

LA RESPUESTA DEL DERECHO DEL TRABAJO A LA CRISIS DEL COVID-19: LOS ERTES DE LA EMERGENCIA SANITARIA¹

FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEGO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

1. EL DESAFÍO DE LA PANDEMIA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

España es uno de los países más afectados por la pandemia mundial del COVID-19. Su impacto en la población, el sistema sanitario y la sociedad en su conjunto está siendo devastador. También lo ha sido para el Derecho, convirtiéndose en un verdadero suceso jurídico que ha afectado la forma en que se produce, aplica e interpreta. Porque ha sido el Derecho el que ha tenido que ponerse al servicio de la respuesta estatal a este fenómeno.

El momento determinante fue la entrada en vigor del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, posteriormente

¹ Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. Es un resultado científico del proyecto de investigación “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social”, de la convocatoria 2018 de “Proyectos de I+D Retos Investigación”, con referencia RTI2018-098794-B-C31. También lo es del proyecto FEDER18-1264479 “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”.

prorrogado en varias ocasiones. Desde entonces hemos asistido a la aparición de una auténtica riada de normas, del más variopinto y curioso rango, y en la que las normas laborales han tenido un papel fundamental².

La vertiente laboral de esta respuesta ha sido de las más importantes. Durante el tiempo en que ha venido desarrollándose este suceso jurídico se ha promulgado un número importante de normas, que han afectado a instituciones laborales fundamentales³. Se habla, así, de un verdadero “Derecho de la emergencia COVID”, radicalmente diferente a otras experiencias anteriores de respuesta a crisis en la economía o en el empleo⁴.

Ante esta constatación cabría preguntarse qué ha supuesto el COVID-19 para el Derecho del Trabajo en España. A esta pregunta trata de contestar este trabajo. Y lo hace desde una perspectiva general, coherente con el enfoque seguido en este libro, centrado no tanto en las normas o instituciones concretas sino en la valoración global de lo que está siendo esta experiencia (aún no terminada en el momento de entregar este capítulo). Sólo habrá una figura en la que nos detendremos, por su carácter central en esta etapa: los expedientes de regulación de empleo (en adelante ERTES), que han sido una de sus señas de identidad. Para otras nos remitimos a los estudios monográficos presentes en este mismo libro.

Así pues, debíamos responder a la pregunta ¿qué ha supuesto el COVID-19 para el Derecho del Trabajo en España?

Lo primero ha sido la necesidad de afrontar una realidad sin precedentes, algo que nunca había ocurrido antes, lo que nos dejaba sin antecedentes que pudieran servir de guía para encontrar una respuesta adecuada. El Derecho del Trabajo, particularmente el español, tiene que enfrentarse periódicamente a situaciones caracterizadas por las dificultades económicas, con impacto en el empleo. Esto es totalmente diferente, y lo probado hasta ahora nos ha sido de poca utilidad.

² Tal ha sido la producción normativa de este periodo que han dado lugar incluso a la aparición de varios Códigos del Boletín Oficial del Estado sobre Crisis Sanitaria COVID-19, incluyendo uno especializado en las medidas laborales.

³ Los autores de este trabajo forman parte de un equipo de investigadores de diversas universidades que han puesto en marcha un portal web que se ha dedicado a presentar y estudiar las normas laborales de la pandemia. Se trata del portal “Trabajo, persona, Derecho, mercado”, accesible en <http://grupo.us.es/iwpr/>. Algunas partes de ese trabajo tienen su origen en entradas de este blog.

⁴ Para un estudio de este derecho nos remitimos al nº monográfico de la revista electrónica “Trabajo, persona, Derecho, mercado”, vinculada al portal web antes señalado, monográfico sobre “Respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus”; nº 1, octubre 2020; accesible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>

Tampoco teníamos modelos o referentes. Los Estados más próximos a nuestra tradición jurídica-laboral, a los que tradicionalmente hemos mirado en busca de modelos, estaban tan despistados como nosotros. Y cada ordenamiento ha tirado de lo conocido, de sus instituciones tradicionales, por lo que sus soluciones no nos ayudaban mucho. Poca ayuda recibimos también de la Unión Europea y de la Organización Internacional de Trabajo, cuyos instrumentos y plazos no han sido efectivos para una realidad como ésta, necesitada de respuestas inmediatas.

Lo segundo que ha supuesto la COVID-19 ha sido una verdadera emergencia. Los laboristas somos muy proclives a utilizar esta expresión, hablando de “Derecho de la emergencia” cada vez que teníamos que afrontar una crisis económica más o menos fuerte. Este dramatismo ha quedado en evidencia cuando la pandemia nos obligó a adoptar medidas que no podían esperar, ni para diseñarse ni para aplicarse. Nuestra forma tradicional de funcionar, incluso con normas teóricamente de emergencia como el Real Decreto-Ley, ha demostrado sus limitaciones. La colaboración de los interlocutores sociales, otra seña de identidad de nuestra respuesta a las crisis, tardó en producirse.

