

Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus

Legal techniques in the regulation of labour and Social Security measures in the face of the coronavirus health crisis

JESÚS CRUZ VILLALÓN*

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

jesuscruz@us.es

 <https://orcid.org/0000-0002-1275-5289>

Resumen: La declaración del estado de alarma por el Gobierno en marzo de 2020, que ha confinado a la población en sus domicilios, con efectos muy intensos de paralización de la actividad empresarial, ha tenido un impacto muy notable en el ámbito de lo laboral, provocando una priorización decisiva del trabajo a distancia, un intento de canalización de la interrupción del trabajo por vías temporales que eviten despidos, así como importantes medidas de protección social para hacer frente a las pérdidas de ingresos a resultas de la imposibilidad de seguir trabajando.

El presente estudio, dejando de lado la significación y alcance de las medidas adoptadas, pretende analizar el proceso de elaboración de estas normas de urgencia, la intervención de los diversos poderes públicos tanto en el proceso de aprobación como de aplicación, así como el marginal protagonismo de la concertación social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la empresa. Desde este enfoque, se afrontan las especialidades de las medidas desde la perspectiva del juego de las reglas relativas a Fuentes del Derecho, así como del papel desempeñado por los actores protagonistas habituales en el desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Abstract: *The declaration of the state of alarm by the Government in March 2020, which has confined the population to their homes, with very intense effects of paralyzing business activity, has had a very notable impact in the field of work, causing a decisive prioritization of remote work, an attempt to channel interruption of work through temporary procedures that avoid dismissal or redundancy*

Recepción: 11/05/2020

Aceptación: 02/06/2020

Cómo citar este trabajo: CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 11-41, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.2>

* Ha sido Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Cádiz en el período 1994-2002. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz en el período 1998-2002. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz en el período 1994-1998.

procedures, as well as important social protection measures to face loss of income as a result of the inability to continue working.

The present study, leaving aside the significance and scope of the measures adopted in this context, aims to analyze the process of elaboration of these emergency regulations, the intervention of the various public powers both in the process of approval and application, as well as the marginal role of social consensus, collective bargaining and the participation of workers in the company. In this way, the specialties of the measures are addressed from the perspective of the game of the rules related to Sources of Law, as well as the role played by the habitual protagonists in the development of our system of labour relations.

Palabras claves: técnica normativa laboral, legislación de urgencia, concertación social, facultades administrativas laborales.

Keywords: *technical labor regulations, emergency legislation, social agreement, labor administrative powers.*

Sumario: 1. LAS MEDIDAS LABORALES Y SOCIALES COMO REFERENTE CENTRAL: UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA JURÍDICA. 2. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. 3. EFECTIVIDAD Y EFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS. 4. UNAS MEDIDAS PARA LA EMERGENCIA: UNA NORMATIVA TRANSITORIA. 5. ELEMENTOS DE POSIBLE IMPACTO ESTRUCTURAL, 6. EL USO GENERALIZADO DEL REAL DECRETO-LEY, 7. CON ALGUNA PRECISIÓN REGLAMENTARIA MENOR, PERO DESORBITANTE. 8. IMPRECISIÓN NORMATIVA Y SUCESIVA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿TÉCNICA DE SOFT LAW?. 9. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, 10. MARGINALIDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL. 11. MARGINAL INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 12. JUEGO DEL REPARTO COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1. LAS MEDIDAS LABORALES Y SOCIALES COMO REFERENTE CENTRAL: UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA JURÍDICA

El fortísimo impacto de la pandemia, provocada por el contagio del Covid 19, ha exigido que la declaración del estado de alarma por el Gobierno¹, a mediados de marzo de 2020, haya provocado medidas de enorme repercusión en la vida cotidiana del conjunto de la población. La imposición de un confinamiento en los domicilios particulares de la práctica totalidad de los residentes en todo el territorio español, ha tenido un impacto sobre muy diversos aspectos de la vida cotidiana, entre los que destacan, a los efectos que nos interesa tener en cuenta en estos

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 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, modificado por el RD 465/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), estado de alarma prorrogado por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), prorrogado por segunda vez por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE 11 de abril); prorrogado por tercera vez por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE 25 de abril).

momentos, los que afectan a la suspensión de la actividad económica, lo que, por efecto derivado, ha desencadenado automáticamente una importante alteración o interrupción de multitud de trabajos. Como de manera plástica se ha descrito bien, la efectividad del confinamiento ha requerido que desde el poder público se produzca un modo de coma inducido de la actividad económica. Se trata de algo que, dentro de la ortodoxia de las políticas económicas, se presenta como una medida contra natura, dado que la práctica universal es que el poder público actúe prácticamente siempre a favor de la dinamización económica y de establecer mecanismos que promuevan el desarrollo económico al máximo nivel posible.

