada, tal y como establece el artículo 1.2 del RDL 18/2020. Se mantiene igualmente, en los mismos términos que en el RDL 18/2020, la obligación de comunicar a la autoridad laboral la renuncia total, en su caso, al ERTE, así como la obligación de comunicación previa al SPEE de las variaciones que se produzcan a efectos de regularización de las prestaciones por desempleo.

Para evitar abusos e incentivar la reincorporación al trabajo de las personas reguladas de empleo, se ha introducido la novedad de que, durante la aplicación de este tipo de ERTEs, no podrán realizar-

se horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas. Como excepción a estas limitaciones se contempla el caso de que las personas reguladas y que prestan servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones, directas o indirectas, o externalizaciones, no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

Con redacción poco concluyente, en el último párrafo del artículo 1 se establece que estas acciones “*podrá constituir infracción de la empresa afectada, en virtud de expediente incoado al efecto, en su caso, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”. No queda claro si queda a criterio de la Inspección de Trabajo la determinación de si existe o no infracción en caso de contravenirse las prohibiciones enunciadas, lo que no cohonesta con el principio de legalidad que informa el Derecho administrativo sancionador. Por otra parte, ni el RDL 24/2020 ni ninguna otra disposición legal (al menos, en la fecha en que se escriben estas líneas) han modificado el texto normativo de la LISOS para tipificar expresamente a tales acciones como infracción sancionable.

En relación con los beneficios en materia de cotización, el RDL 24/2020 distingue dos supuestos:

- a. Para las empresas y entidades que, a 30 de junio de 2020, continúen en situación de *fuerza mayor total* (en los términos previstos en el RDL 18/2020), en la disposición adicional primera del RDL 24/2020 se prevé que quedarán exoneradas, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados, del abono de la aportación empresarial prevista en el art. 273.2 de la LGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, en los porcentajes y condiciones que allí se indican, respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir del 1 de julio de 2020 y en función de los períodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión. Tales porcentajes son significativamente inferiores a los que establecía para los ERTEs por fuerza mayor total el artículo 4.1 del RDL 18/2020 para los meses de abril y mayo, pues bajan del 100% o del 75%, dependiendo del tamaño laboral de la empresa, hasta el 70% en el mejor de los casos (exoneración aplicable por empresas de menos de 50 personas trabajadoras o asimiladas a las mismas respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020) o el 25% en el supuesto menos favorable (exoneración aplicable por empresas de 50 o más personas trabajadoras o asimiladas a las mismas, respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020). Se observa que el sistema de beneficios sigue una lógica decreciente, de julio a septiembre, para estimular a las empresas a salir de la situación de fuerza mayor total.
- b. En relación con las empresas que sigan aplicando ERTEs por *fuerza mayor parcial* a partir del 27 de junio de 2020, el artículo 4.1 del RDL 24/2020 contempla un sistema de beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social para los meses de julio a septiembre, que sustituye al establecido en el artículo 4.2 del RDL 18/2020 durante los meses de mayo y junio. La prórroga mantiene el espíritu de bonificar más a las empresas por los trabajadores activados que a los que se quedan inactivos.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Así, para los trabajadores reactivados a partir de 1 de julio y para los descritos en el artículo 4.2.a) del RDL 18/2020 (y en función de los períodos y porcentajes de jornada trabajadas a partir de ese momento), la exención será del 60% (meses de julio, agosto y septiembre) en empresas de menos de 50 personas trabajadoras (o asimiladas a las mismas) en situación de alta en la Seguridad Social, a 29 de febrero de 2020; y del 40% (meses de julio, agosto y septiembre) en empresas de 50 o más personas trabajadoras (o asimiladas a las mismas) en situación de alta en la Seguridad Social, a 29 febrero 2020. La exención que corresponda se aplicará al abono de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta.

Para los trabajadores inactivos a partir de 1 de julio (y en función de los períodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión), la exención será del 35% (meses de julio, agosto y septiembre) en empresas de menos de 50 personas trabajadoras (o asimiladas a las mismas) en situación de alta en la Seguridad Social a 29 febrero 2020; y del 25% (meses de julio, agosto y septiembre) en empresas de 50 o más personas trabajadoras (o asimiladas a las mismas) en situación de alta en la Seguridad Social a 29 febrero 2020. En este caso, la exoneración se aplicará al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 LGSS, así como a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

El procedimiento para la aplicación de estas exoneraciones se contiene en los apartados 3 a 6 del artículo 4 del RDL 24/2020, reproduciendo casi literalmente las previsiones contenidas en el RDL 18/2020. Las mismas serán aplicables también a las exenciones previstas en la disposición adicional segunda del RDL 24/2020 (ERTEs por fuerza mayor total y en situaciones extraordinarias –rebrote–).

4.2. ERTEs por causas ETOP

El artículo 2 del RDL 24/2020 prevé que los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas ETOP derivadas del COVID-19 iniciados después del 27 de junio de 2020 y hasta el 30 de septiembre 2020, se someterán a lo dispuesto en el artículo 23 RDL 8/2020, con las siguientes especialidades (que se hacen eco del más que probable encadenamiento con un ERTE por fuerza mayor):

- a. Pueden tramitarse estando vigente un ERTE por fuerza mayor ex artículo 1 RDL 24/2020. Si se trata cuando ya ha finalizado éste, en tal caso, la fecha de efectos de aquel se retrotraerá a la fecha de finalización del ERTE por fuerza mayor.
- b. Los ERTEs por causas ETOP vigentes a 27 de junio 2020 continuarán siendo aplicables en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta el término referido en la misma.
- c. Se prevé para este tipo de ERTEs la misma prohibición de realizar horas extraordinarias, acudir a externalización o formalizar contrataciones (con las mismas excepciones) que para los ERTEs por fuerza mayor del artículo 1 RDL 24/2020, así como su caracterización como infracción sancionable.
- d. Como novedad relevante del RDL 24/2020, por primera vez los ERTEs por causas ETOP derivadas del Covid-19, tanto anteriores como posteriores al RDL 24/2020, se beneficiarán de exenciones en

las cotizaciones a la Seguridad Social. A este respecto, el artículo 4.2 del citado decreto ley establece que las empresas que hubieran decidido la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, con sujeción el artículo 23 del RDL 8/2020, con anterioridad al 27 de junio de 2020, o con posterioridad a esta fecha siempre y cuando sean ERTEs consecutivos a un ERTE por fuerza mayor ex artículo 22 del RDL 8/2020, podrán acogerse a la exoneración de cotizaciones prevista para los ERTEs por fuerza mayor (parcial) en el artículo 4.1 del RDL 24/2020 y en las mismas condiciones.

4.3. ERTEs por “rebrotos”

El RDL 14/2020 contempla, por último, la eventualidad de que determinadas empresas y entidades no puedan desarrollar su actividad con motivo de la adopción de nuevas restricciones, como consecuencia de un eventual agravamiento de la pandemia provocada por la COVID-19. Se está pensando no tanto en medidas generalizadas cuanto en decisiones aisladas vinculadas a la aparición de “rebrotos” sectorial y/o geográficamente localizados.

A tal efecto, en su disposición adicional segunda, número 2, el RDL 24/2020 dispone que las empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno o algunos de sus centros de trabajo, podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados, y previa autorización de un ERTE por fuerza mayor en base a lo previsto en el artículo 47.3 ET (sin aplicar ya las especialidades procedimentales del art. 22 RDL 8/2020), las siguientes exoneraciones:

La I artículo 47.3 ET:

- a. El 80% de la aportación empresarial devengada durante el periodo de cierre, y hasta el 30 de septiembre, cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020.
- b. Si en esa fecha la empresa hubiera tenido cincuenta o más personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta, la exención alcanzará el 60% de la aportación empresarial durante el periodo de cierre y hasta el 30 de septiembre.

En este caso, la exoneración se aplicará al abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 de la LGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.

Cuando estas empresas reinician su actividad, les serán de aplicación desde dicho momento, y hasta el 30 de septiembre de 2020, las medidas reguladas en el artículo 4.1 RDL 24/2020.

Aunque no son objeto de análisis en este trabajo, importa señalar que el artículo 3 del RDL 24/2024 extiende hasta el 30 de septiembre de 2020 la aplicación de las medidas de protección por desempleo previstas en los apartados 1 a 5 del artículo 25 de la citada norma (art. 3.1), incluyendo a los trabaja-

dores de empresas que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo. Las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo reguladas en el artículo 25.6 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, para los trabajadores fijos discontinuos, resultarán aplicables hasta el 31 de diciembre de 2020.

5. REVISIÓN OFICIAL DE LOS ERTES

Además de los casos más groseros de fraude, consistentes en incluir en un ERTE a trabajadores ficticios para que puedan percibir prestaciones por desempleo, o hacer trabajar a personas que están reguladas totalmente de empleo y recibiendo la correspondiente prestación (o asignándoles una jornada superior a la que consta en el ERTE), otro fraude menos evidente resulta de tramitar un procedimiento para suspensión de contrato o reducción de jornada, con base en las causas expresadas en el artículo 22 del RDL 8/2020, sin que concurra fuerza mayor que lo justifique.

Con el fin de evitar el uso fraudulento de los recursos públicos para fines distintos a aquellos para los que se habían establecido, el RDL 9/2020, de 27 de marzo, señalaba en su disposición adicional segunda que, en aplicación de la LISOS, serían sancionadas:

- a. Las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados.
- b. La conducta de la empresa consistente en solicitar medidas en relación con el empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran «conexión suficiente» con la causa que las originaba, siempre que dieran lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

A tal efecto, cuando la entidad gestora aprecie indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo, lo comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos oportunos.

Por su parte, la ITSS, en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluirá, entre sus planes de actuación, la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTEs basados en las causas de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020. Cabe pensar que la revisión de oficio se centrará fundamentalmente en los ERTE por fuerza mayor donde la autorización se haya obtenido por silencio administrativo (esto es, sin constatación de la fuerza mayor temporal por la autoridad laboral).

Si como consecuencia de alguno de los incumplimientos anteriores se reconocieran indebidamente prestaciones a las personas trabajadoras, la versión original de la disposición adicional segunda del RDL 9/2020 decía que se procedería a su revisión de oficio (esto es, sin necesidad de acudir al procedimiento establecido en el art. 146 LRJS), siendo la empresa la única obligada a ingresar a la entidad

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios (aunque sin especificar que tales salarios debían ser abonados a los trabajadores).

Esta obligación de devolver las prestaciones (considerada sanción accesoria a efectos de la LISOS), será exigible hasta la prescripción de las infracciones referidas en la LISOS que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en el RDL 9/2020.

Esta medida introduce una notable inseguridad jurídica, pues es muy discutible que pueda la autoridad laboral revisar de oficio un acto administrativo presunto, que ha autorizado un ERTE por silencio. Y porque, salvo los casos dolosos, la apreciación de si concurre o no causa suficiente para tramitar un ERTE por fuerza mayor o por causas ETOP vinculadas a la situación de crisis sanitaria provocada por el Covid-19 es una materia que puede prestarse a diversidad de interpretaciones.

En cualquier caso, no parece que resulte sancionable el error de la empresa en el planteamiento del tipo o modalidad de ERTE (p. ej., fuerza mayor cuando la causa es ETOP) siempre que el mismo obedezca a una causa real, no ficticia o manifiestamente insuficiente, pues para ambas modalidades de ERTE está prevista la medida extraordinaria del artículo 25 RDL 8/2019, con lo que la prestación por desempleo abonada a los trabajadores por la entidad gestora no sería indebida.

En cambio, la tramitación de un ERTE por fuerza mayor, cuando debió plantearse por causa ETOP, sí justificaría una reclamación de devolución de las cuotas que dejaron de ingresarse por aplicación indebida de la exención prevista en el art. 22 RDL 8/2020 solo para los ERTE por fuerza mayor, devolución que podría exigirse a la empresa dentro de los 4 años siguientes en aplicación del artículo 24 LGSS.

La concreción de este régimen sancionador, anunciado y solo en parte esbozado por el RDL 9/2020, se produce en el RDL 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, a través de su disposición final tercera, que modifica la LISOS para tipificar una nueva infracción muy grave y endurecer las sanciones a las que harán frente las empresas que cometan abusos en los ERTEs.

Hasta ese momento se consideraba infracción "muy grave" en el artículo 23.1.c) de la LISOS, que podía ser sancionada con multas desde los 6.251 euros hasta los 187.515 euros, "*el falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones*". El RDL 15/2020 reformula esta norma para ampliar la conducta típica y considerar infracción muy grave "*efectuar declaraciones, o facilitar, comunicar o consignar datos falsos o inexactos que den lugar a que las personas trabajadoras obtengan o disfruten indebidamente prestaciones*".

Además, la disposición final tercera añade un nuevo apartado 3 en el artículo 43 de la LISOS, que establece que, en el caso de esta infracción, "*la empresa responderá directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora, siempre que no concurra dolo o culpa de esta*".

Asimismo, el RDL 15/2020 modifica por medio de su disposición final novena la redacción de la disposición adicional segunda del RDL 9/2020, para adecuar las previsiones allí recogidas a los cam-

bios introducidos en la LISOS por el propio RDL 15/2020, debiendo destacarse la mención expresa que hace, al abordar la obligación de devolución de las prestaciones indebidamente percibidas, en cuanto a que la persona trabajadora conservará el derecho al salario correspondiente al periodo de regulación de empleo inicialmente autorizado, descontadas las cantidades que hubiera percibido en concepto de prestación por desempleo.

6. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO

6.1. Prohibición de despidos y extinciones por Covid-19

En las primeras semanas de propagación de la pandemia fueron muchas las empresas que optaron por extinguir contratos de trabajo, indefinidos o temporales, como consecuencia del Covid-19, ante la perspectiva de un escenario de dificultades económicas y productivas.

Partiendo de que, como se apunta en la exposición de motivos del RDL 9/2020, el objetivo de las medidas extraordinarias y excepcionales establecidas por el RDL 8/2020 para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus es garantizar el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo, la agilización y flexibilización de los ERTEs (arts. 22 y 23 RDL 8/2020) y las medidas que estos llevan aparejadas (exoneración de cotizaciones a la Seguridad Social y prestaciones por desempleo en condiciones ventajosas) están previstas para responder a una situación excepcional y limitada en el tiempo que evite la destrucción de empleo, no pudiendo justificar la extinción de contratos ni los despidos.

Es por ello que en el artículo 2 del RDL 9/2020 se introdujo la regla de que la fuerza mayor y las causas ETOP reguladas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 “*no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”, pues se configuran como mera causa de suspensión del contrato o de reducción de jornada, ambas por un tiempo determinado, en mérito a la coyunturalidad y excepcionalidad de la situación de emergencia sanitaria que justifica la adopción por las empresas de medidas de ajuste temporal de empleo; sin que, como ha precisado la DGT en su Criterio Técnico de 11 de abril de 2020, ello cierre la puerta a la actuación de otras causas extintivas perfectamente válidas, ajenas al estado de alarma y que ninguna relación guarden con el coronavirus respecto de los contratos suspendidos (dimisión voluntaria, jubilación, despido disciplinario...).

La consecuencia práctica de esta prohibición es que su infracción supondrá la calificación de improcedencia del despido por falta de causa (no la nulidad, dado que los motivos de ésta aparecen tasados en la legislación laboral), con derecho a la indemnización correspondiente. Excepcionalmente, las extinciones serán calificadas como nulas si la empresa infringe la prohibición de realizar despidos objetivos, en número superior a los umbrales establecidos en el artículo 51 ET para tramitar un despido colectivo.

Obvio es decir que la prohibición que se comenta no opera únicamente en relación con los contratos expresamente suspendidos en el marco de un ERTE por Covid-19 sino respecto de cualquier extinción contractual que, aunque formalmente amparada en alguna causa válida de extinción, en el fondo responda a las situaciones (inhábiles para extinguir) descritas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020. También en esos supuestos el trabajador podrá impugnar el cese por resultar contrario a la prohibición contenida en el artículo 2 del RDL 9/2020.

En sintonía con la prórroga de los ERTEs por fuerza mayor y causas ETOP derivadas del Covid-19 hasta el 30 de junio de 2020 operada por el RDL 18/2020, la medida que ahora se comenta también fue ampliada hasta esa fecha por el mismo decreto-ley. Prórroga que el artículo 7 del RDL 24/2020 ha ampliado hasta el 30 de septiembre de 2020.

6.2. Interrupción de contratos de duración determinada afectados por ERTEs

El RDL 9/2020 incorporó una segunda medida, también concebida como técnica de salvaguarda y mantenimiento del empleo, la cual se refiere a la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales cuando se produzca una situación que lleve a la adopción de un ERTE, quedando suspendida su duración mientras dure la vigencia de este. Con ello, y a tenor del preámbulo del RDL 9/2020, “*se consigue garantizar que los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo y de interinidad, puedan alcanzar su duración máxima efectiva, desplegando plenos efectos, en cuanto a prestación de servicios, la formación que llevan aparejada y la aportación a la actividad empresarial, durante el tiempo inicialmente previsto, de forma tal que la situación de emergencia generada por la crisis sanitaria del COVID-19 no prive a la empresa de su capacidad real para organizar sus recursos*”.

Más concretamente, en el artículo 5 del RDL 9/2020 se dispone que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los períodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por éstas¹⁴. En definitiva, lo que ha hecho el Gobierno es elevar a norma de obligado cumplimiento la posibilidad de suspender el contrato temporal por acuerdo de las partes prevista en el artículo 7 del RD 2720/1998.

Queda claro, además, que los contratos temporales no incluidos en el ERTE no verán interrumpido el cómputo de su duración y los mismos se extinguirán al cumplimiento de su término, aplicando la

¹⁴ Conviene aclarar que la norma habla de interrumpir el cómputo; por tanto, no es que haya que ampliar la duración del contrato, una vez que el trabajador temporal haya salido del ERTE, por un tiempo igual al que estuvo regulado de empleo, sino que tendrá lugar la reactivación del cómputo de duración del contrato por el tiempo que restase de vigencia al mismo en la fecha en que resultó afectado por el ERTE. Por ejemplo, un trabajador con contrato eventual concertado por tres meses, que el día 14 marzo llevaba cumplidos 2 meses y medio. Lo incluyen en un ERTE por fuerza mayor ese mismo día. Una vez que el trabajador salga del ERTE para incorporarse al trabajo, el contrato durará 15 días para que el tiempo de trabajo efectivo sea de tres meses.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

legalidad ordinaria. Tampoco verán interrumpida su duración los contratos temporales afectados por un ERTE de reducción de jornada, dado que en esta variante de ERTE los contratos no se suspenden.

Ahora bien, la previsión contenida en el artículo 5 del RDL 9/2020 no cierra la vía que se puedan producir las extinciones contractuales en determinados supuestos. Como ha precisado la DGT, este precepto hay que interpretarlo en sus términos estrictos, de manera que lo que se interrumpe es el ingrediente temporal del contrato suspendido y no cabe la extinción de los mismos durante dicho periodo por transcurso del plazo previsto, cuyo cómputo se restablece una vez concluya el periodo descrito.

Existen, sin embargo, determinadas modalidades contractuales que tienen una causa específica de terminación no vinculada al cumplimiento de un plazo. Y es respecto de estas modalidades contractuales (obra o servicio determinado, interinidad por sustitución) que su inclusión en el ámbito de aplicación de la medida dispuesta por el artículo 5 del RDL 9/2020 resulta problemática y puede generar importantes disfunciones. Es por ello que, si durante el periodo de suspensión o tras la reanudación de la actividad y durante el periodo “prorrogado” o ampliado, concurriese alguna causa que haga decaer el objeto del contrato, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva (terminación de la obra o servicio determinado, reincorporación del trabajador sustituido en el contrato de interinidad por sustitución, jubilación total del trabajador relevado en el contrato de relevo...) se entenderá plenamente eficaz la extinción del mismo, de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) ET.

Respecto a las empresas de trabajo temporal, puesto que los contratos mercantiles de puesta a disposición tienen por objeto la cesión de trabajadores para prestar servicios en la empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del ET, a dichos contratos les será de aplicación lo previsto en el artículo 5 del RDL 9/2020, en el caso de que los mismos fuesen suspendidos por las causas previstas en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, con las precisiones que se han expuesto para algunos tipos contractuales.

La redacción del artículo 5 del RDL 9/2020 lleva a entender que el *dies a quo* del periodo de interrupción coincide con la fecha en que al trabajador temporal lo hayan incluido en el ERTE suspensivo por causas COVID, aunque esa inclusión fuera anterior al 28 de marzo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 9/2020). La medida tendría, en consecuencia, efectos retroactivos, ya que otro modo no se cumpliría la finalidad de la misma (garantizar la íntegra duración del contrato inicialmente pactada).

Con todo, los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas permitirían sostener otra interpretación, dado que hasta el 28 de marzo de 2020 las empresas desconocían que los contratos temporales incluidos en ERTEs como consecuencia del COVID-19 debían quedar interrumpidos, y si la extinción se produjo entre los días 14 y 27 marzo, vigente un ERTE, nada habría que objetarles pues se habrían limitado a aplicar la regulación vigente en ese periodo de tiempo en el que únicamente se contemplaba la interrupción del cómputo por mutuo acuerdo de las partes (art. 7 RD 2720/1998). En definitiva, podría sostenerse legítimamente que la interrupción del cómputo de duración de los contratos temporales a que se refiere el artículo 5 del RDL 9/2020 tiene su *dies a quo* no antes del 28 de marzo de 2020.

Al igual que la prohibición de despidos y extinciones contractuales, la medida sobre interrupción de los contratos temporales afectados por ERTEs con fundamento en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 fue prorrogada, primero, por el RDL 18/2020 hasta el 30 de junio de 2020, y después, hasta el 30 de septiembre de 2020, por el RDL 24/2020.

6.3. Compromiso empresarial de mantenimiento del empleo tras la salida del ERTE

En lógica contraprestación por los beneficios que para la empresa representa la posibilidad de acogerse a un ERTE para amortiguar el impacto económico negativo resultante de la situación de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, con aplicación de muy importantes incentivos en materia de cotizaciones a la Seguridad Social y generación de un notable gasto público en concepto de prestaciones por desempleo, el RDL 8/2020 introdujo en su disposición adicional sexta una cláusula de salvaguarda del empleo que decía así: *"Salvaguarda del empleo: Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad"*.

Cabe recordar que el RDL 8/2020 se refiere a medidas extraordinarias en sus artículos 24 (exoneración de cotizaciones en ERTEs por fuerza mayor) y 25 (protección por desempleo en ERTEs ex. arts. 22 y 23).

Tan escueta formulación legal del compromiso de empleo enunciado suscitó de forma inmediata infinidad de dudas interpretativas: esta obligación de mantenimiento del empleo ¿se refiere a todos los trabajadores de la plantilla en el momento de solicitar el ERTE o únicamente a los incluidos en el mismo? ¿se predica solo de las empresas que hayan solicitado ERTEs por fuerza mayor o también a las que hayan acudido a un ERTE por causas ETOP relacionadas con el covid-19? ¿qué ocurre si la empresa ha presentado un ERTE por fuerza mayor temporal pero no ha solicitado el beneficio de cotización? ¿qué se entiende por mantenimiento del empleo? ¿se activa el compromiso con la reanudación de la actividad a tiempo parcial? ¿se podrán presentar nuevos ERTEs durante la vigencia del compromiso? ¿será posible acudir a despidos objetivos o colectivos en los seis meses posteriores a la finalización de un ERTE por Covid-19? En general, ¿por qué motivos se podrá extinguir durante el período de mantenimiento de empleo? El mantenimiento del empleo ¿implica obligación de no extinguir los contratos de trabajo de las personas afectadas por el ERTE, o es una obligación general de mantenimiento del nivel de empleo, de manera que los trabajadores cesados pueden ser sustituidos por otros sin que la empresa incumpla por ello el compromiso?

La referida cláusula de salvaguarda de empleo fue objeto de una primera concreción legislativa en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, a través de su disposición adicional decimocuarta ("Aplicación de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual"). En relación con lo que ha de entenderse por mantenimiento del empleo, en esa disposición adicional se establece que dicho compromiso deberá cumplirse y verificarse "teniendo en cuenta las características y circunstancias de

la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual. Igualmente deberá tenerse en cuenta la normativa laboral aplicable". La previsión es comprensible, pues en determinadas actividades que presentan un alto componente de estacionalidad o irregularidad en su desarrollo, no siempre será posible garantizar la prestación efectiva de servicios dentro de los seis meses inmediatamente posteriores a la finalización del ERTE.

Por otro lado, si bien esta vez la afirmación se recoge en la exposición de motivos del RDL 11/2020, sin traslación explícita al cuerpo de la norma (aunque la intencionalidad es clara), "el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora".

En el caso de contratos temporales (esto sí lo dice la DA 14^a del RD 11/2020), "el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación".

Después de unas semanas en las que, como en ocasiones anteriores, el foco de atención se dirigió hacia las instrucciones procedentes de la DGT (se insiste, desprovistas de carácter vinculante), el RDL 18/2020 terció en el tema llevando a cabo una segunda concreción de esta cláusula sobre salvaguarda del empleo, normativizando en buena medida los criterios de la DGT e incorporando al texto de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 aspectos de flexibilización nuevos, aportados por el Acuerdo Social para la Defensa del Empleo de 11 de mayo de 2020, a instancia de las organizaciones empresariales.

De este modo, la obligación de mantener el empleo durante los 6 meses siguientes a la fecha de la reanudación de la actividad, tras la nueva redacción dada por la disposición final primera. Tres del RDL 18/2020 a la polémica disposición adicional 6^a del RDL 8/2020, queda como sigue:

- a. El compromiso se circunscribe a las empresas acogidas a ERTEs basados en la causa prevista en el artículo 22 del RDL 8/2020 —fuerza mayor derivada del Covid-19— y únicamente respecto de las personas trabajadoras incluidas en esos mismos ERTEs. Sin embargo, el posterior RDL 24/2020 extenderá la aplicación de esta cláusula de salvaguarda de empleo a las empresas y entidades que, a partir de la entrada en vigor de dicho decreto ley (27 junio 2020), se hayan acogido a un ERTE por causas ETOP derivadas del Covid-19 al amparo del artículo 23 del RDL 8/2020 y que se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral (exención de cotizaciones) previstas en el artículo 4 del propio RDL 24/2020. Para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del RDL 24/2020, el plazo de 6 meses del compromiso empieza a computar a partir del 27 de junio de 2020.
- b. Por reanudación de actividad, a efectos del *dies a quo* del plazo de compromiso, se entiende "la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla". No se ha de esperar, por tanto, a la extinción total del ERTE para la activación del compromiso de conservación de empleo.

Un aspecto que no queda claro con la nueva redacción es si el compromiso se activa individualmente para cada persona trabajadora a partir de su reincorporación (opción a), o si el plazo de seis meses empieza a correr simultáneamente para todas las personas afectadas por el ERTE, a partir de la primera reincorporación de cualquiera de ellas (opción b). Personalmente me inclino por la primera de las opciones planteadas (una vez descartada legalmente la necesidad de esperar a que estén reincorporados todos los trabajadores), pues entiendo que el compromiso de conservación del contrato de trabajo que adquiere la empresa lo es *uti singuli*, esto es, respecto de cada trabajador individualmente considerado¹⁵.

c. Se considerará incumplido el compromiso si, con las excepciones que se indican en el apartado siguiente, "se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes". No se entenderá incumplido, por tanto, el compromiso si la empresa enlaza el ERTE basado en fuerza mayor dimanante del COVID-19 con un nuevo expediente por causas objetivas, relacionadas o no con el COVID-19; tampoco si las relaciones laborales de las personas afectadas por el ERTE quedan suspendidas o interrumpidas por alguna de las causas previstas en los artículos 45 y 46 ET.

d. El mantenimiento del empleo durante ese periodo de 6 meses tampoco se considerará incumplido cuando:

- i. La extinción del contrato de las personas afectadas por el ERTE se deba a: despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, o al fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo.
- ii. El contrato temporal se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación. Esta previsión debe coherir con la medida contenida en el artículo 5 del RDL 9/2020, por la que se interrumpe la duración de los contratos temporales insertos en un ERTE por Covid-19.

Por tanto, se entenderá incumplido el compromiso cuando el contrato de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE basado en las causas del artículo 22 del RDL 8/2020 se extinga por los restantes motivos previstos en el artículo 49 y concordantes del ET: mutuo acuerdo; cumplimiento de la causa pactada en el contrato de trabajo (condición resolutoria); jubilación, muerte o incapacidad del empresario o disolución de la persona jurídica, sin mediar subrogación; despido objetivo o cole-

15 No ha prosperado el criterio de la DGT según el cual la activación del compromiso de mantenimiento del empleo se iniciaría para todos los trabajadores a partir de la desaparición del estado de alarma, una vez que hubieran decaído las medidas excepcionales sobre reducción de jornada y suspensión de contratos basadas en el COVID-19, contenidas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

tivo; rescisión por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género; rescisión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en los supuestos de los artículos 40, 41 y 50 ET (no equiparables a dimisión); desistimiento empresarial (en período de prueba, de alto cargo); despido declarado o reconocido como improcedente.

Resulta muy cuestionable que la empresa tenga que responder devolviendo la totalidad de las bonificaciones aplicadas durante el ERTE, cuando no es ella la que pone fin directamente a la relación laboral ni ha incurrido en un incumplimiento grave que legitime la acción rescisoria del trabajador. Es el caso de las resoluciones contractuales que los trabajadores pueden activar al amparo de los artículos 40.1 y 41.3 ET. Repárese en que, una vez haya expirado el estado de alarma, previsiblemente serán muchas las empresas que se vean abocadas a adoptar medidas de flexibilidad interna (reducciones de jornada y salarios, ajuste de horarios, revisión de turnos...) para ajustar las condiciones laborales a la nueva situación económica y productiva resultante de la pandemia, no siendo razonable que se las penalice por acudir a una herramienta que, precisamente, lo que persigue es preservar la continuidad de la actividad productiva y, con ella, del empleo.

- e. El rigor inicial de esta cláusula de salvaguarda de empleo se ha visto notablemente rebajado tras las negociaciones que desembocaron en el Acuerdo suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales para la defensa del empleo, del que trae causa el RDL 18/2020. Dos medidas apuntan en esta dirección flexibilizadora:
 - i. Del compromiso de mantenimiento del empleo quedan exoneradas las empresas en las que concurra riesgo de concurso de acreedores según el art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Estas empresas sí podrán acudir a despidos objetivos o colectivos que afecten a personas trabajadoras previamente incluidas en ERTEs por fuerza mayor, sin tener que reintegrar las cotizaciones de las que se vieron dispensadas. La medida es razonable pensando en empresas cuya viabilidad o subsistencia pase indefectiblemente por la necesidad de reducir costes recurriendo a ajustes de plantilla compatibles con su delicada situación económica y productiva.
 - ii. Se mantiene la regla introducida por el RDL 11/2020 conforme a la cual el compromiso de mantenimiento de empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad en el empleo.
- f. En cuanto a las consecuencias que se siguen del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo, el RDL 18/2020 las ha circunscrito al ámbito de las medidas de Seguridad Social, sin contemplar impacto alguno sobre la relación de empleo ni sobre la calificación de la extinción, que será procedente, improcedente o nula, con arreglo a la legalidad ordinaria. Tampoco se ha tipificado dicho incumplimiento vía LISOS como infracción administrativa sancionable.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

En efecto, lo único que se dispone es que las empresas incumplidoras de este compromiso “deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar”. De lo dicho se desprende que la cláusula de salvaguarda de empleo no vincula a las empresas que se acogieron a medidas de reducción de jornada o suspensiones de contrato al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020, pero renunciaron a los beneficios en materia de cotización regulados en su artículo 24 (que, cabe recordar, precisan solicitud de la empresa), pues nada habría que devolver en dicho supuesto.

No queda claro qué deba entenderse por “totalidad del importe de las cotizaciones exoneradas” ¿Todas las aplicadas por la empresa durante el ERTE o únicamente las del concreto trabajador cesado? La expresividad normativa sugiere lo primero, probablemente inspirada por una finalidad disuasoria, pero el resultado se antoja desproporcionado a la gravedad de la infracción. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una empresa con miles de trabajadores afectados por un ERTE del artículo 22 RDL 8/2020 que tuviera que abonar, con recargo e intereses de demora, todas las cotizaciones dejadas de recaudar (la cifra puede ser altísima) por el simple hecho de haber despedido improcedentemente a uno de ellos en los seis meses siguientes. Solución tan extrema debe descartarse porque daría lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración, además de no compadecerse con el principio de proporcionalidad que debe informar las actuaciones en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

7. BALANCE Y PROPUESTAS

Aunque no se dispone de datos oficiales agregados sobre el total de ERTES y de trabajadores afectados por medidas de suspensión de contratos y de reducción de jornada en el conjunto del Estado –los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Economía Social se refieren a los procedimientos de regulación de empleo comunicados a la DGT y únicamente computan los trabajadores afectados por procedimientos de ámbito nacional¹⁶–, se estima que más de 3,5 millones de trabajadores han logrado conservar sus empleos durante la pandemia merced a la flexibilización de este mecanismo de ajuste temporal de empleo, que el RDL 8/2020 ha acompañado de medidas extraordinarias dirigidas a aligerar su coste sobre las empresas y de prestaciones por desempleo devengables en condiciones muy ventajosas. Si atendemos a los datos ofrecidos por el SEPE –entidad gestora responsable de abonar la prestación por desempleo a los trabajadores incluidos en ERTEs autorizados–, un total de 2.840.735 personas afectadas por un ERTE recibieron protección por desempleo en el mes de junio; son 546.545

¹⁶ Los datos acumulados de trabajadores afectados por suspensiones de contrato y reducciones de jornada en el periodo enero-abril 2020 arrojan una variación de 3.489,6% respecto del mismo periodo del año anterior. Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaboral, *Estadística de Regulación de Empleo*, Abril 2020.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

personas menos que las que constaban en el SEPE en el mes anterior (unos 3,4 millones), y la tendencia es decreciente a medida que la actividad se va recuperando y, con ella, las necesidades de empleo.

Pero la finalización del estado de alarma y la superación de la fase crítica de la pandemia no han comportado la recuperación inmediata de los niveles de actividad económica y de empleo preexistentes a la eclosión del COVID-19. Han de pasar varios meses (quizás años) hasta que la economía recupere el pulso que tenía antes de la crisis sanitaria. Es por ello que durante la etapa post-covid será preciso mantener, adaptadas a la nueva realidad, algunas de las medidas aprobadas en los meses precedentes, hasta tanto no se produce la íntegra recuperación de la normalidad productiva (prolongación de vigencia de ERTEs, exoneración gradual de cotizaciones —premiando a las empresas que apuestan por recuperar la actividad—, prestaciones extraordinarias por desempleo y para autónomos...) al tiempo que se reordenan y revisan otras para hacerlas más eficaces, eficientes y equilibradas: regulación de aspectos no bien tratados del “teletrabajo” y otras medidas de organización laboral; acotación restrictiva de los supuestos extintivos vedados a las empresas que hayan recurrido a ERTEs incentivados; persecución y sanción de las conductas constitutivas de fraude que dan lugar al devengo indebido de beneficios y prestaciones, etc.

Y una consideración final. Existe vida laboral después de la pandemia. Las medidas de urgencia diseñadas para combatir el impacto del covid-19 en el sistema económico y en el mercado de trabajo no deben contaminar, hasta el punto de desvirtuarlo, el ambicioso programa de reformas que precisa nuestro sistema de relaciones laborales, cuyo marco institucional viene presentando síntomas preocupantes de agotamiento y obsolescencia, en algunos aspectos, desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Esos cambios, de cuya necesidad ya se venía hablando antes del escenario generado por la pandemia, deben ser el resultado de un plan de actuación de más amplio espectro, fruto de un sosegado debate alejado de la sectorialidad, coyunturalidad y premura de la crisis sanitaria —pero no por ello demorado *ad infinitum*— y negociado con los interlocutores sociales, que contribuya a la modernización de nuestra legislación laboral para dar respuesta a las nuevas realidades empresariales y productivas, regule el impacto laboral de las nuevas tecnologías, mejore la calidad del empleo, reduzca la precariedad y favorezca la constitución de un sistema de relaciones laborales cada vez más solidario, democrático e inclusivo. En este sentido, si algo ha hecho la pandemia es poner al descubierto, agudizándolas, debilidades estructurales de nuestro mercado de trabajo que deben ser afrontadas con decisión en los próximos tiempos.

8. SUGERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Beltrán de Heredia, I., "Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDley 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20)", *IUSLabor* 1/2020, págs. 45-110.

Calvo Gallego, J., "Presentación de los comentarios a las medidas sociolaborales ligadas a la crisis sanitaria", *Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/02/presentacion-de-los-comentarios-a-las-medidas-sociolaborales-ligadas-a-la-crisis-sanitaria/>

Calvo Gallego, J., "El tratamiento de los ERTE durante la actual crisis sanitaria", *Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 02.04.2020, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/02/el-tratamiento-de-los-erte-durante-la-actual-crisis-sanitaria/>

Camas Rodas, F., "Claves y curiosidades del Real Decreto-ley 18/2020 en defensa del empleo", 13.05.2020, blog del autor *Sobre Derecho del Trabajo, Inmigración y propuestas culturales*, <https://www.ferrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/claves-decretoley/ia431>

Casas Baamonde, M.ª.E., "La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo", *Diario La Ley*, Nº 9640, Sección Tribuna, 26 de Mayo de 2020.

Fernández Avilés, J.A., "¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?", *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, 2020, págs. 7-26.

Gómez Abelleira, F.J., "La duración de los contratos temporales en suspensión por erte", *Foro de Labos*, 31.03.2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/la-duracion-de-los-contratos-temporales.html>

Mercader Uguina, J.R., "El silencio administrativo positivo y ERTEs por fuerza mayor: la negra sombra del Barón de Rothschild", *Foro de Labos*, 01.04.2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/el-silencio-administrativo-positivo-y.html>

Molina Navarrete, C., "COVID-19 y arte de lo jurídicamente posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo", *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 446, 2020, págs. 5-30.

Nieto Rojas, P., "COVID-19 y ERTEs por causas económicas: ¿con quién negocia la empresa? nuevamente más incertidumbres que certezas", *Foro de Labos*, 30.03.2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/03/covid-19-y-ertes-por-causas-economicas.html>

Nieto Rojas, P., "Sobre la comisión para negociar ERTEs: ¿podrán los sindicatos atender tanta demanda?", *Foro de Labos*, 22.05.2020, "<https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/sobre-la-comision-para-negociar-ertes.html>"

Rojo Torrecilla, E., "Emergencias implementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19", 2020, *blog del Autor*, <http://www.eduardotorrecilla.es/2020/03/emergencia-sanitaria-y-legislacion.html>

Rojo Torrecilla, E., "Emergencia sanitaria y legislación laboral. ERTEs "de transición" y "de rebrote", y más medidas de apoyo al empleo autónomo. Notas a propósito del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial", *blog del Autor*, http://www.eduardotorrecilla.es/2020/06/emergencia-sanitaria-y-legislacion_28.html.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR COVID-19

Sempere Navarro, A-V., "El Derecho laboral, la pandemia y las preposiciones", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 964, 25 de junio de 2020.

Taléns Visconti, E. E., "Análisis de las medidas de Seguridad Social adoptadas por el Gobierno de España en relación con la crisis del COVID-19", *Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 445, 2020, págs. 121-145.

Todolí, A., "Consecuencias de incumplir el compromiso de mantenimiento del empleo de 6 meses para los que se acogen al ERTE", 26.03.2020, blog del Autor *Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adriantodoli.com/2020/03/26/consecuencias-de-incumplir-el-compromiso-de-mantenimiento-del-empleo-de-6-meses-para-los-que-se-acogen-al-erte/>



ESTUDIOS DOCTRINALES

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA: ¿Son servicios esenciales a los fines de limitar el derecho de huelga?

Activities and services characterized as essential by the sanitary emergency regulation: Are they essential services in order to limit the right to strike?

Héctor Omar García

Profesor Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

hgarciaomar@gmail.com ORCID 0000-0002-1598-5194

Recepción de trabajo: 28-06-2020-Aceptación: 18-07-2020

- 1. INTRODUCCIÓN.
- 2. ACTIVIDADES Y SERVICIOS DECLARADOS ESENCIALES POR LAS NORMAS DE EMERGENCIA SANITARIA.
- 3. LOS SERVICIOS CALIFICADOS COMO ESENCIALES POR LA LEY A LOS EFECTOS DE LIMITAR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA.
- 4. TRABAJADORES Y SERVICIOS DECLARADOS ESENCIALES DURANTE LA EMERGENCIA Y SERVICIOS ESENCIALES A LOS EFECTOS DE LIMITAR EL DERECHO DE HUELGA.
 - 4.1. Trabajadores afectados a la prestación de servicios esenciales que encuadran en las previsiones de las Leyes 25.877 y 27.161.
 - 4.2. Trabajadores afectados a actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT.
 - 4.3. Trabajadores afectados a "servicios esenciales por extensión" o a "servicios públicos de importancia trascendental" o a actividades que pueden dar lugar a la exigencia de servicios mínimos.
- 5. "TRABAJADORES" DECLARADOS "ESENCIALES" EN "DOTACIONES MÍNIMAS".
- 6. EMERGENCIA SANITARIA Y "CRISIS NACIONAL AGUDA".
- 7. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El contexto de pandemia y la declaración de emergencia sanitaria, en Argentina, trajeron aparejada una sucesión normativa de decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo nacional, resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros reglamentos administrativos, con incidencia directa en las relaciones individuales de trabajo y con proyecciones en el plano colectivo. Esta situación excepcional, en sentido social y normativo, es abordada en el presente estudio de manera focalizada en el ejercicio de la huelga en el mencionado contexto, considerando especialmente que la normativa de excepción ha declarado a algunas actividades y servicios como "esenciales en la emergencia" que exceden el marco de la enumeración de servicios esenciales establecida en la ley a los fines de limitar el derecho en cuestión. El autor intenta responder a la pregunta sobre la hipotética asimilación o distinción entre ambas calificaciones de "esencialidad".

PALABRAS CLAVE: emergencia sanitaria; servicios esenciales; derecho de huelga; límites

ABSTRACT

The context of pandemic and declaration of a health emergency in Argentina brought about a normative succession of executive decrees of necessity and urgency of the Presidency of the Republic, resolutions of the Ministry of Labour, Employment and Social Security and other administrative regulations, with direct incidence on the individual working relationships and projections at the collective level. This exceptional situation, in a social and regulatory sense, is addressed in this study focused on the exercise of the right of strike in the aforementioned context, especially considering that the exceptional regulations have declared some activities and services as "essentials in the emergency" that exceed the framework of essential services listed in the law in order to limit the indicated right. The author tries to answer the question about the hypothetical assimilation or distinction between both qualifications of "essentiality".

KEYWORDS: health emergency; essential services; right to strike; limits

1. INTRODUCCIÓN

En trabajos anteriores, he efectuado algunas precisiones terminológicas al hilo de críticas vertidas contra el uso de ciertos conceptos o denominaciones que se aplican de manera frecuente a algunos institutos pertenecientes a la temática del derecho de huelga que, desprovistos de rigor jurídico, no resultan apropiados técnicamente ni adecuados a las circunstancias en las cuales dichos conceptos o denominaciones se aplican.

Comienzo por recordar mi objeción a la utilización de la fórmula “*medida de acción directa*” como sinónimo liso y llano de huelga o comprensivo del vasto abanico de formas de acción de conflicto laboral colectivo, que se observa de manera ubicua en trabajos de doctrina, sentencias judiciales y textos normativos¹. Fórmula que, como he dicho en el lugar al que he remitido, debe reservarse para las medidas de conflicto colectivo que son ejecutadas de manera sorpresiva y desprevenida para el empleador –aunque también este puede ser el ejecutor–, es decir, sin haber transitado el procedimiento de conciliación obligatoria o alguna instancia de negociación o, cuando menos, sin haber emitido el preaviso que permite la apertura de la instancia conciliatoria prevista en la Ley 14.786 o de una negociación destinada a solucionar el conflicto.

Del mismo modo, he criticado la expresión “*guardias mínimas*”, utilizada ya de manera muy extendida en la doctrina y la jurisprudencia argentinas como apelativo de los *servicios mínimos* que, como es conocido, constituyen la técnica por antonomasia que utiliza el ordenamiento jurídico laboral para restringir el ejercicio del derecho de huelga en los servicios considerados esenciales, y es la excluyentemente adoptada a ese fin por la legislación argentina².

Así también, en obras anteriores he subrayado que el concepto de *servicios esenciales*, que se utiliza, según acabo de señalar, como factor de limitación del ejercicio del derecho de huelga, posee en el Derecho del Trabajo un significado preciso y propio de esta disciplina, que se diferencia del usualmente más amplio que se le otorga en otras ramas del Derecho –v.gr., Constitucional, Administrativo y del Consumidor– y en la política jurídica en general. Significados que no podrían ser utilizados en oposición al ejercicio del derecho de huelga sin menoscabar su garantía constitucional y soslayar su regulación legal específica³. En el Derecho del Trabajo y en la normativa laboral, la noción de *servicio esencial* cumple la función excluyente de determinar el ámbito en el cual se aplica al ejercicio del de-

1 Véase García, H.O., “Acción ‘directa’ y conciliación: apostillas y conjeturas sobre el procedimiento aplicable a la huelga y el *lock-out*”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2013, Año IV – Nº 4 Derecho Colectivo del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp. 85/118.

2 Véanse mis trabajos sobre “La huelga en los servicios esenciales”, en AA.VV. (Ackerman, M.E. Dir. y Tosca, D.M. Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, primera edición, T. VIII - Relaciones colectivas de trabajo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 805/887; y en AA.VV. (Rodríguez Mancini, J. Dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387.

3 *Ibidem*.

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

recho de huelga una regulación especial de carácter restrictivo⁴, de lo cual deriva como consecuencia inmediata la inadmisibilidad de estrechamientos al campo de acción de este derecho más intensas que las que recibe en ese ámbito regulatorio particular.

De acuerdo con autores como Tribuzio y Baylos, la calificación de un servicio como *esencial* se encuentra investida de una *laboralidad* propia que se verifica exclusivamente en el conflicto de trabajo, por la cual el carácter esencial de una actividad o servicio se deriva de su funcionalidad específica para garantizar la tutela de necesidades vitales para las personas que, en razón de ello, se sobreponen al derecho de huelga reclamando, cuanto menos, la moderación de sus efectos⁵. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español, ha entendido que “la calificación de unos servicios como esenciales ‘desde una óptica diferente a la propia del derecho de huelga’ no puede sustituir la calificación que, conforme a los parámetros constitucionales, permite hablar de actividad o servicio ‘esencial a los efectos de la huelga’”⁶.

Ahora bien, como usted sabe, amigable lector, nos encontramos ante una situación excepcional, imprevista y atemorizante, con motivo de la pandemia de COVID-19 (acrónimo de *CoronaVirus Disease*), generada por un nuevo tipo de *coronavirus*, fantasma que recorre el planeta de Oriente a Occidente y “cambió el mundo del trabajo en pocos días”⁷, que ha motivado, en nuestro país, la ampliación de la emergencia sanitaria originariamente declarada por el art. 1 de la Ley 27541, en cuyo marco se ha emitido una producción en serie de normas administrativas –decretos de necesidad y urgencia (DNU), decisiones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y resoluciones ministeriales– que, en lo que aquí interesa, se encuentran provistas de contenido laboral accesoria de las prioritarias de orden sanitario.

Más concretamente, en esas normas de carácter laboral se hacen reiteradas menciones a “actividades o servicios esenciales” y a “personal esencial”, lo que motiva la pregunta acerca de la relación –si la hay– entre estos conceptos y el de servicios esenciales a los efectos de recortar el ejercicio del derecho de huelga. A responder esa pregunta se dedicarán los párrafos subsiguientes, luego de pasar revista a algunos dispositivos seleccionados de la copiosa normativa surgida para sobrellevar la situación de emergencia.

⁴ Vivero Serrano, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, 1^a edición, Valladolid, 2002, p. 130.

⁵ Tribuzio, J.E., “La huelga en los servicios esenciales”, en AA.VV. (Simón, J.C. Dir. y Ambesi, L. Coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 755.

⁶ Baylos Grau, A., *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 93.

⁷ Machado, J.D. y Arese, C. y Guirado, D., “Presentación”, *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, Suplemento digital “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Dossier N° 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 3.

2. ACTIVIDADES Y SERVICIOS DECLARADOS ESENCIALES POR LAS NORMAS DE EMERGENCIA SANITARIA

De la amplia secuencia de dispositivos dictados en el señalado contexto de alto estrés normativo que comenzó el 6 de marzo de 2020, tienen interés, al objeto del presente trabajo, algunos DNU del Poder Ejecutivo Nacional, una *decisión administrativa* de la Jefatura de Gabinete de Ministros y algunas resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS), que repasaré a continuación con el mayor esfuerzo de síntesis que me resulte posible.

Comienzo por el DNU 260/2020, dictado el 13 de marzo de 2020 —cuyo art. 1º amplió por el plazo de un año la emergencia pública en materia sanitaria que había establecido la Ley 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el nuevo coronavirus y la enfermedad que este provoca (denominada COVID-19)—, que facultó, en su art. 12, a dicho ministerio a “establecer las condiciones de trabajo y licencias que deberán cumplir quienes se encuentren comprendidos en las previsiones del artículo 7º del [propio] decreto⁸, durante el plazo que establezca la autoridad sanitaria”.

En ejercicio de las facultades delegadas por el mencionado DNU, el 13/03/2020, el MTESS dictó la Resolución N° 202/2020, mediante la cual ordenó la “suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de sus remuneraciones” a todos los trabajadores y trabajadoras que se encontraran en las situaciones de aislamiento preventivo obligatorio descriptas en el artículo 7 del

⁸ “Artículo 7º. –Aislamiento obligatorio. Acciones preventivas: 1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas: a) Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera ‘caso sospechoso’ a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a ‘zonas afectadas’ o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica. b) Quienes posean confirmación médica de haber contraido el COVID-19. c) Los ‘contactos estrechos’ de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación. d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. Con el fin de controlar la trasmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas”.

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

DNU 260/2020 y extendió esa suspensión a quienes prestaran servicios de forma continua bajo figuras *no dependientes*, tales como locaciones de servicios reguladas por Decreto 1109/2017, becas en lugares de trabajo, pasantías y residencias médicas.

Dos días más tarde, el MTESS emitió la Resolución 207/2020, que luego de enunciar, en sus considerandos, la necesidad de “*ampliar los grupos de personas alcanzados por la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo en función de sus características personales*” y la conveniencia de dictar las medidas necesarias para bajar la afluencia de personas en el transporte público y en los lugares de trabajo “*sin que ello afecte la producción y el abastecimiento de los bienes y servicios necesarios*”, manteniendo al efecto vigente el deber de asistencia al trabajo “*para aquel personal calificado de ‘esencial’*”, dispuso en su art. 1º la anunciada suspensión del deber de asistir al lugar de trabajo. La medida se extendió por un plazo de 14 días, con goce de haberes, para tres conjuntos de personas, a las cuales, encontrándose en situación laboral activa, se les impuso la reclusión por razones sanitarias: a) las trabajadoras embarazadas, b) los trabajadores incluidos por la autoridad sanitaria en los grupos de riesgo y c) los trabajadores mayores de 60 años con excepción de los que se considerasen “*esenciales para el funcionamiento del establecimiento*” (art. 1º, res. cit.). El inciso a) del primer párrafo de este artículo 1º finaliza señalando que: «*Se considerará ‘personal esencial’ a todos los trabajadores del sector salud*».

