

Medidas laborales por el coronavirus

(19 de marzo de 2020)



**Francisco Pérez
de los Cobos Orihuel**

Catedrático de Derecho
del Trabajo de la Universidad
Complutense
Of counsel en Oleart Abogado

El presente artículo analiza algunas de las medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 aprobadas por el Gobierno y que se encuentran en el Real Decreto-Ley 8/2020.

El Boletín Oficial del Estado de hoy, 18 de Marzo, por fin publica el Real Decreto-Ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Se trata de un texto largo -46 páginas del BOE- y prolijo, que aborda medidas de muy diversa naturaleza, desde la garantía del suministro de agua y energía hasta la modificación de la Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. Entre estas disposiciones hay importantes previsiones en materia laboral, que deben ser objeto de un análisis detenido, que esta nota urgente no puede pretender realizar. Quisiéramos, eso sí, dar cuenta de dos de las principales medidas instrumentadas en nuestro ámbito por cuanto creemos que son las que más interés van a despertar en los gestores laborales de las empresas. Sin embargo, antes de entrar a analizar estas medidas, que, como veremos, han sido redactadas en términos tales que van sin duda a provocar situaciones de inseguridad jurídica, quisiera llamar la atención sobre una previsión que aparece en la Disposición Adicional 6ª del RDL que reza lo siguiente: *“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”*. Se trata de una previsión que va a condicionar enormemente a las empresas que quieran acogerse al paquete de medidas que la norma incorpora, pues, con independencia de los problemas interpretativos que suscita - ¿en qué momento se determina el nivel de empleo? ¿qué se entiende por tal?- y de que se trata de una norma incompleta -no regula las consecuencias que se derivarán de su incumplimiento-, al ligar la adopción de las medidas que prevé a la congelación de la plantilla de la empresa por seis meses, coloca a las empresas, en un contexto de máxima incertidumbre, ante un dilema dramático: si se acoge a las medidas se compromete a mantener la plantilla por seis meses, si no se acoge tiene que seguir los cauces de una normativa que no está pensada para afrontar una situación de crisis de la envergadura de la que vivimos.

Pero veamos las dos medidas “estrella” a las que aludía.

La primera es el llamado derecho a la **adaptación del horario y reducción de jornada** que aparece en el muy extenso e impreciso art. 6 del RDL. El precepto reconoce tal derecho a *“las personas trabajadoras por cuenta ajena que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho”* o familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, *“cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID- 19”*. El ámbito subjetivo del derecho se extiende, por tanto, a todos los trabajadores, con independencia del sector de actividad al que se dediquen y, por tanto, presten o no servicios básicos (hospitales, supermercados, tiendas de alimentación, farmacias, etc) en el presente contexto. ¿Se ha reparado en las dificultades de gestión que el reconocimiento de este derecho añade a las empresas que están prestando estos servicios básicos a favor del conjunto de la ciudadanía?

La alusión a las circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del coronavirus, que por su carácter general resulta inexpresiva – todos vivimos por desgracia esas circunstancias-, pretende concretarse en el apartado siguiente, conforme al cual se entiende que concurren estas circunstancias excepcionales cuando:

- | *“sea necesaria la presencia de la persona trabajadora para la atención de alguna de las personas indicadas que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID- 19”*.
- | *“existan decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID- 19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier*

otra naturaleza que dispensaran cuidados o atención a la persona necesitada de los mismos”

I *“cuando la persona que hasta el momento se hubiera encargado del cuidado o asistencia directa” del familiar “no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas con el COVID- 19”.*

De los tres supuestos previstos, el segundo es, a mi entender, el más problemático por su gran amplitud: ¿cualquiera que tenga hijos en edad escolar sin clases como consecuencia de la decisión de las Administraciones públicas tiene derecho a la adaptación de la jornada? Del tenor del precepto parece deducirse que sí.

¿En qué consiste el derecho? Se trata – dice la norma- de *“un derecho individual de cada uno de los progenitores”*, que puede *“referirse a la distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo”*. *“Puede consistir -dice el precepto legal- en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado”*. Se trata, por tanto de un derecho de configuración poliédrica, puede traducirse en múltiples cosas, en función de lo que mejor convenga a su titular para atender a la necesidad de cuidado.

¿Qué requisitos o exigencias se requieren para ejercer el derecho?