En todo caso, la profundidad de la medida necesariamente ha tenido un efecto automático sobre el empleo, de modo que prácticamente todos los trabajadores ocupados se han visto afectados por las medidas de confinamiento: unos, porque han debido seguir prestando sus servicios en sus domicilios a distancia cambiando no sólo el lugar de realización de su trabajo, sino que, además, como efecto reflejo, han visto modificadas muchas de sus condiciones de trabajo; otros, porque se ha paralizado por completo la actividad productiva de sus empresas, lo que les ha dejado sin trabajo, por mucho que se hayan establecido medidas laborales orientadas a favorecer que ello no produzca una destrucción de sus empleos sino exclusivamente un paréntesis temporal en tanto que dure la situación de excepcionalidad; finalmente, aquellos que han seguido trabajando en sus centros de trabajo, porque realizan tareas en servicios esenciales o en sectores críticos donde la trascendencia de su trabajo se ha visto exponencialmente incrementada, o bien porque se ha permitido un mínimo de actividad productiva en algunos sectores (construcción e industria), incluso éstas durante un pequeño lapso de tiempo también interrumpidas, pero que, en todo caso, han tenido que reforzar las medidas de prevención de riesgos laborales a efectos de evitar la propagación del contagio. Todo ello ha exigido la adopción de medidas laborales de reacción, orientadas a priorizar el teletrabajo, a canalizar las paradas de la producción a través de los ERTes, intentando evitar los despidos, adoptar medidas reactivas frente a la fuerte destrucción del empleo temporal, atender las paradójicas carencias de empleo en la actividad agrícola, así como establecer reglas singulares para quienes siguen trabajando, especialmente en sectores críticos o especialmente sensibles².

² Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE 11 de marzo), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (BOE 13 de marzo), por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; 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; Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril (BOE 8 de abril), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario; Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril (BOE 22 abril), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., *COVID-19: Medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral. Doctrina, legislación y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., "Aspectos laborales y de Seguridad Social 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". MERCADER UGUINA, "J. Compromiso de empleo en los ERTES por fuerza mayor y COVID-19: más dudas, más incertidumbre", Foro de

Como complemento imprescindible a todo lo anterior, el número de personas que se han quedado sin trabajo, sea temporal o por tiempo indefinido, es muy elevado y, especialmente, ha supuesto una intensificación muy notable de situaciones de necesidad económica por pérdida de ingresos que incluso han afectado al acceso a bienes y servicios básicos³. Por tanto, desde el primer momento se detectó que las prestaciones económicas proporcionadas por nuestro sistema de Seguridad Social y, más ampliamente, de todo el entramado de nuestro modelo de protección social no llegaba a muchas de las situaciones de desamparo económico que se han producido y, por ello, la incorporación de nuevas de medidas de carácter social en este terreno ha sido importante y decisiva para compensar los perjuicios provocados por la paralización de la actividad económica.

En definitiva, la actuación en el campo de lo laboral y de la Seguridad Social ha constituido uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno para contrarrestar los efectos de la paralización económica, a su vez impuesta como necesaria a resultas de la obligada limitación de la movilidad de los ciudadanos en el marco del estado de alarma. Dicho de otro modo, las medidas laborales y sociales no han constituido un mero elemento de acompañamiento a la actuación para hacer frente a la crisis sanitaria, sino que han conformado un referente básico dentro del conjunto de las medidas adoptadas en este complejo escenario.

En todo caso, no pretende ser el objetivo inmediato de este trabajo el análisis del contenido de las medidas laborales y sociales que se han adoptado desde la perspectiva material, su alcance e impacto. Dejando al margen la importancia de la anterior perspectiva, a la que hemos dedicado su atención a través de otros textos, en esta ocasión nuestra pretensión es de enfoque más general en el plano de lo técnico jurídico y del juego de las Fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico aplicadas a un contexto difícilmente previsible, pero para el que se presupone que nuestro sistema debe tener instrumentos jurídicos con los que actuar.