Es, igualmente, una reforma laboral con objetivos nuevos. No se trata de fomentar el empleo o potenciar la competitividad, ni de democratizar o de descentralizar el Derecho del Trabajo. Otros eran los objetivos, siendo el primero el de facilitar el confinamiento, tanto de los trabajadores como de sus familias. Uno segundo era el de mantener los ingresos para los trabajadores, incluso cuando estuvieran impedidos para prestar sus servicios por cierre temporal de la empresa o por necesidades de cuidado de dependientes. El tercero sería el de reducir los costes para las empresas, transfiriendo una parte importante de éstos al sector público. Y un cuarto sería el de sostenibilidad del sector público, especialmente claro cuando se constató que se trataba de una situación a largo plazo⁵.

Probablemente el mayor desafío para el Derecho del Trabajo ha sido el gestionar una intervención de gran alcance, pero no programada, sin un guion previamente establecido. El modelo original se basó en una asunción, la del confinamiento corto y de la recuperación rápida, que nunca se produjo; la desescalada que ya tocábamos se truncó; por esto las medidas de respuesta a la

⁵ Así constaba en la Exposición de Motivos del RDL 8/2020, norma central durante este período: *“En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-Ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad”*.

crisis COVID han sido continuamente corregidas, añadiendo un nuevo factor de complejidad y una nueva fuente de inseguridad.

2. RASGOS GENERALES EN LA RESPUESTA DEL DERECHO DEL TRABAJO

A nuestro juicio conjunto de normas mostraba, ya desde un principio, tres rasgos que han caracterizado la respuesta laboral a toda esta crisis.

La primera, el carácter excepcional y limitado de todas estas medidas, pensadas para una situación aparentemente temporal, y que ha conducido a la aprobación multitud de normas sometidas, eso sí, a una caducidad conectada normalmente a su necesidad como respuesta frente a la crisis sanitaria. De hecho, resulta significativo que ninguna de estas normas modificara ni el Estatuto de los Trabajadores, ni la Ley General de Seguridad Social, ni la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Estas normas, aunque de una importancia fundamental, cuantitativa y cualitativamente hablando, son normas, especiales, que no derogan sino que son de prioritaria aplicación frente a una normativa general que permanece incólume; normas, por tanto, y si se nos permite la expresión, de usar y tirar, sometidas a un término cierto en cuanto a su acaecimiento, aunque quizás no tanto en el momento exacto de su caducidad. Y de hecho, resulta llamativo que, seguramente, nunca hayamos tenido unas normas especiales sometidas a tan intensa aplicación, al convertir, dado el momento casi surrealista que vivimos –en expresión de una de nuestras alumnas–, lo especial en lo común, lo general en lo singular.

El segundo rasgo y, sin duda, el más llamativo, es la notable impronta social que estas medidas reflejan. Por poner sólo un ejemplo, la equiparación de la prestación de incapacidad temporal a la generada por accidentes de trabajo –con lo todo lo que ello suponía de ausencia de periodos de carencia y mayor cuantía de la prestación– no solo reflejaba un cambio de criterio frente a pandemias y, sobre todo, crisis anteriores, sino también la voluntad de proteger a los colectivos más desfavorecidos, aun a costa del consiguiente incremento del déficit público. La impronta del gobierno progresista se ha notado durante todo este proceso.

Finalmente, el tercer rasgo que ya se dejaba entrever en aquellas normas, era la supeditación de las tradicionales instituciones sociales a las necesidades sanitarias y coyunturales de cada momento, hasta llegar, en algunos casos a una cierta desnaturalización de instituciones tradicionales de nuestro ordenamiento. Si durante años hemos enseñado a nuestros alumnos el carácter paccionado de las normas laborales, en las que los intereses en juego eran, básicamente, los de los trabajadores y empresarios, asistimos ahora a unas normas ciertamente laborales, pero inspiradas y sometidas a un interés “superior” cómo es el de la

salud pública. Es ese interés el que, de repente, se convierte en el elemento central de la interpretación de las mismas –planteando, por ejemplo, más que serias dudas sobre aspectos tradicionalmente indubitados de ciertas instituciones como el “trabajo a distancia”– y el que en ocasiones lleva a una utilización de las mismas que acaba por desnaturalizar las instituciones, hasta ciertamente plantearnos cuál es su naturaleza e incluso cuál es el mecanismo sancionador por parte de los poderes públicos frente a posibles incumplimientos de aquéllas: si la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social u otras normas ligadas a la seguridad y salud pública. Y ello, obsérvese, no solo frente al empleador, sino incluso, frente al propio asalariado. La consideración como incapacidad temporal de determinados supuestos de confinamiento total –con sus evidentes consecuencias por ejemplo, en la labor del servicio público de salud– o el ya comentado permiso/obligatorio, retribuido/pero compensable son solo dos ejemplos más de esta línea que, no obstante, puede comprenderse ante la urgencia y el carácter teóricamente limitado de estas medidas.