Todas estas medidas —sintetiza Ackerman— fueron luego llevadas a su extremo por el DNU 297/2020, de fecha 19 de marzo de 2020, que ordenó, ya con carácter general para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria, la medida de “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020⁹, recientemente prorrogada hasta el 26 de abril del mismo año por el DNU 355/2020.

Se exceptuó de esta medida extrema a las personas afectadas a las “*actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia*”, enumeradas en el artículo 6º del mismo decreto, cuyos desplazamientos “*deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades o servicios*”. La enumeración de este artículo comprende:

1. *Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, bomberos y control de tráfico aéreo.*
2. *Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales y municipales. Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial y municipal, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.*
3. *Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes.*

⁹ Ackerman, M.E., “El COVID-19 (coronavirus) y la relación de trabajo”, *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, Suplemento digital “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Dossier N° 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 7 (RC D 1455/2020).

4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.
5. Quienes deban asistir a personas con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; personas mayores; niños, niñas y adolescentes.
6. Quienes deban atender una situación de fuerza mayor.
7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. No se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.
8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios, y merenderos.
9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.
10. Personal afectado a obra pública.
11. Supermercados mayoristas y minoristas, y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Veterinarias. Provisión de garrafas.
12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios.
13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.
14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.
15. Actividades imposergables vinculadas con el comercio exterior.
16. Recolección de basura y residuos. Transporte y tratamiento de residuos peligrosos y patogénicos.
17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.
18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP.
19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.
20. Servicios de lavandería.
21. Servicios postales y de distribución de paquetería.
22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia.
23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de ener-

gía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.

24. Casa de la Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BCRA considere imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos".

El artículo aclara que el Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la *Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional* y con recomendación de la autoridad sanitaria, podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la medida.

El listado del art. 6º del DNU 297/2020 fue luego ampliado por la *Decisión Administrativa* del Jefe de Gabinete de Ministros nº 429/2020, del 20 de marzo del mismo año. El art. 1º de este reglamento incorporó al listado de "actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia"—por tanto, exceptuadas del cumplimiento del «aislamiento social, preventivo y obligatorio» y de la prohibición de circular— a las "personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación":

- 1.** Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias.
- 2.** Producción y distribución de biocombustibles.
- 3.** Operación de centrales nucleares.
- 4.** Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria, que también deben garantizar las prestaciones a las personas que se hallaran alojadas en ellos a la fecha del dictado del DNU 297/2020.
- 5.** "Dotación de personal mínima" necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de Aviones Brigadier San Martín S.A.
- 6.** Personas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores que compongan una "dotación mínima" del personal de su actividad y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario.
- 7.** Operación de aeropuertos y de garajes y estacionamientos, con "dotaciones mínimas".
- 8.** Sostenimiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera.
- 9.** Curtiembres, con "dotación mínima", para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica.
- 10.** Restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, para vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria.

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

Estos últimos —se aclara—, en ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal; y los desplazamientos de las personas alcanzadas por la norma deberán limitarse al “*estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales*”.

El art. 2º de la Decisión Administrativa permite la circulación de los ministros de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual, sin perjuicio del deber de los templos de ajustar su funcionamiento a lo establecido en el primer párrafo del art. 5º del DNU 297/2020¹⁰.

Y, por último, el art. 3º de la disposición de la Jefatura de Gabinete de Ministros aclara que cuando el art. 6º, inciso 12, del Decreto 297/2020 menciona a las “industrias de alimentación” se refiere a “*las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios*”.

El mismo 20 de marzo de 2020 se publicó la Resolución 219/2020 del MTESS, que, en lo que interesa a los fines del presente estudio, dispuso, entre otras habilitaciones destinadas a empresas que no deban interrumpir su actividad¹¹, la facultad del empleador de reorganizar la jornada de trabajo “*a efectos de garantizar la continuidad de la producción en las actividades declaradas esenciales*” y, en el supuesto de que ello requiera de trabajo en horas suplementarias, el pago de estas con una reducción del 95 % de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la ley 27541, destinada al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

Mediante el DNU 325, del 31 de marzo de 2020, se prorrogó la vigencia del DNU 297/2020 —esto es, la medida de “*aislamiento social preventivo y obligatorio*” dispuesta en el marco de la emergencia sanitaria declarada por el DNU 260/2020— hasta el 12 de abril del mismo año, y luego se sucedieron sucesivas prórrogas a la situación de excepción por períodos quincenales mediante los DNU N° 325, 355, 408 y 459 de 2020, esta última hasta el 24 de mayo del mismo año.

En el DNU 332, emitido el 1 de abril de 2020, aparece otra referencia a “*sujetos que realizan actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia sanitaria*” y, por tanto, se encuentran exceptuados del cumplimiento del «*aislamiento social, preventivo y obligatorio*». En este caso, el art. 4

¹⁰ “Artículo 5º. – Durante la vigencia del “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.”.

¹¹ Tales como: a) la dispensa del deber de asistencia al trabajo de los trabajadores y trabajadoras alcanzados por el “*aislamiento social preventivo y obligatorio*”; b) la posibilidad de que las tareas de los trabajadores alcanzados por esta dispensa sean realizadas desde el lugar de aislamiento, acordada con el empleador; c) el derecho a la remuneración habitual cuando se acuerde la realización de tareas en el lugar de aislamiento; d) el derecho a la percepción de la misma remuneración habitual para los trabajadores que no tengan la posibilidad de realizar sus tareas en el lugar de aislamiento, pero con carácter no remunerativo, esto es, con exoneración de aportes y contribuciones al sistema seguridad social salvo los destinados a obras sociales y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI); e) la posibilidad de contratar trabajadores con la modalidad de contrato de trabajo eventual, con una reducción del 95% de la contribución patronal prevista en el artículo 19 de la ley 27.541, destinada al SIPA; y f) obligación del empleador de extender una certificación a los trabajadores que deban prestar servicios a fin de que puedan circular en la vía pública.

del DNU los menciona para excluirlos —junto a todos aquellos que no exterioricen indicios concretos de una disminución representativa de su nivel de actividad— de los beneficios enumerados en el art. 2º¹², correspondientes al “*Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria*” creado por el art. 1 de la propia norma.

Ahora bien, repasados los textos de las disposiciones que contienen referencias a “*actividades y servicios esenciales en la emergencia*” y a personas afectadas a la prestación de ellos, cabe preguntarse sobre las posibles relaciones o distinciones entre tales actividades y las calificadas como *servicios esenciales a los efectos de la huelga* por el art. 24 de la Ley 25.877 y la Ley 27.161.

3. LOS SERVICIOS CALIFICADOS COMO ESENCIALES POR LA LEY A LOS EFECTOS DE LIMITAR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

En la Argentina, las únicas restricciones de carácter sustancial o de fondo al ejercicio del derecho de huelga —cabe subrayar: garantizado en el segundo párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN)— se relacionan con la interrupción de actividades calificadas expresamente por la ley como *servicios esenciales*. Esas limitaciones surgen de las ya mencionadas leyes N° 25.877 (art. 24) y 27.161, que acto seguido reproduczo en lo que contribuyen al objeto de este opúsculo.

El art. 24 de la Ley 25.877 enumera como servicios esenciales “*los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo*”. Esta enumeración —taxativa y en principio cerrada— es susceptible de ser ampliada, con carácter de excepción y para casos concretos, previa apertura del procedimiento de conciliación obligatoria previsto en la Ley 14.786, por la Comisión de Garantías creada por Decreto 272/2006.

¹² Artículo 2 del DNU 332/2020: “*El Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción consistirá en la obtención de uno o más de los siguientes beneficios: a) Postergación o reducción de hasta el Noventa y cinco por ciento (95 %) del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino. b) Asignación Compensatoria al Salario: Asignación abonada por el Estado para todos los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado, comprendidos en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley N° 14.250 (texto ordenado en 2004) y sus modificaciones, para empresas de hasta cien (100) trabajadoras y trabajadores. c) REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria: Suma no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino abonada por el Estado para las y los trabajadores en relación de dependencia del sector privado, comprendidos y comprendidas en el régimen de negociación colectiva en los términos de la Ley N° 14.250 (texto ordenado 2004) y sus modificaciones en empleadores y empleadoras que superen los cien (100) trabajadores y trabajadoras. d) Sistema integral de prestaciones por desempleo: las y los trabajadores que reúnan los requisitos previstos en las Leyes Nros. 24013 y 25371 accederán a una prestación económica por desempleo conforme las consideraciones estipuladas en el artículo 11 del presente decreto*”.

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

La ampliación excepcional y puntual del listado de servicios esenciales puede tener lugar en dos supuestos especialmente previstos en el tercer párrafo del dispositivo legal:

- a. *Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población;*
- b. *Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo".*

Las excepciones legales remiten a los conceptos de los denominados *servicios esenciales por extensión* por la doctrina técnica jurídica de la OIT, que comprende a las actividades que, sin ser consideradas como *esenciales en sentido estricto*, pueden dar lugar a la exigencia de *servicios mínimos*. A este respecto, en función de los criterios del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, hay que distinguir dos supuestos: a) cuando las actividades en las que la ejecución de la medida, en función de dos condiciones objetivas –duración y extensión territorial–, pueda hacer peligrar la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; y b) cuando se trate de un *servicio público de importancia trascendental*. Ejemplos rotundos de actividades que pueden convertirse, primero, en un servicio esencial por extensión (inciso a) es la recolección de residuos¹³, y en segundo lugar, en un servicio público de importancia trascendental (inciso b), es el “transporte terrestre de personas y mercancías”¹⁴.

A todo lo precedente hay que agregar a la enumeración legal de servicios esenciales a las actividades en que se desagrega el concepto de “servicio público de navegación aérea”, regulado por la Ley 27161, que enumera el art. 2 de este régimen: “a. La Gestión del Tránsito Aéreo (ATM), incluyendo los Servicios de Tránsito Aéreo (ATS). b. La Gestión de Afluencia del Tránsito Aéreo (ATFM) y la Gestión del Espacio Aéreo (ASM). c. Los Servicios de Información Aeronáutica (AIS). d. El Servicio de Comunicaciones Aeronáuticas (COM). e. El Sistema de Comunicaciones, Navegación y Vigilancia (CNS). f. El Servicio de Búsqueda y Salvamento (SAR). g. El Servicio Meteorológico para la Navegación Aérea (MET)”.

A todo lo plasmado a texto expreso en la leyes nacionales hay que adicionar los “criterios” y “principios” de los órganos de control de normas de la OIT, conforme al reenvío expreso del inciso b) del tercer párrafo del art. 24 de la ley 25.877, precedentemente transcripto, y el que se reitera en párrafo final de la misma norma, que pasan así a integrar el complejo bloque normativo interno que regula el derecho de huelga.

La doctrina técnica de los órganos de contralor normativo de la OIT ingresa al derecho interno argentino por una doble vía: por medio del art. 75.22 CN, cuando entroniza los tratados internacionales “en las condiciones de su vigencia”, y por el ya referido doble reenvío expreso contenido en el art. 24 de la Ley 25.877.

¹³ OIT, Comité de Libertad Sindical, 309º Informe, caso nº 1916.

¹⁴ OIT, Comité de Libertad Sindical, 292º Informe, caso nº 1679.

4. TRABAJADORES Y SERVICIOS DECLARADOS ESENCIALES DURANTE LA EMERGENCIA Y SERVICIOS ESENCIALES A LOS EFECTOS DE LIMITAR EL DERECHO DE HUELGA

Luego de excusarme ante el lector por la fatigante lectura de los apartados precedentes, vuelvo sobre la principal particularidad de la normativa laboral emitida en el marco de la emergencia sanitaria, que ha motivado el presente trabajo. No obstante haber insistido al comienzo de este estudio, como en otros lugares¹⁵, en que el sentido específico y propio del concepto de *servicios esenciales* utilizado en la disciplina jurídica laboral y su normativa no es otro que el de restringir el ejercicio del derecho de huelga —en otras palabras, limitar el alcance de la garantía constitucional a este derecho—, nos encontramos ante una serie de normas recientemente dictadas que recurren reiteradamente al concepto de «*servicio esencial*» o de “*actividad esencial*” y al de “*personal afectado a servicios esenciales*”, las cuales, a pesar de que poseen carácter específico laboral, sin embargo, su utilización no está destinada a limitar el derecho de huelga sino a establecer una excepción a la “*dispensa de trabajar*” ordenada por la autoridad pública como complemento del “*aislamiento social preventivo y obligatorio*” impuesto como medida destinada a conjurar la epidemia de COVID-19.

Pero esta innovadora aparición normativa sorprende más aún en cuanto —más allá de la *ratio legis* diferente de sendos plexos normativos, de emergencia y de la huelga en los servicios esenciales— las consecuencias prácticas de uno y otro conjunto de disposiciones es confluente: ambos determinan la asistencia al trabajo y la prestación de tareas de ciertos trabajadores, que no pueden excusarse, en un caso, en la *dispensa de trabajar* impuesta por el gobierno nacional en la emergencia sanitaria, y en el otro, en la convocatoria de huelga por la organización sindical que los represente.

¿Qué puede extraerse de esta constatación? El Poder Ejecutivo —y otros órganos de la administración pública por delegación de la primera magistratura— ¿puede limitar válidamente el ejercicio del derecho de huelga en situaciones de emergencia? Y, en su caso, aun sin haber sido ese el objeto que dio origen a la expedición de los reglamentos destinados a hacer frente a la pandemia, ¿qué efecto tiene sobre el potencial ejercicio del derecho de huelga la declaración de ciertos servicios o categorías laborales personales como *esenciales* por parte de esas normas?

Antes de buscar las respuestas a esas preguntas, efectuaré un reagrupamiento de las actividades y prestaciones personales “esenciales” a las que se refieren el DNU 297/2020 y la Decisión Administrativa 429/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en conjuntos confeccionados de acuerdo con

¹⁵ Por todos, véase García, H.O., “La huelga en los servicios esenciales” en AA.VV. (Rodríguez Mancini, J. Dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387; e ídem, “La huelga en los servicios esenciales”, en AA.VV. (Ackerman, M.E. Dir. y Tosca, D.M. Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, segunda edición, T. VIII – Relaciones colectivas de trabajo II, Rubinzel-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020 (en proceso de edición).

los servicios que las Leyes 25877 y 27161 califican como esenciales, y aquellos que, según la doctrina del Comité de Libertad Sindical, son servicios esenciales en sentido estricto, y otros, que sin merecer esa categorización son susceptibles de la exigencia o imposición de servicios mínimos y podrían ser incluidos —por la Comisión de Garantías— en la calificación legal como excepciones previstas en los incisos a) y b) del tercer párrafo del art. 24 de la Ley 25.877. Luego de ello, una breve distinción entre servicios y trabajadores “esenciales”.

4.1. Trabajadores afectados a la prestación de servicios esenciales que encuadran en las previsiones de las Leyes 25877 y 27161

- Personal de salud y de control de tráfico aéreo.
- Asistencia a personas con discapacidad.
- Provisión de garrafas (“producción y distribución de [...] gas”).
- Mantenimiento de los servicios básicos de agua, electricidad y gas.
- Atención de emergencias.
- Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de yacimientos de gas, plantas de tratamiento o refinación de gas, transporte y distribución de energía eléctrica y gas y generadores de energía eléctrica.
- Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria.

4.2. Trabajadores afectados a actividades consideradas servicios esenciales en sentido estricto por los órganos de control de la OIT

- Fuerzas armadas y de seguridad.
- Bomberos.
- Autoridades superiores de gobierno nacional, provinciales y municipales¹⁶.
- Personal de la Cruz Roja y Cascos Blancos.
- Personas afectadas a la atención de comedores escolares.
- Mantenimiento del servicio básico de comunicaciones.

¹⁶ Si bien la labor de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado no constituye un servicio esencial en el sentido estricto del término para la doctrina de los órganos de control de normas de la OIT, según esta misma doctrina internacional dichos funcionarios públicos pueden ser privados del ejercicio del derecho de huelga. Vid. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición [revisada], Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 124, párr. 574 y 576, entre otros.

4.3. Trabajadores afectados a “servicios esenciales por extensión” o a “servicios públicos de importancia trascendental” o a actividades que pueden dar lugar a la exigencia de servicios mínimos

Algunos de los servicios declarados esenciales por las normas de emergencia no poseen tal carácter para la doctrina del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la OIT, a la que remite el art. 24 de la Ley 25877, no obstante lo cual, dada su relevancia o utilidad pública se les podría exigir a los huelguistas el cumplimiento de *servicios mínimos* de actividad o funcionamiento¹⁷.

- Servicios esenciales de vigilancia y limpieza.
- Servicios funerarios, entierros y cremaciones.
- Atención de comedores comunitarios y merenderos.
- Personal afectado a obra pública (en determinados contextos de emergencia).
- Supermercados mayoristas y minoristas, y comercios minoristas de proximidad (en determinados contextos de emergencia).
- Farmacias.
- Veterinarias.
- Servicios de comunicación audiovisual, radial y gráfica.
- Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.
- Recolección de basura y residuos.
- Transporte y tratamiento de residuos peligrosos y patogénicos.
- Servicios postales y de distribución de paquetería.
- Servicios de vigilancia, limpieza y guardia.
- Personal de los servicios de justicia de turno.
- Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.
- Actividades imposergables vinculadas con el comercio exterior.
- Instituto monetario o Casa de moneda.
- Servicios de bancos, cajeros automáticos y transporte de caudales.

¹⁷ OIT, *La libertad sindical...*, cit., pp. 133/135, párr. 615/626.

- Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y gas licuado de petróleo (GLP).
- Yacimientos y plantas de tratamiento o refinación de petróleo.
- Operación de aeropuertos, garajes y estacionamientos, con “dotaciones mínimas”.
- Actividades vinculadas a la protección ambiental en la minería.

5. “TRABAJADORES” DECLARADOS “ESENCIALES” EN “DOTACIONES MÍNIMAS”

Cabría hacer todavía un reagrupamiento adicional dentro del contenido normativo de los reglamentos de emergencia, que separara a los servicios o actividades que aquellos adjetivan como «esenciales», de las personas a las cuales esas normas administrativas aplican el mismo adjetivo.

En cuanto a las personas (*trabajadores*), la declaración de estos como esenciales está vinculada a la prestación de algunas actividades calificadas del mismo modo por el poder administrador del Estado, que considera necesario que esas actividades no se paralicen durante el transcurso de la emergencia sanitaria; razón por la cual exime del aislamiento forzado a los trabajadores que se desempeñan en ellas. En algunos casos, las normas de excepción comprenden, de manera genérica e indistinta, a todo el personal afectado a la prestación de tareas en las actividades esenciales enumeradas por aquellas, y en otros, incluye implícitamente en la enumeración, a las personas que trabajan como partícipes de grupos a los que menciona como “guardias mínimas” –terminología que ya he criticado cuando se aplica a los servicios mínimos entendidos como recortes al ejercicio de la huelga en los servicios esenciales– o “dotaciones mínimas”.

Es decir, que los reglamentos de emergencia han confeccionado listados misceláneos que aglomeran “actividades” con “sujetos”, adjetivados todos como “esenciales”. Si se tratara de disposiciones destinadas a restringir el ejercicio del derecho de huelga, no permitirían disimular un defecto en la técnica de elaboración normativa, que entraña una confusión entre los servicios *esenciales* y los servicios *mínimos*, es decir, entre el efecto y la causa de la restricción. Esta aparente confusión de las normas de emergencia sanitaria me trae a colación el ordenamiento laboral chileno. La Ley 20940, que reformó en 2016 el Código del Trabajo de la República de Chile, ha merecido la acerada crítica de José Luis Ugarte, en la medida de que, al regular el ejercicio de la huelga “confunde una categoría propia de los límites externos al derecho de huelga (*servicios esenciales*) con la técnica que el Derecho utiliza para dar cauce a esos límites (*servicios mínimos*)”, presentando así a las dos versiones de límites al derecho en cuestión “como autónomas entre sí”¹⁸.

¹⁸ Ugarte Cataldo, J.L., *Huelga y derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 195/196.

De regreso a las normas dictadas en Argentina en el contexto de la emergencia sanitaria, es a mi juicio evidente que la intención del Poder Ejecutivo, devenido legislador en el marco de las circunstancias excepcionales señaladas, no ha sido la de re-reglamentar el derecho de huelga ni de ampliar las restricciones a su ejercicio, ni siquiera para la transitoriedad de la emergencia. El propósito ha sido el de habilitar algunas excepciones —que malgrado el gobierno considera imprescindibles— a la regla de aislamiento forzoso que impuso a la población para evitar o reducir a la máxima expresión posible el contagio de la COVID-19, única medida que hasta el momento ha demostrado cierta eficacia contra la propagación de esta devastadora enfermedad. En palabras más simples, el objetivo gubernamental al calificar a trabajadores y servicios como esenciales no es el de la concurrencia al trabajo para neutralizar o atenuar la paralización de algunas actividades ante hipotéticas huelgas sino, en distinto sentido, que algunos trabajadores cuenten con autorización para concurrir a su trabajo mientras la generalidad del personal de las empresas está inhibido de ello porque debe permanecer en sus casas cumpliendo la cuarentena para evitar la transmisión del coronavirus.

La finalidad de los decretos y resoluciones de emergencia sanitaria no es otra que la de evitar o limitar al extremo la circulación de personas y, asimismo, su concentración, para lo cual los ámbitos de trabajo son inexorablemente propicios. No en vano el DNU 297/2020, en su art. 6, inciso 7 —visto en el apartado II de este trabajo—, bloquea una de las libertades civiles básicas de la democracia como es el derecho de reunión, garantizado por el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras normas que en la Argentina poseen jerarquía constitucional.

A través de esa lente deben leerse las menciones a las “dotaciones mínimas” que utilizan los preceptos de emergencia, los cuales —viene al caso subrayarlo— no remiten a la conformación de los equipos de trabajo imprescindibles para atender servicios esenciales, de manera dosificada durante un conflicto, a los fines de no herir gravemente la eficacia de la huelga. Se trata de reducir en grado sumo las posibilidades de ruptura de la medida de “aislamiento social preventivo y obligatorio” impuesta como herramienta defensiva excluyente contra la pandemia, en la medida de que es inevitable sostener determinadas actividades que hacen a las necesidades más elementales de la población. Para atender esas necesidades las normas administrativas han seleccionado a determinados trabajadores y actividades declarándolos esenciales “*en la emergencia*” (art. 1º, Decisión Administ. N° 429/2020-JGM). Es decir, no más allá de la situación crítica, esencialmente transitoria, aunque su erradicación o al menos su puesta bajo control requieran una esperable extensión temporal.

6. EMERGENCIA SANITARIA Y “CRISIS NACIONAL AGUDA”

Es momento de ensayar una respuesta a los interrogantes planteados en el penúltimo párrafo del apartado IV de este trabajo. La llave argumental para encontrarla no puede surgir de la exégesis de las normas que componen los distintos regímenes —el de la emergencia sanitaria y el de la huelga

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

en los servicios esenciales— ni de la ponderación de los derechos concernidos —es claro que tanto en uno como en otro régimen la vida y la salud de la población prevalecen sobre la huelga—, sino de los respectivos contextos en los cuales las normas fueron dictadas.

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la reciente sucesión de reglamentos administrativos está imbuida del contexto de epidemia de COVID-19 que dio lugar a la declaración de emergencia sanitaria. Entre ellas, los dispositivos de carácter laboral son accesorios de los sanitarios en sentido estricto, y coadyuvantes al fin excluyente de atender la circunstancia extraordinaria que pone en peligro la vida y la salud de la población. En tal contexto, la respuesta a la primera pregunta no puede sino ser afirmativa: las circunstancias de excepción que habilitan al Poder Ejecutivo a emitir disposiciones de carácter legislativo, como son los DNU, están dadas en los términos que autoriza la Constitución (art. 99.3)¹⁹. Asimismo, la garantía constitucional a los derechos de usuarios y consumidores a la “*protección de su salud (y su) seguridad*” y a “*la calidad y eficiencia de los servicios públicos*” prevista en el art. 42, CN, obviamente, se mantiene, aunque adaptándose a las circunstancias especiales.

Con respecto al segundo interrogante —relativo a los posibles efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga que tendría la mención de servicios o trabajadores como *esenciales* por parte de las normas de emergencia—, la respuesta es, en principio, «ninguno». Solo «en principio», porque esos preceptos están claramente enfocados —conforme aquí se ha dicho y reiterado— a salvaguardar la vida y la salud de la población durante la epidemia. No se interesan por la huelga sino, al contrario, obligan a los trabajadores en general, y al resto de la población, a no asistir a los lugares de trabajo y mantenerse en su lugar de residencia. Salvo en los casos de servicios y personas declaradas «esenciales» a los fines del particular contexto.

Pero en la hipótesis, improbable, de que una huelga fuera ejercida por algunos de estos trabajadores “esenciales *ad hoc* en la emergencia”, el contexto también cumpliría un papel determinante de la prohibición de la suspensión de tareas en tales circunstancias.

La doctrina de los órganos técnico-jurídicos de la OIT —que como se ha señalado más arriba, integra el régimen argentino que regula el derecho de huelga— otorga a determinados contextos excepcionales, en atención a su gravedad, la capacidad de justificar severas limitaciones al derecho de huelga que incluyen su limitación absoluta.

El Comité de Libertad Sindical admite la prohibición general de la huelga en “*situaciones de crisis nacional aguda*”, concepto que se refiere claramente a situaciones excepcionales como, por ejemplo, una catástrofe natural o un golpe institucional contra un gobierno constitucional que ha dado lugar a

¹⁹ “Artículo 99. El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. [...].”

la declaración de estado de emergencia²⁰. En el supuesto, bien puede caber una epidemia, más aún cuando la enfermedad se expande velozmente y genera consecuencias mortales en la población.

Por su parte, la Comisión de Expertos también se ha pronunciado sobre la admisibilidad de la prohibición del recurso a la huelga en casos de *crisis nacional aguda*, siempre que dicha restricción se dé por un período limitado (la fase *aguda* de la crisis) y solo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación, cuando esta configure “una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil”²¹.

Nos encontramos, entonces que, en semejante contexto, la huelga en la Argentina podría ser restringida por doble vía. Desde las normas de emergencia sanitaria, en contextos como el actual, el Estado puede disponer lo conducente a evitar la paralización de actividades o servicios relacionados con la preservación de la vida y la salud humanas en toda o parte de la población. Desde el régimen que regula los servicios esenciales (art. 24 de la Ley 25.877, con sus normas reglamentarias y la doctrina técnica de la OIT, más la Ley 27.161), la “catástrofe natural” generada por el coronavirus no admitiría discusión en cuanto a la aplicación del referido criterio proveniente de los órganos de contralor de la libertad sindical que permite hasta la prohibición transitoria del recurso a la huelga.

7. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, M.E., “El COVID-19 (coronavirus) y la relación de trabajo”, *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, Suplemento digital “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, Dossier Nº 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 7, RC D 1455/2020.

Baylos Grau, A., *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Bomarzo, Albacete, 2018, p. 93.

García, H.O., “Acción ‘directa’ y conciliación: apostillas y conjeturas sobre el procedimiento aplicable a la huelga y el lock-out”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 2013*, Año IV - Nº 4 Derecho Colectivo del Trabajo, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp. 85/ 118.

García, H.O., “La huelga en los servicios esenciales”, en AA.VV. (Ackerman, M.E. Dir. y Tosca, D.M. Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, primera edición, T. VIII - Relaciones colectivas de trabajo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 805/887.

García, H.O., “La huelga en los servicios esenciales”, en AA.VV. (Ackerman, M.E. Dir. y Tosca, D.M. Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, segunda edición, T. VIII - Relaciones colectivas de trabajo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020 (en proceso de edición).

²⁰ Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H., “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 4, p. 486.

²¹ *Ibidem*.

LAS ACTIVIDADES Y LOS SERVICIOS CARACTERIZADOS COMO ESENCIALES POR LA NORMATIVA DE EMERGENCIA SANITARIA

García, H.O., "La huelga en los servicios esenciales" en AA.VV. (Rodríguez Mancini, J. Dir.), *Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, pp. 290/387.

Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H., "Principios de la OIT sobre el derecho de huelga", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 4, p. 486.

Machado, J.D. y Arese, C. y Guirado, D., "Presentación", *Revista de Derecho Laboral. Actualidad*, Suplemento digital "El impacto del coronavirus en las relaciones laborales", Dossier Nº 1, Rubinzel-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 3.

OIT, Comité de Libertad Sindical, 309º Informe, caso nº 1916.

OIT, Comité de Libertad Sindical, 292º Informe, caso nº 1679.

OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición [revisada], Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, p. 124, párr. 574 y 576.

Tribuzio, J.E., "La huelga en los servicios esenciales", en AA.VV. (Simón, J.C. Dir. y Ambesi, L. Coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 755.

Ugarte Cataldo, J.L., *Huelga y derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 195/196.

Vivero Serrano, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2002, p. 130.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
octubre 2020 - núm 1



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS

[COMENTARIO A LA STJUE DE 19 DE MARZO DE 2020 (C-103/18 Y C-429/18), ASUNTOS SÁNCHEZ RUIZ Y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ]

ABUSE IN THE RELATIONSHIP OF INTERIM STATUTORY STAFF:
IRREGULAR, BUT NON-PERMANENT

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

jjferd@unileon.es ORCID 0000-0000-5231-7566

Recepción de trabajo: 08-07-2020-Aceptación: 20-07-2020

■ I. PRETEXTO, CONTEXTO Y TEXTO DE LA SENTENCIA. 1.1. Pretexto: la preparación de un escenario diferente. 1.2. Contexto: de la pandemia a la crisis permanente de precariedad en el empleo público. 1.3. Texto: mucho ruido y pocas nueces. ■ II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA: ELEMENTOS CONOCIDOS Y NOVEDADES. 2.1. Reiteraciones de doctrina ya conocida. 2.2. Cuestiones novedosas que resuelve o suscita la sentencia. ■ III. REFLEXIÓN FINAL.

RESUMEN

La sentencia reitera doctrina sobre el abuso por la Administración del recurso a contratos o relaciones temporales para cubrir necesidades permanentes. Aun cuando niega que pueda tener lugar la estabilización a través de vía judicial (contrato o relación como fijo o estatuto equivalente), recoge aportaciones interesantes, como las relativas a la vinculación del carácter "sucesivo" de contratos o nombramientos al incumplimiento de la obligación de organizar en plazo el proceso selectivo de provisión, la negativa a que el empleado pueda sufrir cualquier perjuicio por haber consentido la celebración de contratos sucesivos, o, en fin, la remisión a los órganos judiciales nacionales de la labor de ponderar si una indemnización equivalente a la prevista para el despido improcedente puede ser considerada como una medida equivalente a las recogidas en el Acuerdo Marco para prevenir los abusos en la contratación temporal.

PALABRAS CLAVE: empleo temporal; Administración pública; prevención de abusos; contratos o nombramientos sucesivos; trabajador fijo

ABSTRACT

The judgment reiterates doctrine on abuse by the Administrations of the recourse to contracts or temporary relationships to meet permanent needs. It denies that stabilization (contract or relationship as permanent employee or equivalent statute) can take place through the judicial channel, however it contains some interesting thesis. Among the most outstanding contributions, the following should be noted: the consideration of "successive" links in relation to the breach of the obligation to call the selective provision process; the affirmation that the employee could never suffer prejudice for having consented to the succession of temporary contracts or relationships; finally, the referral to national courts of the task of judging whether the compensation provided for the unfair dismissal is sufficient to prevent abuses in temporary employment.

KEYWORDS: temporary employment; Public Administration; fraud prevention; successive links; permanent employee

I. PRETEXTO, CONTEXTO Y TEXTO DE LA SENTENCIA

El día 19 de marzo, en medio de la pandemia causada por el coronavirus SARS-COV-2, ve la luz una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que había suscitado tan inusitada expectación antes de su pronunciamiento, como elocuentes silencios la han acompañado tras ser conocido su contenido.

Aborda, una vez más, el problema de las irregularidades en la utilización de los contratos o nombramientos temporales por las Administraciones Públicas españolas. Lo hace, empero, bajo una nueva perspectiva que apuntaba al objetivo último hasta este momento solo implícito y ahora expreso: ya, con carácter principal, la transformación de una relación temporal en fija o indefinida, ya, de manera subsidiaria, garantizando un estatuto comparable al de quienes en régimen funcional o laboral ostentan tal condición.

Lejos de haberse cumplido las esperanzas que muchos habían depositado, la sentencia, si bien va un poco más allá de sus precedentes y abre distintas puertas o ventanas a la ilusión de los afectados en orden a poder mejorar su situación jurídica, al final cierra la más importante, pues remite a los juzgados y tribunales nacionales la tarea de concretar la forma bajo la cual han de ser corregidas las irregularidades detectadas en estas relaciones temporales en el empleo público.

1.1 Pretexto: la preparación de un escenario diferente

En muy raras ocasiones un asunto sometido a la jurisdicción europea había sido objeto de tantos comentarios previos al calor de la formulación de unas simples cuestiones prejudiciales como las suscitadas por los autos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo núms. 8 y 14 de Madrid, a través de los autos de 30 de enero y 8 de junio de 2018.

La dimensión, la densidad y la profundidad de los asuntos planteados en estas cuestiones –en particular en el primero de los autos–, amén de llevar a reflexionar sobre su conveniencia u oportunidad a la luz de lo conocido de bastantes temas sometidos a consideración (en tanto también es de cortesía la síntesis), no podían ocultar el mensaje elemental recibido por miles de funcionarios o personal estatutario interino y, por evidente analogía, contratados temporales al servicio de las Administraciones: esta vez, si se gana, el premio será satisfacer las aspiraciones últimas del colectivo, situadas en la permanencia en el empleo público bajo una relación de vigencia indefinida.

Por alguna extraña razón, la creencia sobre lo factible de lograr un pronunciamiento en el sentido de lo postulado no solo fue alimentada en el foro (las consultas a los profesionales expertos en la materia aumentaron de manera significativa), sino también en la academia (baste comprobar el número de referencias bibliográficas que mereció el acontecimiento nada más suscitarse y el seguimiento de sus avatares a través de conferencias, jornadas u otros encuentros científicos), aun cuando

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS

un examen serio y riguroso de la jurisprudencia hasta ese momento existente llevaba a aventurar un nuevo pronunciamiento que, si bien condenara las prácticas abusivas, acabaría remitiendo a quien aplica la norma la valoración de la medida de respuesta adecuada al amparo de lo permitido en el ordenamiento nacional.

Por este motivo, constituyó un jarro de agua fría para los interesados la lectura de las conclusiones presentadas por la Abogada General el 17 de octubre de 2019, las cuales confirmaban un pronóstico frente al cual poco cabía hacer. Mucho menos instar la reapertura de la fase oral para rebatir tal autorizado parecer, como trámite no previsto en el Reglamento de Procedimiento, pues además de que “el Tribunal de Justicia no está vinculado por estas conclusiones ni por la motivación que el Abogado General desarrolla para llegar a ellas” (apartado 42), “el hecho de que una parte no esté de acuerdo con las conclusiones del Abogado General no puede constituir en sí mismo un motivo que justifique la reapertura de la fase oral, sin importar cuáles sean las cuestiones examinadas en dichas conclusiones” (apartado 43).

A la postre, y fundamental, “los autos de remisión contienen la información necesaria sobre las disposiciones pertinentes del Derecho español y, en particular, sobre las disposiciones aplicables a los empleados públicos” (apartado 47); entre otras poderosas razones, podría haber añadido, por el hecho de haber sido reiteradamente traídas ante el Tribunal. Más comedido, considera que “dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas” (apartado 48).

En este sentido, los prolegómenos habían llevado de la euforia a la incertidumbre, e incluso preparado para cuanto acabó sentando el autorizado intérprete de la norma europea.

1.2. Contexto: de la pandemia a la crisis permanente de precariedad en el empleo público

Una coincidencia temporal indudablemente obediente a la agenda del Tribunal, pero nunca menos pertinente, hizo que la sentencia fuera dictada en medio de la crisis provocada por la COVID-19. Un momento en el cual gran parte del peso de la enorme lucha contra la pandemia estaba en manos del personal sanitario, entre cuyos integrantes, y según su régimen estatutario propio, un porcentaje que supera el 30% tiene la consideración de personal interino o eventual.

Por este motivo, resultaba especialmente inoportuno que en esos días de especial sacrificio destinado de manera abnegada a hacer frente a la enfermedad recibieran, al tiempo que los aplausos de la ciudadanía, la noticia de tan pobre recompensa a su ingente esfuerzo y su extraordinario compromiso.

Temporalidad con problemas notoriamente distintos a los que encontraron protección en los arts. 2 y 5 RDL 9/2020 (enervando la viabilidad de la extinción de los contratos temporales por fuerza mayor o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción desde el 28 de marzo hasta la finalización del estado de alarma y, si incluidos en un ERTE, interrumpiendo su duración por el tiempo equivalente al período suspensivo), en aquel caso de estricta coyuntura, en el aquí analizado en búsqueda de la consolidación estructural. Elementos que, aun cuando de distinta envergadura, aluden al mismo fenómeno de precariedad.

Fragilidad en el empleo que, por cuanto hace al sector público, a finales de 2019 afectaba a un 27'8% de cuantos hacen de su actividad en favor de la ciudadanía una prestación esencial para el buen funcionamiento de los servicios públicos. Excesivo, a todas luces, en sus cifras finales, así como, por supuesto, en las más elevadas que acredita la sanidad pública.

Fijándose en el dato del protagonista del primer caso, poca justificación cabe encontrar a una prestación de servicios temporal durante al menos 12 años consecutivos; tampoco, en el segundo, a que los demandantes lo hicieran con carácter interino durante más de 23 años en el supuesto de mayor antigüedad y durante al menos 9 en el de menor, en algunas ocasiones tras más de 200 nombramientos (apartado 78). Datos que por sí solos aluden a cuanto bien conoce los juzgados remitentes: “un problema estructural en el sector público de la sanidad española que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, quienes constituyen, por esta razón, un elemento esencial del funcionamiento de dicho sector, así como la inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas y en el incumplimiento de la obligación de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida” (apartado 79).

1.3. Texto: mucho ruido y pocas nueces

De fijar la atención en la presentación de la sentencia, sorprende, en primer lugar, la extensión de su encabezamiento. A lo largo de años de lectura de jurisprudencia europea, quien suscribe no recuerda un resumen ni tan extenso ni tan denso, al contener el enunciado exhaustivo de todos los muchos y variados temas que aborda.

Pesa sobre tal resultante, sin duda, la cantidad de cuestiones prejudiciales (e interrogantes previos) de los juzgados españoles que, en el primero de los casos alcanzan el número de 9, algunas con varios apartados o segundas preguntas incluidas; en el segundo el número de 7, algunas también con distintos incisos. Preciso será tener presente, a este respecto, que cuando aflora una queja mayoritaria en la comunidad jurídica sobre la enorme extensión de las sentencias, en tantas ocasiones construidas a partir de retazos compuestos para la ocasión con mayor o menor fortuna, quienes deberían dar ejemplo a veces olvidan su papel ejemplarizante.

En esta ocasión, tanto un Juzgado como el otro —pero en particular el del primer caso—, en el afán de dirigir al TJUE hacia el punto de arribada y solución pretendida, formulan algunas preguntas estrictamente retóricas, por saber de antemano la respuesta; en otras, añaden un matiz capcioso, al punto de realmente parecer más una demanda, o un interrogatorio de parte ordenado a levantar la barrera para poder resolver el asunto interno como no le permiten la ley y la jurisprudencia nacionales, que una somera exposición de cuanto existe, ya conoce y ha resuelto el Tribunal acompañado de la(s) pregunta(s) que realmente quieren efectuarse.

La exhaustividad en las cuestiones suscitadas justifica, de este modo, un texto de extensión notable, donde el lector puede refrescar pasajes de otros pronunciamientos anteriores (algunos bastante

alejados en el tiempo), pero en el que también destacan algunas novedades de cierto relieve. A recordar los unos y apreciar las otras queda ordenado el grueso del presente discurso.

II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA: ELEMENTOS CONOCIDOS Y NOVEDADES

Obedeciendo al patrón descrito, y con la brevedad requerida para predicar con el ejemplo, cabrá separar en la reseña aquellos aspectos que reiteran o consolidan doctrina, de cuantos cabe sopesar como cuestiones originales.

2.1. Reiteraciones de doctrina ya conocida

De la mano pasajes ya familiares, la sentencia rememora diversos criterios decantados en otros pronunciamientos anteriores que constituyen los cimientos de la ahora analizada. Deja constancia así de cómo:

1. La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 y recogido como anexo en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, tiene por finalidad corregir los abusos del recurso a la temporalidad. Para ello establece cierto número de disposiciones mínimas destinadas a evitar la precarización (apartado 13), entre las cuales el primero de los apartados del precepto impone a los Estados la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes (apartado 55). La previsión, empero, únicamente se aplica al supuesto de contratos o relaciones laborales temporales de carácter sucesivo (apartado 56), correspondiendo a los Estados o a los interlocutores sociales determinar las condiciones bajo las cuales cabrá apreciar ese carácter consecutivo en el vínculo (apartado 57); sin embargo, este margen de autonomía, que es garantía de diversidad y respeto a la soberanía de los Estados (apartado 58), no puede comprometer nunca el efecto útil del Acuerdo (apartados 58 a 61), conforme ocurría cuando a la expresión se otorgara una interpretación restrictiva que excluyera a gran parte de las relaciones y/o permitiera su utilización por los empresarios en claro fraude de ley, al destinarlas a satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal (apartados 62 y 63).
2. Si bien “razones objetivas” (tales como aquellas “de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario”) podrían justificar la renovación sucesiva de relaciones de servicio (apartado 65), e incluso la especial naturaleza de las tareas o la prosecución de un objetivo legítimo de política social pudieran ser circunstancias específicas y concretas a partir de las cuales admitir la presencia de las mentadas “razones objetivas” (apartado 66), tales requisitos distan de concurrir cuando lo que obre sea una autorización a la utilización de vínculos

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS

temporales que, por su carácter abstracto y general, impide apreciar la presencia de unos criterios objetivos y transparentes a partir de los cuales verificar la necesidad auténtica de proceder a la renovación de los contratos (apartados 67 y 68).

Entrando en el análisis concreto del art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, la sentencia aprecia cómo, lejos de establecer esa autorización general y abstracta repudiable (apartado 71), se ciñe a los supuestos de estricta necesidad para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada (apartado 69); siendo igualmente claro que, de existir más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración habrá de valorar si crea una plaza estructural con carácter añadido (apartado 70).

Así pues, aun cuando la obligación de organizar los servicios de salud exige dosis importantes de flexibilidad para llevar a una adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes (y palmaria prueba de ello ha sido la que ha ofrecido la crisis sanitaria derivaba de la COVID-19), e incluso cabe constatar cómo los vínculos temporales pueden ser característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades (apartados 74 y 76), nunca podrán llevar al extremo de renovaciones en contratos o relaciones para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente o estable, según se percibe de manera nítida en los ejemplos sometidos a consideración en la sentencia (apartados 75 y 77 a 79).

La reflexión acaba trascendiendo de los casos concretos y da cuenta sobre cómo el hecho de que afloren con frecuencia situaciones de una “larga temporalidad injustificada”, o una duración temporal más que “inusualmente larga”, permite afirmar al juzgador lo opuesto al art. 5 del Acuerdo Marco de una “normativa y jurisprudencia nacionales [cuando] no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante estas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal” (apartado 80).

- 3.** En caso de poder comprobar situaciones de abuso, el instrumento europeo no establece sanciones específicas, sino que deja a los Estados la elección de los medios para alcanzar sus fines (apartados 83 a 86). Por este motivo, no corresponde al TJUE pronunciarse sobre el Derecho del Estado en cuestión, sino únicamente valorar si el ordenamiento jurídico interno dispone de alguna medida que presente garantías efectivas de protección de los trabajadores de cara a asegurar en todo momento los resultados previstos en la Directiva 1999/70 (apartados 87 a 89); eso sí, aun cuando corresponda a los juzgados y tribunales nacionales apreciar en qué medida las disposiciones de Derecho interno son apropiadas para evitar los abusos y, en su caso, para sancionar convenientemente (apartado 90), el TJUE, “al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar precisiones destinadas a orientar a dichos juzgados en su apreciación” (apartado 91).
- 4.** Entre las medidas apropiadas para restituir a los afectados por una contratación o relación irregular y fraudulenta se ha considerado que la indemnización constituye una medida legal equivalente, en

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS

el sentido del art. 5 del Acuerdo Marco, siempre y cuando tenga específicamente por objeto compensar los efectos del abuso derivado de la sucesión de contratos o relaciones laborales de duración determinada (apartado 103).

5. Una disposición del Derecho de la Unión carente de efecto directo, como es la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, no puede ser invocada en un litigio con el propósito de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria (apartados 118 a 123); por tanto, no obliga al tribunal nacional que conoce de aquel a dejar sin aplicar la norma del ordenamiento estatal, pues “la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno [, si bien ha de ordenarse a procurar su efectividad,] tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional” (apartados 123 a 125).
6. En fin, recuerda cómo, para llegar a una interpretación útil del ordenamiento europeo, el órgano judicial nacional ha de plantear ante el TJUE el contexto fáctico y régimen normativo en el cual se inscriben cuantas cuestiones suscita o, al menos, explicar los supuestos de hecho sobre los cuales encuentran fundamento tales cuestiones, lo cual no ocurre si cuanto se expone o pretende como objetivo está prohibido categóricamente por el ordenamiento nacional. Así ocurre con la posibilidad de revisar las sentencias y los actos administrativos relativos a ceses, nombramientos y convocatorias de procesos selectivos que hayan adquirido firmeza. En la medida en la cual la transformación de una relación temporal en fija “está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo”, únicamente cabrá considerar que “el problema planteado es de naturaleza hipotética. En consecuencia, esta cuestión es inadmisible” (apartados 130 y 131).

2.2. Cuestiones novedosas que resuelve o suscita la sentencia

Al lado de estos pasajes más o menos reiterados en precedentes sentencias, no son precisamente escasos los momentos que, en medio de aquellos, acogen novedades dignas de ser puestas de relieve; en concreto:

1. Para superar la posición mantenida en algunos pronunciamientos recientes, a cuyo tenor de la consideración como contratos o relaciones “sucesivos” cabrá excluir las situaciones en las cuales la relación es la primera y única celebrada entre las partes, aun cuando resultara inusualmente larga (STJUE de 22 de enero de 2020, C-177/18, asunto Baldomero Martín), se estima que aplicar igual resultante por el mero dato de que en el caso concreto solo hayan existido dos nombramientos en más de 12 años sería acoger una definición aún en exceso restrictiva, en tanto permitiría emplear trabajadores de forma precaria durante años, pues no solo quedarían privadas de la protección de la Directiva un gran número de relaciones laborales de duración determinada, sino que también se permitiría la utilización de tales relaciones para satisfacer necesidades permanentes y estables de personal (apartados 62 y 63).

EL ABUSO EN EL NOMBRAMIENTO DE PERSONAL ESTATUTARIO INTERINO: IRREGULARES, PERO NO FIJOS

De este modo, y para el ejemplo analizado, considera que el hecho de haber desarrollado de forma constante y continua las mismas funciones es relevante “cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo” (apartado 64).

- 2.** Tras recordar cómo el concepto de trabajador con contrato de duración determinada engloba a todos los trabajadores, con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno (y, por tanto, no excluye la aplicación del Acuerdo si se ha otorgado la conformidad al establecimiento de su relación laboral con un empleador público), aclara en términos lo suficientemente contundentes cómo “no puede considerarse que los trabajadores con contrato de duración determinada queden privados de la protección que el Acuerdo les otorga por el mero hecho de que hayan consentido libremente la celebración de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada” (apartado 114).
- 3.** La dureza de la sentencia a la hora de apreciar la irregularidad en la vinculación temporal de los supuestos sometidos a su consideración, extrapolada incluso al problema estructural del sector público de la sanidad española, no viene acompañada de igual severidad en la reacción. La gravedad del delito, por tanto, encuentra una suave penitencia; alejada del propósito que, sin duda, animaba a quienes formularon la cuestión prejudicial, pues no se admite la opción de estabilizar automáticamente al personal a través de una sentencia judicial (apartados 107 a 116, en particular apartado 114).

Ni lo hizo el Tribunal, ni podía hacerlo, pues “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada” (apartado 87). Tajante y escueta declaración que hace suya la más elocuente de la Abogada General, a cuyo tenor “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone a una jurisprudencia de los tribunales nacionales conforme a la cual el uso abusivo de nombramientos temporales por parte de una Administración pública no se sanciona automáticamente con la transformación de la relación de servicio temporal en una relación de servicio fija. Tal jurisprudencia puede reconocer al personal afectado, por un lado, un derecho a continuar en el puesto de trabajo hasta que el empleador haya estudiado, como le corresponde, las necesidades de personal y haya cumplido las obligaciones que de ello se derivan, y, por otro lado, un derecho a una indemnización completa de los perjuicios que le haya causado el abuso. Estas medidas deben ir acompañadas de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio”.

- 4.** Lejos de quedarse en tal declaración, y haciendo uso de la facultad que previamente había recordado en orden a guiar a los órganos judiciales nacionales en su ponderación de este supuesto y otros análogos, acompaña su reflexión de una serie de orientaciones o indicaciones. Lo hace consciente de que ninguna de las medidas nacionales habitualmente utilizadas para hacer frente a la situación aparece entre las contempladas en la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco (apartados 82 y 92) y, por ende, procederá sopesar si pueden ser consideradas equivalentes para prevenir los abusos.

El resultado de su operación proporciona el siguiente balance:

- a. Los procesos de selección destinados a una provisión definitiva de las plazas podría ser una solución adecuada siempre y cuando se desarrollara dentro de los plazos establecidos. La constatación de que dichos plazos no se respetan, así como que los procesos son poco frecuentes, lleva a entender que la normativa interna no resulta adecuada como factor preventivo respecto a la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, pues no resulta suficientemente efectiva y disuasoria (apartados 94 a 98).

E igual sucede con la convocatoria de un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente en los términos contemplados en la disposición transitoria 4^a del Estatuto Básico del Empleado Público. Y ello por una doble razón: en primer lugar, constituye una facultad, no una obligación para la Administración; en segundo término, y en principio, pueden participar en esos procesos otros candidatos que no han sido víctimas del abuso, lo cual lleva a un resultado incierto (apartados 99 y 100).

- b. La figura del indefinido no fijo dista de convencer al Tribunal, como tampoco lo hace a los juzgados remitentes, al entender que tal transformación no permite alcanzar la finalidad perseguida por el Acuerdo, no en vano “se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además (...), a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en ‘indefinidos no fijos’ no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo” (apartado 102).

- c. Por último, valora si la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en el caso del despido improcedente puede o no ser consideraba como tal medida equivalente. A tal efecto, entiende que para merecer tal valoración ha de reunir un doble requisito: en primer lugar —y según ya se conoce—, “tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de duración determinada”; en segundo término, “es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula” (apartados 103 y 104).