El punto de partida a estos efectos, es que la declaración del estado de alarma no constituye, ni mucho menos, una excepcionalidad en la aplicación de nuestro sistema normativo y, mucho menos, las previsiones constitucionales contempladas al efecto. En concreto, el estado de alarma no puede constituir un fundamento para alterar nuestro sistema normativo y, en particular, nuestro sistema de Fuentes del Derecho.

Eso sí, el propio ordenamiento jurídico contempla vías singulares de actuación frente a situaciones de cierta excepcionalidad y la derivada de la crisis sanitaria es emblemática a estos efectos. De este modo, sin haberse alterado las bases conforme a las que se construye nuestra legislación laboral y de protección social, las medidas adoptadas en este terreno, tanto en el

Labos. ROJO TORRECILLA, E., “Aula Iuslaboralista UAB. Dos meses que cambiaron las relaciones laborales”. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Un repaso de síntesis a las modificaciones operadas en el DTSS desde el Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma. ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?”, *CEF*, nº 445, 2020.

³ Además de las normas mencionadas en la nota precedente, Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (BOE 1 de abril), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19

ámbito normativo como en el ejecutivo o aplicativo, han presentado significativas especialidades, que merece la pena analizar. Esas especialidades no presentan un alcance menor, aunque sin llegar a alterar el diseño constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera el modelo práctico desarrollado a lo largo de todas estas décadas de funcionamiento democrático de las relaciones laborales. Eso sí, presentan una trascendencia que merece la pena analizar, a pesar de su impacto en principio limitado en el tiempo, dado que es la primera ocasión en el que se ha presentado un panorama de esta envergadura en la ya larga experiencia democrática de nuestro país, que ha requerido adoptar medidas excepcionales, que necesariamente van a dejar su poso. Incluso, lo extraordinario de la situación vivida, provoca que se acuñe la idea de que volveremos a una “nueva normalidad”. Sin lugar a dudas, el impacto económico, social y cultural será indiscutible para el futuro, al punto que ello obliga a reflexionar hasta qué punto esa posible “nueva normalidad” puede incluso incidir en la perspectiva jurídica, para desembocar en una en una “nueva normalidad jurídica”.

Es, pues, este el objetivo del presente trabajo, centrado en una identificación del modo como el poder público ha adoptado estas medidas legales en el ámbito de lo laboral y social, así como el modo como el propio poder público ha asumido la tarea de implementarlas con eficacia de manera inmediata.

2. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por su trascendencia, el primer interrogante es el de hasta qué punto el estado de alarma ha limitado o impedido el ejercicio de derechos fundamentales o, más ampliamente, constitucionalizados desde la perspectiva laboral. Sin poder entrar en el interesante debate entre los constitucionalista acerca de si la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus y las medidas adoptadas para hacer frente a las mismas determinaba la posibilidad de declarar el estado de alarma o bien lo que procedía era declarar el estado de excepción (arts. 55, 166, 117 CE), centrándonos en las medidas adoptadas a resultas de la decisión gubernamental, desde el punto de vista formal, lo que se contempla en la Ley Orgánica reguladora del estado de alarma es que éste podrá “limitar la circulación o permanencia de personas”, aparte de poderse adoptar otras medidas que pueden afectar al derecho de propiedad, a la libertad de empresa o al acceso a servicios o productos⁴. De este modo, se podría decir que la declaración del estado de alarma no puede afectar de manera directa al disfrute y ejercicio de ninguno de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, ni en su perspectiva individual ni en la colectiva.

A pesar de ello, la intensidad de la limitación de la libre circulación, a resultas del confinamiento de la población, es de tal grado que ha provocado un impacto reflejo inmediato sobre el derecho al trabajo y el deber de trabajar; lo primero, en la medida en que ha impedido la continuidad de multitud de trabajos, lo segundo, en cuanto que se han desarrollado en este contexto los deberes

⁴ Art. 11 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE 5 de junio), de los estados de alarma, excepción y sitio.