3. EL IMPACTO DEL ESTADO DE ALARMA

Las primeras normas socio-laborales de este período se dictaron en un momento relativamente temprano de la crisis. Algunas fueron anteriores incluso a la declaración del estado de alarma, y estuvieron destinadas a adaptar las primeras prestaciones de Seguridad Social afectadas por la crisis, la incapacidad Temporal, a las singularidades de esta nueva situación. En concreto, el 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; y el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

Desde el punto de vista del Derecho Social, lo más destacado de estas normas era la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo (exclusivamente a efectos de prestación económica) de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19, primero para los trabajadores asalariados en el sistema de seguridad social; y después para los funcionarios públicos en el ámbito del mutualismo funcionarial.

La norma que impuso esta situación extraordinaria fue 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. Esta norma impone un estado al amparo del artículo 116 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para todo el territorio nacional y con una duración inicial de 15 días, que fueron ampliados sucesivamente hasta llegar al 21 de junio de 2020.

El Real Decreto 463/2020 introdujo importantes limitaciones de la libertad de circulación de las personas, delimitando las actividades para las que se permitía a las personas circular por las vías de uso público durante la vigencia del estado de alarma, limitadas a situaciones tales como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; o la asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. Entre estas actividades se incluía expresamente el “desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial”. Ahora bien, también limitaba considerablemente la actividad económica en el país, lo que reducía considerablemente la realización de estos desplazamientos profesionales.

En efecto, el Real Decreto introduce importantes medidas de contención destinadas a evitar aglomeraciones que pudieran facilitar contagios. Estas medidas afectaron a la actividad comercial, a los equipamientos culturales, a los establecimientos y actividades recreativos, y a las actividades de hostelería y restauración, entre otras, lo que supuso detener su actividad en una mayoría de los casos, lo que afectaba directamente a sus empleados. Se permitía también que la autoridad competente suspendiera cualquier otra actividad o establecimiento que a su juicio pudiera suponer un riesgo de contagio (artículo 10). También se adoptaron medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (artículo 11)⁶, y para reducir los transportes en el territorio nacional.

4. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO DE LA PANDEMIA

4.1. La fase de contención

Hay una primera fase que comienza con la norma fundamental de este período, 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. Norma extensa, de contenidos muy diversos, en lo laboral constituye no sólo el origen sino el núcleo de todo el Derecho especial de este período, manteniendo su papel referencial y su aplicación.

Esta norma tuvo como desarrollo lógico, e incluso en ocasiones materialmente reglamentario, en el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Ambas normas están estrechamente conectadas con el previo Real Decreto 463/2020 y con sus medidas de contención, en especial, las de cierre de actividades –ya sea para empresas,

⁶ Téngase en cuenta que el estado de alarma se declara justo antes de comenzar la Semana Santa, una festividad religiosa muy seguida en España cuyas “procesiones” dan lugar a enormes aglomeraciones en la práctica totalidad del país.

trabajadores o autónomos—. Y ambas fueron completadas y en ocasiones modificadas por otras posteriores de la misma naturaleza.

En esta fase se establecen los elementos fundamentales del Derecho del Trabajo de la pandemia, que pueden resumirse en la utilización de una serie de figuras concretas.

La primera, sin duda, los expedientes de suspensión o reducción temporal de empleo (ERTE), un mecanismo que supone la suspensión de los contratos de trabajo y la percepción por los trabajadores de prestaciones por desempleo, aun manteniendo formalmente su empleo. Estos ERTES, cuya regulación entonces en vigor se debía a la reforma laboral del gobierno conservador de 2012 para hacer frente a los efectos de la crisis financiera mundial de 2008, habían sido tradicionalmente (y a pesar de los esfuerzos del legislador) escasamente utilizados por los empresarios españoles. Ahora se ha recurrido a ellos asumiendo que íbamos a sufrir una crisis profunda pero temporal, en V, el modelo con el que en un primer momento analizó el ejecutivo el impacto laboral de esta crisis.

En concreto aparecía un Capítulo II sobre “Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”, que contenía medidas tanto laborales como de Seguridad Social para ofrecer a las empresas una alternativa que les permitiera adaptarse a la situación provocada por el estado de alarma y el confinamiento sin tener que recurrir a despidos.