Aparte encontrarse en cualquiera de las circunstancias excepcionales enumeradas, la norma remite para que el derecho sea practicable a un juicio de ponderación, al afirmar que *“debe ser justificado, razonable y proporcionado en relación con la situación de la empresa, particularmente en caso de que sean varias las personas trabajadoras que acceden al mismo en la misma empresa”*. El legislador reconoce el derecho, pero respecto de su ejercicio exige ponderar la pretensión del trabajador, su justificación y razonabilidad, y la situación de la empresa, ponderación que, como veremos, remite en primer lugar al acuerdo entre trabajador y empresario y, en última instancia, al juez de lo social. Este modo de legislar abierto, que se está imponiendo, supone una abdicación de la función reguladora de la Ley y es inevitable fuente de conflictividad e inseguridad jurídicas.

¿Cómo se ejerce el derecho? De acuerdo con la norma, la *“concreción inicial corresponde a la persona trabajadora, tanto en su alcance como en su contenido”*. No obstante, *“empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo”*. Pero si se produce un conflicto será resuelto por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el

artículo 139 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social.

La regulación legal de esta nueva causa de adaptación del horario y reducción de la jornada parece diseñada por alguien que ignora la situación de grave perturbación de la organización empresarial que ha supuesto el coronavirus. Haber concebido este nuevo supuesto de adaptación del horario y reducción de jornada sobre la base del artículo 34.8 del Estatuto, trasladando a esta situación crítica toda la problematicidad que el nuevo precepto estatutario ha suscitado –negociación previa y, caso de conflicto, decisión judicial-, resulta poco cabal. Supone, en efecto, abrir un espacio de conflictividad jurídica innecesario, que, salvo que la gravedad de la situación haga que prevalezca el buen sentido entre trabajadores y empresarios, tendrá por efecto fomentar el recurso empresarial a la utilización de los ERTES.

El mismo art. 6 en su apartado tercero reconoce un derecho a la reducción especial de la jornada para los trabajadores que encontrándose en las situaciones descritas en el art. 37.6 del Estatuto (quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida, y quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo) se hallen además en cualquiera de las circunstancias excepcionales enumeradas. El régimen jurídico de esta reducción va a ser el general, pero se prevén algunas especialidades: la reducción de la jornada, que debe comunicarse con veinticuatro horas de antelación, puede llegar al cien por cien si resulta necesario, lo que remite de nuevo a un juicio de ponderación, pues en tal caso el derecho tendrá que *“estar justificado, ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa”*. Una ponderación que, también de nuevo, en última instancia resolverá el juez. La reducción total de la jornada, sin embargo, *“no supone cambio de naturaleza”* de la situación, es decir, nos encontramos ante un contrato de trabajo no suspendido, que, sin embargo, ni se presta, pues la jornada se ha reducido hasta el cien por cien, ni se cobra.

Por último, para el supuesto de que de que la *“persona trabajadora”* estuviera disfrutando de una adaptación o reducción de jornada o de alguno de los derechos de conciliación legalmente previstos, podrá renunciar temporalmente a él o tendrá derecho a que se modifique su disfrute cuando concurren las *“circunstancias excepcionales”* aludidas. La solicitud, en tal caso, debe acreditar la necesidad del cuidado y acomodarse a éste y a las necesidades de organización de la empresa, pero, para acabar de complicar la cosa, el legislador introduce una presunción: la solicitud se

considera justificada, razonable y proporcionada salvo que el empresario demuestre lo contrario!!!!. Es decir, se prevé una transformación temporal de la adaptación o reducción de la que ya se disfrutaba, en atención a las nuevas circunstancias excepcionales, remitiendo a un juicio de ponderación, en que se parte de la presunción “*iuris tantum*” de la adecuación de la solicitud. Difícilmente cabía imaginar una regulación de implementación más compleja.

I La segunda medida prevista que son dos **nuevos procedimientos de regulación de empleo temporal**, que no sustituyen a los generales previamente existentes, sino que están llamados a convivir con éstos mientras se mantenga su vigencia: un nuevo ERTE por causa de fuerza mayor ligada a la crisis del coronavirus y un ERTE por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas también ligado a la crisis del coronavirus.