de ejecución de prestaciones personales obligatorias⁵. En paralelo ha limitado sustancialmente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), en la medida en que ha obligado al cierre de negocios. Más aún, el efecto reflejo es de tal magnitud que, aunque no limita otros derechos laborales, especialmente de carácter colectivo, los hace especialmente complicados en su ejercicio. Baste, sólo a título de ejemplo, tener presente cómo las imposiciones derivadas de la necesidad de mantener distancia de seguridad interpersonal dificulta el desarrollo de reuniones presenciales tanto sindicales como asamblea de trabajadores, lo sean a efectos de negociación colectiva, de actividad sindical, de desarrollo de los procesos de consultas en los procedimientos de ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; sin olvidar tampoco cómo las actividades consideradas como críticas o esenciales durante el período de emergencia hace presumir que las mismas tienen igualmente el carácter de mínimos esenciales a efectos del posible desarrollo del derecho de huelga.

En todo caso, sin poder entrar en el análisis de los aspectos anteriores que, por muy importantes que puedan ser, se van a circunscribir en el ámbito temporal extraordinario del período correspondiente al estado de alarma. Más allá de lo anterior, me interesa llamar la atención acerca de los importantes desafíos que para el futuro y de posible alcance permanente puedan tener esa anunciada “nueva normalidad” tras la superación de la emergencia sanitaria. En este otro territorio de lo que puede surgir como un debate más en el medio y largo plazo, me parecen especialmente significativas ciertas medidas que se barruntan en orden a controlar futuros contagios o diseminación del virus, que pueden afectar al derecho a la privacidad de las personas y, en particular, de los trabajadores (art. 18 CE). En concreto, en este ámbito van a resurgir con fuerza los debates en torno a los controles de la vigilancia de la salud de los trabajadores, incluidos, por ejemplo, la extensión de controles cotidianos a la totalidad de la plantilla de la temperatura al ingreso en el centro de trabajo⁶. Esto último entraría dentro de la categoría de los que se denominan controles biométricos, cuyo tratamiento de datos se encuentra significativamente limitado por la normativa sobre protección de datos, si bien la misma abre paso a ciertas excepciones justificadas, entre las que se encontrarían, a nuestro juicio, las que estamos comentando en este momento⁷. A estos efectos, recuérdese que la voluntariedad del consentimiento como regla general cede en la regulación vigente cuando su estado de salud “puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”⁸. En estos términos, no ya es sólo que los controles

⁵ Art. 8 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo).

⁶ Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, Ministerio de Sanidad, 8 de abril de 2020, <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL COVID-19.pdf>. Un comentario a ello en J. Mercader Uguina, ¿Quién puede controlar la temperatura de los trabajadores? Comenzando a pensar en el desescalado, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/quien-puede-controlar-la-temperatura-de.html>

⁷ Art. 9.2 b y h Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁸ Art. 22 Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE 10 de noviembre), de Prevención de riesgos Laborales, en conexión con la disp. adic. 17ª Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (BOE 6 de diciembre), de protección de

de verificación de si el trabajador pueda dar positivo en el contagio del virus puedan ser realizados por la autoridad pública sanitaria, sino incluso si pueden ser exigidos por el empleador a todos sus empleados, en el ejercicio de sus facultades de revisión del estado de salud del trabajador, especialmente a la vista de que los asintomáticos también pueden transmitir la enfermedad. Ciertamente, cuando está en juego el derecho a la vida y a la salud de todos, este tipo de controles resultan plenamente justificados, pero ello debe conciliarse con el derecho a la privacidad del trabajador y, por ende, deberán establecerse los necesarios protocolos en cuanto al modo de realizarlos y a la gestión de las bases de datos que se traten y mantengan al efecto.

Al mismo tiempo, y en el extremo opuesto, determinados trabajadores especialmente sensibles, bien lo sean por razones de salud o bien lo sean por razones de personales de percepción del peligro, pueden optar por el uso en el centro de trabajo tanto de guantes como de mascarillas, que pueden no ser bien aceptadas por la empresa por razones de imagen frente al resto de sus compañeros, de la clientela, de suministradores o de otras personas relacionadas con la empresa. En ello, indiscutiblemente, va a influir la generalización de ciertos hábitos sociales por parte de la población, pero desde luego en esas actitudes de parte de los trabajadores estará en juego su derecho a la salud, incluso en algunos casos su derecho a la propia imagen, lo que habrá de ser muy tomado en consideración a los efectos de resolver el posible conflicto de intereses que se plantee al efecto.