Afirmado lo cual, o creado el patrón, traslada la responsabilidad a los órganos judiciales nacionales en orden a determinar si tal medida es adecuada o no para prevenir y, en su caso, sancionar el abuso.

III. REFLEXIÓN FINAL

La interinidad estructural como mal endémico en las Administraciones exige urgente respuesta, pero esta no puede venir dada por una estabilización automática a través del atajo que proporciona la utilización de un camino equivocado. No cabe la conversión de una relación temporal claramente abusiva en otra de personal fijo a través de sentencia; algo que, de haber repasado la jurisprudencia europea, cabría haber inferido, y no alentado.

La sentencia analizada presenta varios puntos de interés, pero el más saliente viene dado, sin duda, por considerar que el marco normativo existente en España no proporciona una respuesta adecuada a la gravedad del problema. Emplaza así, de una manera sutil (y por ello no expresa), a que el legislador adopte medidas efectivas para sancionar los abusos y centre su atención en la indemnización y su ponderación por los Tribunales nacionales. Tarea ya realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo en sus sentencias de 28 de septiembre de 2018, para rechazar el derecho o cualquier indemnización —que tendría lugar con el cese definitivo y en atención a las circunstancias singulares de cada caso— y confirmarla continuación en tal empleo hasta tanto la Administración cumpla cuanto le ordene la norma de carácter básico.

Con ser esta la solución directamente analizada, no elimina la vía que cabe entender más racional y adecuada, cual es la obligación de celebrar los procesos selectivos y, garantizando los principios constitucionales, posibilitar que cuantos interinos acrediten las competencias profesionales básicas puedan incorporarse a las plazas estructurales vacantes. El cambio sustutivo en el diseño de las pruebas selectivas y en la valoración de los servicios prestados se impone.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

PANDEMIA DEL CORONAVIRUS, TUTELA CAUTELAR LABORAL Y TRABAJADORES DE ATENCIÓN DOMICILIARIA*

Un comentario al Auto del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Santa Cruz de Tenerife de 23 marzo 2020, en el procedimiento núm. 276/2020

CORONAVIRUS PANDEMIC, LABOR TEMPORARY INJUNCTIONS, AND SALARIED HOME CAREGIVERS.

A commentary on an Order of No 8 Social Court of Santa Cruz de Tenerife of 23 March 2020, in the record No 276/2020

Jesús Martínez Girón - Alberto Arufe Varela

Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Coruña

jmg@udc.es titof@udc.es

[ORCID 0000-0002-3228-4242](#) [0000-0002-1954-9971](#)

Recepción de trabajo: 28-06-2020-Aceptación: 24-07-2020

- 1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL AUTO.
- 2. UN CASO SOBRE TUTELA LABORAL CAUTELAR, PERO NO CAUTELARÍSIMA.
- 3. UN CASO SOBRE COLISIÓN DE DERECHOS REGULADOS EN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE DISTINTO RANGO.
- 4. UN CASO CON EPÍLOGO, QUE SUSCITA REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO.
- 5. CONCLUSIÓN.

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

RESUMEN

Este Auto rechaza conceder una medida cautelar, con ocasión de la pandemia del coronavirus, solicitada por un sindicato que representa trabajadores de atención domiciliaria.

PALABRAS CLAVE: coronavirus; medida cautelar; trabajadores de atención domiciliaria

ABSTRACT

The This judicial Order rejects to issue a preliminary injunction, on occasion of the coronavirus pandemic, requested by a labor union representing salaried home caregivers.

KEYWORDS: coronavirus; preliminary injunction; home caregivers

I. CONTEXTUALIZACIÓN

El Auto del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Santa Cruz de Tenerife, a que se refiere este breve comentario, lleva fecha de 23 marzo 2020¹. El día de hoy (23 junio 2020) hemos puesto fin a la redacción de nuestro escrito y, en consecuencia, han pasado tres meses desde que se dictó dicho Auto. Aparentemente, es poco tiempo, pero es claro, a nuestro juicio, que esta apariencia engaña, sobre todo teniendo en cuenta que en estos últimos tres meses han pasado muchas cosas, algunas de las cuales creíamos imperdonable dejar de recordar. Y ello, para evitar caer en el pecado metodológico del anacronismo histórico, que sigue siendo pecado metodológico capital, tanto si se analizan hechos ocurridos hace muchos siglos (por ejemplo, peca gravemente quien se pregunta si eran o no demócratas los Reyes Católicos o, más recientemente, si también lo era o dejaba de serlo el tandem Luis XIV-Richelieu/Mazarino, o quien se cuestione la figura de George Washington, en cuanto que dueño que fue de más de un centenar de esclavos negros, a la vista del «*Black Lives Matter*»), como si pretende abordarse el análisis de un Auto tan reciente como éste, pero al mismo tiempo tan distante². En efecto, según relata dicho Auto, y por causa de la pandemia del coronavirus, «en España, hasta el momento se han registrado 19.980 casos, 1.002 fallecidos y 1.585 curados»³, mientras que a día de hoy el Ministerio de Sanidad confirma la existencia de cifras muy distintas, e infinitamente más gruesas. Repárese, además, en que mientras duró el estado de alarma llegó a promulgarse un total de diecisiete Reales Decretos-leyes (serie malévolamente llamada, por parte de algunos, «la yenka»)⁴, de los cuales sólo tres se habían promulgado cuando nuestro Auto fue dictado. En fin, habría que tener en cuenta igualmente que lo del uso obligatorio de las mascarillas sólo ha quedado rotundamente claro, para el conjunto de la ciudadanía, tras promulgarse el penúltimo Real Decreto-ley de la serie de diecisiete recién citada, a cuyo tenor «el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas establecido en el artículo 6 será considerado infracción leve a efectos de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y sancionado con multa de hasta cien euros»⁵.

1 Puede localizarse en CENDOJ, con la referencia ROJ AJSO 2/2020.

2 Sobre el pecado metodológico del anacronismo histórico, al enjuiciar hechos del pasado, véase OTERO VARELA, A., «Historia del Derecho Criminal en Compostela», *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 8, núm. 1, págs. 141 y ss.

3 Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo sexto.

4 Muy críticamente sobre la serie, aunque sin utilizar dicho calificativo, véase CASAS BAAMONDE, M.^aE. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Nueva prórroga del estado de alarma y nuevas reformas laborales y de Seguridad Social del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020), págs. 588 y ss.

5 Cfr. artículo 31, apartado 2, del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

2. UN CASO SOBRE TUTELA LABORAL CAUTELAR, PERO NO CAUTELARÍSIMA

El Auto comienza afirmando que «con fecha de 18.03.2020 se presentó por la representación de FEDERACIÓN DE EMPLEADOS Y EMPLEADAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES solicitud de medidas cautelarísimas [sic] frente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y frente a la empresa CLECE, S.A»⁶. En esta frase, lo que sorprende es que se hable de «medidas cautelarísimas», pues —como se sabe— la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 y de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), ni prevé ni autoriza la posibilidad de adopción de medidas cautelares antes de la presentación de la demanda⁷, aunque el caso sea urgente (literalmente, «en supuestos de urgencia excepcional, la adopción de las medidas cautelares podrá efectuarse por el juez o Sala al admitirse a trámite la demanda, sin perjuicio de que se celebre ulteriormente la comparecencia prevista en este número»)⁸, que fue justamente lo ocurrido en el caso enjuiciado por nuestro Auto, en el que la frase «sin perjuicio de lo que pueda resolverse en sentencia»⁹ claramente indica que se estaba resolviendo un mero incidente de otro proceso principal, que comenzó por demanda (y que concluiría, en su caso, por sentencia)¹⁰. Pues bien, a pesar de referirse a medidas cautelares (no cautelarísimas, repetimos) corrientes y molientes, no cabe dudar que la tramitación del incidente se llevó a cabo aquí con viento de cola o, si se quiere, con velocidad de vértigo. En efecto, la demanda con solicitud de medidas cautelares se produjo el 18 marzo 2020, la audiencia (se trataba de medidas cautelares a adoptar «audita, pero no *inaudita*» parte, con proposición y práctica de pruebas) tuvo lugar el 20 marzo 2020, que era viernes, habiéndose dictado el Auto resolutorio del incidente el lunes inmediatamente siguiente, esto es, el ya citado 23 marzo 2020. Consta afirmado en el propio Auto, como disculpándose —sin que hubiese necesidad de ello—, que «la presente resolución no pudo ser insertada [en] el programa de gestión procesal ni notificada vía Lexnet por la existencia de un fallo generalizado el día 20.03.2020 a partir de las 14.00 horas del sistema Atlante y en Internet»¹¹. En cuanto a rapidez, el término de comparación a tener en cuenta sería, en este caso, un Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo

⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo primero, inciso primero.

⁷ Sobre el tema, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La tutela cautelar en la jurisdicción social», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 (2017), págs. 43 y ss.

⁸ Cfr. artículo 180, apartado 5, inciso segundo.

⁹ Cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo tercero.

¹⁰ Sobre este incidente, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La tutela cautelar en la jurisdicción social», cit., pág. 43.

¹¹ Cfr. Antecedente de Hecho sexto.

del Tribunal Supremo de 25 marzo 2020, en el procedimiento núm. 88/2020¹², relativo a solicitud (fechada el 20 marzo 2020) por un sindicato —ahora sí— de «medidas cautelarísimas» contra el Ministerio de Sanidad, y de nuevo por causa de la pandemia, las cuales fueron denegadas «*inaudita parte*», exactamente cinco días después, el mismo tiempo que duró la tramitación de medidas cautelares corrientes y molientes por parte de nuestro Auto.

3. UN CASO SOBRE COLISIÓN DE DERECHOS REGULADOS EN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE DISTINTO RANGO

A través de dicho cauce procesal, el sindicato actor dedujo dos pretensiones frente al Ayuntamiento y a la empresa que el mismo había contratado para la prestación de los servicios de atención domiciliaria, de las cuales la primera —ejercitada con carácter principal— era una pretensión pura de condena de hacer (consistente en suministrar mascarillas y equipos de protección individual a los trabajadores)¹³, mientras que la segunda —ejercitada a título de pretensión subsidiaria— tenía carácter mixto¹⁴, al ser a la vez constitutiva, y de condena de dar y de condena de hacer (consistente en exonerar de la prestación de sus servicios a los trabajadores, con mantenimiento de cotizaciones sociales y abono de sus salarios)¹⁵. Al ejercitar estas pretensiones, el abogado del sindicato accionante cometió un error forense de libro, casi de principiante, pues situaba jurídicamente dichas pretensiones en el plano de la mera legislación ordinaria, alegando que la conducta de los dos demandados «supone un incumplimiento por parte del empresario de lo dispuesto en los arts. 17, 14 y 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales»¹⁶. Este error le puso la solución contraria a sus intereses en bandeja, no sólo a los letrados del Ayuntamiento y de la empresa, sino también —y lo que es más importante— a la Juez que tenía que resolver el caso. En efecto, después de repasar y reproducir la legislación «or-

¹² Puede localizarse en CENDOJ, con la referencia ROJ ATS 2418/2020.

¹³ Literalmente, que «se asegure el aprovisionamiento a las trabajadoras/es, del material y EPIs mínimamente necesarios e imprescindibles para asegurar su salud frente al posible contagio del COVID19, durante el desarrollo de su actividad profesional o desplazamiento a su centro de trabajo o regreso del mismo, esto es, mascarillas, guantes y batas desechables, gel desinfectante y todo ello en un número suficiente para cada servicio y trabajador/a» (cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo segundo).

¹⁴ Sobre la distinción puro/mixto, respecto de la trilogía clásica de las acciones procesales, véase BOTANA LÓPEZ, J.Mª., *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995), págs. 17 y ss.; y DE CASTRO MEJUTO, L.F., *La acción constitutiva en los procesos laborales*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 11 y ss.

¹⁵ Literalmente, «de forma subsidiaria, y si no fuera posible asegurar dicho abastecimiento, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en sentencia» (cfr. Antecedente de Hecho primero, párrafo tercero).

¹⁶ Cfr. Antecedente de Hecho primero párrafo primero, inciso tercero.

dinaria» de prevención de riesgos laborales aplicable al asunto¹⁷, así como el *soft-law* prevencionista aplicable al propio asunto (insusceptible, en cuanto tal, de crear derechos y deberes de cumplimiento jurídicamente exigible, precisamente por no tratarse de *hard-law*)¹⁸, el Auto entró a resolver las dos pretensiones antes aludidas, desestimando ambas, a cuyo efecto sostuvo lo siguiente: 1) respecto de la pretensión principal, que debía rechazarse «por la imposibilidad real y manifiesta de cumplimiento por parte de la empresa y del Ayuntamiento»¹⁹, considerando —a la vista de la prueba practicada— un *desideratum* «la entrega a todos los trabajadores del material y EPIS mínimamente necesarios, concretando estos en mascarillas, guantes y batas desechables y gel desinfectante ‘en número suficiente para cada servicio y trabajador’»²⁰, y esto último —al pretender exigirse lo imposible—, dijese lo que dijese la legislación prevencionista ordinaria invocada por el sindicato accionante; y 2) respecto de la pretensión subsidiaria, porque el asunto implicaba una colisión de derechos, sí, pero protegidos por preceptos constitucionales de distinto rango, pues «en el presente caso de crisis sanitaria no sólo entra en juego el derecho a la salud de los trabajadores [al que da cobertura, como se sabe, el artículo 43 de la Constitución], sino también el derecho a la vida e integridad física [protegido por el artículo 15 de la Constitución] de los usuarios del servicio de ayuda a domicilio»²¹, de manera que «desde un punto de vista estrictamente constitucional y tras realizar un juicio de ponderación y proporcionalidad entre ambos derechos, resulta claro que la exoneración de estos trabajadores de la prestación del servicio no puede acordarse»²². Otros planteamientos forenses hubiesen sido posibles (por ejemplo, invocar el derecho a la vida e integridad física de los trabajadores de atención domiciliaria, frente al mero principio programático del artículo 50 de la Constitución, relativo a que «los poderes públicos garantizarán ... a los ciudadanos durante la tercera edad ... su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud ...»)²³, pero el letrado del sindicato se equivocó, repetimos, provocando este error forense suyo más consecuencias, siempre perjudiciales para sus patrocinados, a que aludiremos al final de este trabajo.

17 Véase el Fundamento de Derecho segundo.

18 Véase el Fundamento de Derecho tercero. Sobre nuestra visión del binomio *soft-law/hard-law*, en relación con la prevención de riesgos laborales, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 175 y ss.

19 Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo segundo, inciso primero.

20 *Ibidem*, inciso segundo.

21 Cfr. Fundamento de Derecho quinto, párrafo tercero, inciso sexto.

22 *Ibidem*, inciso séptimo.

23 Críticamente, sobre la ubicación de la protección social de la dependencia en nuestra Constitución, también en vista de lo que dispone la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 34, apartado 1), véase ARUFE VARELA, A., *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), págs. 13 y ss.

4. UN CASO CON EPÍLOGO, QUE SUSCITA REFLEXIONES DE DERECHO COMPARADO

El Auto que venimos comentando dedica su último fundamento jurídico a dar palmadas en el hombro a los trabajadores actores. Es un excuso inopinadamente largo, cuyas tres primeras líneas afirman que «pese a que ambas medidas cautelares se han desestimado por todos los motivos expuestos en la presente resolución, procede hacer un reconocimiento expreso de la admirable labor que el colectivo de trabajadores solicitantes se encuentra realizando en estos momentos de alarma sanitaria»²⁴. En nuestra opinión, tal y como está redactado, este excuso sobraba. Lo procedente hubiese sido, reconociendo el esfuerzo realizado por los trabajadores actores (eso sí, sin llegar al extremo de merecer su conducta el calificativo ni de heroica ni sublime, pues no se trataba —en sentido estricto— ni de héroes ni de santos, ni tampoco el que tuviesen que pechar con el cumplimiento de un supuesto «deber de sacrificio», totalmente inexistente aquí en términos del Derecho común público por antonomasia)²⁵, reclamar de los poderes públicos una compensación económica adecuada para este tipo de trabajadores, en cuanto que pilares en tiempos de pandemia de la prestación de un verdadero servicio esencial para la comunidad. Lo hizo, en su día, el Tribunal Constitucional, que no tiene a ningún otro tribunal por encima²⁶. Y podía haberlo hecho perfectamente la Juez de este caso, pues tampoco tenía a ningún otro tribunal por encima de ella (en nuestra opinión, ni siquiera el Tribunal Constitucional), como inmediatamente pondremos de relieve, en nuestro epílogo. Nada de extraordinario ni de sorprendente habría en que nuestros poderes públicos, bien de oficio, bien instados por un juez soberano, se animasen a compensar el esfuerzo asumido no sólo por los trabajadores de atención domiciliaria, sino también por otros muchos trabajadores y servidores públicos (militares, policías, sanitarios, trabajadores al servicio de residencias de ancianos y, por qué no decirlo, también los profesores, universitarios y no universitarios, supuesto que igualmente impedimos la interrupción de otro servicio esencial para la comunidad, durante la efervescencia de la pandemia). Es lo que ha acabado ocurriendo, por ejemplo, en Alemania²⁷. Remitimos, a este efecto, a la Segunda Ley para la protección de la población ante una situación epidémica de trascendencia nacional (*Zweites Gesetz zum Schutz*

²⁴ Cfr. Fundamento de Derecho sexto, párrafo segundo, inciso primero.

²⁵ Al respecto, véase artículo 20, núm. 5º, del Código Penal. Sobre el tema, clásico, véase CEREZO MIR, J., «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. X (1987), págs. 54 y ss.

²⁶ Sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 108/1986, 99/1987 y 127/1987, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 27 y nota 18.

²⁷ Tras una reacción legislativa, a calificar de ejemplar, frente a la pandemia. Sobre ella, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020), págs. 517 y ss.

der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite) de 19 mayo 2020²⁸, cuyo artículo 5, apartado 5, procede a modificar el Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, regulando una novedosa paga extra, denominada «Pago especial durante la pandemia del coronavirus-SARS-CoV-2», por importe máximo de «1.000» más «1.500 euros», a abonar a toda una constelación de personas, en la cual se incluirían sin mayor problema nuestros trabajadores de atención domiciliaria, demandantes frente al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y la empresa CLECE, S.A.

5. CONCLUSIÓN

A diferencia de lo que sucede en la jurisdicción civil y en la jurisdicción contencioso-administrativa, en nuestra jurisdicción laboral no cabe interponer recurso devolutivo (por ejemplo, recurso de suplicación) frente al Auto que resuelve un incidente sobre medidas cautelares²⁹, confirmándolo así el Auto aquí comentado, allí donde afirma que «contra el mismo cabe recurso de reposición [esto es, recurso no devolutivo] ante este mismo Juzgado en el plazo de TRES DÍAS»³⁰. Por eso, sosteníamos antes que la titular del Juzgado de lo Social núm. 8 de los de Santa Cruz de Tenerife era, en este concreto caso, verdadera Juez soberana. Hipotéticamente, eso sí, cabría la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En nuestra opinión, sin embargo, se trata de una hipótesis no-realista, sobre todo teniendo en cuenta el error forense de libro cometido por el abogado del sindicato accionante, al haber elegido debatir el asunto en el plano de la mera legislación laboral ordinaria, sin invocación expresa de ninguno de los derechos que posibilitarían el acceso al amparo constitucional, por estar ubicados en la llamada «zona VIP» de la Constitución, esto es, sus artículos 14 a 29 (más el 30, en lo que se refiere a la objeción de conciencia). Estamos seguros de que esta irrecorribilidad de un Auto sobre medidas cautelares laborales sorprendería (y mucho) a nuestros colegas yankees estudiosos de las medidas cautelares (llamadas, en los Estados Unidos, «interdictos» o «injunctions»)³¹, sobre todo teniendo en cuenta que la celeridad no resulta en absoluto incompatible con las máximas garantías procesales (como las que ofrecen, sin duda alguna, los recursos devolutivos), habiendo podido comprobar nosotros —en relación con un caso norteamericano muy famoso y muy mediático, siempre sobre medidas cautelares— que la apelación (frente a la resolución de instancia sobre un interdicto preliminar) y la solicitud de intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos (para revisar la resolución judicial de

28 Boletín Oficial Federal, parte I, págs. 1018 y ss., de 22 mayo 2020.

29 Al respecto, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La tutela cautelar en la jurisdicción social», cit., págs. 29 y ss.

30 Cfr. Parte Dispositiva, párrafo segundo.

31 Sobre el tema, pionero en España, véase ALONSO OLEA, M., «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70 (1953), págs. 107 y ss.

segunda instancia), sin ofender en absoluto el ideal de la justicia (aquí administrada, al igual que sucedió en el Auto que hemos venido comentando, «en equidad»)³², podían llegar a tramitarse en sólo dos días³³.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., «La configuración de los sindicatos norteamericanos», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70 (1953).

ARUFE VARELA, A., *El seguro social de dependencia en Alemania. Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019).

BOTANA LÓPEZ, J.Mª., *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y seguridad social*, Civitas (Madrid, 1995).

CASAS BAAMONDE, Mª.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Nueva prórroga del estado de alarma y nuevas reformas laborales y de Seguridad Social del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020).

CEREZO MIR, J., «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. X (1987).

DE CASTRO MEJUTO, L.F., *La acción constitutiva en los procesos laborales*, Netbiblo (A Coruña, 2009).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El profesionalismo deportivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., «La tutela cautelar en la jurisdicción social», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 (2017).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «El impacto de la pandemia del coronavirus sobre la legislación laboral y de seguridad social alemana», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2020).

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

OTERO VARELA, A., «Historia del Derecho Criminal en Compostela», *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 8, núm. 1.

³² Al respecto, véase artículo 3, apartado 2, del Código Civil. Este precepto de Derecho común constituye el marco en el que se encuadran los que el Auto comentado denomina «los clásicos requisitos doctrinales de las medidas cautelares: el fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho, el periculum in mora o peligro en el retardo, la adecuación de la medida al fin propuesto y la proporcionalidad de la misma» (cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo último).

³³ Se trata del caso *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation* (1992), referencia oficial 505 U.S. 1301. Sobre él, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *El profesionalismo deportivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 107 y ss.



ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO ELEMENTO COMPETENCIAL. Sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla número 7, de 01 de abril de 2020

THE TERRITORIAL DEMARCTION OF THE PRECAUTIONARY MEASURE AS A COMPLETENTIAL ELEMENT. Sentence of the Court of the Social of Seville number 7, of April 1, 2020

Francisca Moreno Romero

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Complutense de Madrid

fmorenoromero@pdi.ucm.es ORCID 0000-0002-3651-2150

Recepción de trabajo: 07-07-2020 - Aceptación: 24-07-2020

■I. INTRODUCCIÓN ■II. HECHOS Y ANTECEDENTES ■III. POSICIÓN DE LAS PARTES 3.1. Parte demandante 3.2. Parte demandada 3.3. Posición del Ministerio Fiscal ■IV. RAZONAMIENTO JURÍDICO. ■V. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA SITUACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA.

RESUMEN

Los distintos espacios competenciales tanto por razón de la materia –a los que se vinculan las peticiones de medidas cautelares (derechos fundamentales, prevención de riesgos laborales...), como por razón del ámbito territorial de aplicación de las mismas, constituyen el núcleo central de la sentencia. No obstante, y desde una perspectiva más general, la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recogen la excepcionalidad de la situación y su influencia a la hora de denegar las medidas cautelares.

PALABRAS CLAVE: prevención de riesgos laborales; medidas cautelarísimas; COVID-19; personal sanitario

ABSTRACT

The different areas of competence both by reason of the matter –to which there quests for precautionary measures (fundamental rights, prevention of occupational risks, etc.)–, and by reason of the territorial scope of their application, are the central nucleus of the judgment. However, and from a more general perspective, the doctrine of the Supreme Court and the Superior Court of Justice of Andalusia reflect the exceptional nature of the situation and its influence when it comes to denying precautionary measures.

KEYWORDS: prevention of occupational risks; precautionary measures; COVID-19; health-personnel

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla, en el procedimiento de medidas cautelares 319/2020, fue dictada en el singular contexto provocado a partir de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

En ese escenario, como bien se conoce, y en las particulares fechas en que fue presentada la demanda por el SINDICATO MÉDICO ANDALUZ FEDERACIÓN, el día 25 de marzo de 2020, la escasez de medios de protección y material técnico necesario para realizar las tareas de atención y tratamiento médicos a los enfermos afectados por la COVID-19, previniendo con ello el riesgo de contagio, eran notorias. La falta de batas impermeables, mascarillas FPP2, gafas de protección y contenedores grandes de residuos conllevaba la desprotección en la práctica de los profesionales sanitarios. Por ello, el Sindicato médico solicita medida cautelar consistente en que se garantice la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo de los profesionales sanitarios en orden a lo establecido por los artículos 14, 15 y 17 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), así como por los artículos 15 y 43.1 de la Constitución Española (CE).

El Juzgado de lo social núm. 7 de los de Sevilla resuelve dictando sentencia en la que aprecia su falta de competencia, estableciendo que corresponde su conocimiento a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como analizaremos a continuación.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

Con fecha 14 de marzo de 2020 se publicó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, valiéndose de la previsión contenida para estas situaciones en el art. 116 de la CE.

La emergencia sanitaria que provocó la llegada del coronavirus resultó de una virulencia extrema siendo las resultas, entre otras, el desabastecimiento de equipos de protección eficaz necesarios para su uso por el personal sanitario en centros en los que, potencialmente, se atendía a ciudadanos afectados por este virus, ya fueren estos centros hospitalarios, servicios de emergencia, centros de salud de atención primaria u otros.

Dada esta circunstancia, por otro lado generalizada en el país, el Sindicato Médico Andaluz Federación considera que la situación reviste tal urgencia que se hace necesario solicitar inaudita parte la adopción de medidas cautelarísimas que garanticen la eficaz protección de los profesionales sanitarios en materia de seguridad y salud en sus puestos de trabajo. Con ella se requiere a la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía y al Servicio Andaluz de Salud para que provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas y en todos los Centros hospitalarios, Centros Asisten-

ciales de Atención primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario –ya sean de carácter público o privado–, para que sean dotados con los equipos de protección debidos para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

3.1. Parte demandante

Con base en el art. 79 de la LRJS, que regula la adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia, y que a su vez se remite a lo dispuesto en los arts. 721 a 747 de la LEC, el SINDICATO MÉDICO ANDALUZ presenta la solicitud de medidas cautelarísimas *inaudita parte*, contra la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía y el Servicio Andaluz de Salud, para que en el plazo de 24 horas provea a todos los centros habilitados para uso sanitario, tanto públicos como privados, de los equipos de protección necesarios para atender las necesidades de atención y tratamiento ante la situación de crisis sanitaria provocada por la COVID-19. Ello en cumplimiento del deber asumido por la Administración sanitaria a través en los arts. 14, 15 y 17 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y en los artículos 15 y 43.1 de la CE.

Con esa finalidad, se presenta demanda sobre tutela de derechos fundamentales instando la adopción de medidas cautelares alegando (razonamiento jurídico 1º):

“que, tras la entrada en vigor del Real Decreto 463/20202, de 14 de marzo, por el que se declara estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el personal sanitario se encuentre total o insuficientemente protegido ante la acción de este patógeno viral, sin que se lenutra de los elementos y condiciones necesarias para evitar el contagio al que se ven expuestos durante el tratamiento y cuidado de las personas afectadas por esta enfermedad. Señala, el grave riesgo la salud de los trabajadores de la sanidad y de los propios ciudadanos que acuden a los centros asistenciales del territorio de la Comunidad Autónoma, con la consiguiente conculcación de su derecho fundamental a la propia vida y a la integridad física. Interesándose “*MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS “INAUDITA PARTE” en procedimiento de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES contra la CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, y, acreditada la concurrencia de razones de urgencia, sin más trámites, dicte AUTO, por el que con estimación total de la misma, acuerde las medidas cautelarísimas de requerir a la Administración demandada a fin de cumplimiento de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, de lo establecido en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y en atención a*

la directa aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Reglamento de Desarrollo, para que provea con carácter urgente e inmediato, en el término de 24 horas, en todos los Centros hospitalarios, Centros asistenciales de Atención Primaria, Servicios de Emergencias, Servicios de Asistencial Rural, centros con pacientes institucionalizados, ya sean públicos o privados y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, BATAS IMPERMEABLES, MASCARILLAS FPP2, FPP3, GAFAS DE PROTECCIÓN y CONTENEDORES GRANDES DE RESIDUOS".

3.2. Parte demandada

El Servicio Andaluz de Salud alega falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Social, correspondiéndolo ésta a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, así como falta de legitimación activa del Sindicato Médico Andaluz Federación.

Por su parte, la Junta de Andalucía alega falta de competencia del Juzgado, dada la solicitud de adopción de medidas cautelares en relación con la tutela de derechos fundamentales, señalando como afectados los derechos a la vida y a la integridad física protegidos por el art. 15 CE. Señala así la Junta que el ámbito de afectación es todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por cuanto el solicitante no ha limitado su petición a la provincia de Sevilla. De esta forma y de acuerdo con lo establecido en los arts. 2 f (tutela de derechos fundamentales) y 7 a) (que especifica que "cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma) de la LRJS, la competencia correspondería a la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede de Sevilla en atención al domicilio del sindicato demandante.

Al no considerar competente al Juzgado de lo Social, por lo visto, la Junta de Andalucía entiende que tampoco lo es aquél para resolver sobre las medidas cautelares, por cuanto el art. 723.1 LEC determina que será competente el órgano judicial "que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, al que sea competente para conocer de la demanda principal".

3.3 Posición del Ministerio Fiscal

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega que nos encontramos ante un Conflicto colectivo pues según establece el art. 153.1 LRJS, se tramitarán bajo esta modalidad "las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal", como es el caso, en el que el conflicto afecta al ámbito de toda la Comunidad Autónoma de Andalucía, según la demanda.

IV. RAZONAMIENTO JURÍDICO

A través de su sentencia, el Juzgado de lo Social aprecia su falta de competencia en el asunto por lo que, consecuentemente, no concede la medida cautelar interesada por el Sindicato Médico Andaluz Federación, determinando que el conocimiento de la cuestión corresponde a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Esto es, el primer análisis del procedimiento que realiza el Juzgado tiene una necesaria perspectiva competencial. Por ello establece su falta de competencia en aplicación de los artículos de la LRJS 2.f), referido a la tutela de derechos fundamentales y art. 7.a), que determina la competencia de la Sala de lo Social del TSJ que corresponda, cuando los efectos se extiendan en un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma de que se trate.

A esta conclusión llega el Juzgado por diversos motivos. En primer lugar, el art. 723.1 LEC determina que “será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal”. Si bien en el caso que se presenta ante el Juzgado se trata del ejercicio de una acción para la tutela de derechos fundamentales, el Juzgado entiende que del contenido fáctico de la demanda se trata, en realidad, de una reclamación en materia de prevención de riesgos laborales por incumplimiento de determinados preceptos de la Ley 31/1995 PRL, por parte de la Administración concernida.

De esta ubicación material del procedimiento, deviene la necesidad de atender a aquello que se solicita en la demanda, esto es, el requerimiento a la Junta de Andalucía para que proporcione los equipos de protección personal en materia de prevención de riesgos laborales al personal sanitario y a los centros hospitalarios, en general. De esta forma, al entender del Juzgado, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 2. e) de la LRJS.

Así es, como cita la propia sentencia, en su razonamiento jurídico segundo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social incluyó la atribución al orden jurisdiccional social en materia de prevención de riesgos laborales, cuestión que no estaba prevista en la anterior Ley en la materia, con la intención de atribuir al orden jurisdiccional el conocimiento más completo de la materia social. De esta forma, el orden social se convierte en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, asignándosele competencias con carácter pleno, cuestión que implica la inclusión de funcionarios o personal estatutario, pudiendo éstos plantear ante aquel orden jurisdiccional sus reclamaciones en igualdad de condiciones que los trabajadores por cuenta ajena, incluyéndose además competencias sobre medidas cautelares. Se cubre con esta previsión normativa, el amparo por la jurisdicción social de las causas de responsabilidad de deberes preventivos más allá de las empresas privadas, alcanzando también a las Administraciones Públicas.

Sirve como sustento fundamental a estos efectos, la importante STS de 24 de junio de 2019 (n.º rec.123/2018), en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se establece la jurisprudencia sobre la atribu-

LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO ELEMENTO COMPETENCIAL

ción al orden social de la materia de prevención de riesgos laborales. Tras destacar el papel unificador de la LRJS.2011, en cuanto a conocimiento completo de la materia social, reconoce que el ejercicio único de cualquier título por parte del trabajador o empleado, cuando la vulneración del derecho alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, ha venido a corregir el denominado “peregrinaje de jurisdicciones” al que se veía sometido, logrando con ello una “mayor seguridad jurídica y celeridad en la respuesta judicial, al tiempo que (alcanza)una pretendida mayor calidad en las respuestas judiciales al resolverse por órganos cada vez más especializados (...).” La LRJS atribuye con carácter pleno al orden jurisdiccional social el conocimiento de los litigios sobre aplicación de normativa de prevención de riesgos laborales también cuando afecten al personal funcionarial o estatutario de las Administraciones Públicas empleadoras, por lo que compete a esta jurisdicción cualquier impugnación frente a la actuación de las Administraciones Públicas en la referida materia, como es el caso. Esta protección que garantiza el juez social se extiende también con carácter previo a la posible causación del daño, tal y como se desprende de la Exposición de motivos de la LRJS que indica que “no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales”.

Justificada por el Juzgado la atribución del orden social en materia de Prevención de riesgos laborales¹ procede, a continuación, a determinar que, si bien el cauce procesal utilizado no es el adecuado,

1 Resulta de gran interés, a los efectos, el estudio respecto de la competencia jurisdiccional en situaciones similares de solicitud de medidas cautelarísimas ante el desabastecimiento de material sanitario y de protección de los profesionales sanitarios, cuerpos de policía, etc. derivadas a partir del establecimiento del estado de alarma por la pandemia de la COVID-19, desarrollado por CASAS BAAMONDE, M.A. y ÁNGEL QUIROGA, M.Así, respecto de la competencia de la Sala Contencioso-administrativa respecto de la solicitud *inaudita parte* de medida cautelarísima objeto de la STS que analizan (Sala Tercera, Sección Cuarta, de 25 de marzo de 2020) destaca que la Sala “resuelve realmente sobre su competencia funcional, pues las medidas preventivas solicitadas habían de requerirse al Ministerio de Sanidad, y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conoce en única instancia de los recursos frente a actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno [artículo 12.1.a) de la LJCA]. Salvo el “obstáculo” mediante la inserción de las medidas requeridas “en el marco creado por la declaración del estado de alarma”, en que el Gobierno es la única autoridad competente, conforme al artículo 4.1 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el Ministro de Sanidad es autoridad competente que actúa por delegación del Gobierno para el ejercicio de las funciones previstas en dicho Real Decreto “bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno” (artículo 4.2). Considera la Sala la actuación que se requiere del Ministerio de Sanidad por la confederación sindical demandante como propia del Ministro de Sanidad y la de éste como propia del Consejo de Ministros por delegación en el estado de alarma, con las consecuencias de todo orden que de esa identificación se derivan. Resuelve así la Sala su competencia funcional”. Posteriormente, añaden que deben referirse, no obstante, y como contrapunto “a decisiones del orden jurisdiccional social, que han afirmado su jurisdicción para el conocimiento de la petición de medidas cautelarísimas idénticas a las solicitadas a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aunque no han sido dirigidas frente al Ministerio de Sanidad. Otras peticiones también cautelarísimas, también en materia de prevención de riesgos laborales, y también dirigidas al Ministerio de Sanidad, han sido enjuiciadas por la jurisdicción social. CASAS BAAMONDE, M.A. y ÁNGEL QUIROGA, M. “Dualidad de jurisdicciones, contencioso-administrativa y social, en el estado de alarma. La prevención de riesgos laborales del personal sanitario en la emergencia de la pandemia de COVID-19 ante el desabastecimiento de medios de protección de la salud. Solicitud de medidas cautelarísimas inaudita parte de provisión de medios de protección sanitaria a hospitales y centros asistenciales”, en Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), ISSN-e 2659-787X, N.º 3, 2020.

LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO ELEMENTO COMPETENCIAL

sí procede aplicar al caso, en orden al contenido real de la pretensión solicitada, lo establecido por el art. 179.4 LRJS en cuanto a tramitación, cuyo tenor es:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 81, el juez o tribunal rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este Capítulo y no sean susceptibles de subsanación, advirtiendo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el juez o la Sala dará a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para el procedimiento adecuado fuese competente y la demanda reuniese los requisitos exigidos por la ley para tal clase de procedimiento”.

Al respecto, es de interés lo recogido por el inciso segundo, esto es, el órgano judicial debe aplicar su contenido y dar al procedimiento la tramitación que corresponda, cuestión que aborda el Juzgado.

En este sentido, el Juzgado aplica la reiterada jurisprudencia que establece la adecuación del procedimiento de tramitación y que queda recogida, entre otras, en la STS de 14 de junio de 2002 (N.º Rec. 1192/2001). Así es, en su Fundamento de derecho Tercero, párrafo segundo, serefiere que:

“Ya hay doctrina reiterada de esta Sala sobre la cuestión tratada, que tiene su reflejo, entre otras, en la sentencia de 27 de mayo de 2002, que siguió la doctrina proclamada en las sentencias de 6 de octubre de 1997, 26 de junio de 1998 , 20 de junio de 2000 y otras, en las que se ha dicho que “lo decisivo a efectos de la adecuación del procedimiento no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Si no existe la vulneración alegada, o si lo que se produce es una infracción simple del ordenamiento jurídico sin relevancia en la protección constitucional del derecho fundamental invocado, la consecuencia de la limitación de conocimiento que rige en la modalidad procesal será la desestimación de la demanda, sin perjuicio en su caso de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso”; abundando en esa misma idea, la sentencia de 18 de noviembre de 1997 declaró que “el hecho de que el órgano judicial competente considere que no se ha producido la lesión del derecho invocado no afecta a la adecuación del procedimiento, pues la consecuencia de esa operación será, de acuerdo con el principio de cognición limitada propia de esta modalidad procesal, la desestimación de la pretensión de tutela, sin perjuicio de la acción ordinaria en el proceso correspondiente, pero no la declaración de inadecuación de un procedimiento en el que formalmente se ha instado de forma correcta”. La doctrina expuesta presupone que, si la parte interesada acude a la modalidad procesal de tutela del derecho de libertad sindical, exponiendo los hechos que estima lesivos a tal derecho, y con la pretensión de que se ponga remedio a la violación denunciada, no cabe entender que el procedimiento seguido es inadecuado, a pesar de que se desestime la demanda al resolver sobre el fondo de la cuestión”.

Por ello el Juzgado aplica lo dispuesto en el art. 179.4, inciso segundo, de la LRJS y da al procedimiento la tramitación que corresponde. Así, motivado por las evidentes razones de urgencia, gravedad y necesidad la tramitación debe ajustarse a un procedimiento de solicitud de medidas de prevención de riesgos laborales, siendo competente para ello la Sala de lo Social del TSJ por pretender que los efectos de la medida solicitada se extiendan a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma.

V. LA EXCEPCIONALIDAD DE LA SITUACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Pocos días después de que viese la luz el Auto que se comenta en el presente capítulo, se dictó por el TSJ-Andalucía el Auto 3/2020 de 3 de abril, en el que se deniega la medida cautelarísima solicitada por la representación procesal de Central Sindical Independiente y de Funcionarios frente a Consejería de Salud de la Junta de Andalucía y Servicio Andaluz de Salud. La resolución cierra el procedimiento ya que contra la misma no cabrá recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 733.2 párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como era previsible la Sala comienza por determinar de oficio los espacios competenciales, en una triple dimensión.

En primer lugar se afirma que “es competente esta Sala de lo Social de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 2.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues se trata de una pretensión cautelar promovida por un sindicato para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de prevención de riesgos laborales, de conformidad con lo decidido en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019 –recurso 123/2018–, en la que se sienta el criterio de la “vis atractiva” del orden social respecto de las pretensiones en materia de prevención de riesgos laborales, con independencia de la naturaleza del vínculo; laboral, funcionarial o estatutario de la Seguridad Social(criterio también ha sido confirmado por la Sala de Conflicto de Competencia del Tribunal Supremo en el auto 12/2019, de 16 de mayo –recurso 22/2018–).

Por otro lado y en cuanto a la competencia objetiva, se razona que si bien el artículo 2 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no encuentra mención alguna en el artículo 7 de la misma Ley, que es el que atribuye la competencia objetiva a la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para determinados procesos [(art. 2 f), g), h), j), k) y l)], será competente ésta cuando extiendan sus efectos a un ámbito superior al de la circunscripción de un Juzgado y no superior al de la Comunidad Autónoma. Dicho esto, existen dos argumentos que nos llevan a asumir la competencia objetiva

LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DE LA MEDIDA CAUTELAR COMO ELEMENTO COMPETENCIAL

como propia de esta Sala; en primer lugar, el procedimiento adecuado para sustanciar una demanda colectiva de este tipo, que no sería otro que el procedimiento de conflicto colectivo (artículo 2 g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) para el que esta Sala goza de competencia expresamente atribuida en el artículo 7; en segundo lugar, el ámbito de extensión del conflicto, pues trasciende la circunscripción de los Juzgados de lo Social sin superar el de la Comunidad Autónoma de Andalucía [(artículo 7 a)].

Finalmente, en cuanto a la competencia funcional, esta Sala la tiene en virtud de los artículos 61 y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues gozando de competencia objetiva para conocer sobre el pleito principal la tiene también para resolver sobre sus incidencias, entre ellas, las medidas cautelares.

La Sala que desestima las medidas cautelares, afirma que "...no hay ninguna acreditación de que no se esté suministrando el indicado material ni de que las Administraciones estén incurriendo en el citado incumplimiento, ni de que tengan material que no estén repartiendo, siendo notorios, por un lado, la insuficiencia en las Administraciones del material reclamado y, por otro, los esfuerzos de sus responsables para conseguirlo".

En este orden, el Auto hace suyos los razonamientos contenidos en el auto de 25 de marzo de 2020 -recurso 88/2020- de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el sentido de que "la Sala es consciente de la emergencia en que nos encontramos y también de la labor decisiva que para afrontarla están realizando especialmente los profesionales sanitarios. Tampoco desconoce que deben contar con los medios necesarios para que la debida atención a los pacientes que están prestando de forma abnegada no ponga en riesgo su propia salud, ni la de las personas con las que mantengan contacto. Y coincide en que se han de hacer cuantos esfuerzos sean posibles para que cuenten con ellos. Sigue, sin embargo, que no consta ninguna actuación contraria a esa exigencia evidente y si son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerla. En estas circunstancias, como hemos dicho, no ha fundamento que justifique la adopción de la medida provisionalísima indicada. Es decir, nos han traído a las actuaciones elementales asequibles, los únicos que cabe considerar en el proceso, en cuya virtud deba acordarse sin oír a la Administración".

Por último y si bien se desestima la medida cautelarísima, el Auto plantea la posibilidad de que el sindicado demandante pueda formular demanda de procedimiento de conflicto colectivo en materia de prevención de riesgos laborales, con la correspondiente medida cautelar, de conformidad con el artículo 79 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que, a su vez, se remite a los artículos 721 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los distintos espacios competenciales, tanto por razón de la materia a los que se vinculan la petición de medidas cautelares (derechos fundamentales, prevención ...) como por razón del ámbito territorial de aplicación de las mismas, constituyen el núcleo central de la sentencia. No obstante, y desde una perspectiva más general, la doctrina del TS y del TSJ-Andalucía recogen la excepcionalidad de la situación y su influencia a la hora de denegar las medidas cautelares.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, M.A. y ÁNGEL QUIROGA, M. "Dualidad de jurisdicciones, contencioso-administrativa y social, en el estado de alarma. La prevención de riesgos laborales del personal sanitario en la emergencia de la pandemia de COVID-19 ante el desabastecimiento de medios de protección de la salud. Solicitud de medidas cautelarísimas inaudita parte de provisión de medios de protección sanitaria a hospitales y centros asistenciales", en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, ISSN-e 2659-787X, N.º 3, 2020.

LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen. Ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?. 103, 2013.

GIL PLANA, "La razón de ser del procedimiento Laboral I y II", *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 172/2015 parte Es-tudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.



REJLSS

GUÍA-RESEÑA NORMATIVA



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
octubre 2020 - núm 1



GUÍA-RESEÑA NORMATIVA

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA -A MODO DE GUIÓN- DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19. Exposición temática con remisión a los textos legales completos relacionados en el Anexo

SYSTEMATIZED LABOR OVERVIEW -AS A GUIDELINE- OF THE MAIN RULES OF LABOR CONTENT CONTAINED IN THE LEGAL DISPOSITIONS OF THE MONTHS FROM MARCH TO JUNE 2020 ON THE OCCASION OF COVID-19. Thematic exhibition with reference to the complete legal texts referenced in the Annex

José Ignacio García Ninet

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona

ignacio.garcia.ninet@ub.edu jigninet@gmail.com ORCID 0000-0002-0600-3785

Recepción de trabajo: 30-06-2020-Aceptación: 02-07-2020

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

- I. MODIFICACIONES MÚLTIPLES DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO AFECTADO POR LAS LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TODOS LOS CIUDADANOS.
- II. MODIFICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.
- III. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA. SERVICIO NACIONAL DE SALUD.
- IV. MODIFICACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES.
- V. MEDIDAS EN MATERIA DE DERECHO PROCESAL. SUSPENSIONES DE PLAZOS DIVERSOS.
- ANEXO ÚNICO. *RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS TEXTOS LEGALES CITADOS, COMPLETOS O EXTRAIDOS, DE LAS DISPOSICIONES APROBADAS Y PUBLICADAS EN LOS BB. OO. E DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020.
- EPÍLOGO.

 - A. OTRAS NORMAS APROBADAS DURANTE EL MES DE JUNIO EN PLENA DESCALADA, PERO SIN CONTENIDO IMPORTANTE EN MATERIA LABORAL, PERO RELACIONADAS CON EL COVID-19.
 - B. NORMAS DE INTERÉS GENERAL APROBADAS DURANTE EL PERÍODO DEL COVID 19, PERO QUE NADA TIENEN QUE VER DE MODO DIRECTO CON LA PANDEMIA.

I. MODIFICACIONES MÚLTIPLES DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO AFECTADO POR LAS LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TODOS LOS CIUDADANOS

1. Posibles prestaciones personales obligatorias [art. 1.3 b) TRET]

1.1 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14-3-2020).

Artículo 8. Requisas temporales y prestaciones personales obligatorias

2. Derechos y deberes laborales básicos: libre circulación de trabajadores. Asistencia al trabajo (art. 4 TRET)

2.2 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14-3-2020).

Artículo 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas

3. Capacidad para contratar trabajadores extranjeros (art.7.c. TRET)

3.1. Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 20-5-2020).

Artículo 1. Prórroga de las autorizaciones temporales de residencia y/o trabajo y de las autorizaciones de estancia.

Artículo 2. Prórroga de las tarjetas de familiar de ciudadano de la Unión.

Artículo 3. Prórroga de las tarjetas de identidad de extranjero concedidas en base a una residencia de larga duración.

Artículo 4. Prórroga de las estancias de hasta de noventa días.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Artículo 5. Prórroga de los visados de larga duración.

Artículo 6. Entrada en España de los nacionales de terceros países, titulares de una autorización, tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, tarjeta de identidad de extranjero concedida en base a una residencia de larga duración prorrogada o de visados de larga duración de inversores y emprendedores.

Artículo 7. Ausencias del territorio español.

Artículo 8. Régimen de recursos.

Artículo 9. Efectos.

4. Forma del contrato de trabajo (art. 8 TRET)

4.1. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE 27-6-2020).

Disposición transitoria única. Contratos de trabajo vigentes.

“Los contratos de trabajo verbales de los pescadores que estuvieran vigentes en el momento de entrada en vigor de esta ley subsistirán y deberán formalizarse por escrito en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley”.

Disposición final segunda. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

*Se modifica el apartado 2 del artículo 8 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que queda redactado como sigue:

«2. Deberán constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo y los contratos para la realización de una obra o servicio determinado; también constarán por escrito los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas.

Deberán constar igualmente por escrito los contratos de trabajo de los pescadores, de los trabajadores que trabajen a distancia y de los trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero.

De no observarse la exigencia de forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.»

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

5. Trabajo a distancia/antes llamado trabajo a domicilio (art. 13 TRET). Ahora teletrabajo en proceso de regulación general

***MEDIDA PRIORITARIA ANTES QUE LA SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL CONTRATO. FOMENTO DE TRABAJOS NO PRESENCIALES. POSIBLE AUTOEVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES. ¿QUIEN DEBERÁ ASUMIR SUS COSTOS? ¿CÓMO, CUANDO Y DONDE SE HABRÁ DE REGULAR?**

5.1 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020.

Artículo 5. Carácter preferente del trabajo a distancia. Autoevaluación de riesgos ex art. 16 LPRL. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.

5.2. Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE. núm. 130, de 09-5-2020).

Artículo 3. Fomento de los medios no presenciales de trabajo.

5.3. Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 138, DE 16-5-2020).

Artículo 3. Fomento de los medios no presenciales de trabajo.

5.4. Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 30-5-2020).

Artículo 3. Fomento de los medios no presenciales de trabajo.

6. Contratos temporales (art. 15 TRET)

6.1. Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE 28-3-2020).

Artículo 5. Interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

6.2. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 1-4-2020).

Disposición adicional duodécima. Reglas aplicables a la duración de determinados contratos de personal docente e investigador celebrados por las universidades.

Disposición adicional decimotercera. Reglas aplicables a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias públicas de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratado en el Sistema Nacional de Salud.

Disposición adicional decimocuarta. Aplicación de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual.

6.3. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE 8-4-2020).

Artículo 1. Objeto.

Artículo 2. Beneficiarios de las medidas extraordinarias de flexibilización laboral.

Artículo 3. Compatibilidad de prestaciones laborales.

Artículo 4. Obligaciones del empresario. Medios de prevención.

Artículo 5. Tramitación.

Disposición adicional primera. Coordinación y seguimiento.

Disposición final sexta. Entrada en vigor y vigencia. Hasta 30 de junio de 2020

6.4. Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27-5-2020).

Artículo 1. Prórroga de vigencia de las medidas de flexibilización del empleo agrario previstas en el Real Decreto-ley 13/2020 de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

Disposición adicional segunda. Régimen aplicable a los jóvenes, nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario con base en el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuando finalice su vigencia.

Disposición final décima. Modificación del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

7. Contratos fijo-discontinuos (art. 16 TRET)

7.1 Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (BOE 13-3-2020).

Artículo 13. Medidas de apoyo a la prolongación del periodo de actividad de los trabajadores con contratos fijos discontinuos en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística.

8. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA; art. 33 TRET)

8.1. Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27-5-2020)

Disposición final quinta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Se añade un nuevo apartado 11 al artículo 33 del TRET.

9. Jornada de trabajo: adaptación y /o reducción de jornada (arts. 34 y ss TRET). Permisos laborales retribuidos y recuperables. Jornadas de transportistas.

9.1. Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020

Artículo 6. Plan MECUIDA. Derecho de adaptación del horario y reducción de jornada.