El RDL 8/2020 introduce dos grandes novedades en esta figura. De un lado, los llamados “ERTES COVID por fuerza mayor”, que son los que tienen “su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma”⁷. En estos casos se considera acreditada la existencia de fuerza mayor, lo que permite acudir a un procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada, para el que se prevé un régimen especial, más rápido y simplificado. De otro, los “ERTES COVID ETOP”, que serían procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción similares a los previstos en el Estatuto de los Trabajadores, pero sometidos igualmente a especialidades dirigidas a facilitar su utilización.

Las medidas laborales fueron acompañadas de otras de seguridad social, en apoyo tanto de empresas y de personas trabajadoras. Respecto de aquéllas, se

⁷ Cuando éstas “impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados”, según el artículo 22.1 RDL 8/2020.

establece un sistema de exoneración de cuotas (no completo, ni para todos los ERTES), que no tendría consecuencias en la carrera de seguro de los trabajadores (ya que se considerarían a todos los efectos como efectivamente cotizados). Y para éstas se prevén dos medidas de un enorme alcance: de una parte, se les reconoce el derecho a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello; y, de otra, no se les computa el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo en estos ERTES, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.

La segunda gran medida fue la potenciación del trabajo a distancia, así como otras medidas alternativas destinadas a evitar los desplazamientos y el trabajo presencial. Este trabajo a distancia, o mejor dicho, en el domicilio (sea o no teletrabajo, en función del uso o no de las TIC) es, sin duda, la primera opción y prioritaria con respecto a cualesquiera otras medidas, ya sean los ERTE o incluso el permiso obligatorio. Cuestiones distintas son, en primer lugar, si esta impronta y tendencia logrará mantenerse cuando termine esta situación sanitaria –lo que seguramente sería deseable–, así como los problemas jurídicos –en especial, su voluntariedad o no, y en su caso, los límites– que esta medida puede tener para el trabajador en un contexto, como ya hemos avanzado, de fuerte instrumentalización de la instituciones laborales tradicionales a esta finalidad de salud pública.

La tercera gran medida laboral de este período ha sido la aprobación de un derecho a la readaptación y, sobre todo, a la reducción de la jornada que, no obstante, no vino acompañada, avanzamos, de nuevas ayudas de seguridad social, ni de su consideración de permiso –como, al parecer, propusieron inicialmente los sindicatos–. La conexión de esta norma con las medidas de contención y, materialmente, con la tantas veces cuestionada posibilidad de “imponer” a los trabajadores la utilización con tales fines de sus días de vacaciones han sido objeto de debate.

La cuarta medida la conforman, en general, un conjunto de intervenciones destinadas al mantenimiento del empleo, entre las que destacan la “prohibición” de despidos, –art. 2 RDL 9/2020–, que supone la consideración de la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción como no “justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”; y la obligación de mantenimiento del empleo para aquellas empresas que se hubieran beneficiado de algunas de las ventajas vinculadas a los ERTES especiales COVID.

A estas medidas laborales se han acompañado otras, igual sino más relevantes, en materia de seguridad social, que serán estudiadas en otro capítulo de este libro.

4.2. La fase de intensificación

El segundo momento clave se produce con la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2020 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. En este momento se hace evidente la necesidad de reducir aún más los desplazamientos, y por tanto, la actividad económica, generalizando el confinamiento en los hogares. Para ello se impone a las empresas la obligación de reconocer a sus empleados un permiso obligatorio, retribuido y recuperable, para el periodo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos) con las lógicas excepciones para las actividades consideradas como servicios esenciales. Lo llamativo en este caso es que se trata ahora de una actuación añadida o sobrepuesta a la anterior, que no altera los elementos de la primera –de hecho, su principal medida aparece como subsidiaria del trabajo a distancia y de los ERTES–, y que siendo mucho más intensa es, al mismo tiempo, y al menos en principio, mucho más breve o limitada temporalmente.

La principal o única medida –aunque su efecto personal sea evidentemente amplísimo– es una muy singular institución en donde, nuevamente, se aprecia, la instrumentalización de una figura jurídico laboral, a veces hasta su desnaturalización. No otra cosa cabe decir de ese oxímoron que es el permiso/obligatorio, retribuido/pero recuperable. Y es que solo desde esta perspectiva se comprenden las dudas sobre el instrumento o los instrumentos para sancionar al empresario –Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley General de Salud Pública– o incluso al trabajador –Ley de Seguridad Ciudadana–.

Esta fase de “emergencia dentro de la emergencia” tuvo una duración reducida, como se ha dicho, y pronto se volvió a la “normalidad COVID”, representada por el RDL 8/2020 y sus desarrollos posteriores.