Como contrapunto a lo anterior, como algo claramente diferenciado a los controles de salud, se encontraría la hipótesis de solicitar al trabajador un certificado de inmunidad frente al virus, a modo de lo que se ha venido denominando el “pasaporte de inmunidad”, particularmente delicado en la hipótesis de que está práctica se extienda en los momentos de desarrollo de los procesos de contratación laboral. Esta es una práctica que, a nuestro juicio, iría frontalmente contra la normativa europea y nacional en materia de protección de datos personales, sin perjuicio de que, como excepción ello, pudiera ser admisible para ciertos trabajos para los cuales el trabajador debe superar determinadas condiciones de salud y ausencia de riesgos de diseminación de contagios víricos en particular⁹.

3. EFECTIVIDAD Y EFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS

Uno de los rasgos más extendidos entre la legislación laboral reside en la dificultad de que sus reglas resulten de real aplicación y cumplimiento (efectividad), así como que cumpliéndose logren sus objetivos y fines (eficacia)¹⁰. Más allá de la obligada hermenéutica más formal de análisis de las normas jurídicas, al estudioso le corresponde adentrarse en la no fácil tarea de comprobar hasta qué punto las normas laborales se cumplen efectivamente, del mismo modo

datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁹ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., *Protección de datos personales en el proceso de contratación: facultades y límites de actuación del empleador*, Bomarzo, Albacete 2019, págs. 49 ss.

¹⁰ Sobre el particular, AA.VV. (J. Cruz Villalón coord.), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

que diagnosticar si el proceso aplicativo de la norma ha desembocado en el logro de los objetivos que realmente pretendía el legislador con ello¹¹.

Desde esta perspectiva, la contundencia de las normas laborales aprobadas en el contexto de un escenario de crisis sanitaria de esta envergadura, así como de la intensidad de los controles desarrollados para asegurar su cumplimiento, permiten adelantar que el grado de cumplimiento y de eficacia de las medidas adoptadas ha sido casi universal. Naturalmente, en este contexto hay que diferenciar entre eficacia de la finalidad central y de los fines instrumentales para lograr la anterior, en el sentido de que la finalidad central no es otra que el confinamiento de la población con vistas a lograr la contención de la diseminación del virus, mientras que el objetivo instrumental lo constituye lo pretendido con las medidas laborales orientadas a lograr dicho confinamiento, así como con las medidas sociales dirigidas a contrarrestar los efectos negativos derivados de la pérdida de ingresos a resultas de la paralización de la actividad empresarial provocada igualmente para asegurar el confinamiento.

Pues bien, centrados en las medidas laborales y sociales, puede afirmarse, en una primera aproximación, que su nivel de eficacia ha sido considerablemente elevado. Desde el punto de vista laboral, la aplicación de la prioridad del teletrabajo y la centralidad adquirida por los ERTes resulta indiscutible, mientras que desde el punto de vista social ha resultado igualmente plenamente efectiva la ampliación de las prestaciones de Seguridad Social a ciertos colectivos que con la regulación establecida hasta ahora no percibirían prestaciones económicas. Se trata de medidas de enorme envergadura en cuanto a su implementación, tanto desde el punto de vista de los trabajadores que se han visto afectados por las mismas, como desde la perspectiva de las cantidades destinadas a la ampliación de la protección social de estos trabajadores, incluidos los medios materiales y personales puestos al servicio de la gestión administrativa de tales medidas.

Eso sí, un análisis más profundo y completo de la efectividad y eficacia de las medidas laborales y sociales requiere también señalar algunos aspectos que matizan e incluso pueden llegar a corregir la conclusión precedente.

Por lo que se refiere al teletrabajo, más allá de la declaración formal como una cuasi obligación de empleador y trabajador de adaptarse a un régimen de trabajo a distancia en la medida en que técnica y económicamente ello sea posible, así como de alguna flexibilización en el cumplimiento de las exigencias relativas a la prevención de riesgos laborales, la normativa ha establecido pocas novedades. De este modo, esas pocas novedades es difícil que hayan sido las determinantes de un efecto tan impactante como el de que varios millones de trabajadores en un tiempo muy breve hayan pasado a ejecutar su prestación en régimen a distancia. Posiblemente el cambio ha derivado normativamente sobre todo de la regla de orden público que ha impuesto el confinamiento, unido a los esfuerzos por parte de las empresas de no provocar la paralización total de su actividad productiva. A la postre, puede afirmarse que la