Artículo 36. Medidas laborales excepcionales en el ámbito de las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

9.2. Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19 (BOE 29-3-2020).

Artículo 1. Ámbito subjetivo de aplicación. Inclusiones y exclusiones.

Artículo 2. Permiso retribuido. Del 30 de marzo al 9 de abril de 2020

Artículo 3. Recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido.

Artículo 4. Actividad mínima indispensable.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Artículo 5. Adaptación de actividades.

Disposición transitoria primera. Garantías para la reanudación de la actividad empresarial.

Disposición transitoria segunda. Continuidad de los servicios de transporte.

Disposición adicional primera. Empleados públicos.

Disposición adicional segunda. Personal con legislación específica propia.

Disposición adicional tercera. Servicios esenciales en la Administración de Justicia.

Disposición adicional cuarta. Continuación de actividad.

Disposición adicional quinta. Personal de empresas adjudicatarias de contratos del sector público.

Disposición final única. Entrada en vigor.

ANEXO: No será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente real decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena (25 GRUPOS):

Véase, en relación con el ámbito de aplicación, los criterios interpretativos establecidos por la Orden SND/307/2020, de 30 de marzo.

9.3. Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 17-3-2020).

9.4. Resolución de 26 de marzo de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 27-3-2020)

9.5. Resolución de 14 de abril de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 15-4-2020).

10. Suspensión del contratos o reducción de jornada por causa económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de fuerza mayor (art. 47 TRET). “ERTES”

10.1. Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020.

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

*Téngase en cuenta que se establecen medidas extraordinarias de desarrollo del presente artículo en el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.

Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

Artículo 24. Medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19.

Artículo 25. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo en aplicación de los procedimientos referidos en los artículos 22 y 23.

*Téngase en cuenta que se establecen medidas extraordinarias de desarrollo del presente artículo en el art. 3 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.

Disposición transitoria primera. Limitación a la aplicación a los expedientes de regulación de empleo. (SIN EFECTOS HACIA ATRÁS)

Disposición final décima. Vigencia.

Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo.

*Véase, para la aplicación de la presente disposición, la disposición adicional 14 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

10.2. Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE 28-3-2020).

Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.

Artículo 3. Medidas extraordinarias de desarrollo del artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo.

Artículo 4. Medida extraordinaria aplicable a las sociedades cooperativas para la adopción de acuerdos en los procedimientos de suspensión total y/o parcial, en los términos previstos en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Disposición adicional primera. Limitación de la duración de los expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas previstas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

10.3. Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 13-5-2020).

Artículo 1. Especialidades aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 durante el desconfinamiento.

Artículo 2. Procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción comunicados a partir del desconfinamiento.

Disposición adicional primera. Extensión de los expedientes de regulación temporal de empleo basados en la causa prevista en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y de las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo y de cotización.

Disposición adicional segunda. Comisión de Seguimiento tripartita laboral.

Disposición final primera. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición final segunda. Modificación del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

10.4. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE 27-6-2020).

Artículo 1. Expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Artículo 2. Procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

Artículo 3. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo.

Artículo 4. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Artículo 6. Salvaguarda del empleo.

Artículo 7. Prórroga de los artículos 2 y 5 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

Disposición adicional tercera. Comisión de Seguimiento tripartita laboral.

Disposición adicional cuarta. Diálogo en materia de desempleo.

Disposición adicional quinta. Pacto por el empleo.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Disposición adicional sexta. Comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social.

11. Prevención de riesgos laborales

11.1. Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, por la que se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 3-5-2020).

CAPÍTULO III

Condiciones para la apertura al público de establecimientos y locales comerciales minoristas y de prestación de servicios asimilados

Artículo 9.-Medidas de higiene y/o de prevención para el personal trabajador de los establecimientos y locales que abran al público.

Artículo 14. Medidas de higiene y/o de prevención para el personal trabajador.

Disposición final segunda.-Planes específicos de seguridad y/o protocolos organizativos en materia de comercio minorista y las actividades de hostelería y restauración.

Disposición final tercera. Efectos y vigencia.

11.2. Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios, y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado (BOE 3-5-2020).

Artículo 3. Medidas de prevención de riesgos para el personal que preste servicios en los establecimientos y locales que abran al público.

CAPÍTULO II

Condiciones en las que deben desarrollarse las actividades de hostelería y restauración

Artículo 6. Medidas de prevención de riesgos para el personal que preste servicios de los establecimientos de hostelería y restauración.

Artículo 13. Medidas de prevención de riesgos laborales en relación con el personal de los archivos.

11.3. Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE. núm. 130, de 09-5-2020).

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Sección 2.^a *Medidas de higiene y prevención*

Artículo 4. Medidas de higiene y/o de prevención para el personal trabajador de los sectores de actividad previstos en esta orden.

Artículo 5. Medidas para prevenir el riesgo de coincidencia masiva de personas en el ámbito laboral.

Artículo 6. Medidas de higiene exigibles a las actividades previstas en esta orden.

Artículo 12. Medidas de higiene y/o de prevención para el personal trabajador de los establecimientos y locales que abran al público.

CAPÍTULO V

De los servicios y prestaciones en materia de servicios sociales

Artículo 17. Servicios y prestaciones en materia de servicios sociales.

Artículo 24. Medidas de higiene y/o de prevención en las bibliotecas.

Artículo 28. Medidas de prevención de riesgos laborales en relación con el personal de los museos.

Artículo 30. Medidas de prevención e higiene frente al COVID-19 en materia de producción audiovisual.

Artículo 36. Medidas de protección comunes a los colectivos artísticos.

Artículo 37. Medidas de prevención de riesgos para el personal técnico.

Artículo 45. Medidas de higiene y/o prevención exigibles a los hoteles y alojamientos turísticos.

Disposición final quinta. Planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías.

Disposición final sexta. Efectos y vigencia.

11.4 Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 138, DE 16-5-2020).

Artículo 4. Medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los sectores de actividad previstos en esta orden.

Artículo 5. Medidas para prevenir el riesgo de coincidencia masiva de personas en el ámbito laboral.

Artículo 6. Medidas de higiene exigibles a las actividades previstas en esta orden.

Artículo 14. Medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los establecimientos y locales que abran al público.

Artículo 29. Medidas específicas para los trabajos asociados al montaje y desmontaje de exposiciones temporales.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

11.5. Real Decreto 451/2020, de 10 de marzo, sobre control y recuperación de las fuentes radiactivas huérfanas (BOE 27-4-2020). Prevención de riesgos laborales.

1. **Objeto de este RD:** tiene por objeto evitar o, al menos, reducir en lo posible la exposición de los trabajadores y de los miembros del público a las radiaciones ionizantes, y la contaminación del medio ambiente, como consecuencia de la existencia de fuentes huérfanas.
2. **Fuente huérfana:** fuente radiactiva cuyo nivel de actividad, en el momento de ser descubierta, es igual o superior al valor de exención establecido en las tablas A y B de la Instrucción IS/05 del Consejo de Seguridad Nuclear, y mencionadas en el anexo I del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, y que no esté sometida a control regulador, sea porque nunca lo ha estado, sea porque ha sido abandonada, perdida, extraviada, robada o transferida de otro modo sin la debida autorización. A los efectos de este real decreto, dentro del concepto de fuente huérfana se incluye también el material radiactivo que no esté sometido al control regulador por los mismos motivos que los descritos para las fuentes huérfanas propiamente dichas.

Artículo 9. Actuaciones ante accidentes o emergencias radiológicas.

Artículo 14. Información y formación de los trabajadores.

Disposición adicional primera. Prevención de riesgos laborales.

Disposición adicional segunda. Protección de la salud.

Disposición final cuarta. Incorporación de derecho comunitario de la Unión Europea.

11.6. Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 30-5-2020).

Artículo 4. Medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los sectores de actividad previstos en esta orden.

Artículo 5. Medidas para prevenir el riesgo de coincidencia masiva de personas en el ámbito laboral.

Artículo 6. Medidas de higiene exigibles a las actividades previstas en esta orden.

Artículo 14. Medidas de higiene y prevención para el personal trabajador de los establecimientos y locales que abran al público.

Artículo 25. Medidas de prevención de riesgos laborales en relación con el personal de los museos.

Artículo 38. *Medidas relativas a la higiene de los clientes y personal trabajador de los centros recreativos turísticos, zoológicos y acuarios.*

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Modificación de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Disposición final primera.

Modificación de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. Disposición final segunda.

11.7. Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 10-6-2020).

CAPÍTULO II

Medidas de prevención e higiene

Artículo 6. Uso obligatorio de mascarillas.

Artículo 7. Centros de trabajo.

1. Sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y del resto de la normativa laboral que resulte de aplicación, el titular de la actividad económica o, en su caso, el director de los centros y entidades, deberá:

- a. Adoptar medidas de ventilación, limpieza y desinfección adecuadas a las características e intensidad de uso de los centros de trabajo, con arreglo a los protocolos que se establezcan en cada caso.
- b. Poner a disposición de los trabajadores agua y jabón, o geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida, autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad para la limpieza de manos.
- c. Adaptar las condiciones de trabajo, incluida la ordenación de los puestos de trabajo y la organización de los turnos, así como el uso de los lugares comunes de forma que se garantice el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal mínima de 1,5 metros entre los trabajadores. Cuando ello no sea posible, deberá proporcionarse a los trabajadores equipos de protección adecuados al nivel de riesgo.
- d. Adoptar medidas para evitar la coincidencia masiva de personas, tanto trabajadores como clientes o usuarios, en los centros de trabajo durante las franjas horarias de previsible mayor afluencia.
- e. Adoptar medidas para la reincorporación progresiva de forma presencial a los puestos de trabajo y la potenciación del uso del teletrabajo cuando por la naturaleza de la actividad laboral sea posible.

2. Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19 o que se encuentren en periodo de cuarentena domi-

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

ciliaria por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con COVID-19 no deberán acudir a su centro de trabajo.

3. Si un trabajador empezara a tener síntomas compatibles con la enfermedad, se contactará de inmediato con el teléfono habilitado para ello por la comunidad autónoma o centro de salud correspondiente, y, en su caso, con los correspondientes servicios de prevención de riesgos laborales. De manera inmediata, el trabajador se colocará una mascarilla y seguirá las recomendaciones que se le indiquen, hasta que su situación médica sea valorada por un profesional sanitario.

Artículo 8. Centros, servicios y establecimientos sanitarios.

La administración sanitaria competente garantizará que se adoptan las medidas organizativas, de prevención e higiene para asegurar el bienestar de los trabajadores y los pacientes. Asimismo, garantizará la disponibilidad de los materiales de protección necesarios en las ubicaciones pertinentes, la limpieza y desinfección de las áreas utilizadas y la eliminación de residuos, así como el mantenimiento adecuado de los equipos e instalaciones.

12. Inspección de Trabajo. Faltas y sanciones

12.1. Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22-4-2020).

Disposición adicional segunda. Suspensión de plazos en el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Disposición final tercera. Modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (Modificaciones permanentes).

12.2. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE 27-6-2020).

Disposición final primera. Modificación de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

*Se modifica el párrafo a) del artículo 29.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que queda redactado como sigue:

«a) El presidente, que será la persona titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social.»

II. MODIFICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE 11-3-2020)

Artículo quinto. Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

2. Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (BOE 13-3-2020)

Artículo 11. Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus COVID-19.

3. Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020

Artículo 17. Prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Artículo 25. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo en aplicación de los procedimientos referidos en los artículos 22 y 23.

*Téngase en cuenta que se establecen medidas extraordinarias de desarrollo del presente artículo en el art. 3 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.

Artículo 26. Limitación temporal de los efectos de la presentación extemporánea de solicitudes de prestaciones por desempleo.

Artículo 27. Medidas extraordinarias relativas a la prórroga del subsidio por desempleo y a la declaración anual de rentas.

Artículo 28. Plazo de duración de las medidas previstas en el Capítulo II.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

4. Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE 28-3-2020)

Disposición adicional segunda. Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas

Disposición adicional tercera. Fecha de efectos de las prestaciones por desempleo derivadas de los procedimientos basados en las causas referidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición adicional cuarta. Colaboración de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Disposición final primera. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

5. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 1-4-2020)

Artículo 28. Derecho a percepción del bono social por parte de trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del COVID-19.

Artículo 30. Beneficiarios del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social.

Artículo 31. Cuantía del subsidio.

Artículo 32. Compatibilidades e incompatibilidades del subsidio extraordinario.

Artículo 33. Subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal.

Sección 2.ª Medidas de apoyo a los autónomos

Artículo 34. Moratoria de las cotizaciones sociales a la Seguridad Social.

Artículo 35. Aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social.

Disposición adicional séptima. Fondos provenientes de la recaudación de la cuota de formación profesional para el empleo para el año 2020.

Disposición adicional decimoquinta. Efectos de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios realizados al amparo de la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Disposición adicional decimoctava. Colaboración de empleadas y empleados públicos.

Disposición adicional vigésima. Disponibilidad de los planes de pensiones en caso de desempleo o cese de actividad derivados de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Disposición adicional vigesimoprimera. Incapacidad temporal en situación excepcional de confinamiento total. Se deroga por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril.*

Disposición adicional vigesimosegunda. Compatibilidad del subsidio por cuidado de menor y prestación por desempleo o cese de actividad durante la permanencia del estado de alarma.

Disposición transitoria tercera. Carácter retroactivo y tramitación del subsidio extraordinario por falta de actividad de las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados del Hogar y del subsidio de desempleo excepcional por fin de contrato temporal.

Disposición final undécima. Desarrollo reglamentario y ejecución.

Disposición final duodécima. Vigencia.

Disposición final decimotercera. Entrada en vigor.

6. Orden TED/320/2020, de 3 de abril, por la que se desarrollan determinados aspectos del derecho a percepción del bono social por parte de trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del Covid-19 y se modifica el modelo de solicitud del bono social para trabajadores autónomos que hayan visto afectada su actividad como consecuencia del Covid-19, establecido en el anexo IV del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 4-4-2020)

7. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE 8-4-2020)

Disposición final primera. Modificación del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

Disposición final segunda. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición final tercera. Modificación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Disposición final sexta. Entrada en vigor y vigencia.

Disposición adicional segunda. Aplicación del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, y el artículo 342 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición adicional tercera. Medidas de simplificación para la tramitación de los procedimientos de las entidades gestoras de la Seguridad Social como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

Disposición adicional cuarta. Medidas de simplificación para la tramitación de los procedimientos del Servicio Público de Empleo Estatal y el Instituto Social de la Marina como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

Disposición adicional quinta. Concesión de licencias y abono de retribuciones a los mutualistas de MUFACE y MUGEJU en situación de incapacidad temporal durante la vigencia del estado de alarma.

Disposición adicional primera. Coordinación y seguimiento.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

8. Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22-4-2020)

Artículo 23. Normas sobre disponibilidad excepcional de los planes de pensiones en situaciones derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Artículo 24. Prórroga de diversos términos y plazos de presentación de información por las personas y entidades sujetas a la supervisión de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Artículo 25. Cotización en situación de inactividad en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Disposición adicional quinta. Asistencia jurídica.

Disposición adicional sexta. Adaptación normativa de la legislación del Régimen de Clases Pasivas.

Disposición adicional séptima. Financiación estatal de los gastos imputables a la gestión del Régimen de Clases Pasivas.

Disposición adicional octava. Gestión por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de determinadas prestaciones públicas.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Disposición adicional décima. Opción por una mutua colaboradora con la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que hubieran optado inicialmente por una entidad gestora.

Disposición adicional undécima. Efectos en la incapacidad temporal de la opción por una mutua colaboradora con la Seguridad Social realizada por los trabajadores del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos para causar derecho a la prestación extraordinaria por cese de actividad regulada en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio en la gestión del Régimen de Clases Pasivas.

Disposición transitoria quinta. Comprobación de los requisitos de incorporación en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios.

Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Disposición final sexta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición final octava. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición final novena. Modificación del Real Decreto-ley 9/2020, de 24 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

Disposición final décima. Modificación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

9. Resolución de 22 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifica la de 13 de abril de 2020, por la que se garantiza durante el estado de alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE 24-4-2020)

10. Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 13-5-2020)

Artículo 3. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo.

Artículo 4. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a las medidas reguladas en el artículo 1.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

11. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y CECA, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020)

12. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y la Asociación Española de Banca, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020)

13. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020)

14. Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27-5-2020)

Artículo 4. Autorización para el otorgamiento de avales a favor de la Comisión Europea en el marco del Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Mitigar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (Instrumento SURE).

Artículo 9. Consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

Artículo 10. Aprobación de modificaciones presupuestarias en el presupuesto de gastos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Artículo 11. Préstamo a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Disposición transitoria tercera. Efectos de la calificación como contingencia profesional derivada de accidentes de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

Disposición transitoria cuarta. Solicitudes de prestaciones por desempleo formuladas al amparo del artículo 2 del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, que se encuentren pendientes de resolución o que hubieran sido denegadas.

Disposición final sexta. Modificación del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 324 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Disposición final octava. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición final duodécima. Modificación del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (desempleo).

Disposición final decimotercera. Modificación del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (exoneración de cuotas).

15. Resolución de 4 de junio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y las Cajas Rurales Miembro del Grupo Cooperativo Caja-mar, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 10-6-2020)

16. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE 27-6-2020)

Artículo 3. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo.

Artículo 4. Medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

TÍTULO II

Medidas de apoyo a los trabajadores autónomos

Artículo 8. Exención en la cotización a favor de los trabajadores autónomos que hayan percibido la prestación extraordinaria de cese de durante el estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Artículo 9. Prestación de cese de actividad y trabajo por cuenta propia.

Artículo 10. Prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores de temporada.

Disposición adicional primera. Medidas temporales de transición y acompañamiento en materia de cotización.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Disposición adicional segunda. Personas trabajadoras incluidas en expedientes de regulación de empleo que no sean beneficiarias de prestaciones de desempleo.

III. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ASISTENCIA SANITARIA. SERVICIO NACIONAL DE SALUD

1. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14-3-2020).

Artículo 12. Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

Artículo 13. Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública.

2. Orden SND/266/2020, de 19 de marzo, por la que se establecen determinadas medidas para asegurar el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al colectivo de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social (BOE 21-3-2020).

3. Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE 28-3-2020).

Artículo 1. Mantenimiento de actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores.

4. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE 8-4-2020).

Disposición adicional sexta. Exención de tasas con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

5. Resolución de 13 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se garantiza durante el estado de alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE 15-4-2020). ANEXO 1

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Contenido básico de la comunicación de los órganos de personal a MUFACE para la continuidad del pago del subsidio durante el estado de alarma.

6. Orden SND/347/2020, de 15 de abril, por la que se modifica la Orden SND/266/2020, de 19 de marzo, por la que se establecen determinadas medidas para asegurar el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al colectivo de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social (BOE 16-4-2020).

Modificación de la Orden SND/266/2020, de 19 de marzo, por la que se establecen determinadas medidas para asegurar el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al colectivo de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Primero.

7. Resolución de 22 de abril de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el acuerdo de la comisión interministerial de precios de los medicamentos de 21 de abril de 2020, por el que se establecen importes máximos de venta al público en aplicación de lo previsto en la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el Covid-19 (BOE 23-4-2020).

8. Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 10-6-2020).

Artículo 8. Centros, servicios y establecimientos sanitarios.

La administración sanitaria competente garantizará que se adoptan las medidas organizativas, de prevención e higiene para asegurar el bienestar de los trabajadores y los pacientes. Asimismo, garantizará la disponibilidad de los materiales de protección necesarios en las ubicaciones pertinentes, la limpieza y desinfección de las áreas utilizadas y la eliminación de residuos, así como el mantenimiento adecuado de los equipos e instalaciones.

CAPÍTULO IV

Medidas relativas a medicamentos, productos sanitarios y productos necesarios para la protección de la salud.

Artículo 19. Medidas en materia de medicamentos.

Artículo 20. Otorgamiento de licencias previas de funcionamiento de instalaciones y puesta en funcionamiento de determinados productos sanitarios sin marcado CE.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

Artículo 21. Medidas en materia de biocidas.

CAPÍTULO V

Detección precoz, control de fuentes de infección y vigilancia epidemiológica

Artículo 22. Declaración obligatoria de COVID-19.

Artículo 23. Obligación de información.

Artículo 24. Detección y notificación.

Artículo 25. Comunicación de datos por los laboratorios.

Artículo 26. Provisión de información esencial para la trazabilidad de contactos.

Artículo 27. Protección de datos de carácter personal.

CAPÍTULO VI

Medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario Artículo 28. Recursos humanos.

Las administraciones competentes velarán por garantizar la suficiente disponibilidad de profesionales sanitarios con capacidad de reorganización de los mismos de acuerdo con las prioridades en cada momento. En particular, garantizarán un número suficiente de profesionales involucrados en la prevención y control de la enfermedad, su diagnóstico temprano, la atención a los casos y la vigilancia epidemiológica.

Artículo 29. Planes de contingencia ante COVID-19.

Artículo 30. Obligaciones de información.

Disposición adicional primera. Controles sanitarios y operativos en aeropuertos gestionados por Aena.

Disposición adicional segunda. Sanidad exterior en puertos de interés general.

Disposición adicional sexta. Gestión de la prestación farmacéutica.

Disposición final segunda. Modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Disposición final tercera. Modificación del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio.

Disposición final cuarta. Modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Disposición final quinta. Modificación del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

ANEXO

Especificaciones del bioetanol para su uso en soluciones y geles hidroalcohólicos de desinfección de manos

IV. MODIFICACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

1. Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (BOE 13-3-2020).

Artículo 9. Concesión de un suplemento de crédito en el Presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar los programas de servicios sociales de las comunidades autónomas.

2. Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020

Artículo 1. Concesión de un suplemento de crédito en el Presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar un Fondo Social Extraordinario destinado exclusivamente a las consecuencias sociales del COVID-19.

Artículo 2. Distribución del Fondo Social Extraordinario entre las comunidades autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Artículo 3. Destino del superávit de las entidades locales correspondiente a 2019 y aplicación en 2020 de la disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

3. Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 10-6-2020).

Artículo 10. Servicios sociales.

1. Las administraciones competentes deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones, que aquellas establezcan.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

2. En particular, velarán por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio.
3. Las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.
4. Los titulares de los centros han de disponer de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.
5. Los titulares de los centros adoptarán las medidas organizativas, de prevención e higiene en relación con los trabajadores, usuarios y visitantes, adecuadas para prevenir los riesgos de contagio. Asimismo, garantizarán la puesta a disposición de materiales de protección adecuados al riesgo.
6. La información a que se refiere este apartado estará disponible cuando lo requiera la autoridad de salud pública.
7. La prestación del resto de servicios recogidos en el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales, aprobado por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013, y en el artículo 3.1 del Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, deberá realizarse asegurando que se adoptan las medidas de higiene adecuadas para prevenir los riesgos de contagio.

V. MEDIDAS EN MATERIA DE DERECHO PROCESAL. SUSPENSIONES DE PLAZOS DIVERSOS

1. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14-3-2020).

Disposición adicional segunda. Suspensión de plazos procesales.

Disposición adicional tercera. Suspensión de plazos administrativos.

Disposición adicional cuarta. Suspensión de plazos de prescripción y caducidad.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

2. Acuerdo de 16 de marzo de 2020, del pleno del Tribunal Constitucional, en relación con la suspensión de los plazos procesales y administrativos durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 17-3-2020).

3. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 1-4-2020).

Disposición adicional novena. Aplicación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 a determinados procedimientos y actos.

4. Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29-4-2020).

Artículo 2. Acceso extraordinario a la prestación por desempleo de los artistas en espectáculos públicos que no se encuentren afectados por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada reguladas 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.

5. Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 23-5-2020).

Artículo 8. Plazos procesales suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Artículo 9. Plazos administrativos suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Artículo 10. Plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones suspendidos en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

ANEXO ÚNICO

*RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS TEXTOS LEGALES CITADOS, COMPLETOS O EXTRAIDOS, DE LAS DISPOSICIONES APROBADAS Y PUBLICADAS EN LOS BB. OO. E DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 (pulsar Ctrl. y clicar).

1. Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE 11-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3434>

2. Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del Covid-19 (BOE 13-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3580>

3. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 14-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>

4. Acuerdo de 16 de marzo de 2020, del pleno del Tribunal Constitucional, en relación con la suspensión de los plazos procesales y administrativos durante la vigencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 17-3-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3805

5. Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 17-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3806>

6. Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 (BOE 18-3-2020). Corrección de errores publicada en el BOE núm. 82, de 25 de marzo de 2020.

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>

7. Orden SND/266/2020, de 19 de marzo, por la que se establecen determinadas medidas para asegurar el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al colectivo de los Régimen Especiales de la Seguridad Social (BOE 21-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3952>

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

8. Resolución de 26 de marzo de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 27-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4129>

9. Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19 (BOE 28-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4152>

10. Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 28-3-2020). Hasta 12-4-2020.

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4155>

11. Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19 (BOE 29-3-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4166>

12. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 1-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208>

13. Orden TED/320/2020, de 3 de abril, por la que se desarrollan determinados aspectos del derecho a percepción del bono social por parte de trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del Covid-19 y se modifica el modelo de solicitud del bono social para trabajadores autónomos que hayan visto afectada su actividad como consecuencia del Covid-19, establecido en el anexo IV del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19 (BOE 4-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4292>

14. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario (BOE 8-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4332>

15. Resolución de 13 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se garantiza durante el estado de alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE 15-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4449>

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

16. Resolución de 14 de abril de 2020, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se exceptúa temporalmente el cumplimiento de las normas de tiempos de conducción y descanso en los transportes de mercancías (BOE 15-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4461>

17. Orden SND/347/2020, de 15 de abril, por la que se modifica la Orden SND/266/2020, de 19 de marzo, por la que se establecen determinadas medidas para asegurar el acceso a la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud al colectivo de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social (BOE 16-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4472>

18. Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE 22-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4554>

19. Resolución de 22 de abril de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el acuerdo de la comisión interministerial de precios de los medicamentos de 21 de abril de 2020, por el que se establecen importes máximos de venta al público en aplicación de lo previsto en la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el Covid-19 (BOE 23-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4577>

20. Resolución de 22 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifica la de 13 de abril de 2020, por la que se garantiza durante el estado de alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE 24-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4610>

21. Real Decreto 451/2020, de 10 de marzo, sobre control y recuperación de las fuentes radiactivas huérfanas (BOE 27-4-2020).

Ver texto completo <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4667>

22. Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE 29-4-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4705>.

23. Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, por la que se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 3-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4791>

24. Orden SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios, y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado (BOE 3-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4793>

25. Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del Covid-2019 (BOE 6-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4832>

26. Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE. núm. 130, de 09-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4911>

27. Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 13-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4959>

28. Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 138, DE 16-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5088>

29. Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 20-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5141>

30. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y CECA, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5201>

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

31. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y la Asociación Española de Banca, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5202>

32. Resolución de 11 de mayo de 2020, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 21-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5203>

33. Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE 23-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5243>

34. Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 27-5-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5315>

35. Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 30-5-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-5469

36. Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 10-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-5895

37. Resolución de 4 de junio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio con el Servicio Público de Empleo Estatal y las Cajas Rurales Miembro del Grupo Cooperativo Cajamar, para el anticipo de prestaciones por desempleo previamente reconocidas por el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 10-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-5953

38. Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE 27-6-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-6838>

EPÍLOGO

A. Otras normas aprobadas durante el mes de junio en plena desescalada, pero sin contenido importante en materia laboral, pero relacionadas con el Covid. 19.

1. Resolución de 10 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE 12-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6022.

2. Resolución de 2 de junio de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2020, por el que se establece el régimen económico de los medicamentos huérfanos, al amparo de la previsión del artículo 3.3 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (BOE 12-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6025

3. Orden SND/520/2020, de 12 de junio, por la que se modifican diversas órdenes para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma y se establecen las unidades territoriales que progresan a la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 13-6-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-6088>

4. Orden SND/521/2020, de 13 de junio, por la que se prorrogan los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 15-6-2020).

Ver texto completo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-6107>

5. Real Decreto-ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento (BOE 17-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6232

6. Orden PCM/531/2020, de 16 de junio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de junio de 2020, por el que se establecen los puertos y aeropuertos españoles designados como “Puntos de Entrada con capacidad de atención a Emergencias de Salud Pública de Importancia In-

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

ternacional”, según lo establecido en el Reglamento Sanitario Internacional (RSI-2005), para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 17-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6234

7. Orden ICT/534/2020, de 16 de junio, por la que se amplía el anexo de la Orden SND/518/2020, de 11 de junio, por la que se regula la autorización de un programa piloto de apertura de corredores turísticos seguros en la Comunidad Autónoma de Illes Balears mediante el levantamiento parcial de los controles temporales en las fronteras interiores establecidos con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 18-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6307

8. Orden SND/535/2020, de 17 de junio, por la que se modifica la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, y la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (BOE 18-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6310

9. Resolución de 19 de junio de 2020, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se establece el listado de los medicamentos considerados esenciales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 20-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6474

10. Orden INT/550/2020, de 21 de junio, por la que se prorrogan los controles en las fronteras interiores con Portugal temporalmente restablecidos con motivo de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 22-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6508

11. Orden INT/551/2020, de 21 de junio, por la que se prorrogan los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 22-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6509

RESEÑA LABORAL SISTEMATIZADA –A MODO DE GUIÓN– DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE CONTENIDO LABORAL CONTENIDAS EN LA DISPOSICIONES LEGALES DE LOS MESES DE MARZO A JUNIO DE 2020 CON MOTIVO DEL COVID-19

12. Resolución de 25 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 30-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6901

13. Orden INT/578/2020, de 29 de junio, por la que se modifican los criterios para la aplicación de una restricción temporal de viajes no imprescindibles desde terceros países a la Unión Europea y países asociados Schengen por razones de orden público y salud pública con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE 30-6-2020).

Ver texto completo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6902

B. Normas de interés general aprobadas durante el periodo del Covid 19, pero que nada tienen que ver de modo directo con la pandemia.

1. Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (BOE 1-6-2020).

Ver texto completo, especialmente la interesante exposición de motivos: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-5493



TRIBUNA DE ACTUALIDAD



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
octubre 2020 - núm 1



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

THE SOCIAL SECURITY DISTRIBUTION SYSTEM VERSUS POPULATION AGING

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Málaga

mgutierrez@uma.es ORCID 000-0002-2769-7579

Recepción de trabajo: 08-09-2020-Aceptación: 13-09-2020

RESUMEN

Como consecuencia del Estado de Bienestar Social del que goza España la esperanza de vida. Este hecho ha provocado un problema demográfico de carácter estructural que afecta en mayor o menor medida a todos los Estados de la Unión Europea. En España, este problema se agudizará dentro de diez años con la jubilación de la generación conocida como el baby-boom lo que ha puesto en duda la viabilidad del sistema de reparto de la seguridad social diseñado en los años 1963 a 1966 cuando la situación social de España y las necesidades de protección eran muy distintas a las que imperan actualmente.

Además con carácter coyuntural, desde el año 2006 España ha estado inmersa en una crisis económica como consecuencia de los efectos de la globalización económica en el ámbito financiero y por la caída del sector inmobiliario. Este hecho ha provocado un descenso de cotizantes lo que se agravado aún mucho más con la pandemia del Covid19 que ha supuesto una caída del PIB en más del 9 por ciento y, por ende, en un descenso significativo del número de cotizantes lo que ha suscitado que los partidos políticos se conciencien en la necesidad de que el sistema de reparto de la Seguridad Social se modifique para que sea sostenible en lo que respecta al pago de las pensiones públicas. A partir del año 2011, se han introducido reformas en relación a las pensiones públicas; así, el retraso en la edad de jubilación, el envejecimiento activo, la regulación del factor de sostenibilidad, el índice de revalorización y una recomendación hacia los instrumentos de previsión social privados como complemento de las pensiones públicas pretenden asegurar el principio constitucional de la suficiencia económica de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: pensión; envejecimiento; crisis; impuestos

ABSTRACT

The aging of the population is a demographic problem of a structural character which affects in a large or small measure all members of the European Union. In Spain, this problem will enlarge within the next 10 years with the retirement of former baby boom generation, which has put in doubt the viability of the social security economic distribution, designed in the years between 1963-1966, when the state of affairs of Spain and their protective needs were very distinct to the current existing ones.

Furthermore, with transitory character, Spain has been immersed in an economic crisis since 2006, due to the effects of the economic globalization in the financial field especially by the fall in the real estate sector caused by the disproportionate rise in the prices of this secondary sector. This fact has provoked a decline in contributors which has raised a necessary awareness in political parties that requires a sustainable modification in respect to public pension payments. From the year 2011 reforms have been introduced in relation to public pensions, so the delay in retirement age, the active aging, the regulation of the sustainability factor, the revaluation indicator and recommendation towards private social pension plans as a complement of public pensions, are aiming to secure the constitutional principle of economic sufficiency for citizens.

KEYWORDS: pension; aging; crises; taxes

I. VARIABLES SOCIOECONÓMICAS QUE INCIDEN EN EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la vejez ocupa un lugar medular en el seno del sistema de previsión social. De hecho, no sólo representa el capítulo más importante de las transferencias del Estado de Bienestar, sino que, además, se trata de la mayor y más importante política pública contra la vejez.

No obstante, hay que tener en cuenta que este protagonismo convierte a la financiación de esta contingencia en su modalidad contributiva en el principal foco de atención y la reciente crisis financiera y de la deuda soberana han contribuido a acelerar este proceso.

Actualmente todos los países que siguen un sistema de reparto de la seguridad social, que consiste fundamentalmente en que lo que se recauda por las cotizaciones de las personas en situación laboral activa se reparte entre las personas que están en una situación de inactividad laboral como consecuencia de la jubilación, están haciendo ajustes económicos para garantizar el pago de las pensiones.

Esta situación es propiciada de forma coyuntural por la crisis económico-financiera de carácter mundial que todos los países de la eurozona están aún sufriendo y de forma estructural por la variación experimentada por el factor demográfico.

En el aspecto coyuntural, la recesión económica conlleva repercusiones en los mercados laborales, que lógicamente debilita el segmento de población en edad de cotizar. Además, las reformas laborales de los países de la Unión Europea tienden a flexibilizar el mercado laboral impulsando la contratación temporal y abaratando el despido del trabajador. En términos monetarios esta situación se traduce en salarios más bajos que inciden negativamente en el montante de las cotizaciones de los trabajadores y, con ello, en el sistema de financiación básico de las pensiones públicas.

A este panorama, no muy halagüeño, haya que añadir que estamos asistiendo en los países desarrollados a un envejecimiento exponencial ligado a la esperanza de la vida y a la disminución de la natalidad.

En este sentido, en el año 1900 la esperanza de vida en España era aproximadamente de 35 años y en la actualidad es de 82 años y las previsiones del Instituto Nacional de Estadística es que la esperanza de vida para el año 2050 sea de 90 años. Además, en España para ese año se producirá un incremento de la población dependiente donde el 73 por ciento de los hombres y el 90 por ciento de las mujeres cumplirán los 80 años¹.

¹ Cfr Fundación General. CSIC. Informe sobre el envejecimiento, Madrid, 2010, pág 20.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

Este mayor incremento en la esperanza de vida es causado por diversas circunstancias propias de un Estado de bienestar entre las que hay que destacar, la mayor calidad en la alimentación y a una sanidad cada vez más especializada².

Como contraposición la tasa de natalidad europea ha descendido notablemente debido a factores que podemos clasificar en objetivos y subjetivos.

Los factores objetivos estarían conectados con el incremento del paro, la bajada salarial de los trabajadores de la eurozona y el hecho de la incorporación de la mujer al mercado laboral, todos estos factores inciden en que las mujeres retrasen la edad en la que deciden ser madres. En términos cuantitativos, los matrimonios que deciden tener hijos no llegan a tener por término medio más de dos.

En el aspecto subjetivo, se está dando el fenómeno de que las personas con cierto bienestar social, en la que los dos cónyuges están trabajando, tienden a ser más egoísta desde un punto de vista matrimonial y son reticentes a perder calidad de vida en la crianza y educación de un hijo. Por otra parte, muchas personas no ven con buenas perspectivas el futuro laboral que podrían tener sus hijos, lo que les coarta en la decisión de ser padres.

Por último, hay que reseñar la crisis económica que está provocando la pandemia del covid19 cifrándose aproximadamente en una caída del PIB en más del 9 por ciento lo que sin duda está afectando al número de cotizantes de la Seguridad Social y con ello a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social de reparto.

II. CRISIS DEL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

La reforma del sistema de la seguridad social surge con el Pacto de Toledo en el año 1995 formado por un conjunto de parlamentarios que hicieron eco de las propuestas del Libro Blanco de la Unión Europea. Una de las propuestas más importante recogida en el Pacto de Toledo es la ampliación del número de años para el cálculo de la base reguladora que pasó de 8 a 15 años y además se incentivó la prolongación de la vida laboral.

A partir de las recomendaciones del Pacto de Toledo las políticas en torno a la seguridad social son menos expansivas ya que van condicionadas por factores económicos y demográficos.

Fruto de los acuerdos entre sindicatos firmado el 9 de octubre de 1996 fue la promulgación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social.

2 El bienestar de las sociedades occidentales tiene mucho que ver con el envejecimiento como resultado de una reducción de la mortalidad y un alargamiento de la esperanza de vida. Cfr SUAREZ CORUJO,B. El sistema público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad, Lex-Nova; 2014, pág 77.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

Esta Ley estaba dirigida a reformar el modelo de la seguridad social hacia la contención del gasto público.

Una de las medidas para reducir el gasto presupuestario través de esta norma es la ampliación del período mínimo de cotización de 8 a 15 años. Con esta medida se eliminó el pago de muchas pensiones contributivas y con ello el coste de las pensiones públicas.

Además se hizo una separación de las fuentes de financiación de la seguridad social, distinguiendo entre fuentes contributivas y no contributivas. En el aspecto teleológico, la norma lesiona el principio de solidaridad y se vislumbra a un Estado que empieza a demandar un carácter más asistencial ya que cada vez son mayores las necesidades de los ciudadanos y menor la respuesta del sistema público de la seguridad social. Todas estas medidas, por tanto, van dirigidas a sanear las cuentas del Estado y de esa forma restringir la acción protectora de la seguridad social.

Desde 1998 hasta el 2007 España registró una etapa de bonanza económica que fue esencial para constituir un fondo de reserva para el pago de las pensiones ya que el número de cotizantes se incrementó en 8000.000 de personas.

Sin embargo, la crisis inmobiliaria y financiera a nivel internacional desplegó en España sus efectos desde 2007 con una destrucción de empleo muy significativo lo que hizo que las autoridades se plantearan una reforma legislativa en prevención a la reducción del fondo de reserva para el pago de las pensiones y para el propio sostenimiento de las mismas a medio plazo.

La promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre Actualización; Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social pretendía la sostenibilidad del sistema de pensiones a corto y largo plazo tratando de reforzar la contributividad del sistema tratando de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismos. En esta norma se aprobaron medidas como: alargar la vida laboral de las personas hasta los 67 años, salvo para aquellos pensionistas con más de 38 años cotizados y, asimismo, el cálculo de la base reguladora pasó de 15 a 25 años³.

El hecho de retrasar el acceso a la pensión de jubilación tiene el propósito de reequilibrar la relación entre trabajadores activos y jubilados. Así, la prolongación de la vida laboral tiene una incidencia dual en la base financiera de las pensiones públicas. En primer lugar, el incremento de la vida laboral incrementa las cotizaciones al sistema de la seguridad social y por otro lado, disminuye los años de percepción de las pensiones por lo que inciden negativamente en los gastos de las pensiones públicas.

Igualmente, el incremento del número de años que se utiliza para el cálculo de la base reguladora de la pensión pública disminuye el gasto en las pensiones porque normalmente en los últimos años de la actividad laboral es cuando los trabajadores suelen percibir mayores remuneraciones.

³ Aunque la Ley 21/2011, retrasó la edad de jubilación como refuerzo de la dimensión contributiva de la edad de jubilación. El artículo 161.1.a) Ley General de la Seguridad Social (RDley 8/2015, de 30 de octubre) mantiene la edad de jubilación a los 65 años siempre y cuando se hayan cotizado 38 años y 6 meses, en lugar de 35 que hasta entonces se exigían. En el caso de reunirse estos requisitos entonces la edad de jubilación se eleva a los 67 años y se consigue percibir la totalidad de la pensión si el tiempo cotizado llega hasta los 37 años.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

Sin embargo, esta situación puede jugar positivamente para aquellos trabajadores que como consecuencia de la crisis económica hubieran perdido sus puestos laborales en los años próximos a la jubilación⁴.

También se incrementan los incentivos para prolongar de forma voluntaria la vida laboral de aquellas personas que han alcanzado la edad legal de jubilación. Así, aquellas personas que decidan seguir desempeñando una actividad laboral una vez que tengan los años cotizados y la edad para jubilarse tendrán una prima en su base reguladora entre el 2 y el 4 % por cada año trabajado sin que en ningún caso pueda superar la pensión máxima establecida legalmente aunque sí pueden aumentar su pensión por encima del 100 por ciento.

Todas las normas laborales aprobadas por el legislador español están en sintonía con el soft law de la UE en materia de las pensiones públicas.

En este aspecto, el libro blanco de la Comisión Europea para la sostenibilidad de las pensiones públicas de 2012 establece unas recomendaciones para los diferentes países de la Unión Europea. Para España se concreta en tres elementos básicos para la sostenibilidad:

- a. Incremento de la edad de jubilación real.
- b. Prolongación de la vida activa
- c. Incremento de la participación en el mercado de trabajo

En este sentido, la aprobación del RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo reguló la compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de la seguridad social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencias de estos trabajadores. Esta posibilidad muy restringida en el ordenamiento español hasta la fecha, es habitual en las legislaciones de países del entorno. Se permite así, que aquellos trabajadores que han accedido a la jubilación al alcanzar la edad legal y que cuentan con largas carreras de cotización puedan compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 por ciento de la pensión, con unas obligaciones de cotización limitadas⁵.

A tenor de lo regulado en la norma se pretendía incidir fundamentalmente en la partida del gasto público para conseguir la sostenibilidad del sistema de las pensiones públicas. Además, se estableció que las pensiones contributivas se fincasen con las cotizaciones a la seguridad social y las no

⁴ Cfr MONERO PÉREZ, JC, FERNANDEZ BERNET, JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*; tecnos, 2014, pág 37 y ss. Aunque también habría que valorar el tiempo que se toma como referencia para el cálculo de la base reguladora que como sabemos está establecido actualmente en 25 años.

⁵ El artículo 2 del RD-ley 5/2013 establece que el trabajo compatible podrá hacerse a tiempo completo o parcial y una vez que finalice el cese de la actividad laboral se re establecerá la percepción íntegra de la pensión de jubilación.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

contributivas como las sanitarias y asistenciales a través de los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos. No obstante, la norma no planteó la posibilidad de suprimir los límites que existen en la bases de cotización o en un aumento de los tipos de cotización⁶.

Durante el año 2013 promulgó sin contar con la opinión de los agentes sociales, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social, introduce un factor de corrección conocido como factor de sostenibilidad (desligándose la actualización de las pensiones del IPC).

El factor de sostenibilidad se define como un instrumento cuyo fin es vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la seguridad social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas de forma automática. De este modo se consigue que el importe total que perciba un pensionista que acceda al sistema dentro de ciertos años sea equivalente al que perciba el que se jubila en un momento anterior, para lo cual se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos.

Como manifiesta MONERO FERNÁNDEZ y FERNANDEZ BERNAT el factor de sostenibilidad pretende que la pensión inicial de jubilación debe ajustarse de modo que el montante esperado de las pensiones que reciba a lo largo de su vida un pensionista que entre en el sistema en un momento determinado con una determinada base reguladora y una edad y, por tanto, con una esperanza de vida determinada, sea equivalente al que reciba un pensionista que entró en el sistema con la misma base reguladora y con la misma edad en un momento anterior y, por tanto, con una esperanza de vida inferior⁷.

Sin embargo, la aplicación del factor de sostenibilidad sólo se aplica a las pensiones públicas una vez alcanzada la pensión de jubilación, pero no sería de aplicación a las pensiones que deriven de una situación de invalidez permanente, total, absoluta o gran invalidez⁸.

Este criterio, va a permitir la supervivencia del sistema a medio plazo. Sin embargo, este factor de sostenibilidad que se aplicará a partir de 2019 tiene que equilibrar la justicia social y el carácter redistributivo que según la Constitución española tiene la seguridad social.

Con anterioridad a la regulación del factor de sostenibilidad, el sistema de reparto se instituía en la relación entre el trabajador y el pensionista. Con el factor de sostenibilidad mejora la equidad intergeneracional. A título ilustrativo, con el factor de sostenibilidad tanto el padre como el hijo percibirán las mismas pensiones públicas porque cada uno la percibirá en función de la esperanza de vida en el momento de la edad tomada para la jubilación; sin el factor de sostenibilidad basado en la esperanza de vida, el hijo gozaría de un mayor tiempo para disfrutar de las pensiones públicas al ser mayor la esperanza de vida cuando alcance la edad de jubilación.

⁶ El fin de esta norma no es otro que atender al mandato que la Comisión Europea fijó en el Libro blanco de 2012 hacia la obtención de unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.

⁷ MONERO PÉREZ, JL; FERNANDEZ BERNAT, JA. *La sostenibilidad de las pensiones públicas*. op, cit, pág 102.

⁸ En estos supuestos puede estar justificado la inaplicación del factor de sostenibilidad porque las lesiones complicarían la esperanza de vida para cada situación personal. Cfr TORTUELO PLAZA; JL. "Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del sistema de pensiones de la seguridad social: régimen jurídico, Relaciones Laborales; nº 5, 2014, pág 115.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

En general el factor de sostenibilidad va a disminuir con carácter general las pensiones públicas porque la esperanza de vida normalmente va en crecimiento con el paso de los años. Aunque no siempre tiene que ser así, por ejemplo, si los servicios públicos no funcionan correctamente por motivos presupuestarios, sobre todo, los relacionados con la rama sanitaria podría haber un descenso en la esperanza de vida lo que invertiría el descenso de las pensiones públicas. Por otra parte, puede suceder ser como ya se ha reseñado con anterioridad que se incremente en los próximos años la productividad empresarial y el crecimiento económico y con ello las cotizaciones a la seguridad social paliando de esta manera el efecto negativo que tiene el factor de sostenibilidad en el pago del montante de las pensiones públicas. No obstante, hay que pensar que el sistema quiere demostrar que con un sistema de reparto de aportación definida, en vez de prestación definida, como hasta ahora, las pensiones pueden pagarse con este factor de sostenibilidad sin necesidad de acudir a otras fuentes de financiación.

Debemos pensar que el Estado se ha estado comprometiendo al pago de unas pensiones públicas durante toda la vida a las personas que cumplan con ciertos requisitos que van relacionados con los años cotizados y con la base de regulación a efectos de las cotizaciones. Sin embargo, a partir de 2019 con la introducción del factor de sostenibilidad el sistema será de aportación definida y la prestación dependerá de varios factores como: número de cotizantes, evolución económica del país y, sobre todo, de la esperanza de vida media de la población.

Una vez que se pueda corregir, al menos parcialmente, la tendencia de la tasa de dependencia, que garantizaría las pensiones públicas, habría que incidir en lo que se denomina tasa de sustitución, es decir, el poder adquisitivo que pierde el trabajador cuando pasa al retiro laboral. Este concepto es importante porque está regulado en términos generales en la Constitución Española (en adelante CE), en concreto el artículo 50 CE dispone que: "Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". A tenor de este precepto, el Estado debe realizar políticas de gasto público e incentivar a los ciudadanos a la contratación de instrumentos de previsión social que completen las pensiones públicas con el objetivo de que el bienestar social permanezca estable.

Sin embargo, el problema no está en la restricción presupuestaria porque el gasto público en pensiones en España, está por debajo de la media de la Unión Europea. El problema está centrado en el ingreso público para financiar las pensiones públicas.

Actualmente la seguridad social satisface las pensiones públicas de carácter contributivo con las cotizaciones a la seguridad social, además de las pensiones de viudedad, orfandad. Sin embargo, las prestaciones asistenciales, las pensiones no contributivas y para de las contributivas que no llegan al mínimo para cobrar la pensión son financiadas por el Estado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

En este aspecto, el Gobierno tendría que plantearse el desvincular la financiación de las pensiones de viudedad y las de orfandad con las cotizaciones obligatorias a la seguridad social y financiar estas partidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado vía impuestos y, en su caso, aumentar las cotizaciones a la seguridad social para las rentas del trabajo más altas.

EL SISTEMA DE REPARTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL VERSUS ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL

Hay países como Dinamarca que van más allá, al desvincular el pago de las pensiones de las cotizaciones del trabajador. Este país define el Derecho a percibir una pensión de vejez como un Derecho de ciudadanía no vinculado a la vida laboral previa de la persona y financiar todas las prestaciones con la recaudación obtenida por impuestos.

Ante esta situación, cabría una medida de dudosa legitimidad que conllevaría, bajar las pensiones públicas con carácter coyuntural, al menos hasta que desaparezca el efecto del baby-boom, manteniendo un mínimo vital que satisface las necesidades básicas de las personas jubiladas. Esta situación no sería justa desde el punto de vista de la equidad ni de la justicia social. No obstante, esta situación tendría sentido si estuviéramos ante un escenario de descentralización territorial de las pensiones públicas en la que el Estado mediante un fondo específico de compensación interterritorial compensara a las Comunidades Autónomas con menor renta per-cápita. Esta situación comportaría la cesión de más competencias tributarias a los entes autonómicos y establecer unos adecuados puntos de conexión en términos de residencia laboral para que no se planteen situaciones de conflictos en la aplicación de la norma tributaria.

III. CONCLUSIONES

El incremento en la esperanza de vida de la población es un problema de primera magnitud que como tal exige una respuesta global de los poderes públicos por la implicación económica y social que tiene. De no tomar acciones públicas para atenuar el problema descrito, el modo de producción de riqueza y el tipo de sociedad en que vivimos estarían abocados a la quiebra.

España al igual que muchos países de la Unión Europea están llevado a cabo modificaciones de gran calado en el sistema de la seguridad social confluyendo todas en la regulación de un factor de sostenibilidad que parte de la base de que el sistema de prestación definida debe sustituirse por el sistema de aportación definida en el que una vez alcanzada la edad de jubilación lo que se percibirá estará en función de la esperanza de vida de la población tomando como referencia un determinado año.

La irrupción del covid19 en España no sólo ha ocasionado la pérdida de muchas vidas humanas sino que también ha causado un importante varapalo a la economía española, lo que ha incrementado el paro y con ello en número de cotizantes agravando el problema de la financiación de las pensiones públicas. Sin duda para paliar esta situación sin perjuicio de las ayudas que provengan de la Unión Europea de forma coyuntural la financiación de determinados tipos de pensiones tendrán que ir a cargo de los presupuestos generales del Estado.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA*

PREVENTION OF OCCUPATIONAL HAZARDS AND COVID-19: ITSS INTERVENTION AND NEW CASES-LAW CONCERNING CERTAIN ISSUES IN THIS AREA

José Luis Ruiz Santamaría

Profesor Contratado Doctor Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

jlsantamaria@uma.es ORCID 0000-0002-9814-4429

Recepción de trabajo: 14-09-2020-Aceptación: 16-09-2020

* Mi más sincero agradecimiento a todas las personas que, con generosa dedicación, ilusión y esfuerzo, han hecho posible la publicación del primer número de esta revista.