4.3. La fase de desescalada

En mayo se produce el inicio de una tercera fase, que es consecuencia de dos factores. Por un lado, el alargamiento del estado de alarma produjo que las medidas COVID-19 tuvieron una duración mucho mayor de la prevista originalmente, lo que llevó a sucesivas prórrogas de las iniciativas adoptadas para adaptar el Derecho del Trabajo español a las singularidades del confinamiento. Por otro, el gobierno inicia el proceso de salida del confinamiento general impuesto por el Real Decreto 463/2020, estableciendo fases graduales, diferenciadas por provincias, a través de las cuales se va ampliando progresivamente la movilidad y se va retornando a la normalidad. Tanto la alarma como las normas que la aplicaban en lo laboral fueron llegando a su fin, lo que llevó a la necesidad de diseñar un proceso para finalizar también

la vigencia de estas medidas, y planificar el retorno a la normalidad. Antes incluso de terminar el estado de alarma ya había medidas destinadas a este fin.

En este contexto los interlocutores sociales firmaron el 11 de mayo el Acuerdo Social en Defensa del Empleo, que fue la primera aportación relevante de los interlocutores sociales durante este período. Lo característico de esta fase del Derecho de la crisis sanitaria haya sido la recuperación del papel de los interlocutores sociales, que había quedado bastante oculto durante la fase de construcción como consecuencia de la urgencia impuesta al Gobierno de la Nación para aprobar estas medidas⁸. Posteriormente se firmó un segundo pacto social, el II Acuerdo en Defensa del Empleo (II ASDE), alcanzado entre los Ministerios de Trabajo y Economía social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y los cuatro interlocutores sociales estatales, para dar continuidad a estas medidas extraordinarias COVID-19, “prorrogando su espíritu pero adaptándolas al momento actual”. El liderazgo de los sujetos colectivos en esta nueva fase pone de manifiesto con la creación de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral del proceso de desconfinamiento por la disposición adicional segunda del RDL 18/2020, órgano tripartito al se le atribuye papel de primer nivel en la gestión de este proceso. El posterior RDL 24/2020 amplía sus competencias⁹.

La primera norma que se dicta en esta fase es el Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Es una norma muy escueta, de extensión mucho menor a la de los RDLs precedentes. Esto es porque

⁸ Es necesario, sin embargo, valorar adecuadamente esta pretendida ausencia, porque seguramente es más formal que real. No podemos olvidar que el 12 de marzo de este año se firmó por los cuatro interlocutores sociales estatales un acuerdo de propuestas agentes económicos y sociales. Es igualmente significativo que por estas mismas fechas se constituyera una mesa de seguimiento de la crisis provocada por el coronavirus, entre cuyas funciones se encontraba diseñar medidas económicas para afrontar la situación con participación de patronal y sindicatos. De alguna manera estaban ya presentes en el intercambio político que produjo las grandes medidas de esta primera fase; aunque sin una gran visibilidad, lo que seguramente ocultó la verdadera dimensión de su actuación.

⁹ El apoyo a los agentes sociales en el RDL 24/2020 va más allá, y junto a estos órganos de participación institucional se prevé el desarrollo del diálogo social para gestionar la desescalada. Así, la disposición adicional cuarta dispone que el Ministerio de Trabajo y Economía Social se reunirá, a la mayor brevedad posible, con los cuatro interlocutores sociales más representativos a nivel nacional para tratar diversas cuestiones relacionadas con la prestación por desempleo reconocida durante los expedientes de regulación temporal de empleo derivados del COVID-19. En concreto, se ocupará de la situación de las personas con varios contratos a tiempo parcial y las posibles soluciones al consumo durante el estado de alarma de las prestaciones y subsidios por desempleo de personas no afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo. Adicionalmente, la disposición adicional quinta RDL 24/2020 se ocupa del denominado “pacto por el empleo”, que en realidad supone el compromiso de negociar medidas tendentes a la creación de empleo a través de las cuatro mesas de diálogo constituidas con el Presidente del Gobierno.

su contenido es estrictamente laboral, sin incluir, como en los anteriores, disposiciones de otro contenido. Es una respuesta concreta a un problema concreto; y la aplicación de un acuerdo previo que se ceñía a cuestiones laborales. También se apoya continuamente en las regulaciones anteriores, a las que se remite.

La segunda es 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. A diferencia de la anterior, es una norma mucho más extensa, en la medida en que, como de su título claramente se desprende, engloba dos grandes bloques temáticas, sólo una de las cuales es propiamente laboral.

Ambas normas aparecen íntimamente vinculadas, presentándose la segunda como una continuación de la primera, con una estructura y contenidos muy similares. De hecho, en la parte laboral las dos contienen artículos especulares, de tal modo que el que aparece en el primero reaparece en el segundo, con idéntica numeración y denominación, y contenidos actualizados. Las dos conforman lo que podemos denominar como “el Derecho del Trabajo de la desescalada”, que comienza el retorno a su condición natural tras la mutación radical que le supuso ponerse al servicio del Estado de alarma.