¹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº 132, 2016, págs. 103 ss.

eficacia de la medida ha residido más en la capacidad tecnológica de las empresas y, en concreto, en el grado de digitalización de sus medios técnicos y productivos, que son los que han propiciado un cambio organizativo de tanto calado como el que se ha producido y además en un lapso de tiempo tan breve. Dos matices importantes adicionales han de ser introducidos al respecto. Primero, que una cosa es que se haya extendido a muchos empleados el régimen del teletrabajo y otra diferente, difícil de ponderar, es hasta qué punto ello ha logrado realizarse con grados de eficiencia y productividad suficiente para las empresas. Segundo, que el proceso de cambio ha sido más fácil entre las grandes empresas, mientras que ha sido más complejo y difícil entre las pequeñas y micro empresas.

En cuanto a la canalización preferente de las interrupciones del trabajo a través de los ERTEs, con vistas a contener los despidos también la eficacia de la medida requiere de dos precisiones de notable importancia.

De un lado, ha de tenerse presente que, a pesar del número tan elevado de trabajadores afectados por las suspensiones de contrato vía los procedimientos de los ERTEs, también es muy intenso el número de extinciones contractuales detectadas a tenor de los datos de bajas en la afiliación a la Seguridad Social a partir de la declaración del estado de alarma. En particular, los ERTEs no han sido vehículo de contención de las denuncias *ante tempus* de los contratos temporales, de modo que más de medio millón de contratos de trabajo temporales se han extinguido en apenas quince días; la medida de prórroga de contratos temporales y de incentivo a su incorporación a los ERTEs ha llegado tarde, incluso es probable que ni siquiera haya contenido con suficiencia la continuidad de las extinciones de contratos temporales a partir de esa fecha. Ello no constituye ninguna novedad, sino que muestra una vez más el uso desviado de la contratación temporal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cómo se utiliza más como instrumento de ajuste de empleo ante las situaciones de crisis que como institución destinada a atender las necesidades de trabajo coyunturales en la actividad empresarial.

De otro lado, la eficacia real de la institución de los ERTEs ante la emergencia sanitaria sólo se podrá diagnosticar debidamente cuando transcurra el ciclo completo de reactivación económica y, en la medida en que la misma se verifique una cierta inmediatez y celeridad. En concreto, lo que está por ver es si, una vez levantado el estado de alarma, es posible retornar a un escenario de vuelta dentro de un tiempo razonablemente breve al nivel de actividad empresarial precedente a la emergencia sanitaria. De ser así, se logrará la plena eficacia de la medida, con la reincorporación a la ocupación efectiva de los trabajadores con suspensión de sus contratos o con reducción de jornada. De no ser así, la medida habrá sido voluntariosa y bienintencionada, pero, por desgracia, vendrá sucedida de pérdidas definitivas de empleo, vía posteriores despidos individuales o colectivos. Desde luego, que se desemboque en líneas generales en uno u otro escenario dependerá de muchos factores, probablemente los más relevantes ajenos a las medidas legislativas laborales adoptadas o que se puedan adoptar. Sin poder entrar en la justificación razonada que ello requeriría, nos atrevemos a afirmar que la mera declaración como injustificados de los despidos decididos con base en la imposibilidad temporal de continuar la actividad laboral a resultas de la declaración del estado de alarma, así como el compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses posteriores al levantamiento de la emergencia sanitaria para quienes se acojan a un ERTE por fuerza mayor, son medidas que

pueden contener un mensaje del legislador hacia las empresas, pero que difícilmente pueden tener un valor compulsivo como para garantizar la plena reincorporación a sus puestos de trabajo de los trabajadores sometidos a los ERTes, ni siquiera que las sanciones jurídicas derivadas de su incumplimiento tengan la capacidad suficiente de orientar las decisiones empresariales al respecto. Con ello no queremos defender que dichas medidas han sido insuficientes y que el legislador debería haber adoptado reglas más contundentes en el terreno del *hard law* impositivo llevado al máximo de lo prohibitivo o sancionador, porque creemos que ello no sería de mayor eficacia a lo adoptado; por el contrario, intuimos que esa otra opción, aparte de haber sido mucho más conflictiva, no habría dado resultados más beneficiosos comparativamente con las adoptadas. Por ser más precisos, lo que queremos indicar es que el margen de gestión del mercado de trabajo por parte de la norma laboral aisladamente considerada en este escenario resulta claramente limitada: a nuestro juicio, parece indiscutible que el panorama de futuro se decante más por la recuperación de la situación precedente que por una fuerte destrucción de empleo puede depender sobre todo de políticas económica generales, más de carácter extralaboral, sin perjuicio de que también serán necesarias medidas adicionales que propicien una más fácil transición desde la paralización profunda de la economía a su necesaria progresiva recuperación.