RESUMEN

Este artículo centra su atención en el análisis de la intervención principal por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como de las primeras resoluciones judiciales que se han producido a causa del impacto provocado por la actual pandemia en relación a la seguridad y salud en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: prevención de riesgos laborales; Covid-19; jurisprudencia; Inspección de Trabajo y Seguridad Social

ABSTRACT

This paper focuses on the analysis of the main intervention by the Labour and Social Security Inspectorate, as well as the first Cases-Law that have occurred due to the impact caused by the current pandemic in relation to safety and health at work.

KEYWORDS: prevention of occupational hazards; Covid-19; cases-law; labour and social security inspectorate

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

I. CUESTIONES PREVIAS

El impacto de la actual pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 ha supuesto un profundo cambio en la vida de las personas a nivel mundial. Para hacer frente a los riesgos derivados de la misma en el ámbito del trabajo, se han dictado una serie de disposiciones legales¹ que, mediante la incorporación de medidas de tipo sanitario y preventivo, intentan cubrir los vacíos e insuficiencias de nuestra legislación vigente sobre esta materia. Sin duda, el resultado de este nuevo acervo legislativo requerirá por parte de los distintos operadores jurídicos, especialmente por los laboralistas, de una sesuda labor de reinterpretación y armonización con los principios informadores sobre los que se sustenta nuestro complejo y heterogéneo sistema normativo de prevención de riesgos laborales.

II. INTERVENCIÓN DE LA ITSS

Al hilo de lo expuesto, y con el fin de contribuir a clarificar los contenidos de estas nuevas disposiciones, la Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha dictado –con carácter de urgencia– el *Criterio Operativo núm. 102/2020, sobre medidas y actuaciones de la ITSS relativas a situaciones derivadas del nuevo Coronavirus (SARS-CoV-2)*. En dicho documento, se especifica cómo deben actuar las empresas frente a los nuevos riesgos derivados por la exposición de los trabajadores al SARS-CoV-2.

En orden a las acciones preventivas, y según se desprende del apartado 4º del citado documento, se especifica que habría que distinguir entre “(...) las correspondientes a aquellas empresas con actividades que, por su propia naturaleza, la exposición al SARS-CoV-2 pueda constituir un riesgo profesional, de aquellas otras en las que su presencia en los centros de trabajo constituye una situación excepcional, derivada de la infección de los trabajadores y trabajadoras por otras vías distintas de la profesional”.

Es decir, nuestra Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desde la nueva perspectiva preventiva, especifica y clarifica que se debe distinguir una doble categoría empresarial, *en función de los posibles riesgos que se puedan derivar de la pandemia*: de una parte, aquellas empresas que, estando

1 Nos referimos al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y otras normas concordantes. En este Real Decreto 463/2020 se dota al Ministerio de Sanidad de unas competencias excepcionales a través de las cuales ha podido dictar normas e instrucciones en materia de salud y seguridad en el trabajo. Fruto de estas competencias se ha dictado el Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SSARS-Cov-2 que es vinculante para las empresas y los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (SPRL).

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

expuestas en su actividad habitual a los riesgos biológicos, ahora deben añadir el nuevo riesgo ocasionado por el SARS-CoV-2 (sujetas a lo dispuesto en el *Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo*); de otra parte, aquellas otras entidades empresariales que, sin estar sometidas a los riesgos biológicos por las características propias de su actividad, ahora deben evitar la propagación del virus en sus centros de trabajo (adoptando las nuevas medidas integradas en las disposiciones emitidas por el Ministerio de Sanidad).

III. REPERTORIO DE NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

De otra parte, y en referencia concreta al ámbito judicial, nuestros tribunales, pese al corto espacio de tiempo transcurrido desde que se iniciara la pandemia, ya han tenido oportunidad de conocer y pronunciarse en los primeros litigios promovidos sobre determinados aspectos de esta materia. Se trata de cinco sentencias dictadas por diferentes órganos judiciales de las que, mediante unas breves pinceladas y siguiendo un orden cronológico, destacaremos aquellas singularidades que merezcan una especial atención.

3.1. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia-San Sebastián, de 24 de abril de 2020²

Este litigio, que se inicia mediante demanda presentada por una confederación sindical contra una Residencia de Mayores del País Vasco (organismo autónomo dependiente de la Diputación Foral de Guipúzcoa), versa sobre el posible cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que corresponde a la empresa en materia de PRL. Concretamente, la parte actora pretende que se declare vulnerado el Derecho Fundamental a la Vida e Integridad Física conforme a lo dispuesto en el art. 15 CE y, en conexión con dicho precepto, también se solicita la declaración del incumplimiento de las obligaciones empresariales en esta materia por vulneración artículos 4 y 19 TRET, 14, 15, 17 LPRL, artículos 5 y 6 de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, Convenio número 155 OIT, art.4.2 y 16.3, Convenio 187 de la OIT sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, artículo 3 de la Carta Social Europea y artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Del examen de dicha resolución, se desprende que el empleador ha llevado a cabo las actuaciones preventivas necesarias y adecuadas que, bajo las circunstancias de la actual pandemia, estaban previstas en el cuerpo legislativo regulador de esta materia, así como en las diferentes Guías (específicas

² Asunto: Derechos Fundamentales y medidas preventivas adoptadas en residencias de mayores. [Res. núm. 88/2020; Rec. núm. 183/2020; Ponente: Maite K. Aldabe Romero; Roj: SJSO 1651/2020 - ECLI: ES: JSO:2020:1651].

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

para Residencias de Mayores), circulares, órdenes, recomendaciones, procedimientos de actuación, etc. En concreto, se especifica en el FD 4º que el empresario adoptó medidas “(...) tanto en relación a los familiares y las visitas, los residentes, el personal, como de la propia Residencia”. Por tanto, el juzgador concluye desestimando la demanda y declarando el cumplimiento de la parte empresarial con sus obligaciones en materia de PRL y, por ende, la no vulneración de lo dispuesto en los preceptos antes mencionados.

3.2. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Donostia-San Sebastián, de 8 de mayo de 2020³

Se trata de un supuesto muy similar al anterior (véase los textos de ambas resoluciones conjuntamente). Se inicia el procedimiento mediante la presentación de la demanda por la parte actora (entidad sindical) con las mismas pretensiones que en la sentencia núm. 88/2020 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Donostia-San Sebastián, de 24 de abril de 2020, a la que nos hemos referido con anterioridad; desprendiéndose de los Hechos Probados que el empresario (Residencia de Mayores) cumplió con sus obligaciones en PRL, ajustándose en todo momento a lo dispuesto en nuestro ordenamiento (coincidiendo con los mismos preceptos aportados en la sentencia anterior) e, incluso, superando los mínimos marcados por el legislador. Así se deduce de la argumentación jurídica esgrimida por la Magistrada en el FD 6º, cuando señala que: “(...) la actuación empresarial ha sido desde el principio acorde con la normativa en materia de prevención. De la misma forma tampoco se ha acreditado incumplimiento de la normativa ni estatal ni comunitaria, al contrario se acredita que incluso con anterioridad a decretarse el estado de alarma las demandas habían realizado actuaciones para evitar el contagio”.

También merece nuestra atención el hecho de que a pesar de que se produjeran contagios, quedaría acreditado que el empresario ha llevado a cabo todas las actuaciones necesarias y “(...) ha puesto todos los medios necesarios para que no se produzcan daños, aunque éstos finalmente se produzcan” (sobre esta cuestión, véase FD 7º en el que se hace una referencia doctrinal —Sala Franco—). Se concluye, de igual forma que en el caso anterior, desestimando la demanda y declarando el cumplimiento de la parte empresarial.

3.3. Sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de los social - Sección 1a), de 2 de junio de 2020⁴

Se presenta demanda solicitando la Tutela de Derechos Fundamentales; siendo la parte actora una Confederación Intersindical y, la parte demandada, una empresa que es la adjudicataria por el Gobierno Vasco del servicio de transporte y asistencia de emergencias sanitarias de la Comunidad Au-

³ Asunto: Derechos Fundamentales y medidas preventivas adoptadas en residencias de mayores. [Res. núm. 104/2020; Rec. núm. 182/2020; Ponente: María L. Pericas Salazar; Roj: SJSO 1832/2020 - ECLI: ES: JSO:2020:1832].

⁴ Asunto: Derechos Fundamentales y medidas preventivas (realización del Test PCR) a los conductores de transportes sanitarios. [Res. núm. 688/2020; Rec. núm. 21/2020; Ponente: Juan C. Benito-Butrón Ochoa; Roj: STSJ PV 34/2020 - ECLI: ES: TSJPV:2020:34].

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

tónoma Vasca, llevando a cabo su actividad en los territorios de Vizcaya y Guipúzcoa. Dicha entidad, tiene contratados a 830 trabajadores que actúan como técnicos de emergencia sanitaria o técnicos de emergencia sanitario-conductor y que pueden verse afectados por el resultado de este proceso. En referencia al asunto concreto sobre el que versa la *litis*, y tal como se refleja en el HP 2º, se especifica que en la situación de alerta sanitaria provocada por la expansión del virus Covid-19 “(...) se achaca a la empresarial no haber dispuesto para toda su plantilla la realización de test rápidos de detección de anticuerpos para Covid-19, cuando estos entienden realizan un trabajo de primera línea en contacto estrecho en el ámbito propio del transporte sanitario como elemento consustancial de la sanidad pública”.

De otra parte, se ha podido constatar que en dicha entidad, al menos 138 trabajadores han estado o están en la actualidad en situación de IT por causa de covid-19, pertenecientes a las categorías de enfermero, ayudante, técnico de gestión, y conductor. La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco resuelve declarando que el empresario ha vulnerado los derechos fundamentales, a la vida, salud y la integridad física de la plantilla, prevención de riesgos y salud; así mismo, se condena al cese inmediato de dicha conducta vulneradora y al cumplimiento de medidas de seguridad, concretamente en lo que concierne a los trabajadores de categoría técnico de transporte sanitario, técnico de transporte sanitario conductor, que haya estado en contacto directo o indirecto con pacientes Covid-19. También se condena a la empresarial a que, en tanto en cuanto dure la referida pandemia, realice la evaluación sea por test rápido o test prueba PCR.

3.4. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel, de 3 de junio de 2020⁵

Se trata de un supuesto sustancialmente diferente a los anteriores, en el que el Sindicato de Médicos de Atención Primaria presenta demanda frente al Gobierno de Aragón (concretamente contra los organismos: SAS, IASS y DGA), solicitando por una parte, se declare que las Administraciones empleadoras demandadas han vulnerado derechos de los trabajadores/empleados públicos (funcionarios, personal estatutario y personal laboral y reconocimiento y restablecimiento de los mismos, en materia de prevención de riesgos laborales; de otra, condene a las Administraciones empleadoras demandadas a obligación de hacer y de medios: proporcionar a los empleados públicos sanitarios del Grupo A, en el ámbito territorial de la provincia de Teruel, los equipos de protección individual adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad Covid-19, en un breve plazo (en el momento que disponga de ellos) y reponerlos cuando sea necesario, previa evaluación individual del riesgo y determinación del alcance del deber de las personas jurídicas empleadoras de protección de los empleados públicos sanitarios del Grupo A.

En este caso se detecta la inexistencia o precariedad de los EPI necesarios para que este colectivo de la rama sanitaria pueda desempeñar su actividad, derivándose de dichas carencias la correspon-

⁵ Asunto: Falta de Equipos de Protección Individual (EPI). Procedimiento: Conflicto Colectivo y Tutela de Derechos Fundamentales N° 114/2020. [Res. núm. 60/2020; Rec. núm. 114/2020; Ponente: Elena Alcalde Venegas; Roj: SJSO 1544/2020 - ECLI: ES:JSO:2020:1544].

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

diente desprotección y el riesgo grave de contagio de los profesionales sanitarios por el contacto permanente y directo con sus pacientes.

En definitiva, la magistrada estima la demanda y falla declarando que las Administraciones empleadoras demandadas han vulnerado los derechos de estos trabajadores/empleados públicos en materia de PRL, poniendo en riesgo grave su vida, integridad física y salud, y lesionando su derecho a la integridad física y a la protección de la salud. Así mismo, condena a dichas Administraciones al restablecimiento de los derechos vulnerados, y a proporcionar los EPI adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad Covid-19, en el momento que disponga de ellos (véase en el texto de la sentencia el listado concreto de EPI).

3.5. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Teruel, de 3 de junio de 2020⁶

Se inicia el procedimiento mediante presentación de la demanda, ante la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, por la parte actora (el sindicato ERNE en representación de los funcionario/as de la Ertzaintza) y frente al Gobierno Vasco. Se solicita que “se declare vulnerado el derecho fundamental a la integridad física y a la salud de dichos funcionario/as”; al no haberse aplicado las medidas de prevención necesarias para preservar el derecho a la integridad y el derecho a la salud de los mismos desde que fuera decretado el Estado de Alarma. Consecuencia de ello pretende que “se le condene al Gobierno Vasco a reconocer tal infracción constitucional, al cese inmediato de aquellas conductas que pudiesen vulnerar tales derechos”. Además, se añaden las siguientes pretensiones:

- En primer lugar, “se le obligue a practicar las pruebas de Covid-19 al personal funcionario que en su momento dio positivo, así como al que finalizada la cuarentena por haber tenido contacto con alguna persona contagiada”, en ambos casos con antelación a su reincorporación al trabajo y hasta que se encuentre un tratamiento efectivo o la respectiva vacuna y en la medida en que no lo esté cumpliendo.
- En segundo lugar, se imponga a la demandada “la obligación de proporcionar al personal funcionario y en la medida que no lo esté haciendo, las mascarillas, gafas, buzos y guantes desechables especificados en el Protocolo de Ministerio de Sanidad de 8 de abril de 2020”, según corresponda a cada puesto; hasta que se encuentre el tratamiento efectivo o la respectiva vacuna. Sin que, en consecuencia, se pueda interrumpir esta práctica de estar llevándose a cabo.
- En tercer lugar, “procEDA a desinfectar el interior de los vehículos utilizados por las patrullas, antes del inicio de cada turno de trabajo”; al igual que “las dependencias de las Comisarías de acceso público y privado en sus superficies de contacto”.

⁶ Asunto: Omisión en la realización del Test PCR y falta de Equipos de Protección Individual (EPI). [Res. núm. 705/2020; Rec. núm. 14/2020; Ponente: José L. Asenjo Pinilla; Roj: STSJ PV 323/2020 - ECLI: ES:TSJPV:2020:323].

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y COVID-19: INTERVENCIÓN DE LA ITSS Y NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN A ESTA MATERIA

- En cuarto lugar y en relación a los EPI desechables, que “sean depositados en los contenedores adecuados de desecho; siendo tratados como residuos biosanitarios clase III”.

La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco falla declarando que el Gobierno Vasco (Consejería de Seguridad) “ha vulnerado el derecho fundamental de estos funcionarios, a la integridad física, al haber omitido total o parcialmente las medidas de PRL que le eran exigibles con motivo de la pandemia”, argumentándose en este sentido (véase el FD 7º en relación a los FD 5º y 6º y SSTC 221/2002 y 56/2019) que es suficiente para considerar vulnerado el derecho a la integridad física (art. 15 CE) en el supuesto de un “riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse” derivándose del mismo “un peligro grave y cierto para la salud” de estos funcionarios y no requiriéndose para ello la consiguiente “consumación de la lesión de la integridad”. Además, se condena “a suministrar a todos los agentes los medios de protección consistentes en mascarillas, gafas, guantes desechables, buzos y contenedores de residuos infecciosos”.

Realizada esta breve revisión sobre las cinco primeras respuestas que nuestros juzgadores han dado a los conflictos suscitados en esta materia, y dado que dichas sentencias no han alcanzado la firmeza (dejando por tanto abierta la vía de los posibles recursos de suplicación y casación por unificación de la doctrina, según los casos), prestaremos especial atención en el futuro a los nuevos criterios interpretativos que, a través de los razonamientos jurídicos introducidos en las resoluciones de los citados recursos, nuestros tribunales puedan seguir aportando.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL*.

Análisis normativo RDL 24/2020, de 26 junio

SOCIAL MEASURES FOR THE REACTIVATION OF EMPLOYMENT AND LABOUR PROTECTION AND COMPETITIVENESS OF THE INDUSTRIAL SECTOR.

Normative analysis RDL 24/2020, of 26 june

José Antonio Rueda Monroy

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

ruedamonroy@uma.es ORCID 0000-0001-8716-040X

Recepción de trabajo: 10-09-2020-Aceptación: 12-09-2020

- * No podemos sino iniciar estas líneas con palabras de felicitación y agradecimientos a la familia que hoy ve nacer el fruto de una semilla que comenzó a germinar hace ya algún tiempo. Hemos de congratular porque conseguir ese producto en estos tiempos que corren es arduo y laborioso. Hemos de gratificar por contar con nuestra modesta participación y colaboración en este nuevo camino emprendido, el cual, sin duda, será exitoso.

RESUMEN

El impacto de la COVID-19 se ha hecho sentir bruscamente y sin previo aviso en el empleo. Desde el inicio de la crisis se pusieron en marcha con el Real Decreto-ley 8/2020 mecanismos urgentes para la contención del empleo y la continuación de la actividad productiva (modificaciones en los ERTEs, exoneraciones de cuotas, prestación extraordinaria de desempleo, cese extraordinario de actividad...). Los mismos, durante el paso de la pandemia, han tenido que ir siendo modulados y prorrogados. Aspira a ello el RDL 24/2020 de 26 de junio, el cual surge en gran medida del dialogo social. Las medidas que en él se contienen tienen la ardua labor de conectar un periodo extraordinariamente tortuoso con la normalidad, sin embargo los índices actuales indican que ese escenario propicio tardará algo más en llegar e irremediablemente se precisarán de otras nuevas.

PALABRAS CLAVE: cese de actividad; COVID-19; defensa del empleo; ERTE; medidas sociolaborales; RDL 24/2020

ABSTRACT

The impact of the COVID-19 has been felt suddenly and without notice in employment. From the beginning of the crisis, with Royal Decree-Law 8/2020, urgent mechanisms were put in place to contain employment and continue productive activity (modifications to the ERTEs, quota exemptions, extraordinary unemployment benefits, extraordinary cessation of activity...). During the course of the pandemic, these have had to be modulated and extended. This is what RDL 24/2020 of 26 June aspires to, which arises largely from social dialogue. The measures contained in it have the hard work of connecting an extraordinarily tortuous period with normality, but the current rates indicate that this favorable scenario will take a little longer to arrive and will inevitably require new ones.

KEYWORDS: cessation of activity; COVID-19; defence of employment; ERTE; socio-labour measures; RDL 24/2020

I. DESDE EL CATACLISMO HASTA EL REAL DECRETO-LEY 24/2020: BREVE RECAPITULACIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIOLABORALES QUE HAN PRETENDIDO LA REACTIVACIÓN DEL EMPLEO

Desde el 14 de marzo¹ hasta el 26 de junio de 2020 se ha vivido en nuestro país un periodo de actividad normativa inusual, aspecto comprensible si tenemos en consideración la magnitud de la crisis sanitaria, social y económica que padecemos² a consecuencia de la dichosa³ y notoriamente conocida COVID-19. El 27 de junio se publicó en el BOE el *Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial*, norma cuyo análisis jurídico se aspira en esta editorial. La pandemia nos debe servir de aprendizaje y como “no hay mal tan malo de que no resulte algo bueno”, empezaremos por indicar una cuestión positiva que debemos asumir y ejercitar de cara al futuro, y no es otra que el carácter paccionado, entre el Gobierno y los agentes sociales, de una parte importante de esta norma de rango legal⁴, y con ello la confianza en el dialogo social que parece se está depositando por nuestros gobernantes.

1 Fecha de declaración del estado de alarma en nuestro país en virtud del Real Decreto 463/2020.

2 Seguro que erramos si pretendemos atinar en el número de disposiciones dictadas en nuestro país a día de hoy a consecuencia de la Covid-19 si queremos incluir en nuestro cálculo las dictadas en el ámbito autonómico y local. Sí podemos afirmar que en cuanto a normativa estatal, han sido 21 normas con rango legal dictadas desde el 14 de marzo de 2020 (una Ley y veintisiete Reales Decreto Leyes), de las cuales dieciocho tienen contenido de índole sociolaboral (aunque uno de ello, la Ley 1/2020, de 15 de julio, no tiene relación directa con la ya que se encarga de derogar el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

3 Entiéndase en su acepción irónica (Desventurado, malhadado), la tercera recogida por la Real Academia de la Lengua Española.

4 Esta es la segunda ocasión que se da esta circunstancia durante la pandemia. En primer término, fue del Acuerdo Social en Defensa del Empleo (I ASDE), firmado entre los Ministerios de Trabajo y Economía social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT), el día 8 de mayo de 2020, donde surgió el literal texto articulado que se plasmó en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Ahora sucede lo mismo entre los mismos actores al pactar el II Acuerdo en Defensa del Empleo, reflejándose el mismo en el Título I del RD-Ley 24/2020. En este sentido, concertar entre estos actores un texto articulado es una cuestión extraordinaria en la práctica democrática de nuestro país, cuestión que fue destacaba por la profesora María Emilia Casas Baamonde en la clausura del curso académico 2019-2020 de la asignatura Derecho del Trabajo I (Grupo B) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, que, con el título “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del COVID-19”, impartió el miércoles 13 de mayo de 2020.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

En función de su contenido, podemos cualificar a la norma que nos atañe como continuadora o de adaptación⁵ de las medidas “de emergencias” adoptadas y reguladas (aunque multitud de veces modificadas) principalmente por los Reales Decretos-Leyes 8/2020 y 18/2020. Los objetivos de las mismas han sido –en líneas generales–, y mediante lo que SEMPERE NAVARRO⁶ ha denominado «movimientos de acordeón», la contención del empleo y la continuidad de la actividad productiva, eso sí, sin perder de vista la lucha sanitaria y la protección de los derechos de las personas trabajadoras⁷. Para la consecución estos fines se han articulado mecanismos en torno a un eje fundamental constituido por medidas de flexibilidad interna de las empresas⁸ a costa de un gran esfuerzo del erario público. El carácter coyuntural de estas medidas y la incertidumbre en cuanto a la duración de la crisis y la recuperación total de la actividad, ha provocado que las mismas, que inicialmente se previeron ex artículo 28 RDL 8/2020, «mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19», hayan ido siendo, primero acotadas en el tiempo⁹ y después, prorrogadas (aunque con bastantes modificaciones hasta el día 30 de septiembre)¹⁰. No se ha tardado en tildar por parte de la doctrina –con fundamento– este extenso compendio normativo como caótico¹¹. Sin perjuicio de lo

5 «habida cuenta de que la situación económica tardará en remontar», Vid. Vila Tierno, F., “Un breve esquema sobre el RDL 24/2020”, en AA.VV. (Vila Tierno, F. Dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, Murcia, 2020, pág. 261.

6 Vid. Sempere Navarro, A. V., “El Derecho Laboral, la Pandemia y las preposiciones”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 964/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (Navarra), 2020. El autor denomina así a estos movimientos porque iban «invadiendo o liberando de manera heterónoma espacios de libertad (de trabajo, de empresa, de circulación)».

7 Vid. Rueda Monroy, J. A., “La cláusula de salvaguarda del empleo” en AA.VV. (Vila Tierno, F. Dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, Murcia, 2020, pág.78.

8 La medida estrella fue, sin lugar a dudas, las novedades procedimentales (artículos 22 y 23 del anteriormente señalado RDL 8/2020) en los ahora popularmente conocidos por la mayor parte de la población de nuestro país como ERTES, que son, en el argot del lenguaje jurídico en virtud de nuestro ordenamiento vigente (aunque la normativa que se está produciendo en esta época de crisis se ha contagiado de la jerga popular basada en regulaciones precedentes y vuelve a traer esta denominación en algunos preceptos, verbigracia los del propio RDL 24/2020 y al contrario de lo que ocurría en el RDL 8/2020) suspensiones del contrato de trabajo, o reducciones de jornada derivadas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción al amparo del art. 47 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET). Estas disposiciones, como a estas alturas se sabrá, venían acompañadas en sus inicios de beneficios: para las empresas, en cuanto a la cotización de las personas trabajadoras afectadas por estos expedientes en su modalidad de fuerza mayor (art. 24); y para las personas trabajadoras en relación al reconocimiento del derecho y al cómputo de la prestación por desempleo (art. 25).

9 A modo ejemplificativo, con el RDL 18/2020 se modifica el artículo 24.1 del RDL 8/2020 y se limitan las exoneraciones de cuotas a los meses de marzo y abril de 2020.

10 La previsión inicial de la duración de las medidas recogida en el artículo 28 del RDL 8/2020 era equívoca debido al desconocimiento de la repercusión del virus en todos los aspectos de la sociedad. Al día de hoy sabemos un poco más de la situación y es fácil prever que este panorama extraordinario derivado del COVID-19 va a tardar en superarse, siendo por ello necesarios y útiles estos mecanismos de prórroga y modulación conforme a las circunstancias previstas en cada momento.

11 Con carácter «aluvional» y «atropellado». Véase en este sentido Molina Navarrete C. “COVID-19 y arte de lo jurídicamente posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social* Núm 446, CEF, Madrid, 2020. Págs. 5 a 30.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

anterior, ciertamente, consideramos que nos encontramos ante una finalidad elogiable dentro de un maltrero, por defectuoso y poco depurado, empaque.

El mazazo para el empleo no se ha hecho esperar. Los índices de la EPA son demoledores ya que arrojan en el segundo trimestre un descenso en 1.074.000 personas en la ocupación, sin incluirse en dicha cifra a las personas con contratos de trabajo en suspensión por encontrarse afectadas por un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE). En relación a estos últimos y en el mes de agosto, son más de 1,9 millones de personas las que han recibido prestaciones por desempleo por estar incluidas en alguno de ellos¹².

Dejando a un lado (se advierte que durante poco tiempo) el ámbito del empleo por cuenta ajena, el RDL 24/2020 incorpora también medidas para mitigar el peso de la crisis que por supuesto afecta y asumen un colectivo —en su mayoría— fácilmente vulnerable y que sustenta gran parte de las economías familiares, los trabajadores autónomos, a destacar, con carácter liminar, la sustitución la prestación extraordinaria del cese de actividad incorporado por el artículo 17 RDL 8/2020, por una distensión de los requisitos a la prestación por cese de actividad común, cuestión que ha sido fuertemente criticada por la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) por la dificultad de alcanzar el periodo de cotización exigido¹³.

Quedarán en el tintero —por tratarse de cuestiones ajenas a la pandemia— dos medidas más de índole sociolaboral que aborda este nuevo RDL: de un lado, la disposición adicional cuarta que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la *Directiva de la Unión Europea 2017/158, del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, sobre el trabajo de los pescadores*, cuya fecha de transposición venció el 15 de noviembre de 2019; y de otro lado, la disposición final primera que modifica el artículo 29.1 a) de la *Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, con el fin de suprimir la atribución legal de la Presidencia del Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la persona titular de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Antes de adentrarnos en el análisis, advertimos y asumimos de la imposibilidad de anticipar en la fecha en la que se escriben estas líneas qué ocurrirá con la crisis a medio plazo, sus efectos sobre el tejido empresarial y consecuentemente en el empleo, y con ello una posible nueva prórroga o la necesidad o no del mantenimiento de las medidas extraordinarias en vigor. Antes bien, no acotaremos este trabajo (el cual se publicará varios meses después de la aparición de la norma) a un análisis jurídico descriptivo o vacuo de las medidas anunciadas del RDL 24/2020, sino que, por el contrario, se cuestionara el contenido y se abordaran problemas aplicativos de las disposiciones que en él se regulan. Además, beneficiados por nuestra posición de críticos, ajena —por suerte— a la toma de decisiones en

¹² Datos anunciados en la página web del Gabinete de Comunicación del Gobierno en fecha 2 de septiembre de 2020 al publicarse los datos del paro registrado en agosto de 2020, accesible en: <http://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3880> (último acceso en fecha 4 de septiembre de 2020).

¹³ Europapres, 25 de agosto de 2020, accesible en el siguiente enlace: <https://www.europapress.es/videos/video-ata-califica-fracaso-actual-ayuda-autonomos-20200825133021.html> (último acceso en fecha 4 de septiembre de 2020).

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

esta enredosa y espantosa situación, expresaremos opiniones respecto a la situación actual, aventurándonos a realizar un pronóstico sobre la situación de futuro que marcará la agenda del gobierno y agentes sociales para los previsibles acuerdos que se alcanzaran durante en las próximas fechas.

II. MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO

2.1. La "prórroga" de los ERTES

Como ya se adujo, en fecha 26 de junio de 2020 se firma por los agentes sociales y el Gobierno el *II Acuerdo Social para la Defensa del Empleo (ASDE II)* con el fin de «modular las medidas extraordinarias y excepcionales» dictadas en este periodo de crisis y cuya vigencia finalizaba el día 30 de junio de 2020. Inmediatamente quedó trascrito en una norma de rango legal, el RDL 24/2020.

Al igual que hizo su antecesor (ASDE de fecha 11 de mayo de 2020), se prosigue con la desvinculación temporal entre las suspensiones de contrato, reducciones de jornada y beneficios, y el periodo excepcional o “la situación extraordinaria derivada del COVID-19”, para ello se vuelve a determinar una nueva fecha límite para la adopción de las medidas, el 30 de septiembre de 2020.

En relación a los expedientes basados en *fuerza mayor* se introduce una importante variación, en tanto que las particularidades procedimentales establecidas en virtud de la legislación de urgencia, dejan de ser aplicables desde la fecha de publicación del RDL que nos atañe, esto es, el 27 de julio. En el caso de los expedientes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante ETOP) se reproduce literalmente lo establecido en el RDL 18/2020, mutando, eso sí, la fecha límite para acogerse a las medidas flexibilizadoras, la cual se extiende, como anteriormente mencionamos, hasta el 30 de septiembre. No obstante lo anterior, si a consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención las empresas ven impedido el desarrollo de su actividad¹⁴, siempre tendrán expedita la vía del artículo 47.3 ET, extremo que expresamente menciona la Disposición Adicional 1^a del Real Decreto-ley al regular las exoneraciones en la cotización, cuestión que más adelante abordaremos.

El artículo 1.2 del acuerdo (y también del RDL), al igual que hacia el anterior¹⁵, establece una serie de obligaciones formales para las empresas. Podemos concretarlas en: (I) la comunicación a la autoridad laboral de la renuncia total del expediente en el plazo de 15 días desde la fecha de efectos de la misma y

¹⁴ A modo ejemplificativo, las medidas coordinadas a nivel nacional entre Gobierno y Comunidades Autónomas en relación a las limitaciones en ocio nocturno. En lo que respecta al caso de la Comunidad Autónoma Andaluza se materializaron en la *Orden de 16 de agosto de 2020, por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020, para implementar en la Comunidad Autónoma de Andalucía actuaciones coordinadas en salud pública para responder ante la situación de especial riesgo derivada del incremento de casos positivos por COVID-19* en la que en virtud de su artículo cuarto se prohíbe la apertura de los establecimientos especiales de hostelería con música que se dediquen en exclusiva al consumo de bebidas. *Mutatis mutandis*, las restricciones de movilidad en poblaciones o en espacios geográficos concretos, las cuales imposibilitan el ejercicio de muchas actividades económicas.

¹⁵ Entonces en el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 18/2020.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

(2) la comunicación al SEPE de las variaciones¹⁶ producidas en la solicitud colectiva inicial de acceso a la prestación por desempleo¹⁷. Cabe señalar que estas obligaciones no están previstas para los expedientes basados en causas ETOP, aspecto que sorprende respecto a la segunda, puesto que las personas trabajadoras afectadas por ambos expedientes tienen las mismas condiciones de acceso a la prestación por desempleo. No obstante, análoga obligación se recoge en el artículo 3.5 para ambos expedientes.

La norma es rotunda en ambos supuestos¹⁸ al establecer —la novedad— de que no podrán realizarse horas extraordinarias, realizar externalizaciones de la actividad, ni concertarse contrataciones directas o indirectas durante la aplicación de los expedientes de regulación de empleo. Esta restricción únicamente habrá de considerarse absoluta sobre puestos de trabajo en los que las personas trabajadoras no hayan sido en su totalidad reincorporadas y que, por tanto, habrá de decaer cuando las nuevas contrataciones o externalizaciones se produzcan para desarrollar funciones las cuales resulten imposible que puedan llevarse a cabo por personas aún afectas por el expediente. Así se prevé en la norma seguidamente para cuando las personas trabajadoras que aun estén afectadas por el expediente «no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas», siempre que se informe previamente a la representación legal de las personas trabajadoras. La norma evoca al derecho sancionador, acentuando, como viene siendo costumbre en esta época extraordinaria, sobre la posibilidad de cometer alguna infracción por parte de la empresa en casos de contratación. Sin embargo, complicado encaje tiene la citada observación con el principio de legalidad que ha de presidir el ejercicio de la potestad sancionadora, en tanto en cuanto, consideramos que no hay precepto tipificador en la LISOS en el que se pueda incardinrar tal conducta.

Por último, comentadas las particularidades en la denominada prorroga de los ERTEs por fuerza mayor y los aspectos comunes con los ERTEs ETOP, significamos la voluntad del Gobierno que se vislumbra de la regulación de transitar de una modalidad de expediente a otra mediante una regulación que inste a los sujetos a una recuperación —al menos— paulatina de la actividad. Ello se comprueba de lo siguiente:

1. En la “obligación”¹⁹ de reincorporar a las personas trabajadoras por un ERTE en «la medida necesaria para el desarrollo de su actividad» (art. 1).

¹⁶ Piénsese en las reincorporaciones de personas trabajadoras o en las variaciones de jornadas. Sobre la regulaciones de distintos procedimientos de comunicación con la Administración se han venido sucediendo numerosos vaivenes. Véase la nota aclaratoria publicada por el SEPE en fecha 24 de agosto de 2020 en la que se informa del nuevo procedimiento para la comunicación de variaciones en la actividad realizada por cada trabajador o trabajadora ahora, de forma más simplificada, mediante archivo único.

¹⁷ Recordemos que el art. 3 del RDL 9/2020 establece la obligación de las empresas de efectuar una solicitud colectiva ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en estos casos la empresa en representación de las personas trabajadoras afectadas.

¹⁸ Artículos 1.3 y 2.5 del Real Decreto-ley 24/2020.

¹⁹ Esta obligación ha sido interpretada por parte de la Dirección General de Trabajo en la respuesta DGT-SGON-733PGG de fecha 27 de mayo de 2020 (en relación al RDL 18/2020 el cual contenía un precepto casi idéntico) en el sentido de que corresponde valorar a la propia empresa, en función de sus circunstancias particulares: «1) en qué momento las causas por las que se autorizó el ERTE por fuerza mayor permiten la recuperación parcial de su actividad y 2) en qué medida la reincorporación de los trabajadores afectados, y en qué porcentaje de su jornada, es necesaria para el desarrollo de la actividad».

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

2. En la habilitación del inicio del trámite de un expediente ETOP mientras se encuentre en vigor uno por fuerza mayor (art. 2.2).
3. En la retroacción de los efectos de los ERTES a la fecha de finalización de uno por fuerza mayor (art. 2.3).
4. Las nuevas reglas de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social a las que inmediatamente haremos referencia.

2.2. Las nuevas reglas de exoneraciones de cuotas

Como ya se mencionó anteriormente, podemos afirmar que, pese a que la medida sociolaboral más popularizada entre la población han sido los ERTES, a los mismos se vincula otras con especial transcendencia que son las exoneraciones de cuota y los beneficios en la prestación por desempleo. Profundizando en la línea dibujada en el acuerdo anterior plasmado en el RDL 18/2020, se van reduciendo paulatinamente los porcentajes de exoneración de cuotas tanto en la aportación empresarial como las relativas a los conceptos de recaudación conjunta²⁰.

En esta nueva regulación se distinguen las dispensas dependiendo, en primer término, de si la empresa o entidad estaba incursa en expedientes de suspensión de contratos o reducciones de jornadas con anterioridad al 27 de junio de 2020, día de entrada en vigor de la norma. Las empresas con expedientes iniciados (en base a fuerza mayor o causas ETOP) antes de dicha fecha, o expedientes por causas ETOP iniciados a posteriori tras la finalización de uno por fuerza mayor ex artículo 3.2 gozan de los siguientes beneficios:

- *Personas trabajadoras que reinician su actividad a partir del 1 de julio:* En esos casos, desde que se reinicie la actividad y hasta el 30 de septiembre, respecto a los períodos y porcentajes de jornadas trabajadas, la exoneración alcanza el 60% de la cuotas en empresas con menos de 50 personas trabajadoras, y el 40% si la plantilla es mayor²¹.
- *Personas trabajadoras que continúen con su actividad suspendida a partir del 1 de julio y períodos de suspensión:* El porcentaje de exención en estos casos se reduce al 35% y al 25% en función de si la empleadora tiene en plantilla menos, o igual o más de 50 personas trabajadoras. Esta exoneración alcanza tanto a la cuota patronal como a la cuota por conceptos de recaudación conjunta.

La D.A. 1ª contempla mayores beneficios en otros escenarios, se presumen, más penosos para la empresa. En primer lugar en los casos en los que la entidad se encuentre en situación de fuerza ma-

²⁰ Estas exoneraciones de cuotas han ido disminuyendo su intensidad. Recuérdese que comenzaron siendo totales para las empresas de menos de 50 trabajadores en virtud del artículo 24 del RDL 8/2020.

²¹ A efectos del cómputo de personas trabajadoras en la plantilla se tendrá en cuenta a las personas en alta o asimiladas en la Seguridad Social a fecha 29 de febrero de 2020.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

yor total²² en los términos previstos en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, en fecha 30 junio de 2020. En este supuesto la empresa queda exonerada tanto de la cuota empresarial como en las cuotas por conceptos de recaudación conjunta en los siguientes porcentajes:

- En empresas con menos de 50 personas trabajadoras:
 - 70% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020.
 - 60% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020.
 - 35% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020.
- En empresas con 50 o más personas trabajadoras:
 - 50% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020.
 - 40% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020.
 - 25% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020.

En segundo término se contempla la posibilidad de que por nuevas limitaciones o medidas de contención una empresa (en su totalidad o respecto a un centro de trabajo) ve impedido el desarrollo de su actividad (se entiende que completamente)²³. En estos casos, en los que la única vía para la suspensión de contratos o reducción de jornadas será la del artículo 47.3 ET²⁴, la empresa se aplicará los siguientes porcentajes (más generosos aún) de exoneración:

- Empresas con menos de 50 personas trabajadoras: 80% durante el periodo de cierre y, como máximo, hasta el 30 de septiembre de 2020.
- Empresas con 50 o más personas trabajadoras: 60% durante el mismo periodo de tiempo.

Se observa en este supuesto ventajas en orden al porcentaje de exoneración, mayores que en los casos anteriores, aunque sustancialmente reducidas respecto a la regulación anterior.

En ambos supuestos, el momento que estas empresas o entidades incorporen, siquiera parcialmente, a alguna de las personas trabajadoras en plantilla, dejarán de estar en situación de fuerza

²² Hemos de advertir que el único dato que manifiesta la fuerza mayor total es que la empresa aun no haya reincorporado a alguna de las personas trabajadoras por entender esta, bajo su criterio, que no puede reanudar su actividad si quiera parcialmente. Esta flexibilidad en cuanto a la valoración de las circunstancias para la desafección paulatina de los trabajadores puede ocasionar en la práctica problemas entre los particulares y la Administración en supuestos donde no existan prohibiciones de apertura de establecimiento, o suspensiones, o cancelaciones de actividades productivas concretas.

²³ Medidas como a las que antes se han hecho referencia en la nota al pie núm. 15.

²⁴ Siendo aplicables los procedimientos desarrollados por el *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

mayor total y pasarán a aplicarse las exenciones reguladas en el artículo 4 de la norma que nos ocupa y comentadas con anterioridad.

Para una mejor compresión de este embrollo, se acompaña cuadro resumen publicado por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones:



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

Como se comprueba quedan ajenas a beneficios en cotizaciones las empresas que inicien un expediente ETOP a partir del 27 de junio sin provenir este de uno por fuerza mayor previo. Por otro lado, se observa que se premia por el gobierno-legislador la reincorporación a la actividad mediante los mayores porcentajes de exoneración en los caso de personas trabajadoras reincorporadas ("activados"), y con una reducción paulatina de los mismos en el supuesto de fuerza mayor total.

Para la aplicación y efectividad de las comentadas exenciones se establecen en el artículo 4.3 una serie de obligaciones formales que ha de cumplir la empresa y entre las que destacamos:

- Identificación de los períodos de la suspensión o reducción de jornada de cada persona trabajadora a informar a la TGSS, quienes aplicaran la exención.
- Declaración responsable mensual por cada CCC de mantenimiento del expediente.
- Comunicación de renuncia expresa (total) del expediente a la TGSS una vez comunicado a la autoridad laboral. Dicha comunicación determinara el fin de las exoneraciones.
- Obligación de realizar todas estas comunicaciones a través del sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social (Sistema RED), regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

2.3. ERTEs y protección por desempleo

En lo que respecta a las medidas en materia de protección por desempleo, con el Real Decreto-Ley 24/2020 se opta por el mantenimiento (si se prefiere, la prórroga) hasta el 30 de septiembre, de las disposiciones introducidas por el RDL 8/2020. En consecuencia, se prorrogan automáticamente todas las prestaciones reconocidas en virtud de ERTEs con fecha de inicio anterior a la entrada en vigor de la norma. Asimismo, se amplían estas medidas para las personas trabajadoras que se vean sujetas a un expediente por fuerza mayor de los regulados en el apartado segundo de la disposición adicional primera, esto es, cuando se produzcan nuevas restricciones o medidas de contención por rebrotes. En el caso de la prestación por desempleo de los fijos discontinuos las medidas quedan fijadas hasta el 31 de diciembre de 2020.

Cabe destacar que es en el mes de septiembre 2020 cuando las personas trabajadoras que hayan accedido a la prestación por desempleo al inicio de esta crisis (a mediados de marzo 2020) cumplirán un periodo de ciento ochenta días siendo beneficiarias de la prestación, lo que conllevará la reducción de la cuantía de la misma a la mitad de la base reguladora puesto que la norma extraordinaria no ha previsto nada al respecto²⁵. La casuística puede ser muy variada, pero permítase que se señale en estas líneas otra singularidad que viene alentada por los apartados 2 y 3 del artículo tercero de la norma, esto es, el tránsito desde los expedientes por causa de fuerza mayor a los ETOP. En estos supuestos, estimamos que las personas trabajadoras habrán accedido a una nueva prestación por desempleo, al encontrarse en situación legal para ello ex artículo 267.1.b).1º LGSS, y que por ende, la cuantía de la misma durante los primeros 180 días habrá de determinarse aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento. En la práctica se traduce en que las personas trabajadoras puedan estar percibiendo durante un año prestaciones por desempleo en su cuantía inicial, más generosa.

La norma se detiene a regular en los apartados 3 a 5 del artículo tercero multitud de obligaciones formales para empresas relativos la gestión de la prestación²⁶. En relación a estos aspectos, estos meses atrás se ha demostrado el incesante e imprescindible trabajo de los "médicos de las empresas"²⁷

²⁵ La disposición adicional cuarta, intitulada como «diálogo en materia de desempleo» recoge el compromiso de reunión, a la mayor brevedad posible, entre Gobierno y agentes sociales para tratar cuestiones relativas a la prestación. En fecha 23 de julio, según información publicada por Presidencia del Gobierno (accesible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2020/230720-empleo.aspx>, último acceso el 7 de septiembre de 2020) se arrancó con esta reunión de la que, salvo error u omisión, aún no se ha publicado ninguna reglamentación. Estimamos que este punto será uno de los temas candentes en las futuras negociaciones entre Gobierno y agentes sociales de cara a un nuevo acuerdo, el cual podrá incluir, como ya se anuncia en algunos medios, alguna medida en relación a la prestación por desempleo o algún subsidio excepcional (en este sentido, el periódico "El País" en fecha 10 de agosto de 2020, accesible en: <https://elpais.com/economia/2020-08-09/trabajo-ultima-un-subsidio-excepcional-para-55000-parados-que-han-agotado-las-ayudas.html>, último acceso el 7 de septiembre de 2020).

²⁶ Solicitud colectiva de prestaciones, comunicaciones de bajas de la prestación cuando las personas trabajadoras dejen de estar afectas a las suspensiones o reducciones, variaciones en las medidas, comunicación de periodos de actividad cuando se alternen estos con periodos de inactividad. Cada una de estas obligaciones han sido fuertemente interpretadas por la TGSS en los sucesivos Boletines del sistema red publicados desde marzo hasta nuestros días.

²⁷ Nos pretendemos referir con este término en general a los operadores jurídicos que se dedican al asesoramiento de empresas y personas trabajadoras, en especial a los Graduados Sociales como colectivo que ha tratado la mayoría de los expedientes y prestaciones a las que venimos haciendo referencia.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

en estas tortuosas operaciones y gestiones encomendadas —sin previo aviso— por el Gobierno a las empresas. A la par, se ha denotado la falta de medios tanto humanos como técnicos²⁸ de la Administración Laboral en nuestro país, especialmente en lo que se refiere al SEPE, quien ha contado con numerosos problemas, retrasos y errores en el reconocimiento y gestión de las prestaciones.

2.4. Otras medidas contenidas en el ASDE II

Antes de abandonar la regulación surgida del ASDE II haremos una somera referencia a otras medidas en las adoptadas que, si bien no tienen el carácter de principales o la transcendencia de las comentadas anteriormente, son imprescindibles conocer en tanto en cuanto son anexas a las anteriores y actúan como límite o prohibiciones. Aunque no podemos incidir en ello, advertimos que, por dificultades en su interpretación, las mismas han supuesto en la práctica auténticos quebraderos de cabeza para los operadores jurídicos.

Comenzamos con el artículo 5, el cual recoge los límites relacionados con reparto de dividendos y transparencia fiscal, manteniendo las mismas reglas que el artículo 5 del RDL 18/2020, si bien ahora se extiende a los ERTEs ETOP. Observamos que con esta regulación, a la par que se han ampliado los beneficios para estos últimos expedientes (en orden a exoneraciones de cuotas), también aumentan las contrapartidas. Cuestión idéntica ocurre con la cláusula de salvaguarda de empleo²⁹ regulada en el artículo siguiente. Antes quedaba limitada a los ERTEs por fuerza mayor ex art. 22 RDL 8/2020, ahora se amplía a los ERTEs ex art. 23 por ser aplicable a estos las exoneraciones de cuotas previstas en el artículo 4 RDL 24/2020. Ahora bien, las empresas que apliquen por primera vez estos beneficios a partir del 27 de junio, el plazo de seis meses de compromiso de empleo comienza a computar desde dicha fecha.

Para culminar este reparto entre beneficios y cargas que procura el equilibrio, se amplía la vigencia de los arts. 2 y 5 del RDL 9/2012 relativos a las mal llamadas “prohibición de despedir” e “interrupción del cómputo los contratos temporales”.

III. MEDIDAS DE APOYO A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

El título II del RDL 24/2020 se encarga de regular medidas de protección o apoyo para los trabajadores autónomos. Podemos identificar las siguientes medidas:

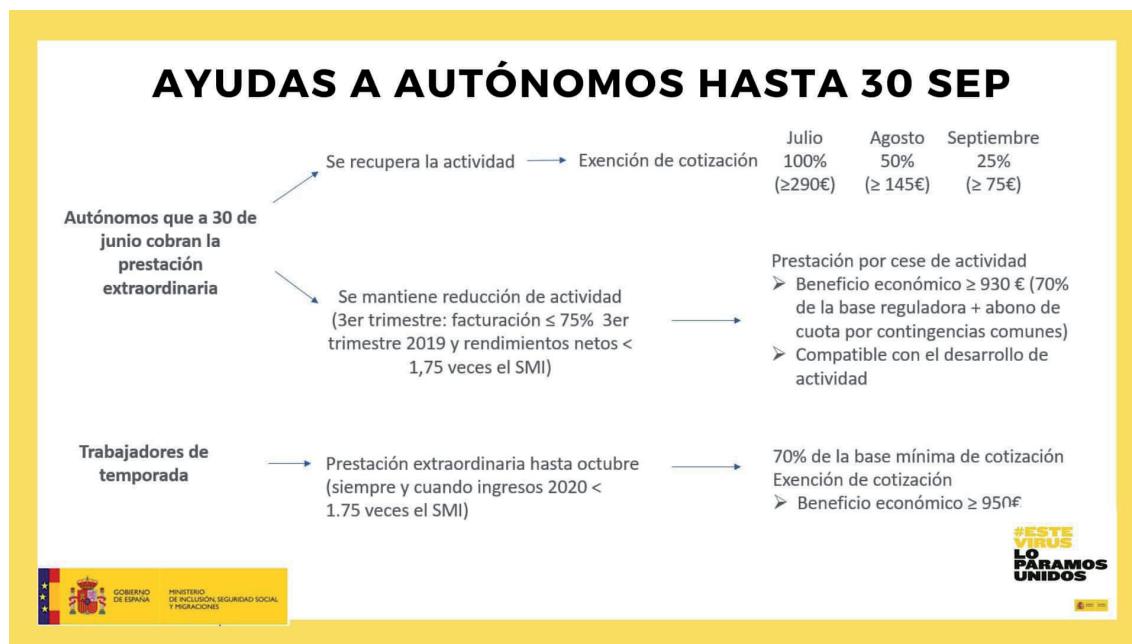
- 1. Exención de cotizaciones (art. 8).**
- 2. Cese actividad (art. 9).**
- 3. Cese actividad extraordinario para trabajadores de temporada (art. 10).**

²⁸ En este aspecto la consideramos atrasada respecto a otras administraciones con más tradición en este sentido como por ejemplo la Administración Tributaria.

²⁹ Para un conocimiento más profundo de esta cláusula, véase Rueda Monroy, J. A., "La cláusula de salvaguarda del empleo" *op. cit.*

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

Como se comprueba, estas medidas inciden en el ámbito de la Seguridad Social y tienen la finalidad de descargar a estos trabajadores por cuenta propia de los costes de Seguridad Social. Se acompaña el siguiente cuadro resumen de las medidas que posteriormente desarrollaremos, publicado por el propio Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones:



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

3.1. Exención de cotizaciones

El artículo 8 del RDL 24/2020 configura *ex novo* una medida de exención en las cotizaciones a los trabajadores autónomos incluidos en el RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar que vinieran percibiendo la prestación por cese de actividad regulada en el artículo 17 del RDL 8/2020 en fecha 30 de junio. La dispensa en cotizaciones de Seguridad Social y formación profesional se concretan en las siguientes cantías:

- 100% de las cotizaciones correspondientes al mes de julio.
- 50% de las cotizaciones correspondientes al mes de agosto.
- 25% de las cotizaciones correspondientes al mes de septiembre.

La misma es incompatible con el cese de actividad que seguidamente trataremos.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

3.2. Cese de actividad

La medida estrella desde el inicio de la crisis en lo que al trabajo autónomo se refiere, venía siendo el cese de actividad extraordinario regulado en el artículo 17 del RDL 8/2020. Nuevamente el RDL trata de hacer de puente entre la regulación dada en aquel RDL 8/2020 y lo que debiera ser la —nueva— normalidad, intentando así (como con el resto de medidas que venimos comentando) salvaguardar, en las máximas cotas posibles, las empresas y el empleo.