El primero se contempla en el art. 22 del RDL que considera provenientes de una situación de fuerza mayor, con los efectos previstos en el art. 47 ET, *“las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID- 19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria que queden debidamente acreditados”*. En la interpretación de este precepto, cuyos amplios términos podrían por sí mismos dar cobijo a todas las pérdidas de actividad consecuencia del coronavirus, es fundamental tener bien presente el concepto de la fuerza mayor, pues se trata de un concepto asentado, verdadero núcleo de la regulación, que no consiente forcejeos interpretativos. Por fuerza mayor se entiende *“un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que a la vez sea imprevisible o que pudiendo preverse resulte inevitable”* (STS de 25 de noviembre de 2008, Rec. 117/06; 10 de febrero de 1997, EDJ 766; 16 de mayo de 1995, Rec. 55/92). A nuestro juicio, la situación creada por el coronavirus constituye una fuerza mayor en dos sentidos:

1. En primer lugar, el Coronavirus, su rápida difusión y su enorme infectividad constituyen en sí mismos una situación de **fuerza mayor propia**. Estamos, en efecto, ante un acontecimiento externo al círculo de la empresa, imprevisible e inevitable, que ha provocado una crisis sanitaria, social y económica sin precedentes y de carácter general, cuya repercusión sobre la empresa no se ha hecho esperar.

Sobre el alcance y gravedad de la crisis baste recordar que ha llevado a la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo a declarar una situación de pandemia internacional y al Gobierno de España el 14 de marzo a decretar el estado de alarma. En el preámbulo del Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, expresamente se dice: *“La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos”*. Como se desprende de estas mismas líneas, estamos ante un acontecimiento que por ser ajeno al círculo empresarial, involuntario, imprevisible e inevitable, además de singularmente grave reúne todos los elementos necesarios para constituir una situación de fuerza mayor en principio de carácter temporal.

Si se repara en algunos de los supuestos en los que la jurisprudencia ha considerado que concurría una fuerza mayor temporal, como era el caso de una nevada de intensidad suficiente para imposibilitar el acceso de los trabajadores a la empresa (STS de 4 de marzo de 1991, EDJ 2368; 24 de junio de 1994, EDJ 11824; 20 de julio de 1995, EDJ 4831), unas lluvias intensas y extraordinarias (STS de 23 de junio 2003, EDJ 50974), o el desabastecimiento de piezas en una empresa automovilística como consecuencia de una huelga nacional en el sector del transporte (STS de 29 de junio de 1998, EDJ 8304; 3 de marzo de 1998, EDJ 1765; 24 de febrero de 1999, EDJ 81/), de mucha menor trascendencia y gravedad del que ha supuesto la crisis del coronavirus, no parece que, acreditada la incidencia sobre la empresa de la misma, pueda negarse la existencia de una situación de fuerza mayor temporal.

2. En segundo lugar, las medidas adoptadas por las autoridades públicas y, en particular, por el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, configuran una situación de **fuerza mayor impropia** (o *factum principis*) entendiendo como tales las decisiones de los poderes públicos que afectando, de forma imprevisible e inevitable a una empresa, impiden la continuidad de la misma. Desde luego aquellas empresas que han debido cesar en su actividad como consecuencia de la expresa decisión del Decreto de alarma padecen esa situación, pero en ese mismo

Decreto se adoptan decisiones de carácter general que configuran igualmente un *factum principis*. Como consecuencia de las limitaciones a la movilidad de los ciudadanos (art. 7), del cierre de comercios, restaurantes y locales de ocio (art. 10) y de las restricciones en el transporte (art. 14) establecidas por el RD 463/2020, se va a producir una drástica reducción de la demanda de los servicios y de la actividad económica de muchas empresas, una situación provocada por la situación de emergencia sanitaria pero decidida por el gobierno en uno de sus prerrogativas constitucionales, que la empresa obviamente no ha podido evitar o prever. En consecuencia, estamos de nuevo ante una situación de fuerza mayor impropia.

En contra de esta lectura, que consideramos la más correcta desde el punto de vista dogmático y la más sensata en el actual contexto económico y social, hay sin embargo un dato importante en la nueva norma legal que no podemos ocultar. Me refiero a la previsión, en paralelo a la regulación de empleo temporal por fuerza mayor ligada al coronavirus, de una **regulación de empleo temporal por causas económicas técnicas organizativas o productivas también ligada al coronavirus**, lo que parece postular en favor de una interpretación restrictiva de la primera.