En concreto, la normativa de esta fase va a dar respuesta a algunas de las cuestiones que más inseguridad habían generado en la gestión de las medidas laborales de la crisis del COVID-19: la duración de los ERTES especiales ofrecidos a las empresas para gestionar esta situación, por fuerza mayor (ERTE FM) y por causas objetivas (ERTE ETOP); y la conexión entre ambos tipos de expedientes.

Estas cuestiones han ido surgiendo a medida que se ha ido comprobando que no se trataba tan sólo de una paralización parcial de la economía durante un corto período de tiempo, como al principio parecía, sino de un estado mucho más largo al que seguiría otro aún mayor de dificultades económicas. Esto llevó a muchas empresas a acogerse a ERTE FM, pero a la vez iniciar la tramitación de otro ETOP para cuando finalizara el confinamiento y comenzarán los problemas. Los sucesivos acuerdos interconfederales y las normas gubernamentales que los aplican afrontan las dos cuestiones señaladas, con un tratamiento muy diferente de cada uno de los dos tipos de ERTE, los FM y los EPOP.

Pero ambas normas van a desempeñar una segunda función, la de completar el régimen jurídico de los ERTES COVID en algunos aspectos que no habían quedado adecuadamente resueltos en sus regulaciones de origen, o que habían demostrado ser más complicados de lo esperado. Entre estos destacan:

- Detallar la obligación de mantenimiento del empleo, presente ya desde el RDL 8/2020

- Establecer limitaciones al acceso a los ERTES COVID a determinadas empresas
- Prohibir utilizar determinados instrumentos de contratación durante los ERTES COVID
- Establecer ventajas para los trabajadores en ERTES COVID que no tengan derecho a prestaciones por desempleo

Finalmente, en estas normas se prevé la posibilidad de que las empresas puedan solicitar nuevos ERTES ETOP, tras la entrada en vigor del RDL 18/2020 (y hasta el 30 de junio de 2020), si se repiten las condiciones para ello. A éstos se les llamó, en la jerga de los juristas del trabajo, “ERTES de rebrote”, constituyendo una nueva modalidad de éstos.

4.4. La fase de rebrote

La fase de desescalada comenzó cuando era previsible un retorno razonablemente rápido a una situación de normalidad, y se intentó responder a las necesidades de trabajadores y empresarios prorrogando los ERTES hasta una fecha considerada como de finalización de la anormalidad. Se le puso término, así, a la “anormalidad COVID”, y la fecha que se eligió para la finalización de las medidas extraordinarias fue la del 30 de septiembre de 2020, cuando se esperaba que la mejora de la situación habría permitido ya el regreso a la normalidad productiva, y por tanto a la laboral. Los interlocutores sociales se dotaban no sólo de una solución adecuada para estos meses; sino también de un plazo suficiente para negociar nuevas medidas, en caso de considerarse necesarias.

Desgraciadamente, las cosas no fueron como se esperaba. La fecha del 30 de septiembre demostró ser excesivamente optimista, y parecía que el plazo podría terminar sin que la situación se hubiera resuelto. La continuidad de los ERTES COVID se planteó como un problema de primer orden para la sociedad española, porque su finalización antes de producirse la recuperación económica abocaba a las empresas al desastre y a los trabajadores al despido. Se disponía de un plazo razonable para negociar, pero el acuerdo tardó demasiado en llegar, agotándose el límite máximo disponible. Finalmente se llegó a un nuevo pacto social, el tercer Acuerdo Social en Defensa del Empleo entre agentes sociales y Gobierno (III ASDE); y a la aprobación del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

Lo primero que hace esta norma es prorrogar ERTES COVID FM basados en el artículo 22 RDL 8/2020 vigentes a la entrada en vigor del RDL 30/2020; esta prórroga es automática, y se prolonga hasta el 31 de enero de 2021. Se repite lo que ya se hizo en su momento con el RDL 18/2020 y el RDL 24/2020, ya explicados supra.

Durante su periodo de vigencia, algunos de estos ERTES FM prorrogados automáticamente podrán continuar beneficiándose de exoneraciones en las cotizaciones. A estos efectos se mantiene la distinción entre las empresas por la dimensión de la plantilla: 85% de reducción para las de menos de 50 trabajadores; 75% para el resto.

Las empresas que pueden continuar beneficiándose de las reducciones son las siguientes

- empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad; estas empresas se identifican mediante una tabla anexa al RDL en la que se señala un listado cerrado de CNAEs,
- empresas que formen parte de la cadena de valor de las empresas a las que se refiere el apartado anterior,
- empresas cuyo negocio dependa indirectamente y en su mayoría de estas mismas empresas.