Sobre este punto, el artículo 9 del RDL 24/2020 pretende sostener a los trabajadores por cuenta ajena beneficiarios de la prestación extraordinaria por cese de actividad regulada en los inicios de la pandemia, *facilitando el acceso a la prestación común por cese de actividad* regulada en los artículos 327 y ss. LGSS a los trabajadores autónomos que vinieran percibiendo la primera a fecha 30 de junio. Con la extinción de la figura del cese extraordinario habrá afectados que no alcancen las condiciones de esta nueva regulación, la cual se remite a la LGSS. Recordemos que la prestación extraordinaria estableció unas condiciones *ad hoc* bastante laxas, en la que básicamente se requería: la suspensión de la actividad o, en su caso, un descenso de ingresos en un 75% y hallarse al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social.

Finalizado el régimen extraordinario, para iniciar con la prestación a partir del 1 de julio los requisitos se endurecen al hacerse referencia ahora a algunos de los regulados en el artículo 330.1 LGSS³⁰. En este sentido es trascendental el establecido en la letra b, «*Tener cubierto el periodo mínimo de cotización por cese de actividad*»³¹, el cual en la práctica dejará sin prestación a muchos trabajadores por cuenta propia. Ciertamente podría pensarse que no, toda vez que en virtud de la disposición final segunda del *Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo*, se modifica el artículo 327 LGSS y se fija el carácter obligatorio de protección por cese de actividad con efectos 1 de enero de 2019. Sin embargo, esta obligatoriedad en cuanto a la cotización por cese de actividad no alcanza a los trabajadores por cuenta propia que causen una inicial y se apliquen los beneficios regulados en los artículos 31 a 32 bis de la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*³². Estas personas, entre las que se incluyen nuevos autónomos, trabajadores agrarios, personas con discapacidad, que pudieron dar inicio a su actividad hace más de 12 meses, no reunirán el requisito del periodo mínimo de cotización y quedarán ajenas a la prestación.

Otros de las condiciones que difieren entre el cese extraordinario y la regulación dada al cese común en esta norma es la contenida en la letra d del precepto citado, esto es «no haber cumplido la edad ordinaria para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación»³³.

³⁰ Los regulados en la letra a, b d y c del citado precepto.

³¹ De conformidad con el artículo 338 el periodo mínimo será de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la fecha del cese.

³² Beneficios conocidos como "tarifa plana de autónomos".

³³ Ciertamente aunque en el RDL 8/2020 no lo estableciera, pareciera inaplicable en estos casos «dada naturaleza temporal y excepcional de esta medida».

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

Los cálculos para hallar el límite de ingresos para acceder a la prestación se modifican tímidamente, exigiéndose acreditar una reducción en la facturación durante el tercer trimestre del año 2020 de al menos el 75 por ciento en relación con el mismo periodo del año 2019, así como no haber obtenido durante el tercer trimestre de 2020 unos rendimientos netos superiores a 5.818,75 euros, sin que puedan exceder de 1.939,58 euros mensuales.

La duración de la prestación queda, al igual que las anteriores medidas, fijada hasta el 30 de septiembre de 2020 con un condicionante temporal en relación al periodo de cotización y a la duración de la protección conforme al artículo 338, o lo que es lo mismo, se tendrá derecho al cese según el periodo previo cotizado, antes bien, puesto que el mínimo son cuatro meses, por de pronto, todos los beneficiarios alcanzarán la fecha 30 de septiembre 2020. Esta previsión si puede tener relevancia en una futura “prorroga” de esta medida. A partir de dicha fecha, para continuar con el percibo de la prestación, regirán los requisitos del cese de actividad común contemplados en el artículo 330 LGSS.

La gestión de esta prestación les corresponde a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social con quien el trabajador autónomo concertada la cobertura del cese de actividad o con el ISM. La misma se reconocerá con efectos 1 de julio si la solicitud se realiza antes del día 15 del mismo mes³⁴, o con efectos del día siguiente al de la solicitud si esta es presentada el mismo día 15 o a posteriori. Es significativo que el reconocimiento del derecho es automático pero provisional, debiendo las mutuas(o el ISM), a posteriori, y hasta febrero de 2021 recabar la información de los mutualistas, obrantes en las administraciones tributarias para comprobar los datos declarados y, de este modo, verificar si se cumple con los requisitos de rendimientos máximos que dan derecho a la prestación³⁵.

Otro aspecto digno de mención es la falta de penalidad de los cobros indebidos, incluso en supuestos dolosos donde de forma patente no concurren en el beneficiario los requisitos de acceso a la prestación o por no justificar los rendimientos obtenidos. Y es que, la norma prevé que cuando se constate esto por parte de las entidades colaboradoras se habrá que reclamar la cantidad sin intereses o recargo. La “jugada” para las personas interesadas con más astucia es fácil. Automáticamente y sin reparo han de solicitar la prestación, en algunos casos aun sabiendo que no se está ante algunos de los supuestos contemplados y, una vez concedida y abonada, esperar a que la mutua requiera, o no, la cantidad abonada indebidamente. En el peor de los casos estamos ante un préstamo gratuito. Esta

Vid. Alvarez Cortes, J.C. "La prestación "extraordinaria por cese de actividad" de los trabajadores autónomos durante el estado de alarma: una norma en constante evolución" en AA.VV. (Vila Tierno, F. Dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, Murcia, 2020, pág. 215.

³⁴ Podría haber sido el Gobierno-legislador más explícito en este punto. De una lectura presurosa de la norma puede parecer que el día 15 es el último (cuando es el 14) para presentar la solicitud, ya que lo habitual en esta rama del ordenamiento es la utilización de la locución «en el plazo de los x días siguientes». Véase a modo ejemplificativo los preceptos 268.1 o 276.1 LGSS o, paradójicamente, el apartado cuarto del artículo siguiente de la misma norma, el cual se encarga de regular una prestación extraordinaria –también de cese de actividad– para trabajadores de temporada, donde se establece que la solicitud habrá de realizarse para que surtan los efectos el primero de julio «dentro de los primeros quince días naturales» de ese mes. Otro problema que se le une a este término es que muchas mutuas colaboradoras no han tenido los formularios de solicitud disponible hasta pasados unos días del mes de julio.

³⁵ Sin perjuicio de lo anterior, se establece un procedimiento de aportación de documentación tras requerimiento de la mutua para los casos en los que estas no pudieran tener acceso a los datos obrantes en las administraciones tributarias.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

regulación impone unas cargas de fiscalización brutales a las mutuas colaboradoras. Solo en el caso de que los autónomos no abonen en el plazo fijado por la mutua la cantidad, se podrá reclamar la deuda por la TGSS con los recargos e intereses que procedan conforme al procedimiento administrativo de recaudación establecido en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. La regularización se puede realizar, según el artículo 9.3, a partir del 31 de enero de 2021.

La medida se lleva a la práctica previo abono por parte del trabajador autónomo a la TGSS de todas las cotizaciones correspondientes aplicando los tipos vigentes. Posteriormente la mutua colaboradora o el ISM, abonará al mismo la prestación (calculada conforme al artículo 339 LGSS) y el importe de las cotizaciones por contingencias comunes³⁶ que le hubiese correspondido ingresar a esta de encontrarse el trabajador autónomo sin desarrollar actividad.

Los dos últimos apartados (7 y 8) prevén, respectivamente, la posibilidad del cese definitivo de la actividad antes del 30 de septiembre y la renuncia a la prestación y oportuna devolución voluntaria de la prestación indebida (sin esperar a la reclamación por parte de la mutua, lo más coherente pero lo menos presumible que ocurría dada la actual regulación) y percibida en los supuestos de mejoría de la actividad económica.

Cabe destacar que implícitamente³⁷ se reconoce la posibilidad de compatibilizar esta prestación con el trabajo por cuenta propia al excluirse el cumplimiento del requisito regulado en el artículo 330.1c) LGSS que requiere el cese en el ejercicio de la actividad.

3.3. Cese de actividad extraordinario para trabajadores de temporada

Como última medida de índole laboral este RDL 24/2020 nos trajo una prestación extraordinaria de cese de actividad para trabajadores de temporada. Este concepto queda definido en el artículo 10 como aquellos trabajadores autónomos que:

1. Su único trabajo a lo largo de los últimos dos años se hubiera desarrollado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar³⁸.
2. El mismo se desarrollaba durante los meses de marzo a octubre.
3. Que hayan permanecido en alta como trabajadores autónomos durante al menos cinco meses al año en los dos últimos años.

³⁶ Se entiende que en caso de no reunirse los requisitos, además de la devolución de la prestación habrá de restituirse estas cotizaciones. En este último supuesto la reclamación de las cotizaciones si podrá incluir el correspondiente recargo puesto que la norma no establece lo contrario.

³⁷ Si bien en la exposición de motivos se reconoce expresamente esta posibilidad, en el texto articulado nada se dice al respecto.

³⁸ Esta prestación extraordinaria es extensible a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento como trabajadores por cuenta propia en el régimen especial que corresponda en virtud del artículo 10.8 RDL 24/2020.

MEDIDAS SOCIALES DE REACTIVACIÓN DEL EMPLEO Y PROTECCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y DE COMPETITIVIDAD DEL SECTOR INDUSTRIAL

Se entiende cumplida la exclusividad en el régimen, siendo a su vez requisito para el acceso a la prestación, que el trabajador autónomo no lo haya sido por cuenta ajena durante más de 120 días en los ejercicios 2018 y 2019.

Además, se ha de cumplir los siguientes requisitos:

- El alta en el régimen especial durante cinco meses, entre marzo y octubre, tanto en el año 2018 como 2019.
- No haber desarrollado actividad ni haber estado de alta o asimilada al alta en los meses de marzo a junio de 2020.
- No haber percibido prestación del sistema de Seguridad Social incompatible con el ejercicio de actividad como trabajador autónomo entre los meses de enero a junio de 2020 ambos inclusive.
- No haber obtenido durante 2020 ingresos superiores a 23.275 euros.
- Hallarse al corriente en el pago de cuotas³⁹.

La cuantía de la prestación será la equivalente al 70% de la base mínima de cotización que corresponda por la actividad desempeñada en el RETA o, en su caso, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y tendrá una duración de 4 meses. La misma se podrá solicitar desde el 27 de julio y hasta el mes de octubre.

Esta prestación tendrá efectos de 1 de junio, pero, a diferencia del cese de actividad común regulado en el artículo noveno, para que cause efectos en dicha fecha la solicitud se podrá presentar hasta el día 15 de julio. En otro caso, los efectos quedan fijados al día siguiente de la presentación de la solicitud.

En este supuesto cesa la obligación de cotizar, permaneciendo el trabajador en situación de alta o asimilada al alta en el régimen de Seguridad Social correspondiente y asumiendo las cotizaciones las entidades con cargo a cuyos presupuestos se cubra la correspondiente prestación.

Se establece un régimen de incompatibilidades en concordancia con los requisitos de acceso, no permitiéndose la superación del límite de ingresos por cuenta propia (23.275€) y la incompatibilidad con el trabajo por cuenta ajena y con cualquier prestación de Seguridad Social que el beneficiario viniera percibiendo (salvo que fuera compatible con el desempeño de la actividad como trabajador por cuenta propia).

A partir de aquí la regulación que rige en cuanto a la gestión, reconocimiento, revisión y renuncia es idéntica a la contenida para el cese de actividad regulado en el precepto que le antecede.

³⁹ Aunque para el caso de que el solicitante no cumpla este requisito se prevé la aplicación del mecanismo de invitación al pago regulado en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

IV. REFLEXIÓN DE CIERRE

La reactivación del empleo —y de la economía— en esta insólita y preocupante situación de pandemia requiere de medidas que permitan la recuperación paulatina de la actividad productiva. El RDL 24/2020 aspira a lo propio mediante la modulación, hasta el 30 de septiembre, de medidas puestas en marcha en disposiciones precedentes, principalmente mediante los RDL 8/2020 y 18/2020.

Con la plasmación en la norma legal del ASDE II se pretende el traspaso de los ERTES por fuerza mayor a ERTES ETOP con la abolición de las reglas flexibilizadoras en cuanto a su tramitación de los primeros y con mecanismos de continuación hacia los segundos. Al mismo tiempo, se incentiva, con mayor grado de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social, la reincorporación de las personas trabajadoras a la actividad. Consecuentemente, los ERTES podrán continuar mientras sigan concurriendo las causas que habilitaron a los mismos, lo cual no significa que las personas trabajadoras afectadas se sigan beneficiando de la prestación extraordinaria por desempleo que, en cualquier caso y en base a la regulación actual, expirará el 30 de septiembre.

El trabajo por cuenta propia también tiene su reconocimiento en esta norma y es aquí precisamente donde se han incorporado instrumentos *ex novo* que priman la vuelta a la actividad, como es el caso de las exenciones en la cotización y su incompatibilidad con el cese de actividad; y protegen a trabajadores especialmente afectados por la pandemia, como son los que venían trabajando, de forma estacional, únicamente en el periodo de tiempo afectado por la misma, mediante una prestación extraordinaria.

Ha quedado patente la ingente movilización de fondos públicos por parte de nuestro Gobierno para reducir, desde el ámbito del Derecho del Trabajo, los efectos perjudiciales de la crisis en la población y que repercuten directamente tanto en las empresas y autónomos (con las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social principalmente), como en las personas trabajadoras (mediante la extensión de la protección por desempleo). Toca preguntarse ahora, no solo hasta cuándo se puede permitir nuestro Estado estas políticas expansivas, sino hasta cuándo —y en qué medida— resulta necesario hacerlo, so pena de que vayan en detrimento del interés general. Debemos asumir que la reactivación en muchos supuestos es imposible. La crisis sanitaria ha producido, a su paso, una crisis económica que ha abocado irremediablemente a la desaparición de parte de nuestro tejido empresarial al que, en algunos casos, se le está prolongando la agonía. La crisis social producida habrá de solventarse con instrumentos de redistribución y no de subvención desmesurada a las actividades privadas.

Este planteamiento deberá tener su reflejo en las reuniones del Gobierno y agentes sociales para la adopción del nuevo acuerdo para la gestión de la crisis desde la perspectiva del trabajo por cuenta ajena. Las mismas arrancan en Mallorca el mismo día que se finalizan estas líneas.

Hemos abordado en este trabajo otros aspectos claves que marcarán esta negociación (prorroga de exenciones, modificación en la cuantía del desempleo después de los primeros 180 días, etc...). Quedamos a la espera del acuerdo, convencidos, ahora más que nunca porque así lo ha demostrado, de la solidez y el valor del Derecho del Trabajo como herramienta para modular y distribuir los perjuicios de esta crisis, y con la tranquilidad de que la transición hacia la normalidad la gobernará el dialogo social.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

A NEW RIGHT FOR CITIZENSHIP: THE MINIMUM LIVING INCOME

Matthieu Chabannes

Profesor e Investigador en Formación

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

matthcha@ucm.es ORCID 0000-0002-9295-923X

Recepción de trabajo: 05-10-2020-Aceptación: 07-10-2020

RESUMEN

El presente trabajo se centra en el estudio y análisis del ingreso mínimo vital aprobado recientemente mediante el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo. Así, en una primera parte se hace una breve revisión de los principales hitos que llevaron a nuestro Gobierno al establecimiento de esta nueva prestación no contributiva de nuestro sistema de Seguridad Social. Se trata de establecer el contexto del que partimos, es decir, las altas tasas de pobreza y de exclusión que presenta España con respecto a los países de nuestro entorno. En segundo lugar, se destacan algunas de las críticas y desafíos a los que se enfrenta el ingreso mínimo vital. Retos a los que se deben prestar atención para que este instrumento resulte ser verdaderamente eficaz para reducir los niveles de pobreza en España.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social; Seguridad Social no contributiva; rentas mínimas; ingreso mínimo vital

ABSTRACT

The present paper focuses in the study and analysis of the recently approved minimum living wage through the Royal Decree-Law 20/2020, on May 29. The first part is a brief review of the main reasons that drove our government to establish this new non-contributory presentation of our Social Security system. This way, we establish the original framework where we expose the initial disadvantaged situation from Spain in terms of poverty and exclusion. The second part features some of the critics and challenges that the minimum living wage faces. Challenges that need to be addressed in order to succeed in the reduction of the poverty level in Spain.

KEYWORDS: Social Security; non-contributory social security; minimum income; minimum living income

1. INTRODUCCIÓN

Con 12,2 millones de personas en riesgo de pobreza, es decir, el 26,1% de su población, España figura entre los países con la tasa de pobreza y exclusión más elevada de la Unión Europea. Unas cifras que empeoraron los últimos años por la crisis financiera que puso en evidencia las deficiencias de nuestro modelo de protección social. A pesar de los años de recuperación que llevamos, la pobreza y la exclusión social siguen manteniéndose en unos niveles muy superiores a los anteriores a la crisis. Además, más allá del considerable impacto que la crisis ha tenido para los colectivos más vulnerables, cabe resaltar que, incluso en los mejores años de bonanza económica, como fue el principio de la década del 2000, la tasa de pobreza en España siempre se mantuvo en torno al 20%. Ello pone de manifiesto que España se enfrenta a un problema estructural de pobreza. Los recursos dedicados a la protección de los sectores de población más vulnerables no han sido suficientes y las distintas medidas y estrategias emprendidas a nivel estatal, autonómico y local no han conseguido cumplir con su objetivo principal de detener, y mucho menos reducir, las tasas de pobreza y exclusión social.

Hasta ahora, por las competencias que les fueron constitucionalmente reconocidas, gran parte de las políticas de protección social, y concretamente las referidas a la lucha contra la pobreza y exclusión social, han recaído en manos de las Comunidades Autónomas. No obstante, a pesar del papel apreciable desempeñado por éstas, ante las distintas realidades de sus territorios, cada Comunidad Autónoma configuró su propio programa de renta mínima dando lugar así a un sistema de protección social complejo y fraccionado que limita su eficacia en términos de cobertura y protección. En consecuencia, gran parte de los potenciales beneficiarios no consiguen acceder a las prestaciones sociales. Esta situación de partida preocupante se ha visto agravada últimamente por las consecuencias sociales, económicas y laborales derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19, lo que confronta a los colectivos más vulnerables a atravesar nuevas y mayores dificultades.

En este contexto, con el propósito de intentar aportar una solución a este problema estructural y construir un escudo social para paliar el impacto económico de la crisis sanitaria en la que nos encontramos inmersos, con fecha del 29 de mayo, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-ley 20/2020, por el que se establece el ingreso mínimo vital como prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva. Una medida que viene a reforzar el sistema de garantía de ingresos dentro de nuestro Estado del Bienestar, estableciendo una política estatal de garantía última de ingresos en la lucha contra la pobreza y la desigualdad social.

2. LOS PASOS PREVIOS A LA APROBACIÓN DEL INGRESO MÍNIMO VITAL: DE LA CRISIS FINANCIERA DEL 2008 A LA CRISIS SANITARIA DEL 2020

Para empezar a tratar del ingreso mínimo vital, nos parece importante establecer el contexto del que partimos, es decir, las altas tasas de pobreza y de exclusión que presenta España con respecto a los países de nuestro entorno.

En el 2008, la tasa AROPE ascendía al 23,8%, es decir, cerca de 11 millones de personas en España estaban en riesgo de pobreza y/o exclusión social. Dicha tasa alcanzó su record histórico en 2014 cuando se registró más de 13,6 millones de personas, el 29,2% de la población. Es evidente que la profunda crisis económica que se inició en 2008 así como los efectos que de ella se derivaron, explican, en parte, esos mayores niveles de desigualdad social. Si bien el empeoramiento de la situación fue general para toda la sociedad, no cabe la menor duda de que ésta tuvo una mayor incidencia sobre los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad. A partir de la misma y sus consecuencias como la destrucción de empleos, el aumento de la tasa de desempleo y la perdida de rentas, se incrementó también el riesgo de caer en la pobreza y exclusión social.

Actualmente, a pesar de los años que llevamos de recuperación, la tasa de pobreza está lejos de volver a los registros anteriores. En efecto, en 2018 se calcula que cerca de 12,2 millones de personas están en riesgo de pobreza y/o exclusión, esto representa el 26,1% de la población en España. Aunque esta cifra lleva 4 años consecutivos disminuyendo, sigue siendo 2,3 puntos por encima de la registrada antes del inicio de la crisis. Por tanto, en 2018 se registra 1.200 millones más de personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social que en 2008. A pesar de la salida de la crisis, el aumento de personas en riesgo de pobreza es un punto clave que nos indica que la recuperación económica no ha llegado a todos puesto que no ha venido acompañada de una reducción de la pobreza de tal manera que las consecuencias de esta siguen afectando parte de nuestra sociedad. Una explicación posible viene dada, en parte, por los cambios operados en nuestro mercado de trabajo. La repercusión de las políticas y reformas llevadas a cabo para paliar los efectos de la crisis, han supuesto una mayor precarización de las condiciones de trabajo y una mayor desigualdad salarial, afectando especialmente a los sueldos más bajos. Las horas de trabajo se pagan peor y en determinados grupos de la población, las condiciones laborales son más precarias a causa de la parcialidad y temporalidad que caracterizan gran parte de los contratos de trabajo hoy día celebrados¹. Ello, por su parte, ha supuesto un incremento de trabajadores pobres que han venido a agregarse a los colectivos ya existentes de personas en riesgo de pobreza y exclusión.

1 MARTÍN CARRETERO, J. M.; "Nueva desigualdad en España y nuevas políticas para afrontarla". En SEVILLA, J. (Coord.), *Reforzar el bienestar social: del ingreso mínimo a la renta básica*, Observatorio Social de la Caixa, 2018, pág. 13.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Ante esta situación, para hacer frente al reto de reducir el impacto de la crisis económica sobre los colectivos más vulnerables, España dispone de mecanismos de redistribución de rentas, a través de los ingresos y gastos sociales. No obstante, de nuevo, encontramos otro problema y es que nuestro país cuenta con un sistema fiscal de los menos redistributivos de la Unión Europea. Uno de los motivos de esta distorsión viene dado por el propio diseño de nuestras políticas públicas y particularmente, por la ausencia de programas suficientemente dotados para la protección social. Fundamentalmente, desde finales de los años 80 y principio de los 90, son las Comunidades Autónomas las que, por las competencias que les fueron transferidas, se han encargado de la lucha contra la pobreza y la exclusión social, mediante la puesta en marcha y desarrollo de programas de rentas mínimas de inserción. Sin embargo, si bien no se puede negar el papel apreciable que han tenido, el diseño de estos programas de renta supuso un obstáculo para conseguir los objetivos perseguidos. En efecto, los resultados obtenidos hasta ahora pueden poner en duda su capacidad y eficacia para reducir sustancialmente la pobreza y exclusión social.

Un factor clave para evaluar el éxito de nuestras políticas de protección social consiste en comparar los indicadores de riesgos de pobreza antes y después de las transferencias públicas para analizar el impacto que éstas tienen para reducir la tasa de pobreza. Pues bien, si la tasa de pobreza en España ya es alta antes de las transferencias públicas, el promedio en la comparativa europea está en el 25,5%, España está por encima con el 27,9% en 2018. Pero, en el momento en el que vemos cuál es esa tasa de pobreza después de la intervención de las transferencias, mientras que el promedio europeo se reduce un 8,4% hasta alcanzar el 17,1%, para el caso de España, esa tasa se queda en un 21,7%, consiguiendo una reducción mucho menor que el resto con un 6,4%. Por tanto, su eficacia es menor que el promedio europeo. Estos datos ponen de relieve como el sistema de protección social no está funcionando bien, y esto va más allá de lo que muchas veces se comenta que es el propio mercado laboral que, por supuesto influye, pero tiene que ver también con cómo se está desarrollando este tipo de políticas y transferencias públicas hacia los hogares más vulnerables. Debido a las limitaciones en su diseño, además de las deficiencias en sus modelos de gestión y administración, las rentas mínimas no parecen estar cumpliendo satisfactoriamente sus funciones de lucha contra la pobreza.

Pero estos resultados y deficiencias de nuestro modelo social no solamente han sido motivo de interpelaciones a nivel nacional, sino que han alarmado también a las autoridades internacionales y europeas que, a través de diversos informes y recomendaciones, han insistido en la necesidad de que España aporte las modificaciones oportunas para mejorar su sistema de protección social.

Así, en febrero de 2020, Philip Alston, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y los Derechos Humanos, tras haber recorrido gran parte de nuestro territorio, elaboró un informe y llegaba a la conclusión de que España carece de un sistema de rentas mínimas homologable y similar a los existentes en otros países de nuestro entorno. En parte por ello, nos recuerda que España es uno de los países en donde hay una mayor tasa de pobreza infantil y en donde el gasto social tiene una menor capacidad redistributiva. Esto se ha debido, en parte, a que las políti-

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

cas sociales en España han estado excesivamente orientadas hacia las bonificaciones fiscales. Por ello, el relator insiste en la necesidad de impulsar una medida centrada en las transferencias hacia los hogares más desfavorecidos².

Por otra parte, con carácter anual, el Consejo Europeo emite una serie de recomendaciones específicas dirigidas a los países miembros, y si bien el número de recomendaciones expresadas están en torno a 3 o 4 por país, para el caso concreto de España, en los últimos años, una de ellas siempre versa sobre la necesidad de mejorar la eficiencia del apoyo ofrecido a los colectivos más vulnerables. Así, en 2014³, el Consejo afirmaba con respecto a los indicadores que miden la pobreza y la exclusión social, España arroja un resultado claramente inferior al de la media europea. Entre sus causas múltiples, la autoridad europea señala la reducida capacidad de redistribución de rentas en los grupos más necesitados. Además, reconoce la escasa coordinación entre los servicios sociales y de empleo, así como las trabas administrativas que obstaculizan la inserción sociolaboral de sus beneficiarios (punto 16).

Para los años posteriores que abarcan desde 2015 hasta 2019, el Consejo Europeo resalta, de manera reiterada, que el sistema de rentas mínimas en España se caracteriza por ser “fragmentario” debido a las grandes diferencias entre comunidades autónomas sobre las condiciones de acceso, cobertura y cuantía. Ello provoca que muchos potenciales beneficiarios no reciben ayuda o se ven desprotegidos muchas veces por la descoordinación existente entre los regímenes lo que, en última instancia, disminuye sus posibilidades de movilidad e inserción laboral.

En su última recomendación para el año 2020⁴, pocos días antes de que se aprobara el ingreso mínimo vital, el Consejo alertaba a España de que en el contexto actual de la crisis provocada por el Covid-19, es de esperar que se incrementen los ya altos niveles de pobreza y exclusión social (punto 22), por lo que para paliar sus efectos sobre los colectivos más vulnerables, resulta prioritario mejorar cuanto antes la cobertura y la adecuación entre los regímenes de renta mínima (recomendación nº2).

En el mismo orden de cosas, fue adoptado un Pilar Europeo de Derecho Sociales conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia. Este pilar, se inserta en el marco de las reformas de las políticas sociales que en los últimos años se están llevando a cabo en la Unión Europea con el propósito de adaptarse a los cambios demográficos, en el mercado de trabajo y dar respuesta a las nuevas necesidades sociales. Ese compromiso general se desglosa a través de 20 principios fundamentales, entre los que se reconoce, el derecho de los ciudadanos ca-

2 ALSTON, P., Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero – 7 de febrero de 2020, Naciones Unidas, Madrid, 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=S>

3 Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2014 de España. COM (2014) 410/2.

4 Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2020 de España. COM (2020) 509 final.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

rentes de recursos suficientes a “unas prestaciones de rentas mínimas adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral.”⁵

Además de estas recomendaciones comunitarias, múltiples estudios e informes han contribuido a detectar las posibles deficiencias y carencias de nuestro sistema de garantía de rentas. Así, en 2016, impulsado y coordinado por el entonces Ministerio de Sanidad, Servicio Social e Igualdad, se llevó a cabo una investigación desarrollada en el mercado del Programa para el Empleo y la Innovación Social de la UE, cuyos resultados se reflejaron en un informe titulado “El sistema de garantía de ingresos en España: tendencias, resultados y necesidades de reforma”. En él, entre otras cosas, se evidencia que nos encontramos ante diecinueve modelos que constituyen un sistema complejo que se caracteriza por la diversidad territorial debido a que su desarrollo normativo y financiero dependen de cada comunidad autónoma.

Por su parte, en febrero de 2017, el Parlamento aprobó la toma en consideración de una iniciativa legislativa popular procedente de los sindicatos de UGT y CCOO que recolectó más de 700.000 firmas para establecer una prestación de ingreso mínimo. Si bien es cierto que la cobertura de esta prestación es superior y difiere en algunos de sus planteamientos⁶ con respecto al ingreso mínimo vital finalmente aprobado, no cabe la menor duda de que dicha propuesta supuso un impulso en el debate político en nuestro país sobre la necesidad de reforzar la protección de los ciudadanos más vulnerables.

Así, con motivo de la propuesta sindical, desde el entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se solicitó a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) que elaborara un informe⁷ en el que se realizara un análisis de la Iniciativa Legislativa Popular para conocer su eficacia y su viabilidad presupuestaria. Por otro lado, se solicitó que el informe recogiera también un análisis de los programas y ayudas ya existentes en nuestro territorio, así como un estudio comparado de los sistemas o ayudas similares vigentes en otros países vecinos de la Unión Europea. El informe refleja que las ayudas por ingresos mínimos en España son insuficientes respecto a otros países de Europa. Además, concluye que el sistema está demasiado fragmentado y presenta disparidades entre las diferentes prestaciones y entre las Comunidades Autónomas, tanto en el número de beneficiarios como en la cuantía percibida, lo que genera un problema de equidad entre los ciudadanos. A su vez, la AIReF presenta, a modo ilustrativo, dos propuestas alternativas que, sin lugar a duda, sirvieron de base y modelo para el diseño y desarrollo del ingreso mínimo vital.

5 Artículo 14, del texto del Pilar Europeo de Derechos Sociales que se encuentra accesible en: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf

6 Por ejemplo, la proposición de ley recogía entre sus requisitos ser mayor de 18 años y menor de 65 y se entendía en principio incompatible con el trabajo por cuenta ajena o propia y con un coste fiscal que abarca entre los 6.000 y los 15.000 millones.

7 Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), *Los programas de rentas mínimas en España*, 2018. Disponible en: https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Por último, por Acuerdo del Consejo de Ministros del 22 de marzo de 2019, el Gobierno español aprobó la nueva Estrategia Nacional de Prevención y Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2019-2023. En ella, se realiza un diagnóstico que pone de relieve como en España las tasas de pobreza se han agudizado como consecuencia de la última crisis económica, y como, a pesar de los años que llevamos de recuperación, los índices de pobreza y exclusión social siguen siendo superiores a los que había antes de la crisis. Por ello, entre las metas estratégicas recogidas para combatir la pobreza y la falta de recursos básicos, la Estrategia señala el objetivo de garantizar unos ingresos mínimos de renta, apostando por la implantación de manera progresiva de un ingreso mínimo vital.

Y con esto llegamos al año 2020 que, inequívocamente, viene marcado por una nueva crisis de alcance mundial provocada por la pandemia del Covid-19. Aunque todavía no sabemos con exactitud las consecuencias, duración y alcance de estas, más allá del impacto sobre la salud, la crisis tendrá repercusiones en todos los ámbitos. Todas las previsiones emitidas por los organismos internacionales apuntan a que España, uno de los países más afectados por la pandemia, sufrirá una caída histórica del PIB de entre el 9 y el 13% para el año 2020, experimentando así una de las mayores caídas de la Unión Europea. Lo mismo cabe esperar para el empleo puesto que se espera que la tasa de paro se dispare hasta el 20%. Aunque de índole distinta, es posible recurrir a lo que sucedió con la anterior crisis financiera del 2008 para hacernos una idea de lo que el futuro nos puede deparar.

Así, el 1 de junio de 2020, se publica en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Su aprobación se enmarca en una serie de medidas y recursos adoptados por el Gobierno para intentar construir un escudo social para proteger a los ciudadanos del impacto económico de la crisis sanitaria. Aunque nuestro actual Gobierno de coalición tenía entre sus compromisos el desarrollo de un ingreso mínimo vital a lo largo de su legislatura⁸, la emergencia sanitaria y consiguiente crisis social, económica y de empleo, ha hecho oportuno acelerar su puesta en marcha. Partiendo de una situación previa a la actual crisis muy preocupante por indicadores de pobreza muy elevados, se añaden ahora nuevas dificultades para las personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social.

3. LOS DESAFÍOS DEL INGRESO MÍNIMO VITAL

3.1 La financiación del Ingreso Mínimo Vital

Una primera cuestión que se puede resaltar por estar siempre en el foco de atención de los debates cuando se habla de instaurar algún tipo de ingreso mínimo es la problemática de su financiación y

⁸ Punto 2.4.2 del Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidos Podemos. Disponible en: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30/2019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

disponibilidad de recursos suficientes para asumir el gasto adicional que tal política pública implica para las arcas del Estado. Los más reacios suelen criticar que la puesta en marcha de una renta mínima estatal constituye una irresponsabilidad financiera en tanto en cuanto, además de su elevado coste, supone la desviación de determinadas partidas presupuestarias destinadas a la salud, educación, vivienda o a la creación de empleo.

Según las previsiones del Gobierno español, 850.000 hogares integrados por 2,3 millones de personas podrán tener acceso al ingreso mínimo vital, lo que, conforme a las primeras estimaciones proporcionadas por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, tendrá un coste anual adicional de 3.000 millones de euros. Con ello, España equipara su gasto en políticas sociales destinadas a la lucha contra la pobreza a la media europea⁹. Nuestro país aumenta así su partidaria presupuestaria relativamente baja (pasando de 0,1% al 0,38% del PIB) con respecto a la media europea (0,4% del PIB).

Este mayor gasto público, por muy legítimo que sea, hace que la cuestión de la financiación de la nueva prestación no sea baladí ni exenta de cierta controversia. En un primer término, debido a que su adopción tiene lugar en un contexto de crisis sanitaria y socioeconómica en el que, por un lado, la deuda pública se ha incrementado considerablemente debido a la adopción de medidas por parte de los poderes públicos para contener la pérdida de empleos, empresas y de rentas, y por otro lado, el PIB ha retrocedido drásticamente a causa de la paralización sufrida por muchos sectores económicos. En segundo término, se debe valorar cautelosamente la repercusión que puede tener añadir costes adicionales a un sistema sobrecargado y económicamente deficitario que cuenta ya con importantes problemas estructurales de financiación conocidos, pero no resueltos. A diferencia de otras medidas extraordinarias adoptadas y vigentes mientras perdure la situación generada por el Covid-19, la aprobación del ingreso mínimo vital supone la ampliación del ámbito de protección de la Seguridad Social y se establece como una prestación permanente que implica un incremento permanente del gasto público que deja al sistema con un mayor nivel de deuda. Por la experiencia vivida en el pasado con la crisis económica, es entendible la preocupación social según la que este mayor desembolso por parte del Gobierno podría conllevar más adelante posibles recortes de gastos en otras partidas presupuestarias o en otras prestaciones, particularmente en materia de jubilación, con el propósito de ajustar los desequilibrios financieros del sistema¹⁰.

En cualquier caso, en su artículo 32, el RDL recoge que, como ocurre con cualquier otra prestación no contributiva de la Seguridad Social, la financiación va a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Para este año 2020, tal y como establece la Disposición Adicional Tercera, “se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones por un importe de 500.000.000 euros en la aplicación presupuestaria”. Por el momento, España opera bajo unos presupuestos prorrogados del año 2018 ante la actual dificultad de nuestro Gobierno de

⁹ PÉREZ DEL PRADO, D. "Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital", en RÓDRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^aE. (Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, 2020, pág. 369.

¹⁰ GALA DURÁN, C., "Los desafíos del nuevo ingreso mínimo vital", *IUSLabor*, nº2, 2020, pág. 2-3.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

conseguir un consenso para la aprobación de unos nuevos. En este sentido, resulta prioritario alcanzar un acuerdo para cerrar nuevos presupuestos, tan necesarios para seguir impulsando la recuperación económica tras la pandemia.

Ante situaciones coyunturales tan difíciles como la actual existen mecanismos adecuados para poder gestionar la financiación del ingreso mínimo vital por medio de la generación de créditos extraordinarios. Lo importante es que se debe abordar la actual crisis que, aunque pueda extenderse en el tiempo, es de naturaleza temporal y se puede llevar a cabo mediante un aumento de la deuda pública. Por otra parte, desde el Banco Central Europeo y la Comisión Europea se han puesto en marcha diversos mecanismos de expansión monetaria para que existan los apoyos de financiación con condiciones favorables en los mercados internacionales. En este sentido, se cuenta con fondos de las instituciones europeas que han roto con las pasadas medidas de austeridad impuestas en 2010 para afrontar la crisis económica. Por último, el Gobierno ha señalado que se contempla la adopción de algunas medidas de mejora de la progresividad del sistema tributario español con el propósito de reducir determinados privilegios fiscales que existen actualmente, y que van a permitir una reducción de la brecha de ingresos públicos sobre el PIB (de casi 7 puntos porcentuales) que separa España de la media de la Unión Europea¹¹.

Con todo, queda por ver cuando acabe la crisis sanitaria cuales son los niveles de deuda pública. En ese momento habrá que realizar una profunda reflexión para retomar un adecuado y ajustado programa de consolidación fiscal para valorar los posibles cambios a realizar y marcar cual será entonces la nueva orientación de la política fiscal. Sea como fuere, lo cierto es que siempre se pone sobre la mesa la cuestión económica, pero quizás se deba recordar que la justificación más importante de la aprobación de un ingreso mínimo vital no sea simplemente un asunto económico sino una cuestión de un nuevo derecho de la ciudadanía a tener garantizado un nivel mínimo de vida digna para desarrollar su proyecto vital con la dignidad que todo ser humano se merece.

3.2 El ingreso mínimo vital y el efecto llamada

Una segunda cuestión no carente de cierta polémica en los debates públicos viene de la mano de algunos representantes políticos que estiman que el ingreso mínimo vital alimenta el problema del denominado “efecto llamada”¹². Según algunos críticos, la actual regulación de la prestación supone un nuevo incentivo para la llegada masiva a España de ciudadanos extranjeros en situación de necesidad, tentados de llegar de manera fraudulenta hasta nuestro país con el fin de recibir ayudas públicas.

¹¹ Así lo manifiesta a través del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm>

¹² A modo de ejemplo, así se puede comprobar en la página Internet del partido ultraderechista español, disponible en: <https://www.oxespagna.es/actualidad/el-efecto-llamada-y-el-ingreso-minimo-vital-20200603>

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

No obstante, aunque tal efecto se pueda dar con el ingreso mínimo vital al igual que con otras prestaciones, no es menos cierto que puede resultar complicado para las personas en situación administrativa irregular acogerse a la prestación¹³. Este mal llamado “efecto llamada” puede verse muy limitado por la existencia de normativas que regulan rigurosamente los cauces legales para establecerse en España o por la propia normativa del ingreso mínimo vital que, consciente de la posibilidad de existir abusos, exige el cumplimiento de determinados requisitos que dificultan el acceso a la prestación para estos colectivos.

En la norma, concretamente en el artículo 7, se puede comprobar que uno de los requisitos básicos establecidos para poder solicitar la prestación es tener residencia legal y efectiva en España de forma continuada durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud. Por otra parte, el RDL recoge una serie de supuestos que dan lugar a la extinción del derecho a la prestación y entre los cuales figura la salida del territorio nacional (art. 15.1.d). Por tanto, de entrada, resulta imposible venir a España con el fin de recibir la ayuda *ipso facto*. A pesar de ello, los críticos resaltan que la normativa prevé varias excepciones entre las cuales no se exige este requisito para las personas víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual (art. 7.1.a). Así las cosas, según ellos, aunque no tengan residencia legal, bastaría con presentar un informe por los servicios públicos, por los servicios sociales o por cualquier otro medio reglamentariamente desarrollado que acreditará tal condición. No obstante, cabe resaltar que nos hallamos ante dos cosas bien distintas. Una cosa es la trata y explotación de personas y otra el tráfico de personas. La finalidad de la trata es la explotación (sexual o laboral) mientras que en el tráfico de personas es conseguir entrar de forma irregular en un país. Asimismo, en el tráfico de personas existe un consentimiento consciente por parte de las personas que desean llegar a España mientras que la trata se consigue por abuso, engaño o coacción. Por tanto, no todas las personas que llegan a España de forma irregular tienen por qué ser víctimas de trata¹⁴.

Adicionalmente, debemos subrayar que la legislación española sobre extranjería contempla que, para regularizar una situación mediante algún tipo de arraigo, se tiene que poder demostrar una permanencia de tres años en España. Una vez transcurrido ese tiempo, es necesario acreditar otros requisitos como por ejemplo contar con un contrato de trabajo. Con lo cual, para el caso concreto del ingreso mínimo vital, los migrantes tendrían que esperar un cuarto año para cumplir con el requisito de la residencia legal.

Además, de la lectura de los últimos informes de algunas Organizaciones Internacionales¹⁵, se desprende que no existe ninguna evidencia empírica de que la motivación para emigrar esté directamente asociada a los beneficios sociales que pueda ofrecer un Estado de bienestar. La motivación última para emigrar tiene más bien que ver con la percepción que tiene una persona de ir a un país donde va

¹³ SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El ingreso mínimo vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 149

¹⁴ Así lo recoge el Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018) del antiguo Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

¹⁵ Entre otros: OCDE/OIT, *Cómo los inmigrantes contribuyen a la economía de los países en desarrollo*, Editions, OCDE, Paris, 2018; OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Organización Internacional para las Migraciones, 2019.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

a tener y recibir un grado de inclusión social y laboral, pero el nivel y grado de generosidad del Estado del bienestar no son un elemento determinante. De ser así, aquellos países donde existe un Estado de bienestar más bondadoso que el que hay en España tendrían un problema más agudo de inmigración y no parece ser que lo tengan.

Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Interior¹⁶, desde 2008 hasta 2013 el número de llegada de migrantes a nuestro país desciende continuamente. En cambio, para el periodo 2014-2019, en el que hemos tenido dos gobiernos que aplicaban políticas distintas, los datos muestran un repunte migratorio que comenzó en 2014. Por tanto, no parece que se pueda demostrar una relación directa causa-efecto entre las políticas adoptadas por nuestro país y el número de llegadas de inmigrantes. Un fenómeno tan complejo como es el de los flujos migratorios que encierran una infinidad de condicionantes no se puede reducir solo a la adopción de determinadas políticas sociales. Además, no hay ninguna evidencia empírica que permita decir que exista un efecto llamada como consecuencia de la llegada de un determinado gobierno en el poder o de la aplicación de políticas sociales concretas. En cambio, nos parece más razonable pensar que la reducción de la llegada de inmigrantes a España acaecida en el periodo 2008-2014 coincide con un fenómeno mundial: la crisis financiera. Dicho de otra manera, el repunte de llegada de migrantes a nuestras fronteras desde 2014 coincide con el fin de la crisis económica y la subsiguiente paulatina recuperación de nuestra economía y mercado laboral.

Dejando aparte el colectivo que podría encontrarse en una situación irregular y centrándonos en los datos generales sobre flujos de migración y de emigración del INE¹⁷, se puede comprobar efectivamente como durante el periodo de crisis económica 2008-2013 se redujo drásticamente el saldo migratorio de tal manera que descendió la inmigración y aumentó la emigración. De hecho, el año 2013 culminó con el mayor saldo migratorio negativo puesto que la emigración superó a la inmigración en 251.531 personas. A partir de 2014 los datos indican un repunte positivo del flujo migratorio coincidiendo con la incipiente recuperación de la economía española. Con ello, queremos intentar demostrar como los flujos migratorios parecen estar más vinculados, entre otros factores, con las fluctuaciones de nuestra economía y mercado laboral. En consecuencia, parece ser que el efecto llamada es el efecto de gente que decide emigrar a un país en busca de mejores condiciones económicas y laborales.

Bajo estas premisas, no se puede demostrar que exista una correlación entre el nivel de gasto social de un país y el volumen de inmigración. Por ende, no pensamos que esta prestación vaya a suponer ese “efecto llamada” y aunque fuera cierto, resulta casi imposible que el ingreso mínimo vital llegue a los ciudadanos en situación administrativa irregular ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos más básicos. Otra cosa son las rentas mínimas de algunas Comunidades Autónomas que deciden ampliar la cobertura de protección a los ciudadanos con una situación administrativa irregular porque –y no está de más resaltarlo– son también situaciones de exclusión extrema y las administraciones autonómicas y locales, en el marco de sus competencias, tienen la posibilidad de establecer prestaciones perfectamente legítimas para estos colectivos.

¹⁶ Ministerio del Interior, Balances e Informes sobre Inmigración Irregular. Disponibles en: <http://www.interior.gob.es/prensa/balances-e-informes>

¹⁷ Datos disponibles en: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=3696&capsel=3697>

3.3 La coordinación entre el Ingreso Mínimo Vital del Estado y las Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas

Una tercera cuestión que tiene especial relevancia es el encaje del ingreso mínimo vital estatal con las rentas mínimas de inserción autonómicas. Con la aprobación del RDL 20/2020, España se suma a la lista de países de la Unión Europea que aprueban un ingreso mínimo para sus ciudadanos. No obstante, el tema no es totalmente novedoso en nuestro país puesto que existía, desde hace varias décadas y con diferente terminología¹⁸, programas de renta mínima en las Comunidades Autónomas, pero no contaban con una coordinación a nivel estatal.

Las rentas mínimas de inserción se caracterizaban por presentar grandes asimetrías entre los territorios puesto que su desarrollo normativo y financiero dependía de cada Comunidad Autónoma. Se configuraba así en España una red de seguridad económica que operaba de manera diferente según las autonomías, dando lugar a políticas de rentas mínimas muy diferenciadas, no sujetas a ningún mecanismo de coordinación. Las variaciones muy sustanciales en la capacidad de protección, la disparidad y flexibilidad en los requisitos de acceso, las diferencias en sus grados de cobertura, así como en sus cuantías, entre otras, generaban disparidades territoriales que se traducía en la existencia de un sistema de ingresos mínimos quebrado y fraccionado¹⁹. En este sentido, la gestión desigual del sistema de garantía de ingresos ha causado desigualdades en todo el territorio de tal manera que, en la práctica, tan sólo el 20% de los beneficiarios potenciales de la prestación han tenido acceso a ella²⁰.

En tales condiciones, mediante la aprobación del RDL que nos ocupa, el Gobierno busca mejorar el sistema de garantía de ingresos en España aprobando un ingreso mínimo vital que se erige como una renta básica en todo el territorio y garantizando un mínimo imprescindible para asegurar unas condiciones de dignidad vital para todos los ciudadanos. Así, se pretende mitigar las asimetrías y la descoordinación entre los programas de rentas autonómicas. Para cumplir con este objetivo, el ingreso mínimo vital viene a establecer un mínimo básico común entre todos los programas de las

¹⁸ Sin pretensión de ser exhaustivo, a modo de ejemplo: Andalucía: Renta Mínima de Inserción Social (Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre); Aragón: Ingreso Aragonés de Inserción (Ley 1/1993, de 19 de febrero, de Medidas básicas de Inserción y Normalización Social y su Decreto 57/1994, de 23 de marzo); Asturias: Salario Social Básico (Ley 4/2005, de 28 de octubre); Castilla-La Mancha: Ingreso Mínimo de Solidaridad (Ley 5/1995, de 23 de marzo y Ley 14/2010, de 16 de diciembre); Castilla y León: Renta Garantizada de Ciudadanía (Decreto Legislativo 1/2019, de 10 de enero); País Vasco: Renta de Garantía de Ingresos (Ley 18/2008, de 23 de diciembre), etc.

¹⁹ Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), *Los programas de rentas mínimas en España*, 2019, pág.15. Para un estudio riguroso y actualizado sobre las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas ver SALA FRANCO, T. y MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *El ingreso mínimo vital. El Sistema Español de Rentas Mínimas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

²⁰ Así lo asevera la Comisión Europea "Los regímenes autonómicos de renta mínima en vigor solo llegan al 20 % de sus beneficiarios potenciales en el país, existiendo grandes disparidades entre Comunidades Autónomas en términos de cobertura, duración, condiciones de acceso y adecuación." (Punto 22) en su Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2020 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2020 de España. COM (2020) 509 final, pág. 7.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Comunidades Autónomas equiparando las condiciones de acceso, simplificando los trámites de acceso para que ningún beneficiario potencial en situación de necesidad se quede fuera de la red de seguridad económica.

De acuerdo con esto, otro desafío que plantea el ingreso mínimo vital tiene que ver con su repercusión sobre la regulación de rentas mínimas autonómicas. El ingreso mínimo vital no supone –en principio– la desaparición de las rentas mínimas de inserción, sino que, como se establece en la exposición de motivos, “se configura como una prestación “suelo” que se hace compatible con las prestaciones autonómicas” y ofrece la posibilidad a las Comunidades Autónomas de poder complementar el ingreso mínimo vital “tanto en términos de cobertura como de generosidad”. El artículo 8.2 del RDL reconoce que los ingresos percibidos por las rentas mínimas de inserción no son computables a los efectos de demostrar la situación de vulnerabilidad económica. Es decir, el ingreso mínimo vital y las rentas de garantía de ingresos son compatibles de tal manera que una persona beneficiaria del ingreso mínimo vital podría tener derecho a percibir también la renta mínima de inserción de su Comunidad Autónoma en una cuantía resultante de la diferencia entre los límites establecidos en ambas prestaciones.

Lo cierto es que la llegada del ingreso mínimo vital puede dar un giro sustancial en las políticas de protección social de las Comunidades Autónomas, y afectar a la renta de inserción que otorgan. El Estado al asumir la financiación integra del ingreso mínimo vital, permite la liberación de recursos económicos de más de 1.500 millones de euros²¹ para los ejecutivos autonómicos que deberán repensar y redefinir sus prestaciones con el fin de adaptarlas al nuevo marco regulador del ingreso mínimo vital.

Pues bien, ¿cuál será la respuesta de las Comunidades Autónomas ante esa liberación de recursos económicos? Ello abre la puerta a dos escenarios posibles. Por un lado, no se puede descartar la posibilidad de que algunos Gobiernos autonómicos, particularmente aquellos que contaban con rentas más bajas que el ingreso mínimo vital, decidan retirar fondos y ahorrarse esa inversión social, entendiendo que sus beneficiarios se encuentran ahora protegidos por el Estado. Además, en su configuración actual, muchas rentas de inserción social no son compatibles con la percepción de otros ingresos y podrían decidir suprimirlas a todo beneficiario que pase a percibir el ingreso mínimo vital, a no ser que modifiquen su normativa²². Por otro lado, podría ocurrir todo lo contrario, es decir, las Comunidades Autónomas con sus criterios y atendiendo a sus realidades territoriales, podrían aprovechar dicha liberación de recursos para ampliar su protección a colectivos que se quedan fuera del ingreso mínimo vital, mejorar las condiciones (adaptando la cuantía en función de los costes de vida) o bien reconducir dichos recursos a otros fines de carácter social como por ejemplo la vivienda o las políticas de inserción sociolaboral y de formación²³.