Podría, en efecto, pensarse que el legislador considera fuerza mayor exclusivamente: 1) las situaciones de pérdida de actividad derivadas directamente de la declaración del estado de alarma, 2) las situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla y 3) las medidas de aislamiento preventivo declarados por la autoridad sanitaria; de manera que las restantes disminuciones de actividad que se traduzcan en suspensiones de contratos o reducciones de jornada deberían reconducirse al nuevo ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Algunas declaraciones de miembros del Gobierno –hoy mismo la intervención del Presidente del Gobierno ante el Congreso de los Diputados- parecen propugnar una interpretación amplia de la fuerza mayor consecuencia del coronavirus en línea con nuestra interpretación, pero esta previsión legal de dos vías paralelas y un reciente pronunciamiento de la Dirección General de Trabajo, del que informa la prensa, que ha rechazado considerar que la disminución de actividad de Burger King derivada de la crisis del coronavirus sea una situación de fuerza mayor, van en sentido contrario. De nuevo falta en la norma la claridad que la situación requiere, por lo que lo aconsejable parece inicialmente intentar la fuerza mayor, que por su agilidad y efectos asociados resulta más conveniente, y caso de que ésta vía se practicar el

ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas ligadas al coronavirus.

Para los supuestos de ERTE de fuerza mayor por coronavirus, el RDL adapta "*mutatis mutandi*" el procedimiento general previsto en el Estatuto.

Una previsión que hace particularmente interesante este primer tipo de ERTE – son los efectos asociados a los que aludíamos- es la contenida en el art. 24. 1 de la norma, que exonera a las empresas de menos de 50 trabajadores del pago de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y de las cuotas por conceptos de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional, fondo de garantía salarial) correspondiente a sus trabajadores mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado por dicha causa. En el caso de empresas de 50 trabajadores o más la exoneración no es total sino del 75% de la aportación empresarial. Esta exoneración debe ponerse en relación con la Disposición Adicional 6ª del RLD - a la que nos referíamos al principio- que condiciona "*las medidas extraordinarias en el ámbito laboral*" "*al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad*". Ciertamente, parece que si la empresa que ha utilizado este ERTE por fuerza mayor y disfrutado de esta exoneración, reduce luego su plantilla antes de seis meses de la reanudación de la actividad deberá devolver lo percibido, aunque, como señalábamos, ningún procedimiento específico se prevé al respecto.

El segundo nuevo tipo de ERTE temporal se contempla en el art. 23, que recoge especialidades en el procedimiento de los expedientes cuando se trate de "*la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID- 19*". Por esta vía – entendemos- deberán tramitarse las suspensiones o reducciones de jornada que deriven de una reducción de la actividad relacionada con el coronavirus pero no encajen en la fuerza mayor.

Las "especialidades" que el precepto contempla son las siguientes:

1. Evitando la aplicación del régimen general previsto en el art. 41 del ET, que es lo que hubiera sido lógico, la nueva norma previene que "*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 de aplicación". Es decir, para el caso de que no exista representación legal, se aprovecha la intervención legislativa para sindicalizar la negociación. Sólo subsidiariamente, cuando tal representación no sea factible, se prevé la posibilidad de que negocien tres trabajadores de la empresa elegidos conforme al art. 41.4 ET. En todo caso se prevé que la comisión deberá constituirse en el improrrogable plazo de cinco días (se reducen dos respecto del procedimiento general).

2. Se prevé que el período de consultas no exceda del plazo máximo de siete días (se reducen ocho respecto del procedimiento general).

3. forme de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, potestativo para la autoridad laboral, se evacúe en el plazo de siete días (se reducen ocho respecto del procedimiento general).

La vigencia de las medidas de suspensión y reducción de jornada ligadas al coronavirus se prolongará, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la norma, *"mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19"*, lo que significa que estas medidas nacen con término incierto, que va a depender de la prolongación de la situación de la crisis (¿del estado de alarma?) y cesarán cuando esta cese. Resulta sin embargo evidente que esta crisis va a tener efectos profundos sobre el tejido productivo y muy probablemente a estas medidas laborales deberán seguir otras, quizás en muchos casos por desgracia más traumáticas.