Igualmente se mantiene la posibilidad de solicitar los ERTES ETOP extraordinarios hasta la misma fecha, el 31 de enero de 2021. A éstos se aplicarán los términos previstos en la comunicación final de la empresa, previéndose además la posibilidad de prórroga por acuerdo. También se articula su aplicación como prolongación de un ERTE COVID FM anterior. Y se prevé que puedan aplicar exoneraciones como ERTE FM prorrogados, si están en uno de los CNAE del Anexo, en dos supuestos: si se inician tras un ERTE FM; y si ya se beneficiaron de exoneraciones en la cotización previstas en el RDL 24/2020.

Y junto a ellos se introducen otros nuevos tipos, los ERTES por impedimento y por limitación del desarrollo normal de la actividad de la empresa. Los primeros, (ERTES por impedimento) se permiten a las empresas que no puedan desarrollar su actividad a resultas de decisiones de contención sanitaria de las autoridades posteriores al 1 de octubre. Los segundos (ERTES por limitaciones) se destinan a las empresas cuya actividad se vea limitada a resultas de decisiones de las autoridades. Ambos tienen su propia tabla de reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y su duración se vincula a la de la de las nuevas medidas de impedimento o limitación¹⁰.

Un panorama muy amplio que pretende no sólo mantener disponibles estos instrumentos, sino también adaptarlos a las diferentes situaciones en las

¹⁰ Como curiosidad el impedimento puede deberse a decisiones de autoridades públicas españolas o extranjeras, mientras que el de limitación sólo cabe por medidas adoptadas por las autoridades españolas. Esto se entiende si se tienen en cuenta los efectos de algunas decisiones sobre desplazamientos a España impuestas por los Gobiernos de otros Estados.

que pueden encontrarse las empresas. Algo que con las urgencias de meses anteriores no hubo ocasión de hacer.

Junto a estas novedades abundan las medidas ya previstas en el RDL 24/2020 (o en normas anteriores de este periodo) cuya vigencia se mantiene más allá de la originalmente prevista.

5. CONCLUSIONES: UNA VALORACIÓN GENERAL DEL DERECHO DE LA EMERGENCIA COVID

Si tuviéramos que resumir nuestra estrategia legislativa frente al COVID diríamos que hemos sido a la vez continuistas y rupturistas. Continuistas porque hemos utilizado figuras ya conocidas (ERTES y protección por desempleo), con métodos igualmente tradicionales (combinando legislación de emergencia y diálogo social). Rupturistas, porque adoptamos procedimientos más simples, cambiamos el papel de la administración, y encontramos otras formas de representar a la plantilla. No fueron malas las soluciones, aunque hubo numerosos problemas de técnica legislativa que generaron en ocasiones verdadera inseguridad jurídica.

La actividad empresarial se ha subordinado a la seguridad sanitaria, tanto de los trabajadores como a nivel grupal, reduciendo la movilidad de las personas. También se ha subordinado a las necesidades derivadas de los cuidados familiares, que se han intensificado en un momento con largos periodos sin actividad presencial en los centros educativos.

Un papel central en el Derecho del Trabajo de la emergencia laboral lo han tenido los ERTES, la adaptación de una figura ya conocida, pero poco utilizada. A ésta se le han añadido tal número de especialidades y adaptaciones que se puede hablar de unos "ERTES COVID" cuya utilización ha sido masiva durante este período. Aparecieron como tales en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que ha actuado como el verdadero texto central de este Derecho laboral excepcional. Norma verdaderamente de urgencia, elaborada para una realidad desconocida y sin precedentes, ha sido completada por otras posteriores para resolver algunas de sus carencias y para mejorar la protección que pretendía ofrecer para trabajadores y empresas, así como para facilitar la vuelta a al orden normal de las cosas, a la aplicación ordinaria del Estatuto de los Trabajadores y del resto del ordenamiento laboral.

El recurso a los ERTES se explica porque el Gobierno español, al igual que los de otras naciones que han debido afrontar una crisis similar, acudió a las figuras laborales disponibles. Y entre éstas estos mecanismos de suspensión contractual y reducción de jornada parecían la opción más evidente. Se adecuaba perfectamente a los objetivos que se querían lograr con el Derecho del Trabajo de la Pandemia, asegurar a la vez el confinamiento de los trabajadores y

la salvaguardia de los puestos de trabajo, mediante la ayuda económica a las empresas, a las que se les levantaban los costes laborales, tanto salariales como de seguridad social, en tanto no fuera posible volver a la situación previa. La valoración del éxito o fracaso de esta medida debe hacerse teniendo en cuenta estos objetivos, que en un principio eran prioritariamente sanitarios.

Disponibilidad y adecuación no son los únicos criterios que deben ser tenidos en cuenta para evaluar la decisión de optar por estos expedientes en lugar de por otro tipo de medidas. Se trata de una opción que encaja en los esquemas de la responsabilidad social corporativa, como una forma de reestructuración socialmente responsable. En efecto, su objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo durante una crisis que se presumía temporal resultaba coherente con los modelos de gestión de los procesos de reestructuración laboral diseñados de acuerdo con los principios de la responsabilidad social empresarial¹¹.