²¹ Gasto anual ejecutado en las rentas mínimas de inserción. Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Informe de Rentas Mínimas de Inserción – año 2018, 2019*. Disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/RentasMinimas.htm>

²² ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., “Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº56, 2020, pág. 297

²³ Así, Aragón se convierte en una de las primeras Comunidades Autónomas que ha reconvertido su Ingreso Aragonés de inserción en una prestación complementaria al ingreso mínimo vital ampliando la cobertura a determinados colectivos especialmente vulnerables que se quedan fuera del ámbito de protección

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Por tanto, si bien la renta estatal permite garantizar un mínimo de ingresos en todo el territorio, frente a un escenario como el actual en el que el nivel de protección a los hogares en riesgo de exclusión está muy condicionado por la comunidad en la que se vive, con diecinueve programas diferentes, no parece que esas diferencias desaparecerán por completo dado que los Gobiernos autonómicos podrán seguir ejerciendo sus competencias para complementar o no la prestación suelo. En su configuración actual, el Real Decreto-ley deja vía libre a las Comunidades Autónomas sin establecerse ninguna obligación a subsidiar. Por ello, a nuestro entender, resulta imprescindible que los distintos niveles administrativos implicados trabajen de manera coordinada con el propósito de conseguir un mayor grado de compromiso presupuestario para evitar que estos fondos liberados salgan de la partida presupuestaria dedicada a la protección social. Sería un desperdicio que algunos poderes autonómicos y locales no respaldaran ese avance en los derechos sociales aprovechando la oportunidad para reforzar el Estado de bienestar dando una mayor cobertura y seguridad al conjunto de hogares más necesitados.

3.4 El ingreso mínimo vital y su impacto en el empleo

Por último, otro desafío que presenta el ingreso mínimo vital guarda relación con su impacto en el mercado de trabajo. Entre las críticas más recurrentes que recibe este tipo de prestación es su efecto perverso para desincentivar la búsqueda de empleo o incentivar el trabajo en la economía sumergida. Estas son las creencias según las cuales, por un lado, al percibir un ingreso mínimo del Estado, se corre el riesgo de que los beneficiarios pierdan interés por encontrar empleo y salir de su situación de pobreza o que, por otro lado, al encontrar un empleo, las personas beneficiarias preferirían mantenerlo en la economía informal para no perder la renta mínima. Sin pretender entrar en el centro de este debate, se podría plantear la siguiente pregunta: ¿Es razonable pensar que una persona sola con 462 euros, rechazaría un empleo que les permitiera mejorar sus ingresos cuando dicha cuantía apenas cubre en la mayor parte de nuestro país el precio del alquiler de una habitación?²⁴

del ingreso mínimo vital, como son los jóvenes de entre 18 y 22 años tutelados de la Administración y las personas sin hogar. Decreto-Ley 5/2020, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital y el Servicio Público Aragonés de Inclusión Social. BOA de 30 de junio de 2020, nº 128.

24 En este mismo sentido, me parece muy ilustrativo, por su cercanía y humanidad, el testimonio de una persona perceptora de una renta mínima de la Comunidad de Madrid extraído de un informe solicitado por la Comisión Europea y que me gustaría resaltar para recordar las condiciones que soportan estas personas y de las que, a veces, parece que nos olvidamos. Dice así: "Estaba viviendo en la calle. Había perdido mi contacto con la familia. Pero al final ellos fueron los que me contactaron con la asociación Realidades. Tuve que esperar dos meses para que me renovaran el carnet de identidad, que no lo tenía, y a los 5 meses me dieron la Renta Mínima. ¡En ese momento, me sentí muy autónoma! Pero... ieran 375 euros para todo! Pagaba una habitación por 200 euros y no me quedaba nada para vivir. Por suerte, la asociación Realidades me ayuda ahora con una vivienda más barata... Y estoy haciendo cursos, para reciclarme. Estoy escribiendo en un blog y estoy muy bien. Pero no a todos les va tan bien. Hay quienes llevan más de un año de espera. Hay gente que no sabe cómo acceder a Internet, no tienen domicilio fijo, no pueden recibir las cartas que les envian con los trámites, no tienen dinero para sacar fotocopias a los documentos, ni un duro para el transporte, para ir a hacer trámites, o viven en la calle... Es una cadena que es difícil de frenar. Es complicado estar en la calle, cuesta mucho recuperarse." European Minimum Income Network (EMIN), Comisión Europea, *Informe sobre las Rentas Mínimas en España*, Diciembre 2014, pág. 36.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

En todo caso, el legislador con el fin de disuadir de la posibilidad de que se den abusos, ha diseñado la prestación de tal manera que no desincentive la búsqueda y acceso al empleo, la obtención de ingresos o no se fomente el trabajo en la economía informal.

En primer lugar, el objetivo del ingreso mínimo vital se inserta dentro de una política estratégica de las Administraciones Públicas para que, además de garantizar una ayuda económica, se facilite la inserción sociolaboral de aquellas personas beneficiarias. En este sentido, el RDL condiciona la concesión y mantenimiento de la prestación a la obligación de sus beneficiarios de cumplir con los itinerarios de inclusión (art. 33.1. h)²⁵, que se definirán a partir de las futuras estrategias que se desarrollarán mediante la cooperación y colaboración institucional entre el Gobierno y los distintos niveles de las Administraciones Públicas, los representantes empresariales y sindicales más representativos y las entidades del Tercer Sector de Acción Social (art. 28.1). La vinculación de la prestación con itinerarios de inserción resulta ser un aspecto clave para que no se perciba que la prestación sea “un fin en sí misma”, y cuyo cobro tiene carácter vitalicio, sino una prestación transitoria que se acompaña de estrategias que faciliten la salida de sus beneficiarios hacia una situación mejor.

Aquí hallamos uno de los mayores retos que presenta el ingreso mínimo vital. Hemos de recordar que se trata de personas que no solamente tienen dificultades de inserción social y laboral por la escasez de sus recursos económicos, sino también por presentar un perfil con baja empleabilidad. Esto se debe, entre otros factores, a que gran parte los perceptores de estas ayudas son personas que presentan carencias en su formación educativa. Según el último Informe de Rentas Mínimas en España, entre sus perceptores, el 12% no tenía ningún tipo de estudio, el 31% contaba solamente con estudios primarios y el 17% alcanzó la Educación Secundaria Obligatoria (ESO)²⁶. En este mismo sentido, según los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida de 2019, el 31,7% de la población que alcanzó un nivel de formación hasta la ESO, estaba en situación de pobreza, mientras que dicho porcentaje se reducía hasta un 13,7% para las personas que cuentan con estudios superiores²⁷. Estas cifras ponen de manifiesto que existe una correlación entre la exclusión del mercado laboral y el nivel de estudios de tal manera que, cuanto menor sea el nivel educativo alcanzado, mayor es el riesgo de exclusión socio-laboral²⁸. Por tanto, no cabe la menor duda de que el proceso de inclusión pasa innegablemente por una mejora de la empleabilidad de estas personas. La formación educativa se erige como un elemento básico clave para facilitar el proceso de inserción laboral. Con este fin, es preciso que estos itinerarios

²⁵ A tenor de lo que establece el art. 34.3.e, el incumplimiento de dicha obligación será considerado como infracción grave o muy grave, pudiendo ser sancionadas con la perdida de la prestación durante un periodo de tiempo o la extinción de la misma con el consiguiente deber de reintegro de un determinado número de mensualidades.

²⁶ Cifras obtenidas por elaboración propia a partir de los datos aportados por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Informe de Rentas Mínimas de Inserción – año 2018, 2019*, pág. 86.

²⁷ Instituto Nacional de Estadísticas, *Encuesta de Condiciones de Vida. (ECV). Año 2019, 2020*. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176807&menu=ultiDatos&idp=1254735976608

²⁸ Ministerio de sanidad, Consumo y Bienestar Social, *Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2019, pág. 40.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

formativos se adapten a las necesidades de formación de las personas y a sus capacidades. Incluso se debe llevar a cabo procesos “preformativos” antes de apoyar la inserción laboral para que las personas adquieran las habilidades, competencias y conocimientos básicos imprescindibles.

Como consecuencia de sus carencias formativas y baja empleabilidad, estos colectivos están más propensos a integrarse en un mercado laboral que les ofrece escasas posibilidades, con un empleo poco cualificado, inestable y con unas condiciones que difícilmente les permita salir de su situación. El riesgo de pobreza se reducirá de manera más eficaz a medida que las personas están mejor formadas para poder optar a mayores oportunidades laborales. Por ende, el proceso de inclusión que busca el ingreso mínimo vital está condicionado a la mejora de la empleabilidad de estas personas. En este sentido, las estrategias de inclusión laboral deben asegurar que estas incluyan itinerarios que se adapten a las necesidades del mercado laboral, así como de los sectores productivos del entorno. Por ello, es esencial reforzar la coordinación entre los servicios sociales y los servicios de empleo. Durante la crisis sanitaria por el COVID-19 hemos visto como diversos sectores requerían de una mayor disponibilidad de mano de obra, fundamentalmente en aquellos sectores de la industria agroalimentaria, en la producción y procesamiento de alimentos, en la agricultura, en los sectores vinculados a los cuidados de la salud de las personas, al medio ambiente y a la economía digital, etc. Para responder a las necesidades de la sociedad es imprescindible mejorar la coordinación entre los itinerarios de formación, el mercado laboral y el ámbito empresarial. También, se debe prestar atención a las condiciones laborales con el propósito de evitar, si cabe, una mayor precarización del empleo ofrecido a estos colectivos y que su situación de pobreza se haga crónica.

Por eso, salir de la pobreza y precariedad depende de la posibilidad de encontrar un trabajo decente. Pero, desgraciadamente, encontrar un trabajo no constituye una condición suficiente para garantizar la ausencia de pobreza o de exclusión social y, a nuestro entender, el posible desincentivo al trabajo no viene dado por la percepción de un ingreso mínimo vital, sino por la calidad de los empleos ofrecidos. Evidentemente el ingreso mínimo vital no está diseñado para solucionar la precariedad del mercado laboral, pero cabe esperar que sus potenciales efectos positivos en el empleo podrán reflejarse solamente si se ven refrendados por unas políticas integrales que combaten el origen de la vulnerabilidad de estos colectivos y con políticas activas de empleo eficaces. En los últimos años ha aparecido la figura del trabajador pobre, es decir, personas que, a pesar del desempeño de un empleo, por sus características personales y/o familiares, no consiguen atender sus necesidades básicas. Si bien esta figura no es nueva, la crisis financiera del 2008 la ha hecho más visible debido a que la recuperación económica y las reformas laborales operadas acentuaron la precarización de las condiciones laborales²⁹.

29 Al inicio de la crisis, en 2008, España tenía una tasa de trabajadores en riesgo de pobreza que alcanzaba el 11,3%, muy por encima del conjunto de la UE con un 8,6%. Como resultado de la crisis, en 2014, España presentaba una tasa del 12,5% mientras que el resto de Europa mediaba un 9,5%. Pero, lo alarmante es que actualmente, mientras que las cifras de los países de nuestro entorno muestran resultados similares a los previos al estallido de la crisis, España presenta, en 2018, una tasa incluso superior a los años de bonanza económica con un 12,9%. Ello hace de nuestro país el tercero de la UE con la mayor ratio de trabajadores pobres, tan solo detrás de Rumanía (15,3%) y Luxemburgo (13,5%). Datos extraídos de Eurostat: At-risk-of poverty rate by most frequent activity status - EU-SILC survey. Disponibles en: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tessil24/default/table?lang=en>

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Al respecto, cabe resaltar que el legislador es consciente de los grandes retos presentes y futuros a los que se enfrenta nuestro mercado de trabajo. De hecho, parece que la prestación encaja como posible estrategia en el ámbito de la flexiseguridad³⁰ puesto que, en la exposición de motivos, se reconoce el papel importante que el ingreso mínimo vital puede desempeñar como “seguro colectivo” para hacer frente a desafíos como “carreras laborales más inciertas, nuevas vulnerabilidades como la puesta de manifiesto por la crisis de COVID-19, transformaciones económicas asociadas a la robotización o el cambio climático, y en general una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos, problemas frente a los que casi nadie será inmune, pero que afectarán especialmente a los grupos sociales más vulnerables.” Sin lugar a dudas, éste ha sido uno de los pasajes de la norma que más nos ha llamado la atención. Da la sensación de que el legislador asume que en el futuro parte de la población activa no podrá obtener recursos suficientes por el desempeño de su trabajo, ante lo que el Estado aparece como garantista de un mínimo económico para esclarecer las zonas de sombras del mercado de trabajo. Además de que este diagnóstico no sea reconfortante, tenemos serias dudas sobre la pertinencia de que esa sea la mejor forma de plantear el futuro del trabajo. Esperemos que el ingreso mínimo vital no sea la única solución y protección social que aporte el legislador para que las personas puedan afrontar los retos del mercado laboral en el siglo XXI.

Por otra parte, el RDL establece que la percepción del ingreso mínimo vital es compatible con la obtención de rentas de trabajo o de actividades económicas por cuenta propia (art. 8.4). En todo caso, la obtención de estas rentas de trabajo conllevaría el ajuste de la cuantía de la prestación, por cuanto ésta viene determinada por la diferencia entre la cuantía de la prestación, en función de la tipología de la unidad de convivencia, y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria (art. 10).

En este sentido, para evitar que los beneficiarios caigan “en las trampas de la pobreza”, se fomenta la participación de estos en el mercado laboral con incentivos. Cuando los beneficiarios de la prestación no estén desempeñando un trabajo, se les exige la inscripción como demandante de empleo para el acceso a la prestación. Por otra parte, y aunque no se establezca explícitamente en la norma por estar pendiente su desarrollo reglamentario, desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se ha expresado la intención de que este precepto se produzca de manera que el ajuste de la cuantía derivado de una modificación de las circunstancias económicas del beneficiario, como sería el acceso a un empleo por cuenta ajena o propia, o una mejora de sus condiciones laborales (art. 13), se produzca sin desincentivar el trabajo. Así pues, siguiendo el modelo de las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas del País Vasco o de Navarra, se plantea la posibilidad de que, en estos supuestos, la cuantía de la prestación se reduzca en una proporción menor a la del incremento de los ingresos laborales o de actividades económicas³¹. El objetivo último es el de generar un incentivo adicional para favorecer la inserción laboral y proporcionar ayuda a aquellos trabajadores que encadenan empleos inestables con salarios reducidos de tal forma que, sea cual sea la ratio de ajuste que se decida, la persona beneficiaria siempre le compense trabajar en lugar de no hacerlo y seguir percibiendo el ingreso mínimo vital. Es sabido por todos que las personas que se encuentran en esta posición de vulnerabilidad y exclusión sociolaboral

³⁰ PÉREZ DEL PRADO, D. “Un primer análisis ante el nacimiento de una nueva prestación: el ingreso mínimo vital”, *Op. Cit.*, pág. 371.

³¹ Así se recoge en la página Internet del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm>

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

tienen una situación de intermitencia con el mercado laboral, alternando períodos de ocupación y de inactividad, con lo cual, si se pierde el derecho a la prestación por el hecho de empezar a percibir ingresos salariales, se estaría generando, a nuestro juicio, un claro desincentivo a la inclusión laboral.

No obstante, dicha complementariedad retributiva hace necesario ser vigilante ante la aparición de posibles efectos no deseados provocados. Pero, desde nuestro punto de vista, no resulta adecuado rechazar la idea de instaurar una renta mínima estatal bajo la mera creencia de que puede haber potenciales defraudadores. ¿Acaso no hay defraudadores en otras prestaciones de la Seguridad Social y por ello no se reconocen tales prestaciones? ¿Acaso no hay personas que evaden impuestos y por ello no se exigen impuestos? Evidentemente no. Entonces, el reto para luchar contra este problema radica en el diseño de la prestación con el fin de reducir las posibilidades de fraudes, y en el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones. Así, la norma recoge entre las obligaciones de las personas titulares de la prestación, la presentación anual de su declaración de la renta con el propósito de tener constancia de los beneficiarios en el sistema fiscal, aunque por su cuantía pudieran estar exentos. Por otro lado, es llamativo la aparición de la figura del cooperador necesario que ostentan los empresarios cuando se produzcan situaciones de cobro indebido. Esto es, en el caso de trabajo por cuenta ajena, si un beneficiario está trabajando de manera irregular con el objetivo de no perder la totalidad o parte del ingreso mínimo vital, la empresa se hará responsable solidaria por las infracciones y sanciones que pudieran imponerse al titular y a los beneficiarios de la prestación. En este sentido, es obvio que el comportamiento fraudulento no es posible sin el consentimiento consciente del empresario que, por su parte, trata de eludir impuestos y aminorar costes laborales y de Seguridad Social.

Por último, queremos destacar que el Estado llama al sector privado a colaborar y a implicarse en esos itinerarios de inclusión sociolaboral. Así, y mediante la Disposición Adicional Primera, se crea el Sello de Inclusión Social consistente en una acreditación para registrar a todas aquellas empresas que ofrezcan oportunidades de empleo y formación a los perceptores del ingreso mínimo vital. No obstante, por el momento, por estar también pendiente de ser concretado por desarrollo reglamentario, resulta imposible predecir con exactitud los beneficios que tal distinción implicará para las empresas. Cabe pensar que se les reconocerá algún tipo de ayudas similares a las que reciben las empresas que facilitan la inserción a otros colectivos sensibles como las personas con discapacidad o en situación de exclusión social y que se manifiestan mediante el reconocimiento de ventajas para la adjudicación de contratos públicos, deducciones fiscales, subvenciones, y/o bonificaciones de las cuotas en materia de Seguridad Social.

4. CONCLUSIONES

La aprobación de un ingreso mínimo vital responde a una necesidad estructural en nuestro país de introducir políticas públicas efectivas para reducir los niveles de pobreza y exclusión, que se vieron acentuados con la última crisis económica del 2008 y con la actual crisis socioeconómica derivada del Covid-19.

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Hasta ahora, a diferencia de la mayoría de los países de la Unión Europea, España no contaba con un sistema de protección social de carácter estatal que garantizara unos ingresos mínimos, sino que históricamente esta competencia ha recaído en las Comunidades Autónomas dando lugar a un mosaico de rentas mínimas que, en muchos casos, dejaban sin protección a algunos colectivos. En ese contexto, en los últimos años, se publicaron un sinfín de estudios e informes nacionales y comunitarios que alertaban a España de ello y que recomendaban reformar nuestro sistema de rentas mínimas. En este sentido, la aprobación de un ingreso mínimo vital se presenta como un paso importante a la hora de conformar un sistema de protección social con una cobertura de prestaciones no contributivas más amplias.

Por ello, ahora España se acerca un poco más a la media europea en lo que respecta a la protección social y no cabe la menor duda de que, esta nueva prestación no contributiva de la seguridad social puede constituir un instrumento adecuado para reducir los niveles de pobreza y de exclusión en nuestro país.

No obstante, en la actualidad, navegamos en aguas un poco turbias puesto que, ante la falta del desarrollo reglamentario, la configuración actual del ingreso mínimo vital deja algunas cuestiones pendientes de aclarar y sobre las que se debe seguir trabajando para que la prestación cumpla con los objetivos perseguidos.

Un primer asunto muy importante versa sobre el papel que desempeñarán las comunidades autónomas. Con el establecimiento del ingreso mínimo vital el Estado trata de corregir la descoordinación y las asimetrías que caracterizaban nuestro sistema de rentas de inserción. Así, se armoniza nuestro sistema de rentas garantizando un mínimo de ingresos en todo el territorio de tal manera que las comunidades autónomas liberan recursos económicos. El problema que se plantea es que las comunidades autónomas no tienen obligación alguna de seguir destinando estos fondos para la protección social y, por tanto, podrían decidir sustituir sus rentas mínimas de inserción por el ingreso mínimo vital. Por ello, en nuestra opinión, los futuros convenios entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos deben asegurar que las Comunidades Autónomas asuman su papel complementario, continuando aportando recursos para las políticas destinadas a la lucha contra la pobreza y exclusión y reforzando sus sistemas de inserción con el propósito de mejorar la cobertura y/o cuantía del ingreso mínimo vital. De ser así, en el futuro, ante una modificación en la configuración de la prestación, el legislador podría plantear, como posible mejora de su diseño, la posibilidad de que las comunidades autónomas contribuyan a la financiación del ingreso mínimo vital. De esta manera, se aprovecharía la gran oportunidad de reforzar nuestro sistema de ingresos mínimos y en general, nuestro modelo del Estado de Bienestar.

Un segundo punto sobre el que se debe prestar especial atención tiene que ver con los itinerarios de inserción sociolaboral de los beneficiarios de la prestación. La prestación no puede entenderse en términos estáticos sino dinámicos. Por ello, es importante valorar un elemento de inclusión e intentar que los beneficiarios del ingreso mínimo vital se incorporen en programas de integración sociolaboral para que mejoren su estado en la sociedad. Si se consigue que esto ocurra con el concurso de todas las Administraciones Públicas, se podrá decir que habrá tenido éxito porque se habrá conseguido sacar al mayor número de personas posibles de esta situación de vulnerabilidad para hacerles pasar a una

UN NUEVO DERECHO PARA LA CIUDADANÍA: EL INGRESO MÍNIMO VITAL

situación en la que pueden desenvolverse mejor en la sociedad. El éxito del ingreso mínimo vital no radica en la mejora de su cobertura de protección sino en conseguir bajar los niveles de beneficiarios por haber logrado salir definitivamente de un estado de pobreza y exclusión. En otras palabras, el éxito de la prestación vendrá dado por las oportunidades laborales que propicien que cada vez menos personas necesiten la prestación y no el aumento de sus potenciales beneficiarios. El trabajo, y concretamente el trabajo decente, significa a las personas y otorga libertad.

En definitiva, la aprobación del ingreso mínimo vital representa un avance muy significativo dentro de nuestro modelo del Estado de bienestar. Es muy destacable que el programa establezca un mecanismo de seguimiento y evaluación del funcionamiento de la prestación. A través de estas herramientas se podrá seguir dando pasos para detectar y aportar soluciones a las posibles deficiencias, carencias o efectos indeseados provocados con este primer diseño de la prestación. A partir de la evaluación de los resultados, se podrá redirigir, volver a parametrizar aquellos elementos deficientes y conseguir que la prestación cumpla realmente con los objetivos perseguidos. Ello constituye, a nuestro entender, una manera acertada de plantear las políticas públicas para valorar las posibles mejoras de sus programas y el uso eficiente de los recursos públicos.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

EL “INDEFINIDO NO FIJO” Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

THE “UNFIXED UNDEFINED” AND THE PUBLIC SECTOR IN OUR COUNTRY

Jorge Baquero Aguilar

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

jbaquero@uma.es ORCID [0000-0002-8524-7947](#)

Recepción de trabajo: 26-09-2020-Aceptación: 28-09-2020

RESUMEN

Dos recientes sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 17 y 18 de junio de 2020 han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las Sociedades Mercantiles Estatales. Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como "indefinidos no fijos" en vez de fijos de plantilla.

PALABRAS CLAVE: indefinido no fijo; sector público; jurisprudencia

ABSTRACT

Two recent judgments of the Plenary of the Social Chamber of the Supreme Court dated June 17 and 18, 2020 have unified doctrine in relation to the consequences of the appreciation of law fraud or abuse in temporary hiring in State Mercantile Societies. Until now, the workers who were in this situation were considered permanent employees of these companies framed within the common labor regime. However, these two judgments give an important jurisprudential turn in this regard, changing the criterion followed so far by our High Court, considering the workers who are within this group as "permanent non-fixed" instead of permanent staff.

KEYWORDS: indefinite not fixed; public sector; jurisprudence

1. EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

Dos recientes sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 17 y 18 de junio de 2020 han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las Sociedades Mercantiles Estatales. Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como "*indefinidos no fijos*" en vez de fijos de plantilla. Lo que provoca un cambio de considerable importancia en relación al asunto que venimos tratando.

La figura del "*indefinido no fijo*"; de creación jurisprudencial con cierto recorrido ya en nuestro país, da una solución a aquellos trabajadores que devienen de un fraude en la contratación laboral irregular dentro de las Administraciones Públicas otorgándoles cierta "*estabilidad relativa*" dentro de nuestras Administraciones. Y decimos "*estabilidad relativa*" puesto que serán considerados como parte del empleo público de nuestro país hasta que se convoque la plaza que ocupan o hasta que se amortice la misma.

La importancia de estas recientes sentencias de las que tan sólo dispongo de una de ellas (STS 2137/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2137) radica en que; como hemos dicho, hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en dichas circunstancias no eran considerados dentro de esa categoría. Y esto es algo que, desde nuestro humilde punto de vista, podrá acarrear en el futuro que se abra un poco más si cabe la "*caja de los truenos*" dentro de nuestras Administraciones. Y lo manifestamos así por lo siguiente: el acceso al empleo público de nuestro país está regulado en nuestra Carta Magna en los artículos 23 y 103 de la misma. Artículos directamente relacionados con el 14 de la Constitución que reflejan el mandato constitucional de acceder al empleo público de nuestro país dentro de un marco de igualdad, mérito y capacidad. Ese mandato lo recoge el artículo 55 del TREBEP de 2015 cuando nos dice en su apartado 1 que "*Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico*". En ese sentido, el apartado 2 del mismo artículo nos viene a decir que "*Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases, b) Transparencia, c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección*".

EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

Antes de seguir con esta disertación, queremos hacer constar el hecho de que no estamos en contra de la preservación de los derechos de los trabajadores que se encuentran en dichas circunstancias, sino que todo lo contrario. Pero ello no es óbice para que pongamos de manifiesto un problema estructural de fondo que poseen nuestras Administraciones Públicas. Problema al que ahora se une parte de nuestro Sector Público Institucional y Empresarial. Y es que nos encontramos con que; derivado de estas circunstancias y de las resoluciones jurisprudenciales al respecto, se está produciendo en nuestro país una importante dicotomía en relación al respeto de los principios constitucionales en el acceso al empleo público en directa contraposición con el respeto a los derechos adquiridos por parte de estos trabajadores que han sufrido un fraude de ley o un abuso en la contratación temporal (respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad *versus* respeto a los derechos laborales adquiridos).

Hemos hecho alusión anteriormente a la apertura un poco más si cabe de la “caja de truenos” dentro de nuestras Administraciones Públicas en relación a esta cuestión. Pero no es la única al respecto; y es por lo que hemos hecho alusión también al problema estructural de nuestras Administraciones en ese sentido. Recordemos el todavía no resuelto asunto de los interinos en nuestro país que todavía parece que va a seguir derramando ríos de tinta tanto jurídica como doctrinal. En la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 4 de Alicante/Alacant; Sentencia 252/2020 de 8 de Junio de 2020 (Rec. 813/2019), la Magistrada Ponente (María Begoña Calvet Miró) falla a favor de una interina con 13 años de servicio para la Administración “... reconociéndole como situación jurídica individualizada el derecho de la recurrente al reconocimiento de su condición de empleado público fijo y a permanecer en el puesto de trabajo que actualmente desempeña con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera comparables, sin adquirir la condición de funcionario de carrera”.

Y la sentencia a la que hemos hecho referencia da cierta estabilidad a los indefinidos no fijos dentro de las mercantiles públicas. Toda esta cuestión pone de manifiesto el hecho de que nuestras Administraciones Públicas y nuestro empleo público tienen un problema estructural importante en relación al acceso al mismo derivado de este tipo de cuestiones que no termina de resolverse; sino que todo lo contrario. Coincido desde mi humilde posición con muchos de los autores de reconocido prestigio de nuestro país en el sentido de que se hace necesaria una reforma de nuestra legislación que ponga fin a todo este tipo de cuestiones que imposibilitan de una u otra forma que el acceso al empleo público de nuestro país se desarrolle conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Además de terminar con toda la controversia legal y litigiosidad que despiertan estas situaciones. Sin contar con el hecho de que derivado de este tipo de cuestiones se está produciendo dentro de nuestras Administraciones otra serie de consecuencias de notable consideración como pueden ser la desregulación de las relaciones laborales, la precarización del empleo dentro de las mismas, las altas tasas de temporalidad, la posible “*discrecionalidad*” en los procesos de selección, etc.

Recientemente se ha producido un anuncio por parte de las diversas administraciones de nuestro país (Estatatal, Autonómica y Local) en el que acuerdan impulsar la reforma del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público con el objetivo de adaptarlo a las necesidades actuales. La Conferencia Sectorial encarga a la Comisión de Coordinación del Empleo Público que “elabore en dos

EL "INDEFINIDO NO FIJO" Y EL SECTOR PÚBLICO EN NUESTRO PAÍS

meses la propuesta de reforma"; con los objetivos de impulsar el teletrabajo y reducir la temporalidad en el empleo público. También se habla por parte de la Ministra Carolina Darias del hecho de que se presentará un Proyecto de Ley de Función Pública de la Administración General del Estado. Dejando a un lado la declaración de la necesidad de hacer frente al teletrabajo como una herramienta de futuro necesaria dentro de Administraciones Públicas de nuestro país¹; y para lo que nos interesa para esta disertación, en ese anuncio se pone de manifiesto el hecho de que nuestras Administraciones Públicas tienen un "*problema estructural de falta de plantillas estables, por la elevada temporalidad en el empleo público*". Recordemos que casi un tercio de los empleados públicos de nuestro país se encuentra en una situación de temporalidad. En ese sentido ya hubo un acuerdo entre sindicatos y administraciones para llevar a cabo un plan de reducción de la temporalidad dentro de las administraciones públicas hasta alcanzar el 8%, lo que ha llevado a un notable y considerable aumento de las ofertas de empleo en los últimos años 2017, 2018 y 2019 (el gobierno ha impulsado la mayor oferta de empleo público de los últimos 11 años con la creación de 33.793 plazas). De forma expresa, en esa misma declaración, se nos manifiesta la necesidad de evitar "... que se generen nuevas bolsas de empleo temporal, intensificando el control y la responsabilidad de los gestores"; con la idea de "... abordar una revisión de la normativa básica estatal para reformular las consecuencias del incumplimiento de las previsiones normativas en materia de control de la temporalidad".

Queremos entender que este anuncio engloba de forma general toda la problemática del empleo público en todas las dimensiones existentes en la actualidad. Para ello, la Comisión de Coordinación del Empleo Público va a ser la encargada de elaborar una propuesta de reforma del TREBEP con la idea de abordar desde un punto de vista normativo todas estas cuestiones. Clara parece estar la manifestación por parte del Ministerio de Política Territorial y Función Pública al respecto. Parece haber una intención clara de poner coto a este tipo de situaciones y de definir definitivamente estas aporías normativas desde un punto de vista legislativo.

La experiencia de los años ha demostrado que cuando se ha intentado legislar en pro de una modificación sustantiva de la normativa para regularizar este tipo de cuestiones; al final, el legislador ha optado por tomar medidas que han regularizado ciertas situaciones de temporalidad, ha clarificado ciertos matices que planteaban graves problemas y una enorme litigiosidad ante los Tribunales; pero no ha terminado de resolver una cuestión de fondo y estructural que posee nuestro empleo público. ¿Falta de interés? ¿Falta de valentía política? ¿O es tan sólo una situación a la que realmente no se quiere hacer frente?

1 Para lo que actualmente tan sólo existe un Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas firmado el pasado 21 de febrero por el Gobierno y los agentes sociales donde se propone la introducción de un artículo 47 bis en el TREBEP que regulará de forma genérica dicha cuestión dejando un amplísimo margen a la negociación colectiva.



TRIBUNA DE ACTUALIDAD

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL*. El Sistema de Formación para el Empleo

TOWARDS THE RECOVERY OF VOCATIONAL TRAINING FOR PRESENTIAL EMPLOYMENT.
The Employment Training System

María Fátima Poyatos Chacón

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

fpojatos@uma.es ORCID 0000-0001-5755-9559

Recepción de trabajo: 20-09-2020-Aceptación: 21-09-2020

* En agradecimiento a nuestro compañero Miguel Ángel Gómez Salado con afecto, y en reconocimiento a su iniciativa boletín.

RESUMEN

El trabajo analiza y valora el Sistema actual de la Formación Profesional para el Empleo en España, desde un punto de vista jurídico. El análisis de las normativas avanza desde los primeros acuerdos resaltando la importancia de la Formación Profesional para el Empleo y que contemplan las bases, hasta las distintas incorporaciones y novedades acaecidas en el tiempo, con especial incidencia a la situación presente COVID, la cual ha supuesto una paralización del Sistema de Formación, y adaptación de éste a través de medidas extraordinarias para reactivar los cursos de Formación Profesional para el Empleo de forma presencial.

PALABRAS CLAVE: carácter síncrono de la formación; catálogo de especialidades formativas; Certificado de Profesionalidad; competencias; declaración responsable de acreditación formativa; Sistema de formación para el empleo

ABSTRACT

The work analyzes and assesses the current System of Vocational Training for Employment in Spain, from a legal point of view. The analysis of regulations advances from the first agreements highlighting the importance of Vocational Training for Employment and that they contemplate the bases , to the various additions and developments that have occurred over time, with special incidence on the current situation COVID, which has led to a paralysis of the Training System, and adaptation of it through extraordinary measures to reactivate the Professional Training courses for Employment in person.

KEYWORDS: synchronous character of training; catalog of training specialties; Certificate of Professionalism; skills; responsible statement of training accreditation; Training system for employment

I. INTRODUCCIÓN

Abordamos el Sistema de Formación Profesional para el Empleo desde una perspectiva insólita hasta el momento. Las normativas en materia de formación evolucionaron en un principio resaltando la necesidad y la importancia de la Formación Profesional, al estar considerada como un valor estratégico prioritario ante procesos de cambios económicos, tecnológicos y sociales; se extendieron hacia la regulación del Sistema Formativo en base al perfeccionamiento del mismo y la búsqueda de la calidad, integrando nuestras normativas a las directrices europeas, de cara a la mejora de nuestro sistema productivo y desarrollo del país, buscando así equipararnos al resto de los estados europeos. Ha quedado demostrado, que hemos podido alcanzar un Sistema de Formación Profesional consolidado, en base a unos pilares bien afianzados a través de años de esfuerzo dedicados a la construcción del mismo; pero era difícil imaginar que íbamos a tener que poner a prueba nuestro Sistema de Formación para el Empleo, teniendo en cuenta que su mecanismo ha sido paralizado por una situación imprevista de crisis sanitaria y social; aún así, nuestro Sistema Formativo, ha podido oponerse a la situación mediante la adaptación y posterior reactivación.

2. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO

El primer Acuerdo Nacional de Formación Continua, primero en la materia¹, contempló expresamente la importancia de la Formación Profesional en su conjunto, y uno de los motivos que aceleró el alcance del mismo, fue la libre circulación de trabajadores y las directrices marcadas por el Consejo de las Comunidades Europeas sobre Formación Profesional Permanente², por lo que “era necesario garantizar la competitividad de nuestros productos”, y además desarrollar medidas de formación continua, enfocadas a funciones de adaptación permanente, de promoción social o mejora de las cualificaciones profesionales, y a funciones preventivas para, evitar las consecuencias negativas que pudieran afectar a determinadas empresas o sectores, durante situaciones de reestructuración económica, tecnológica o social.

¹ Resolución de 25 de febrero de 1993, de la Dirección General de Trabajo por el que se acuerda la inscripción y publicación de este en BOE núm. 59, de miércoles 10 de marzo de 1993.

² Resolución de 5 de junio de 1989.

2.1. Precedentes normativos

La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, establece que los Títulos de Formación Profesional (expedidos en la enseñanza reglada), y los Certificados de Profesionalidad (expedidos a través de la enseñanza no reglada o los Procedimientos de Acreditación de Competencias Profesionales), constituirán las ofertas de formación y acreditación profesional referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, que tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, y serán expedidos por las Administraciones competentes; en esta Ley, podemos encontrar novedades para el Sistema de Formación Profesional:

- De un lado, la clasificación de las cualificaciones profesionales y acreditaciones, que responden con eficacia y transparencia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas, y que conforman la base del Sistema de formación.
- De otro, la oferta de formación sostenida con fondos públicos.
- Y, por último, sobre la orientación de las acciones formativas programadas y desarrolladas en el marco del Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, en coordinación con las políticas activas de empleo y de fomento de la libre circulación de los trabajadores.

Por otro lado, con posterioridad a la firma, y ya en vigencia de los III Acuerdos Nacionales de Formación Continua³, se produjeron hechos no tenidos en cuenta, y por ello fue necesario su revisión, introduciendo mejoras en el Sistema de Formación de los trabajadores ocupados:

Primero: “las Sentencias del Tribunal Constitucional, de 25 de abril y 17 de octubre del año 2002, requieren la revisión del modelo de Formación Continua, dentro del marco Constitucional señalado en los fundamentos jurídicos de aquéllas, que inscriben la regulación de esta materia en el ámbito de la legislación laboral, competencia exclusiva del Estado, al tiempo que delimitan los supuestos en los que la gestión o ejecución de las acciones formativas correspondería al Estado o a las comunidades autónomas”.

Segundo: la promulgación de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, anteriormente señalada por su importancia en el campo de la formación, que “constituye, sin duda, un hito importante en la ordenación de la totalidad del Sistema de Formación Profesional. El establecimiento de un Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, asociado a una formación modular, y de un sistema de reconocimiento y evaluación de la experiencia profesional, obliga a prever mecanismos mediante los que la Formación continua se vaya progresivamente adaptando. Asimismo, el Subsistema de Formación Continua, debe fundamentarse

³ RESOLUCIÓN de 2 de febrero de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro, y publicación del III Acuerdo Nacional de Formación Continua suscrito el día 19 de diciembre de 2000.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

en el concepto integral de Formación Profesional, y en el marco de la colaboración de los Agentes Sociales, de las empresas y de otras entidades a que se refiere la citada Ley”.

Tercero: y no menos importante, la adaptación del nuevo Sistema de Formación, donde el Gobierno consciente de la necesidad considera que el nuevo Sistema, debe ser más sencillo y menos burocrático para que las ayudas de Formación continua se extiendan al mayor número de beneficiarios, sobre todo a las pequeñas y medianas empresas, que constituyen la mayor parte de nuestro tejido productivo⁴.

El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo (parcial en vigor, y que cubre carencias de la nueva legislación), que regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, plantea como objetivo perfeccionar la calidad y la evaluación de la formación, donde pueda adaptarse y según normativas europeas, a cambios rápidos y constantes, así como mantener actualizadas las competencias profesionales y las capacidades competitivas de las empresas, nivelando así las diferencias con los países vecinos europeos. El modelo debe ser estable, pero a la vez dinámico y flexible, para dar respuesta a la economía del país y al pleno empleo, y afrontar la movilidad de los trabajadores enmarcados en un entorno laboral globalizado y sin fronteras. Además, esta norma, de carácter general, responde a “las reservas competenciales a favor del Estado contenidas en el artículo 149.1. 7.^a y 17.^a de la Constitución Española”, siguiendo las Sentencias del Tribunal Constitucional, de 25 de abril y 17 de octubre del año 2002.

De la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, que desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, en materia de Formación a “demanda” en las empresas, y su financiación, mediante bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social; la Formación a “demanda”, se haya integrada por las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación, y tienen por finalidad responder a las necesidades específicas de formación detectadas por las empresas y sus trabajadores.

Interesante esta Orden, por el tema que nos compete en el artículo, al hilo de la Formación Profesional para el Empleo y la “presencialidad” en la forma de impartición.

El artículo 20, referido a la Acreditación de la Formación, y para justificar dicha Acreditación específica que, se “deberá entregar a cada participante el Certificado o Diploma a que hace referencia el artículo 11.2 del citado Real Decreto, en el que como mínimo se harán constar la denominación de la acción formativa, los contenidos formativos, los días en que se ha desarrollado y las horas de formación recibidas, con especificación, según los casos, de las realizadas de forma presencial, a distancia convencional o mediante tele formación”; así mismo el artículo 25 sobre los requisitos de la formación, en su punto 3, establece que “quedan excluidas del permiso de formación las acciones formativas que no se correspondan con la formación presencial. No obstante, se admitirá la parte presencial, de las realizadas mediante la modalidad a distancia convencional o de tele formación”.

⁴ Se ha consultado a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y al Consejo General de Formación Profesional. A propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de agosto de 2003.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

Y aún más resaltando la importancia de la “presencialidad”, el artículo 30 sobre el seguimiento y control de las actuaciones de formación, implica a las Administraciones públicas como supervisoras y controladoras de las mismas, que tendrán que responder, “en tiempo real del seguimiento de la actividad formativa en el lugar de su impartición durante la realización de la misma, a través de las evidencias físicas y los testimonios recabados mediante entrevistas a los responsables de formación, alumnos y formadores, con el fin de realizar una comprobación sobre la ejecución de la acción formativa, contenidos de la misma, número real de participantes, instalaciones y medios pedagógicos”. Es evidente la importancia de la presencialidad en todos los aspectos de la formación; igualmente, en las acciones ejecutadas mediante las modalidades de tele formación, a distancia convencional o mixta, se realizarán actuaciones de seguimiento y control a través de la asistencia tutorial, pero se echa en falta las evidencias físicas, los testimonios personales, instalaciones, materiales, y demás, que aportan una información más real y completa, de la justificación y aprovechamiento de los recursos disponibles, y de los resultados finales de la formación, que al fin y al cabo, es de lo que se trata, que lo resultados sean útiles para aquellas personas trabajadoras que demanden la formación, en favor a una formación de calidad.

La Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, también establece novedades en materia de formación; ésta desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, en materia de formación de “oferta”, y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas⁵ destinadas a su financiación. Hablamos ahora de una modalidad de Formación de “oferta subvencionada”, con un control legislativo estipulado, y que puede ser impartida por las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas, dirigida prioritariamente a un colectivo determinado, ocupados, incluidos personas autónomas, desempleados, con necesidad de recualificación profesional, colectivos vulnerables, y de una formación con compromiso de contratación, prácticas no laborales, con derecho a becas y ayudas, y donde siguiendo dicha norma, se garantiza la gratuitidad de las acciones formativas para los participantes en la formación subvencionada, y así queda establecido en el artículo 4 b) de la misma.

2.2. El actual Sistema de Formación Profesional para el Empleo

2015, es un año cambiante para el Sistema de Formación Profesional para el Empleo, al quedar regulado por la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que modifica la anterior legislación del Subsistema de Formación para el Empleo, y constituye el marco regulador del actual Sistema.

⁵ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones como el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones, que establecen lo que debe reunir una orden con estos caracteres. En esa línea, se contempla un conjunto de disposiciones comunes para todas las subvenciones que se concedan en régimen de concurrencia competitiva por las diferentes Administraciones públicas, sin perjuicio de la competencia de autoorganización que tienen reconocida las Comunidades Autónomas. En este sentido, se incluyen todos los potenciales beneficiarios de las subvenciones que se concedan, entre los que cabe destacar a las diferentes organizaciones empresariales y sindicales con mayor representatividad, tanto en los ámbitos sectorial e intersectorial como en lo que se refiere a la economía social y a la formación dirigida al colectivo de autónomos.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

Entre todas las iniciativas que plantea la Ley, hay dos que son básicas: por un lado, el Sistema de Formación y Cualificación se dirige a nuevas tendencias digitales que mejoran la calidad de la formación, y que están al alcance de la “mayoría” de las personas interesadas, ello sin dejar de pensar en mejorar la accesibilidad a la formación en la era tecnológica, y dando además mayor protagonismo y flexibilidad a las entidades de formación, demasiado absorbidas hasta ahora por los agentes sociales y gobierno. Y por otro lado, las oportunidades constantes de los Procedimientos de Acreditación de Competencias Profesionales⁶, donde se canjea experiencia profesional por aquella acreditación formativa, necesaria para continuar en el mercado laboral, y no solo ello, sino además ofrece la posibilidad de completar la formación a través de módulos formativos independientes y acumulables, para la obtención de nuevos Certificados Profesionales o Títulos de Formación, cada vez más apetecibles para las personas trabajadoras que tuvieron escasas o nulas oportunidades formativas, y que ahora pueden alcanzar según sus necesidades de forma cómoda y flexible.

Por su parte el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, que desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, se justifica fijando una normativa concreta para las modalidades de la Formación Profesional para el Empleo, debido a sus peculiaridades (requisitos, límites de impartición, destinatarios, iniciativas y programas, etc.), que, con una clara distinción, apunta a la diversidad y complementación entre la formación en modalidad presencial, tele formación y mixta; sin olvidar, la formación a distancia convencional tradicional, que mantiene la posibilidad de impartición, siempre que se desarrolle en el ámbito privado no financiado con fondos públicos.

Pues bien, llegado a este punto, es en este nivel armonizado de formación, en el que hasta ahora hemos estado inmersos, y que en buena medida unifica normativas propias (clásicas y modernas), siguiendo directivas transfronterizas⁷ que aún criterios y buscan la consecución de objetivos concretos y específicos en la formación y cualificación de las personas trabajadoras; no sin olvidar el entramado sistemático de la Formación Profesional para el Empleo, y de recursos utilizados que, de forma coordinada, ha sido creado a lo largo del inicio del Sistema, y que está siendo gestionado por el sector de los agentes sociales especializados en dicho ámbito, para la ejecución de los programas formativos.

⁶ Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, tiene como objeto establecer el procedimiento y los requisitos para la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas por las personas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación.

⁷ El centro europeo para el desarrollo de la formación profesional («CEDEFOP») se creó mediante el Reglamento (CEE) nº 337/75 del Consejo para ayudar a la Comisión a fomentar, a escala de la UE, la promoción y el desarrollo de la Formación Profesional y de la Formación continua. Reglamento (UE) 2019/128 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de enero de 2019 por el que se crea un Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP) y se deroga el reglamento (CEE) nº337/75 del consejo.

2.3. Nuevo escenario para la Formación Profesional para el Empleo: amago de modalidad presencial

La incidencia del COVID-19, situación de emergencia de salud pública a nivel mundial, constituye una crisis sanitaria que afecta a la salud y a la seguridad de los ciudadanos, lo que plantea adoptar medidas urgentes y extraordinarias que neutralicen el efecto de la pandemia, sobre todo en el ámbito económico y social. Es por ello, por lo que el Gobierno dicta el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, donde se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y posteriormente pronuncia el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, estableciendo las medidas necesarias para contener los efectos negativos al impacto económico y social del mismo.

Por tanto, a tenor del artículo 9 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se establecen medidas específicas en el ámbito educativo y de la formación, suspendiéndose la actividad educativa presencial en todos los ámbitos, centros y niveles, incluida la enseñanza universitaria, y cualquier categoría de formación impartida por centros públicos o privados, por lo que, y siempre que sea posible, durante ese periodo de suspensión, se mantendrán las actividades educativas y formativas, en las modalidades a distancia y "on line".

Ello quiere decir que, a pesar de verse afectado, teniendo en cuenta que el estado de alarma no permite la "presencialidad" de la Formación para el Empleo, el escenario del Sistema de Formación, únicamente varía.

Haciendo referencia nuevamente, al Real Decreto 694/2017 de 3 de julio, en su artículo 4, demuestra su eficacia con la existencia de mecanismos previsores para el mantenimiento y funcionamiento de la Formación Profesional para el Empleo; por tanto, es en este momento cuando se pone en marcha, y se aplican los instrumentos del Sistema, delimitando sus modalidades y estableciendo los límites de impartición de la Formación Profesional, y se concreta que, durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, las acciones formativas podrán impartirse en la modalidad de tele formación manteniendo los criterios de calidad establecidos, y unido a un proceso de aprendizaje que requerirá un seguimiento y un proceso de evaluación.

En tal caso, y siempre que sea posible, se exigirá el uso de una plataforma virtual de aprendizaje, que posibilite la interactividad de alumnos y profesores, que asegure la gestión de los contenidos, la utilización de los recursos, y el proceso de aprendizaje, el cual, al igual que si fuera de manera "presencial", tendrá un seguimiento continuo, y "en tiempo real", así como la evaluación de la misma actividad formativa. Una vez más, destaca la importancia de preservar aspectos de la modalidad presencial, usando los medios disponibles en el Sistema, para así seguir ejecutando la formación en condiciones similares, previa al estado de alarma.

La metodología de aprendizaje también estará adaptada a esta modalidad, y deberá cumplir con los requisitos de accesibilidad y diseño universal establecido por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social; y no olvidemos hacer referencia a los Certificados de Profesionalidad impartidos en esta modalidad a distancia, donde los requisitos ya vienen establecidos en la normativa específica reguladora de los mismos, en cada una de sus especialidades.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

Se trata, por tanto, de una modalidad ya prevista en el Sistema de Formación para el Empleo, que añade una característica al Sistema, y que lo delimita, preparada para ser puesta en funcionamiento en aquellas formaciones no contempladas en dicha variedad, sin caer en la interrupción de éstas, manteniendo así el fortalecimiento de la cualificación profesional de las personas trabajadoras.

En este marco, ha sido por tanto necesario, de forma temporal, facilitar y flexibilizar las condiciones para la realización de los cursos de Formación Profesional para el Empleo, dirigido a desempleados, ocupados y empresas, los cuales comparten los mismos objetivos de cualificación, y que, a pesar del esfuerzo, afrontan la situación de forma positiva con nuevos planteamientos de cara a un futuro du-doso y mudable en el ámbito de la formación.

2.3.1. Medidas extraordinarias para hacer frente al impacto del COVID-19 en materia de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral

Haciendo análisis de la Resolución de 15 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, son destacables ciertas medidas⁸:

Así pues, mencionado en el primer capítulo, la primera medida es referida al ámbito de aplicación⁹, que, según lo dispuesto en la Resolución, vendrá establecido por: las iniciativas a demanda, de formación programadas por las empresas con el crédito de formación que dispongan en el ejercicio del año 2020; por otro lado, la iniciativa de oferta formativa para trabajadores ocupados, en las convocatorias recogidas en el anexo de esta resolución¹⁰, y por último a la iniciativa de oferta formativa para trabajadores desempleados, en las convocatorias aprobadas por las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal en Ceuta y Melilla.

Igualmente, determina los beneficiarios que podrán acogerse a lo establecido en la resolución. Adaptémonos pues a las circunstancias críticas sanitarias provocadas por el COVID-19, por lo que, en el nuevo contexto, parte de los trabajadores ocupados¹¹, aquellos afectados, y que son beneficiarios de

⁸ Medidas adoptadas en el marco competencial de gestión del Estado, por el Servicio Público de Empleo Estatal, respetando el ámbito de gestión de las Comunidades Autónomas, habiendo consultado para ello, a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y demás agentes que intervienen en el Sistema de Formación Profesional para el Empleo, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, en su artículo primero.

⁹ El ámbito de aplicación de esta resolución se circumscribe al ámbito de gestión estatal del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24.2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

¹⁰ a) Resolución de 11 de mayo de 2018, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión, con cargo al ejercicio presupuestario de 2018, de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal, para la adquisición y mejora de competencias profesionales relacionadas con los cambios tecnológicos y la transformación digital, dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas.
b) Resolución de 18 de enero de 2019, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión, de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal, dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas.

¹¹ No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

la Formación Profesional para el Empleo, pasan a ser contemplados como personas trabajadoras en situación provisional de ERTE con los mismos derechos, y considerando similares condiciones para recibir la Formación Profesional para el Empleo.

Y para facilitar la impartición de las acciones formativas en modalidad presencial, o la parte presencial de tele formación, podrá impartirse en su totalidad mediante «aula virtual», la cual es considerada, en todo caso, como formación “presencial” (variación “estrella” de modalidad, donde se equipara “aula virtual” con “presencialidad”).

En este capítulo, en su artículo 4, también se pretende garantizar la ejecución y continuidad de las acciones formativas, incluidas aquellas suspendidas tras el estado de alarma y que fueran beneficiarias de subvenciones, que podrán reanudarse una vez cesada la vigencia del mismo, únicamente informado a la Administración competente, y en el plazo de dos meses desde la finalización del estado de alarma, del total de datos requeridos; así mismo, para mantener el compromiso con todas y cada una de las acciones formativas, iniciadas y suspendidas, no iniciadas y pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta resolución, o que se inicien durante el estado de alarma o finalizado éste, y cuya modalidad de impartición fuera la presencial o mixta, nuevamente, podrán mantener la modalidad, según la utilización del “aula virtual”.

Sobresale por tanto en esta Resolución, la posibilidad de “cambio de modalidad de impartición de presencial y mixta a tele formación”, siempre y cuando así figure en el Catálogo de Especialidades Formativas del Servicio Público de Empleo Estatal, o bien en el Plan de Referencia Sectorial del ámbito sectorial para la especialidad afectada, y en el caso de formación programada por las empresas, dicho cambio se podrá llevar a cabo si la actividad formativa se refiere a una especialidad incluida en dicho Catálogo de Especialidades Formativas.

Acorde a la situación, las entidades que imparten la formación, deberán cumplir el requisito de estar acreditadas o inscritas en el registro correspondiente para impartir la tele formación en dicha especialidad, y en caso contrario también se prevé: por un lado, en el supuesto de formación de “oferta”, que la inscripción de la entidad de formación en la modalidad de tele formación, se podrá efectuar presentando la correspondiente “declaración responsable” prevista en la respectiva convocatoria; y por otro, en el caso que se trate de formación programada por las empresas o “demanda”, y la inscripción fuera precisa, se realizará siguiendo la Orden ESS/723/2016, de 9 de mayo, y teniendo en cuenta que el cambio de modalidad no debe afectar a la calidad de las acciones formativas tal y como estaban planteadas desde el inicio, en cuanto a los objetivos, contenidos, duración, colectivos y grupos a los que se dirige.

Aparte de estas medidas que afectan a la ejecución de la formación durante el estado de alarma, también se han incluido para ese periodo, y así afianzar la formación, otras medidas relacionadas con

procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, y en el caso de contratos temporales, incluidos los formativos, cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto, y en el caso concreto de los fijos discontinuos cuando finalice o se interrumpa el periodo estacional de actividad.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

el uso de medios electrónicos, firma digitalizada o con datos biométricos, constatando la identidad, para garantizar la asistencia de las personas participantes en las acciones formativas y la autenticidad de las personas responsables de la formación, no sin olvidar realizar un seguimiento y control de las actividades formativas adaptadas igualmente a las nuevas circunstancias, que podrán realizarse tanto en tiempo real, como posterior al acto de formación, a través de la generación de registros de la actividad docente, tiempos de conexión, firma digitalizada con datos biométricos, y documentos de recogida de datos.

En el segundo capítulo, relativa a la formación programada por las empresas a “demanda”, la Resolución contempla la ampliación de entidades que pueden impartir este tipo de formación, entre ellos: Centros integrados públicos de formación profesional, Centros de Referencia Nacional, Centros públicos del Sistema Nacional de Empleo, Centros públicos de formación de adultos, Universidades públicas y privadas, y Cámaras de Comercio, en previsión del posible aumento de la demanda de formación y para evitar la sobresaturación de centros.

El tercer capítulo, se centra en ampliar la participación en los programas de formación, de las personas desempleados, teniendo en cuenta cómo afecta al empleo el impacto económico del COVID-19, y que por ese motivo aumentan las personas inscritas como demandantes en los Servicios Públicos de Empleo, hasta un máximo del 40 por ciento de participantes en cada programa, según establece la Resolución.

Este capítulo tampoco olvida, la adaptación que sufren los permisos individuales de formación, admitiendo cambios o pudiendo reanudarse una vez finalizado el estado de alarma.

Finalizando la Resolución de 15 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo, en su Disposición adicional segunda, establece una ampliación de plazos para la ejecución de todas las actividades formativas, contempladas tanto en programas como en los planes sujetos a las convocatorias del Anexo de tal Resolución; dicho plazo abarca el periodo de vigencia del estado de alarma, según el Real Decreto correspondiente, y al que se le sumarían seis meses.

2.4. Brotes verdes en la presencialidad de los cursos de Formación Profesional para el Empleo

Es a través de la Resolución de 1 de junio de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por lo que se adoptan medidas de recuperación de la actividad formativa “presencial” en la Formación Profesional para el Empleo, y tras la puesta en funcionamiento del Plan para la transición hacia una nueva “normalidad”, establecido por el Gobierno.

Esta vuelta a un estado de “normalidad” de la Formación Profesional para el Empleo que plantea el Servicio Público de Empleo Estatal, gira en torno a cuatro ejes de recuperación, volviendo a poner al servicio de las empresas, y de las personas necesitadas de cualificación, lo que aparentemente estaba estancado; por un lado, esta Resolución, pretende mantener el empleo a pesar del esfuerzo dada las circunstancias, y por otro, aporta un paquete de medidas para afrontar una nueva situación presente y futura, que afecta a empresas, personas ocupadas y desempleadas.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

En los ejes de recuperación se contemplará como norma general, el cumplimiento, según resolución de “las medidas de higiene y prevención para el personal trabajador, las adecuadas medidas de distancia interpersonal y protección colectiva e individual, y las medidas para prevenir el riesgo de coincidencia masiva de personas en el ámbito laboral”; hablamos de los siguientes ejes de recuperación:

- a. Recuperación de la formación presencial total o parcial, impartida en las empresas a sus empleados y en sus propias instalaciones, de forma directa porque cuenten con personal propio que imparta la formación, o mediante la contratación de entidades externas.

En tal caso, se respetará para el personal, las medidas generales de higiene y prevención anti-COVID, hablando de una recuperación paulatina, según ámbito de actividad y territorio, restricciones a nivel nacional en función a la desescalada del estado de alarma, en aplicación de las distintas fases establecidas en el Plan para la transición hacia la nueva normalidad aprobado por el Gobierno.

A efectos administrativos, las empresas que sean beneficiarias del crédito de formación, comunicarán en un plazo máximo de dos meses desde la entrada en vigor de esta resolución de todos aquellos datos requeridos para el inicio de la actividad formativa, y completar el total de horas de formación, lo que podrá realizarse hasta dos días antes de la fecha de comienzo de cada curso. Similares condiciones quedan establecidas en la Resolución, para la formación dual o en alternancia con el empleo¹².

- b. Recuperación de la formación presencial, impartida por entidades de formación, en centros de formación.

En este caso se hace referencia por un lado, a las entidades de formación, públicas o privadas, acreditadas y/o inscritas en el correspondiente registro, para impartir Formación Profesional para el Empleo, que podrán impartir de manera presencial actividades formativas en centros de formación; por otro lado, contempla la iniciativa de la formación programada por las empresas impartida también en centros de formación; y además engloba a todas las iniciativas de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral previstas en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre; no olvida en la misma línea, la recuperación de la formación presencial, impartida en los planes de formación dirigidos a la capacitación para el desarrollo de las funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social.

Es precisamente en la fase 2, del Plan de transición a la nueva “normalidad”, donde se contempla la reanudación presencial, de los centros educativos y de formación (excepto los incluidos en los apartados de Educación y Ciencia), tales como autoescuelas y academias, al estar consideradas como una actividad de prestación de servicios¹³.

¹² Según lo establecido en el artículo 21.2 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre.

¹³ En aplicación de lo establecido en el artículo 50 de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, incluido por el apartado seis del artículo quinto de la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, por la que se modifican diversas órdenes para una mejor gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en aplicación del Plan para la transición hacia una nueva normalidad.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

- c. Recuperación de la formación presencial en los programas públicos de empleo y formación de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo y en su caso, Unidades de Promoción y Desarrollo.

En este caso concreto, serán las entidades promotoras las que adopten las medidas de higiene y prevención para el personal trabajador descritas anteriormente, comunicando previamente al Servicio Público de Empleo Estatal, en tiempo y forma, la reanudación de la actividad mixta, laboral y formativa, en modalidad presencial de forma total o parcial.

2.4.1. Análisis de los resultados sobre el impacto COVID, en la Formación Profesional para el Empleo

Según datos aportados por la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo¹⁴ (FUNDAE), datos a día de hoy, septiembre 2020, se contempla:

- a. Un total de 41.150 cursos previstos, repartidos entre formación bonificada en las empresas o cursos iniciativa a demanda con 39.124 cursos, y formación subvencionada o cursos iniciativa a oferta con 2.026 (éstos agrupan programas específicos sobre Tecnologías de la Información y Comunicación, y de Negociación colectiva, con 246 cursos; y por otro lado los Planes de formación con 1.780 cursos).

Como dato general del total de estos cursos, cabe añadir por un lado los contenidos más demandados por orden de preferencia: idiomas, Prevención en Riesgos Laborales, habilidades personales en el entorno laboral y recursos humanos, gestión empresarial, y ofimática; por otro lado, destacando el lugar de impartición, las tres comunidades autónomas que imparten más cursos, son: la Comunidad de Madrid (12.325), Cataluña (9.004), y Andalucía (5.861); y aportando información sobre la modalidad de impartición prevista a datos de hoy, en la totalidad de cursos, prevalece la de tele formación en un 65,1%, mixta con 1,6%, y finalmente la presencial que solo alcanza el 33,3% de los cursos impartidos¹⁵.

Tras analizar estudios anteriores sobre formación continua en empresas españolas, los años 2006 y 2010 en la Universidad de Cantabria y Escuela Universitaria "Francisco Tomás y Valiente", adscrita a la Universidad de Cádiz, y sobre la necesidad o importancia de las capacidades profesionales más demandadas en las empresas¹⁶, vemos como las capacidades humanas y técnicas son coincidentes en el tiempo, sean impartidas a través de cursos de iniciativa a demanda, como de oferta.

¹⁴ Entidad colaboradora y de apoyo técnico del Servicio Público de Empleo Estatal en materia de Formación Profesional para el Empleo. También tiene funciones de apoyo al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el desarrollo estratégico de este Sistema de Formación. http://www.fundae.es/publicaciones/datos-a-dia-de-hoy?reportPath=A_DiadeHoy

¹⁵ Datos aportados por NULL, Estadística y Gestión de la Información (FUNDAE).

¹⁶ García Ruiz, M. R., "Formación y empresa: análisis de la situación de los beneficiarios de la formación continua". Universidad de Cantabria Facultad de Educación. UNED Educación XXI. 9, 2006, pp. 165-182, y Foncubierta Rodríguez, M.J., "Formar en competencias para el empleo: reflexiones basadas en un estudio entre pequeñas empresas del campo de Gibraltar". Escuela Universitaria "Francisco Tomás y Valiente", adscrita a la Universidad de Cádiz. Algeciras. Facultad de Educación. UNED Educación XXI. 13.1, 2010, pp. 81-99.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

Igualmente, destaca en el estudio de la Universidad de Cantabria (García, 2006), y es interesante resaltar, los tres motivos principales para seguir formándose (y que aún persisten) entre ellos: la adaptación a los cambios tecnológicos, la mejora las competencias profesionales, y la acreditación de las competencias, todos estos motivos en su conjunto dan fuerza para alcanzar el trabajo decente y de calidad.

- b. Analizando con mayor detalle los datos de la Formación bonificada, y siguiendo la información aportada por FUNDAE, del total de los cursos previstos para la fecha a datos de hoy, del mes de septiembre 2020, que era de 39.124, sólo 28 de los cursos son acciones formativas conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad, el resto de formación contempla los planes específicos, y diseños formativos de la propia empresa adaptado a sus personas trabajadoras, predominando la modalidad de impartición de tele formación.

Por otro lado, el total de las empresas que han hecho uso de la formación bonificada (205.953), acumulan un crédito final de formación de 791.044.890 euros; es claro, que la economía de la Formación continua funciona.

Y haciendo comparativa de las empresas formativas en años anteriores, es en el año 2013, cuando alcanza el pico de la curva de mayor número de empresas por año que impartieron formación a través de acciones bonificadas, con las cuotas de la Seguridad Social previstas para ello (479.000 empresas).

Volviendo a datos de hoy, las empresas formadoras con mayor crédito asignado, según su tamaño, son las que contemplan de 1 a 50 trabajadores (183.536 empresas, 89% de las empresas), y acumulan un crédito total asignado por valor de 246.582.345 euros; este dato, corrobora la apuesta posterior de los III Acuerdos Nacionales de Formación Continua, introduciendo mejoras en el Sistema de Formación de los trabajadores ocupados, con la renovación de la burocracia para llegar al mayor número de empresas posibles, sobre todo pequeñas y medianas empresas, mejorando así el tejido productivo.

En cuanto al contenido, se ha de especificar que, al ser una formación muy concreta adaptada a las propias necesidades de las empresas, según su sector empresarial, predominan los multicontenidos formativos, aun así, son destacables, los idiomas, las habilidades directivas y personales en las empresas, la Prevención en Riesgos Laborales, ofimática e higiene alimentaria.

- c. Sobre la Formación Subvencionada, lo más destacable es la modalidad en la realización de estos cursos, donde predomina la presencialidad en un 51,8%, conjugada con la mixta que alcanza el 1,5% de los mismos, y terminando con un 46,7% para la modalidad a distancia en tele formación.

Los contenidos de los cursos más demandados (sobre todo aquellos conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad), se refieren a: curiosamente, en primer lugar SSCE0110 – Docencia de la Formación Profesional para el Empleo, seguido de ADGD0208 – Gestión integrada de RR.HH., y en tercer lugar SSCS0208 – Atención socio sanitaria a personas dependientes en instituciones, que se mantiene como yacimiento de empleo, como era de prever en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

Resumiendo, todos estos datos y de forma actualizada, se han acogido a la modalidad de impartición de cursos a través del “aula virtual” un 13,03% de los cursos iniciativa a demanda (5.098), y un 7,65% de los cursos iniciativa a oferta (155), o sea, entre ambos tipos de cursos el 20,68% del total de los cursos previstos, se han acogido al “aula virtual”.

Por otro lado, solo han optado por pasar de la modalidad presencial/mixta a tele formación el 15,99% (324) de los cursos, solo de iniciativa a oferta.

Estos son los datos a día de hoy, mes de septiembre, comunicados a FUNDAE, y en periodo de ejecución (36,67%), sin contar los grupos de cursos incidentados o suspendidos por el COVID-19 (63,33%).

Otros datos de interés, y según datos de Eurostat, solo el 10,5% de la población española de entre 26 y 64 años, continúa formándose durante su vida laboral, en sintonía con la media de la UE (11,1%), pero lejos de Francia y Países Bajos (19%) o Finlandia y Suecia (29%)¹⁷.

3. CONCLUSIONES

La enseñanza presencial y la no presencial, en este momento de crisis, solo se ha distinguido con un “no”; en cambio el intento de semejanza, como hemos visto a lo largo de este trabajo, sería proceder en infinito, pero hay un aspecto de la “presencialidad” al que la enseñanza telemática nunca podrá asemejarse: la información en “tiempo real” recabada de los cursos, mediante las interrelaciones personales, las evidencias físicas, los testimonios y las entrevistas a los formadores y a los alumnos; es lo que aporta los mejores resultados en la consecución de cualquier objetivo formativo.

Por tanto, recurrir a la enseñanza telemática, en esta situación de emergencia social y sanitaria, ha sido vital, y adaptarse a la formación on-line, gracias al Sistema, para socorrer la “presencialidad” de la Formación Profesional a través del “aula virtual”, ha marcado la pauta.

A pesar del miedo y la incertidumbre que aún persistente, y teniendo en cuenta que quedan cursos de formación por resurgir, desde un punto de vista particular, inquieta la idea de aprovechar la situación “COVID” para dar prioridad a la enseñanza virtual, frente a la presencial tradicional, como didáctica orientada a un futuro ante situaciones similares a la vivida, o simplemente como formación habitual, y acomodándonos a ella.

Haciendo una reflexión comparativa entre ambas modalidades de formación, la tradicional-presencial, y la futurista-virtual (y sin querer caer en lo conocido “añejo”, mejorado con el transcurso del tiempo), habría que pensar en el verdadero sentido de la Formación Profesional para el Empleo:

¹⁷ El Covid da alas a la formación continua y a una mayor oferta educativa universitaria. Sempere, P. Cinco Días; Madrid [Madrid]02 July 2020.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO PRESENCIAL

"Instrucción profesional orientada hacia la búsqueda de empleo, necesitada de una formación teórica-práctica realizada en el aula y en un contexto real, y como tal, requerida de un contacto, y una comunicación interpersonal de forma presencial".

Dando igual el objetivo que persiga cada persona en su formación, es el acercamiento entre ellas, la proximidad y el apoyo, lo que da verdadera fuerza a la Formación Profesional para el Empleo; un contacto interpersonal, que será corto pero intenso, característica propia de esta formación, teniendo en cuenta que los cursos son contemplados en horas o por módulos, lo que acentúa aún más el sentido y la necesidad de la presencialidad como forma de aprovechamiento.

Por tanto, esta modalidad, identifica a los similares que conforman el grupo de compañeros, que, con experiencias y expectativas parecidas, se unen e incluso perduran en el tiempo.

Igualmente, lo que hace eficaz y da vida a la profesión del formador ocupacional, es el contacto con las personas que necesitan cualificación y recualificación, y ellas (guiadas por el formador) a su vez necesitan reconocerse, interactuar, fortalecerse, y estar juntas para aprender aquello que no tuvieron oportunidad, y que en este momento que hacen "suyo", agradecen ese aprendizaje de competencias.

Agradecen la oportunidad, a los compañeros y al docente, aprovechando cada instante, y con la esperanza de encontrar una nueva oportunidad en sus vidas que les reconforte: un trabajo, un nuevo trabajo, un ascenso, independencia económica, seguridad laboral, en definitiva, un trabajo decente; y cada persona esforzándose, dentro de sus posibilidades: conciliando, compaginando con el trabajo, con problemas económicos... causas que sobrellevan a veces en silencio, y otras que conoces a través de los compañeros o que se muestran en sus rostros de preocupación, y que a penas te atreves a preguntar, pero que, a pesar de ello, de forma espontánea te expresan frases como: "estoy deseando llegar a sus clases para encontrar paz".

No es difícil imaginar, cuando estas personas terminan consiguiendo su cualificación o acreditación, y además consiguen sus expectativas laborales, como sientes la satisfacción de que el trabajo como formador y su objetivo se ha cumplido con éxito, y ha llegado a su fin.

Para aprender se necesita un feed-back de aprobación o desaprobación, se necesita transmitir experiencias, complementar, practicar, y la mejor forma es a través del encuentro presencial entre formadores y alumnos; sería triste pensar que, en breve, tengamos que volver a la enseñanza virtual en la Formación Profesional para el Empleo, y más aún de forma permanente.

A pesar de que con la situación de crisis "COVID", se ha comprobado que el Sistema de formación está preparado para seguir funcionando, y que las nuevas tendencias "-i", están orientadas a lo virtual y telemático, solo la "presencialidad" en los cursos, las relaciones interpersonales, y un formador excepcional, como formación de "calidad", puede cambiar la vida de algunas personas orientándolas hacia el pleno empleo.

Este es el éxito de la "presencialidad", que así lo agradece, porque la información que se transmite a través de ella, supera a la virtual, y va más allá de los límites establecidos a la finalización de la impartición, de cualquier curso de formación.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social
octubre 2020 - núm 1

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE “LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR”

(MONERO Pérez, J.L., LABORUM, MURCIA, 2019)

Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales

Francisco Miguel Ortiz González-Conde

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

fmiguel.ortiz@um.es ORCID 0000-0002-8814-0184

Recepción de trabajo: 07-09-2020-Aceptación: 10-09-2020

I. LA DIGNIDAD HUMANA

La obra “*La dignidad del trabajador. Dignidad de las personas en el sistema de relaciones laborales*” (2019), de publicación por Ediciones Laborum, y, a cargo del profesor José Luis Monereo Pérez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Granada, cartografía magistralmente un recorrido del concepto de “dignidad” a través del enfoque de distintos ámbitos jurídicos, de la teoría política y la historia del pensamiento social. Tan trascendente objeto de estudio aparece enmarcado en un intervalo temporal que abarca desde los albores de la modernidad hasta su desembocadura en el campo de las relaciones laborales actuales.

Partiendo del discurso filosófico de la modernidad de Jürgen Habermas, el profesor Monereo relata como los valores de libertad, igualdad y solidaridad, consiguen vincularse a la noción de dignidad como valor humano universal, y encontrar en ella su fundamento. Aunque los derechos humanos, desde su origen contienen una pretensión de evidencia (“considerar como evidentes la verdad de su existencia para todos”), el autor aborda la paradójica cuestión de su necesaria aserción como garantía de existencia, “¿cómo pueden los derechos humanos ser universales si no se reconocen universalmente?, ¿por qué se hizo solamente en momentos y lugares específicos?” Para hallar respuesta, el texto examina distintas Declaraciones demostrando como aun siendo naturalmente iguales y universales para todos los ciudadanos, su sola afirmación es insuficiente, pues éstos adquieren sentido cuando cristalizan en un contenido político y jurídico.

A partir de este momento, la monografía se vertebría en 2 grandes capítulos que secuencian los distintos episodios acerca de la dignidad en el ordenamiento jurídico: en un primer lugar, la dignidad del de la persona en su condición de tal, y, en segundo lugar, la dignidad de la persona trabajadora, como expresión “materializada” del principio de dignidad humana.

1.1. La dignidad de toda persona

El profesor Monereo analiza extensamente la significación fundamental y la fuente normativa del concepto jurídico de dignidad humana, a través de un sistema multinivel de garantías de los derechos y capacidades humanas: el Derecho Internacional, el Derecho Europeo y el Derecho Español.

Para ello, se parte de una premisa común, la dignidad debe involucrar a todos los *derechos vitales*, como así lo llama, es decir, el derecho a la vida digna en las distintas generaciones de derechos —desde el derecho a la vida y a la integridad personal, el *habeas corpus* y demás libertades fundamentales, hasta los derechos sociales que permiten la supervivencia o la existencia digna de la persona—, a través de las Normas Internacionales de rango fundamental en el derecho Internacional de los Derechos Humanos¹.

Pero el autor, no sólo detalla tales planteamientos, sino que se adentra en la exposición y confrontación de razones y argumentos contrarios a modo de dialéctica sobre la dignidad. ¿La dignidad es o no un concepto uniforme? ¿Dónde se sitúa la dignidad humana ante un escenario de globalización? ¿Y ante el desarrollo de las fuerzas de mercado o las sociedades multiculturales?

Un debate enriquecedor que culmina bajo la exégesis de la dignidad humana como el fundamento de la política y el Derecho para una sociedad democrática, una “*antropología civilizatoria del orden establecido y su orientación de futuro*” que diseña los objetivos fundamentales a perseguir en cada etapa histórica.

La secuencia lógica de este capítulo se completa desde el plano de la Constitución Española y la garantía constitucional de la dignidad humana. Ésta, como valor superior del ordenamiento jurídico, se argumenta como el cauce para la realización de los objetivos básicos de la Constitución y el Estado Social (art. 1 y 10.1 CE), pues, expresamente, la Constitución establece un nexo o premisa entre la dignidad de la persona y los derechos fundamentales. Sin embargo, a lo largo de este mismo epígrafe el autor refleja la postura más atenuada de la doctrina del Tribunal Constitucional mediante multitud de sentencias, que acotan la dignidad como fundamento de orden político y de la paz social, y, por ende, su virtualidad constitucional depende de la conexión directa que los derechos en juego sean fundamentales y tutelables en amparo (v. gr. STC 57/1994).

2.2. La dignidad de la persona trabajadora en el marco de la relación laboral

La segunda parte de la monografía aparece orientada hacia la singularidad de la dignidad humana en el ámbito de los derechos laborales. El autor fundamenta la prevalencia de la dignidad, en tanto

1 La Declaración Universal de Derecho Humanos; el Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A su vez, en el Derecho del Consejo de Europa y Derecho de la Unión Europea y la dignidad de la persona es tutelada mediante el Convenio Europeo de Derecho Humanos; la Carta Social Europea Revisada y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

"LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR"

que, la subordinación jurídico-organizativa del trabajador "no puede implicar privación de libertad y dignidad de la persona, impidiendo así que una relación de dominio se convierta en una pura instrumentalización autoritaria de la persona". Y para ello, delimita tres zonas de estudio: la normativa de la OIT, los Derechos Sociales en los Tratados de la Unión Europea y la Carta Social Europea.

En primer lugar, la función garantista de la OIT aparece mencionada respecto al enfoque de trabajo decente o digno de la organización, precisamente, en el año de su centenario. Contemplar la dignidad en los escenarios de trabajo futuro pasa inexorablemente por la observancia y revitalización del contrato social y la participación más activa de organizaciones de trabajadores y empleadores. En segundo lugar, la dignidad en los tratados de la UE tiene raigambre en el propio Tratado de la Unión Europea, cuyo art. 2 enuncia la dignidad humana (junto a la libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos) como valores fundamentales de la Unión. Y, en tercer lugar, la incardinación de la dignidad en el texto de la Carta Social Europea de 1996, ex. art. 26, cuyo precepto no sólo se garantiza el derecho a la dignidad del trabajo, sino que también la dota de un contenido social incorporando obligaciones positivas para los Estados y poderes públicos.

Por último, la manifestación de la dignidad en el trabajo aparece muy certeramente relacionada para los supuestos específicos de acoso sexual (*sexual harassment*) y acoso moral (*moral harassment*), donde el autor se centra la tarea de conceptualización e influjo jurisprudencial en su regulación, descondiéndolo el análisis a la normativa española.

En ambos epígrafes, el profesor Monereo analiza como la Carta Social Europea trata sendas formas de acoso. Respecto al acoso sexual, éste debe ser enjuiciado desde una doble perspectiva de "dignidad-no discriminación". La dignidad de la persona acosada es dañada no sólo por las lesiones a su estatus profesional y personal de la misma en el ámbito laboral, sino también, indirectamente a causa de la violencia psicológica que se ejerce contra una de ellas.

Asimismo, similar tarea se realiza respecto al acoso moral, al definir jurídicamente las variables psicológicas intrínsecas que lo generan, sorteando el difícil abismo de que no toda tensión psicológica pueda equivaler erróneamente a acoso. A este respecto, la Carta Social Europea dispensa 5 notas definitorias, a la sazón, inspeccionadas por el autor: 1) la necesidad de maltrato psíquico o violencia moral contra una o varias personas; 2) violencia de carácter grave; 3) persistencia en el tiempo; 4) finalidad orientada al daño psíquico del trabajador al excluirlo del entorno laboral; 5) la irrelevancia en que se produzcan daños en la salud física o psíquica de la víctima para que se tenga por perfeccionada la conducta de acoso.

En definitiva, "*La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*" (2019) se configura como un trabajo magistral que a lo largo de casi 300 páginas y más de 500 citas textuales de excelsa bibliografía nacional e internacional, suponen un recorrido preciso y omnicomprensivo del concepto de dignidad humana, de su origen como valor y declaraciones políticas-jurídicas, hasta su positivación y consecuencias normativas y jurisprudenciales.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE “LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES: UN MODELO GARANTISTA”

(LÓPEZ INSUA, B.M., ATELIER, BARCELONA, 2020, 224 PÁGINAS)

M^a Rosa Martín Muñoz

Becaria de Investigación FPU

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

mrosam@ugr.es

Recepción de trabajo: 16-07-2020-Aceptación: 20-07-2020

El fenómeno de la inmigración constituye, actualmente, una realidad muy compleja que se sitúa cada vez más, en el centro neurálgico de la acción política y jurídica a desarrollar por parte de todos los Estados. El modo de afrontarla y gestionarla resulta de difícil aplicación en el marco de una sociedad globalizada. Y es que, actualmente no existe una infraestructura institucional y jurídica adecuada a nivel internacional, que otorgue una respuesta uniforme al conjunto de interrogantes que se plantean dentro de los sistemas normativos de los diferentes países.

En las últimas décadas y en un contexto de globalización, se observa una intensificación de estos movimientos migratorios en toda la Unión Europea. Principalmente representativa ha sido la magnitud de inmigrantes que han entrado en la nación española en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo, refugio y asilo político. A pesar de los efectos positivos que la inmigración puede tener sobre la ciudadanía española, en cuando factor equilibrador de la deuda externa o como elemento de reducción de la pobreza y dinamizador de las economía local, lo cierto es que este colectivo no ha alcanzado una igualdad real en comparación con los derechos sociales que pueden disfrutar las personas autóctonas. Y ello es porque subsiste todavía una imagen sesgada y negativa que, al término, propicia que el colectivo de inmigrantes se vea, en muchos casos, excluido del sistema de protección social nacional.

A fin de contribuir al esclarecimiento de muchos de los problemas que están latentes, a día de hoy, sale a la luz una brillante monografía titulada: “*La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*”. Este novedosísimo libro ha sido publicado en junio 2020 por la prestigiosa editorial Atelier y gracias al generoso impulso del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, Ignacio García Ninet, quien al mismo tiempo es miembro del Consejo Editorial de la casa Atelier en el que se encuadra el presente volumen. Se trata, sin lugar a dudas, de una obra maestra en donde su ar-

"LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES: UN MODELO GARANTISTA"

tífice, la doctora Belén del Mar López Insua, aborda de una manera minuciosa y exhaustiva todos los elementos de la compleja red legal y jurisprudencial que sobrevuela a la protección social de los inmigrantes. Desde su publicación, este valioso ejemplar se ha perfilado rápidamente como un magnífico volumen a tener muy en cuenta también en las mejores bibliotecas jurídicas. Y es, cabe resaltar, que esta excelente monografía tiene su base originaria en el proyecto investigador que para la plaza de Profesora Titular de Universidad es presentado por la autora, a principios del mes de marzo de 2020, en la Universidad de Granada. Un proyecto que fue calificado de excelente y valiente ante una Comisión evaluadora especialmente cualificada para enjuiciarlo.

Para la sistematización de esta compleja materia se ha estructurado esta monografía en cuatro grandes capítulos que, a su vez, se subdividen en diversos apartados. Sin embargo, antes de adentrarse en la correspondiente temática, el lector se encontrará con un pequeño prólogo a cargo del profesor José Luis Monereo Pérez (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), en donde se analizan gráficamente las intenciones que han impulsado a la elaboración de este trabajo y la valía del trabajo presentado. El doctor Monereo Pérez demuestra la relevancia que tiene para nuestra sociedad contemporánea el fenómeno de la inmigración. Subraya el profesor Monereo Pérez que es importante abordar los problemas actuales tomando en consideración los cambios en curso, pero siempre desde la perspectiva del futuro que queremos para garantizar el bienestar de las personas y pleno respecto a sus derechos fundamentales. Para lo cual resultará necesario el ejercicio de acciones positivas en los regímenes democráticos y en la tradición civilizatoria del constitucionalismo democrático-social que garanticen los derechos de protección social de las personas inmigrantes.

La estructura general que sigue el libro es la siguiente: "Capítulo I. La protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes; Capítulo II. Asistencia social, servicios sociales y Seguridad Social. La protección específica por dependencia; Capítulo III. Avances y retrocesos en el acceso a la asistencia sanitaria universal: el derecho a la salud en la encrucijada; Capítulo IV. Protección a la familia y movimientos migratorios: el derecho a la reagrupación familiar como mecanismo de integración social de inmigrantes". Como colofón final a la obra la profesora doctora López Insua ha establecido una serie de conclusiones y propuestas "Lege ferenda" que dan muestra, más que evidente, del dominio magistral que ha adquirido en esta controvertida temática. Esta última parte constituye una verdadera llamada de atención al legislador a fin de que solventar, de una vez, todas esas deficiencias y errores en la Ley Orgánica de Extranjería española.

Animo encarecidamente a la lectura de este elaboradísimo trabajo de investigación no sólo por el amplio y detallado material bibliográfico y científico seleccionado por su autora para la confección del mismo, sino también por las propuestas críticas y de "lege ferenda" que arroja la profesora López Insua. Y es que, de lo que se trata es de avanzar en pro de una sociedad más igualitaria y respetuosa con los derechos sociales de los inmigrantes.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE “ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA”

(GÓMEZ SALADO, M.Á. (DIRECTOR); ARAGÜEZ VALENZUELA, L. D., MACÍAS GARCÍA, M. C., ORDOÑEZ CASADO, M.I., RUIZ SANTAMARÍA, J.L. Y VIGO SERRALVO, F. (COORDINADORES), EDICIONES LABORUM, MURCIA, 2019)*

Jorge Baquero Aguilar

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

jbaquero@uma.es ORCID 0000-0002-8524-7947

Recepción de trabajo: 11-08-2020-Aceptación: 13-08-2020

La evolución de los derechos de la mujer ha sufrido un cambio muy considerable y a la vez importante dentro de nuestra sociedad a lo largo de las últimas décadas en nuestro país. Aparejado a los mismos; afortunadamente, han ido evolucionando también los derechos laborales de las mismas. En ese sentido, esta obra que venimos reseñando pretende analizar dichos derechos en los tiempos que corren desde un punto de vista ecléctico y multidisciplinar.

Profesores de diversas Universidades, Ayudantes Doctores, Contratados Predoctorales, Profesores Visitantes, Colaboradores Honorarios y Graduados Sociales, Funcionarios y Abogados Doctorandos de otros países, todos ellos pertenecientes al ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; así como también Graduados en Derecho y Dirección y Administración de Empresas, Investigadores y Profesores del ámbito del Trabajo Social y de los Servicios Sociales, Profesores de Derecho Financiero y Tributario; investigadores consolidados y nóveles de diferentes disciplinas, procuran un tratamiento oportuno y eficaz desde diferentes puntos de vista sobre la protección jurídica que brinda nuestro ordenamiento jurídico a la mujer trabajadora en nuestra sociedad actual; desde un punto de vista tanto del ordenamiento jurídico nacional como desde el derecho internacional.

* Este trabajo reseñado se inserta dentro de las actividades del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-347 sobre “Políticas de empleo, igualdad e inclusión social”, financiado por la Junta de Andalucía.

"ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA"

Como venimos anunciando, esta obra colectiva¹ pretende llevar a cabo un análisis de la situación actual de la mujer trabajadora y de su protección jurídica desde diferentes perspectivas. Se estructura la misma en diecisiete capítulos que nos otorgan diferentes perspectivas jurídicas de dicha protección tanto desde un punto de vista nacional como internacional, así como desde la perspectiva del derecho comparado.

A modo de introducción, en el Capítulo 0 el profesor Francisco Vila Tierno; además de hacer una presentación de la obra y de sus autores, lleva a cabo un planteamiento de la cuestión en relación a la "Mujer y Trabajo" realizando un análisis de la normativa tanto internacional y comunitaria como nacional al respecto; prestando especial atención a las medidas relacionadas con la maternidad en nuestro país.

En el Capítulo I, el profesor Salvador Perán Quesada aborda "*La protección de la trabajadora embarazada frente al despido*" desde el punto de vista de la integración de la perspectiva de género en su amplio sentido del concepto en la normativa laboral; así como también analiza la evolución normativa y jurisprudencial de dicha protección a lo largo de los años en nuestro país (tanto a nivel nacional como internacional); terminando su análisis con una disertación sobre "*La particular tutela de la trabajadora embarazada ante el libre desistimiento durante el período de prueba*" derivado de las últimas resoluciones jurisprudenciales al respecto; poniendo de manifiesto la no todavía consolidación definitiva de la protección y tutela de los derechos de la mujer trabajadora que se encuentra en situación de embarazo.

Por su parte, el profesor Miguel Ángel Gómez Salado, en el Capítulo II lleva a cabo un análisis de "*La extinción objetiva del contrato de trabajo por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de la violencia de género*"; realizando un análisis exhaustivo tanto desde el punto de vista legal como convencional de esta situación donde se pone de manifiesto los vacíos legales al respecto de esta cuestión tratada.

La perspectiva de derecho comparado la introduce en el Capítulo III la profesora Shelagh Anne Mckenzie con su trabajo "*Working women in the United Kingdom: an overview comparative perspective*"; donde se realiza un análisis comparado de la protección de los derechos de la mujer en relación al ordenamiento jurídico español y del Reino Unido: embarazo y maternidad, licencia parental no remunerada, licencia por incumplimiento, trabajo flexible, brecha salarial, acoso sexual, mujeres en puestos de responsabilidad, etc.

La profesora Lucía Dolores Aragüez Valenzuela analiza "*El papel de la mujer trabajadora en los contratos de cero horas en Reino Unido y su impacto en la 'Gig Economy'*" en el Capítulo IV de esta obra; poniendo en consideración la importante relación entre el tiempo de trabajo, este tipo de contratos y la precarización laboral; así como llevando a cabo también una comparación entre hombres y

¹ Obra que es fruto de las intervenciones de todos estos investigadores en el "*I Congreso Internacional sobre la Protección Jurídica de la Mujer Trabajadora: el camino hacia la Igualdad*", celebrado en Málaga en el 29 de junio de 2018.

"ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA"

mujeres (estas últimas sufren en mayor medida este tipo de contratación); así como poniendo de relieve el impacto de estas nuevas formas de trabajo en la "Gig Economy" derivado del fuerte crecimiento de las nuevas tecnologías relacionadas con el trabajo; provocando una mayor flexibilidad del mismo que conlleva una desregulación de las RRLL.

En el Capítulo V, el profesor Francisco Miguel Ortiz González-Conde, partiendo de una serie de sentencias de diferentes instancias, analiza la "*Discriminación Laboral a causa de la maternidad y el embarazo*"; afrontando la problemática de las dificultades en el ejercicio de la conciliación laboral, familiar y personal, el bloqueo de los derechos salariales y profesionales, los despidos como móvil discriminatorio hacia la mujer, la discriminación que se produce en el período de prueba y las discriminaciones producidas en la contratación laboral.

El profesor José Luis Ruiz Santamaría, en el Capítulo VI nos procura una serie de interesantes "*Reflexiones jurídicas sobre el alcance del 'deber' de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto y lactancia*"; llevando a cabo un análisis normativo de la legislación nacional e internacional —incluso con matices de Derecho comparado—, y analizando las principales resoluciones jurisprudenciales al respecto. Examinando además el deber de comunicación de la mujer trabajadora así como las medidas preventivas y de protección de la misma y la tutela de sus derechos contra la discriminación en el empleo.

"*La configuración jurídico-preventiva del riesgo del embarazo*" es el tema elegido por parte de la profesora María del Carmen Macías García en el Capítulo VII. Se revisa en este trabajo la configuración jurídico-histórica de la protección de la mujer y la maternidad, el riesgo del embarazo en un sentido amplio (situación de embarazo, riesgo, existencia del riesgo conforme al criterio jurisprudencial, el procedimiento de solicitud) y los riesgos laborales en el embarazo.

María de Monserrate Rodríguez Egío lleva a cabo una interesante análisis de "*La protección del embarazo en el trabajo autónomo*" en el Capítulo VIII; donde se analiza la situación especial y la problemática concreta de las trabajadoras autónomas ante los riesgos que pueden plantearse en el embarazo y la lactancia natural, poniendo de manifiesto las diferencias legales suscitadas con respecto a una trabajadora por cuenta ajena; así como todas las vicisitudes y problemas que plantea esta situación para una trabajadora por cuenta propia; pudiéndose plantear, incluso, situaciones de discriminación con respecto a una trabajadora por cuenta ajena.

Desde un punto de vista más práctico, Virginia Cárdenas Porta, disecciona en el Capítulo IX "*La tutela de la mujer en la acción protectora de la Seguridad Social. Especial referencia al subsidio contributivo de maternidad*"; aportando en su trabajo la experiencia de la práctica profesional derivada de los años de ejercicio como Graduada Social.

El Capítulo X, elaborado por parte de la profesora Patricia Espejo Megías, versa sobre "*La pensión de viudedad en la actualidad. Especial atención a las parejas de hecho y a las mujeres víctimas de violencia de género*". Se realiza un interesantísimo análisis del recorrido normativo a lo largo de los años en nuestro país; así como el controvertido encaje constitucional de los requisitos exigidos a las parejas de hecho y la situación especial de las mujeres víctimas de violencia de género.

"ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA"

El profesor Juan Carlos Álvarez Cortés nos otorga un oportuno, detallado y acertado análisis y estudio de las "Bonificaciones y reducciones como incentivos a la contratación de las mujeres" en el Capítulo XI de esta obra. Examina los datos sobre el colectivo femenino en relación al desempleo y a las políticas de empleo, la reducción de cotizaciones, los incentivos a la contratación a través de las bonificaciones y reducciones de las cuotas de la Seguridad Social tanto en el trabajo por cuenta ajena como por cuenta propia; así como la eficacia de dichas bonificaciones; planteando un reenfoque en las bonificaciones y reducciones para el colectivo de mujeres.

Las políticas de empleo y su relación con el género son tratadas por parte de la profesora María Iluminada Ordóñez Casado de una forma muy pertinente y minuciosa en el Capítulo XII: "Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género"; donde se presta especial atención al principio de igualdad y la prohibición de discriminación en el ordenamiento jurídico español.

Por su parte, el profesor Francisco Vigo Serralvo, en el Capítulo XIII, reflexiona sobre "La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos". Parte de una diferenciación de Derecho del Trabajo y del Derecho del Empleo, centrando su atención en la paridad en el acceso al empleo analizando tanto la normativa nacional como internacional referente y sus respectivas vicisitudes; resaltando la importancia de la Ley Orgánica 3/2007 en relación a la paridad de sexos y el acceso al empleo, la proscripción de criterios discriminatorios en los procesos selectivos y de reclutamiento de personal, las políticas de empleo y su desarrollo, el distintivo para las empresas en materia de igualdad, la importancia de la negociación colectiva al respecto de la cuestión (con especial atención a los planes de igualdad) y los tipos infractores en materia de igualdad en el acceso al empleo .

El aspecto social en términos de la disciplina del Trabajo Social lo introducen las "Medidas para impulsar el empleo de las mujeres en riesgo de exclusión social", que son analizadas por parte del profesor Mario Millán Franco, la Graduada en Derecho y Dirección y Administración de Empresas Sofía Louise Martínez Martínez y la profesora Laura Domínguez de la Rosa en el Capítulo XIV de esta obra. Se analizan en este capítulo los indicadores y la conceptualización de la exclusión social, la necesidad del enfoque de género en el fenómeno de la exclusión social haciendo especial hincapié en los colectivos de mujeres con alto riesgo de exclusión social; así como en las medidas para impulsar el empleo de calidad de las mujeres en riesgo de exclusión social en aras de una búsqueda de la plena inclusión laboral de las mismas.

El punto de vista del análisis económico internacional de la cuestión es introducido por parte de los Doctorandos Manoela Papp (Funcionaria Pública de Justicia en Brasil) y Luis Felipe Seegmuller de Carvalho (Abogado en Brasil) en el Capítulo XV con su trabajo "La necesidad del equilibrio de géneros en los mercados financieros". Para estos autores, es en el mercado financiero donde se produce una mayor distorsión de representación entre géneros; a pesar de que existen estudios que demuestran mejor rendimiento que el obtenido por los hombres; lo que analizan de una forma detallada a lo largo de su trabajo.

"ESTUDIOS SOBRE LA MUJER TRABAJADORA Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA"

Por último, y desde el punto de vista fiscal, en el Capítulo XVI, el profesor Miguel Gutiérrez Ben-goechea analiza el "Género y la fiscalidad en el régimen matrimonial de gananciales". Se revisan los derechos y obligaciones de los distintos regímenes matrimoniales, las cuestiones tributarias en el IRPF y otro tipo de impuestos en gananciales; así como las modificaciones de *lege ferenda* en la fiscalidad del régimen económico ganancial.

En definitiva; y tal y como podrá observar el lector de esta obra colectiva, en la misma se lleva a cabo un exhaustivo análisis de la situación jurídica y social en su amplio sentido de la mujer trabajadora y de los mecanismos para su protección y tutela desde diferentes puntos de vista y desde diferentes disciplinas (Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho del Empleo, Prevención de Riesgos Laborales, Derecho a la Igualdad y Derecho Constitucional; Derecho Tributario, notas de Derecho comparado y de la perspectiva del ámbito económico y del Trabajo Social).

Todo ello no hace sino encumbrar esta obra ecléctica y multidisciplinar como obra de referencia dentro del estudio de la protección de los derechos de la mujer trabajadora inserta en nuestro panorama actual. Obra que se presenta como necesaria tanto por su calidad como por la profundidad y diversificación de los temas tratados; así como por las diferentes perspectivas desde las que se aborda la cuestión de la protección jurídica de la mujer trabajadora en nuestro país.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑA DE “ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL, CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS”

(GUINDO MORALES, S., LABORUM, MURCIA, 2020)*

Alejandro Muros Polo

Contratado predoctoral FPU

Universidad de Granada

amurospolo@correo.ugr.es ORCID 0000-0002-6192-8481

Recepción de trabajo: 05-09-2020-Aceptación: 09-09-2020

El estudio del despido, a pesar de ser un tema clásico, no deja de ser objeto de incesantes debates sociales, políticos, científicos y judiciales; y más aún tras las últimas modificaciones legislativas en sentido liberalizador de dicha figura extintiva del contrato de trabajo, sin que resulte tampoco ajena la preocupación por la situación de pandemia mundial que nos asola y sus consecuencias económico-sociales, las cuales todavía están por ver.

En este sentido, el legislador español se ha preocupado por flexibilizar el despido, instaurándolo al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa y en detrimento de los derechos de los trabajadores, a través, que no solo, de una justificación causal muy debilitada y un coste económico muy reducido. No es casualidad, por tanto, que el despido por causas objetivas, junto al despido disciplinario declarado improcedente, hayan vivido un crecimiento exponencial en los últimos años de crisis, lo cual pudiera dar a entender el rumbo a seguir en los próximos meses o años, siempre que no se produjera, y pudiera parecer que sí, un cambio de política-legislativa muy necesario, en sentido contrario.

De este modo, el tratamiento específico técnico-jurídico y político de la “Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas”, como el que aquí se propone, es una cuestión de imperiosa necesidad. Aclarar dicho panorama legal, doctrinal y jurisprudencial para aportar soluciones concretas a los problemas que esta modalidad extintiva genera, ha sido la empresa abordada con rigurosidad, y me atrevería a decir, que, con éxito, por la doctora y profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Sara Guindo Morales. La calidad técnica y solvencia con la que la autora ha afrontado la problemática de la acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas, avalan su prestigiosa trayectoria, dedicada principalmente al estudio del despido por circunstancias objetivas, tema de su Tesis doctoral.

* Grupo de Investigación SEJ-184 “Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social” de la Universidad de Granada.

"ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL, CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS"

No es menos importante que el presente manuscrito, publicado en 2020, haya sido editado por la prestigiosa editorial Laborum, referente en el mundo jurídico y de manera especial en el ámbito *iuslaboral*, y cuyo interés por la difusión científica y del conocimiento se plasman en la extraordinaria calidad de sus obras, como la que aquí se recensiona.

En cuanto a la estructura del texto, el índice sistemático utilizado por la autora, refleja claramente dos partes diferenciadas a través de dos capítulos, los cuales están precedidos por un magnífico prólogo del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada José Luis Monereo Pérez, a quien está dedicado el presente libro, y en donde se recogen las principales ideas-fuerza de la cuestión y se sitúan ya las bases del conflicto jurídico a resolver: "la articulación de medidas realmente preventivas de las situaciones de crisis y restructuración empresarial y de sus posibles y previsibles consecuencias sociales en la línea marcada por las recomendaciones *soft law* de la Unión Europea"¹.

De este modo, tras el prólogo, la doctora Guindo Morales aborda una introducción en la que expone los objetivos del estudio, su metodología (basada en una labor sistematizadora, de *lege data* y de *lege ferenda*), la estructura utilizada y su premisa fundamental: la necesaria reformulación de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas, y del despido en general, con el objetivo de paliar el grave desequilibrio contractual acaecido tras las últimas reformas laborales, y cuyo principal perjudicado es el trabajador.

A los efectos de llamar la atención aún más al lector, y resaltar una vez más la importancia y enorme aplicación práctica del presente manuscrito, se abordará sintéticamente el contenido de los siguientes capítulos:

- "Capítulo I. La acción de impugnación judicial del despido por circunstancias objetivas". En este capítulo se estudiará el régimen jurídico de la acción de impugnación judicial, sus fundamentos, naturaleza y diferentes modalidades. A su vez, se explicitarán los presupuestos preprocesales o prejudiciales para evitar el proceso judicial de despido, el plazo de ejercicio de la acción de impugnación judicial y su suspensión, cuestiones de enorme controversia en la doctrina científica y judicial, así como la presentación de la demanda por despido objetivo, sus incidencias, el juicio por despido objetivo, y, finalmente, la prueba y conclusiones del juicio.
- "Capítulo II. Calificación judicial y efectos jurídicos del despido por circunstancias objetivas: procedencia, improcedencia y nulidad". En esta segunda parte, como su propio nombre indica, se abordarán cada uno de los supuestos de calificación judicial de procedencia, improcedencia y nulidad de manera diferenciada, así como sus efectos. Merece resaltar por su importancia y actualidad, entre otros aspectos, la problemática de los salarios de tramitación y su cómputo, el estudio sobre el debate candente acerca de la implantación del sistema de la "mochila austriaca", las diferentes referencias al despido en las directivas comunitarias, las peculiaridades procesales del despido por

¹ Monereo Pérez, J.L., "Prólogo", en Guindo Morales, S., *Acción de impugnación judicial, calificación y efectos de la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas*, Laborum, Murcia, 2020, pág. XIII.

"ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN JUDICIAL, CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS"

circunstancias objetivas en las relaciones laborales de carácter especial, las medidas introducidas para la igualdad de trato y de oportunidades, y aquellos supuestos de no readmisión o readmisión irregular. Finalmente, se analizarán la ejecución del fallo de la sentencia judicial firme, el sistema de recursos, la ejecución provisional de sentencias, y las consecuencias jurídicas del despido por circunstancias objetivas en materia de Seguridad Social o la suspensión del derecho a la prestación por desempleo en los casos de ejecución provisional de la sentencia judicial que declare la nulidad o improcedencia con opción por la readmisión del despido.

Para terminar, la doctora Guindo Morales elabora una serie de conclusiones críticas y propuestas de *leye ferenda*, con objeto de instar a las autoridades competentes para que reformulen y revisen con carácter urgente el modelo vigente de calificación judicial y efectos jurídicos del despido en general y del despido objetivo en particular. A modo sintético, la autora defiende en estas líneas un cambio en la cuantía indemnizatoria y en el modo de optar por la readmisión por parte del trabajador para así garantizar efectivamente que no se produzca un despido sin justa causa y se compense en gran medida el desequilibrio contractual emanado de las últimas reformas.

En definitiva, la monografía aquí recensionada introduce un elemento innovador por su temática en el mercado editorial español, y además, se presenta como una herramienta necesaria y útil para cualquier operador jurídico, aunque especialmente para los profesionales del Derecho encargados de la defensa de trabajadores y empleadores, los cuales tienen que hacer frente a los problemas ocasionados tras los últimos cambios legislativos y las imprecisiones e indeterminaciones de la norma sustantiva y procesal.