Apostar por los ERTES parece también una buena idea desde los esquemas de la flexiguridad, que aunque están un poco olvidados siguen siendo la estrategia oficial de la Unión Europea en materia laboral. Los ERTES COVID compaginan una seguridad para los trabajadores –mantienen su empleo y un ingreso, sin afectar a prestaciones futuras–, con una flexibilidad para las empresas –que pueden reducir sus costes laborales y su capacidad productiva con mucha facilidad y sin grandes costes–. La excepcionalidad laboral ha permitido introducir el tercer elemento que hace viable los modelos flexigueros, y que había faltado en España: la intervención del Estado aportando los fondos necesarios para financiar las medidas de soporte económico a los trabajadores a los que las empresas daban de baja temporalmente. Esta contribución, que ya existía en realidad aunque con pequeñas dimensiones, fue potenciada hasta convertirla en el elemento central que hacía que todo el mecanismo funcionara. Ha sido el esfuerzo del Estado, a través de prestaciones sociales y exoneraciones a cotizaciones, lo que ha hecho posible evitar una destrucción masiva de empleos a lo largo de los meses de la crisis COVID-19.

Si quisiéramos valorar de manera global esta experiencia podríamos decir que el sistema ofrece en general una buena respuesta a las necesidades del momento, de acuerdo con los instrumentos jurídicos disponibles y las prioridades gubernamentales. Esto explica, entre otras cosas, el apoyo de los

¹¹ De hecho, en la crisis anterior, la iniciada a nivel mundial con la caída de Lehman Brothers, se había promovido el uso de los ERTES como alternativa menos costosa en términos sociales que los ERES entonces disponibles para las empresas. La regulación que todavía existe en el Estatuto de los Trabajadores refleja esta intención, que sin embargo no pudo ser llevada a la práctica por la gravedad de las dificultades para las empresas.

interlocutores sociales, que ha sido continuo. Pero tiene sus aspectos negativos, es claro, que habría que dejar igualmente señalados.

El primero es la complejidad de toda esta regulación, al preverse un gran número de situaciones según diversos parámetros (dimensión de la empresa, mes, sector de actividad), que habrá que gestionar, con algunos elementos que pueden resultar complicados de determinar. La conjunción del Derecho especial COVID con el común tampoco ha sido bien resuelta en todos los casos.

El segundo aspecto negativo es la poca calidad técnica del “Derecho de la emergencia COVID”, al menos en la faceta de ésta que hemos estudiado. Sin dejar de ser comprensivos con las extraordinarias circunstancias en las que ha tenido que moverse el Gobierno durante este período; y sin dejarle de reconocer el mérito que tiene haber sido capaz de desarrollar un conjunto normativo tan completo de manera tan rápida, es necesario denunciar la escasa calidad demostrada en su actuación reguladora durante estos tiempos tan extraños.

Las normas que finalmente se aprobaban estaban confusamente redactadas y bastante desordenadas, por lo general, fruto sin duda del apresuramiento y de la heterogeneidad de sus contenidos. Aunque se intentaba concentrar en capítulos específicos las normas laborales presentes en cada Real Decreto-Ley, esto no siempre se hacía correctamente, y se podían encontrar preceptos en distintos lugares del articulado y del resto de disposiciones. En particular, las razones que llevaban a un mandato concreto a aparecer como artículo o como disposición adicional o final no quedaban claras.

No ha habido un criterio claro en cuanto a la reformulación de los plazos como consecuencia del alargamiento de las situaciones o de su empeoramiento. En algunos casos se promulgaban nuevos mandatos, en otros se reformaba la redacción de los preexistentes. Las remisiones a normas anteriores eran continuas, lo que dificultaba la lectura y la interpretación de las disposiciones.

Además, en muchas de las normas de este período se ha producido una mezcla de declaraciones y de mandatos concretos impropia de una técnica reguladora acertada, al menos en los términos en los que ésta se ha entendido tradicionalmente. A ello se une que en el procedimiento normativo se producía sucesión de anuncios y la circulación de documentos previos a la adopción de las distintas medidas, que más que generar debate o preparar a los destinatarios han producido confusión e inseguridad.

Un tercer aspecto negativo es la inseguridad jurídica con la que hemos tenido que operar estos meses, en una rama del Derecho que no se caracteriza precisamente por su claridad y previsibilidad. La baja calidad de algunas regulaciones, la sucesión continua de éstas, el establecimiento de plazos y prórrogas, la falta de criterios interpretativos... todos estos factores han contribuido a este efecto, generando el resentimiento de los operadores jurídicos

y, en general, una valoración muy negativa de toda la producción normativa de este período. Este nivel de inseguridad jurídica sólo se justifica por la urgencia; y sólo es soportable por su duración limitada.