Por lo que se refiere a las medidas sociales adoptadas, en concreto las relativas a la ampliación de la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social, especialmente desde el punto de vista subjetivo, puede afirmarse que se han detectado bastante bien los ámbitos en los que la regulación precedente dejaba fuera de la acción protectora a importantes grupos de trabajadores que veían interrumpidos sus ingresos a resultas de la imposibilidad de seguir trabajando: trabajadores sin el período de cotización suficiente para percibir la prestación por desempleo (tanto a efecto de los ERTes como de las extinciones de los contratos temporales), personal del servicio doméstico no protegido frente al desempleo, trabajadores autónomos que cesan en su actividad o que ven intensamente reducidos sus ingresos. Incluso, en términos intuitivos, si bien ello requerirá en su momento realizar la valoración más ajustada, se puede barruntar que la eficiencia de estas medidas ha sido bastante notable, entendido el término eficiencia en la noción clásica de los economistas de la relación existente entre el costo de una medida y el impacto material que la misma tiene en orden a lograr el objetivo pretendido con la misma.

Eso sí, también en este terreno se han detectado ciertas bolsas de población marginal que ha quedado fuera, cuando menos hasta el momento presente, de ser atendidas frente a una situación de necesidad surgida una vez más a resultas de la paralización de la actividad económica. Se trata de bolsas de población que ya con anterioridad detectaban insuficiencias en su atención por el conjunto del sistema de protección social, derivado bien lo sea por su ubicación en el ámbito de la economía sumergida, por sus fuertes responsabilidades familiares que sólo le permite una incorporación marginal al mercado de trabajo, o bien por la mera realización de micro empleos que lo sitúan dentro del perfil de los denominados como trabajadores pobres. Todo ello ha provocado una nueva lectura de las propuestas en torno al establecimiento de un ingreso mínimo vital para estos colectivos, si bien no en clave de renta universal, sino de prestación no contributiva de la Seguridad Social; además del establecimiento de esta renta mínima vital con carácter estructural y no exclusivamente en clave de reacción coyuntural al escenario de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus.

4. UNAS MEDIDAS PARA LA EMERGENCIA: UNA NORMATIVA TRANSITORIA

Uno de los rasgos caracterizadores más destacados de las medidas laborales y sociales adoptadas con ocasión del estado de alarma reside en el dato de tratarse de medidas “para” la emergencia, adoptadas “ante” la emergencia.

Es importante resaltar la diferencia frente a actuaciones del pasado, incluso algunas de ellas en las que se utilizaba una expresión muy similar como era la de Derecho del Trabajo “de” la emergencia, para reaccionar precisamente a un escenario crítico en la evolución del empleo y del mercado de trabajo. En muchas otras ocasiones, incluso diríamos en la mayoría de las ocasiones, las reformas laborales más profundas y de carácter estructural se han producido como reacción frente a un proceso de intenso deterioro del empleo. Ahora bien, en esta ocasión nos encontramos ante un contexto cualitativamente diferente, por mucho que haya ese elemento común de una fuerte tendencia a la destrucción del empleo. Lo cualitativamente diferente es que ahora se trata de reaccionar frente a una causa externa a lo económico situada en el terreno de la tutela del derecho a la salud, en tanto que en las situaciones precedentes se actuaba frente a escenarios depresivos del ciclo económico, donde, por añadidura, prevalecía una idea de que la rigidez de la norma laboral era un obstáculo no sólo para hacer frente a la crisis de empleo y a la sucesiva reactivación de la economía; más aún, donde subyacía la consideración de que esa normativa laboral había devenido inadecuada para responder a un nuevo modelo económico más globalizado, competitivo, más cambiante en situaciones incluso de crecimiento del ciclo económico y, por ende, necesariamente más flexible. En definitiva, las experiencias precedentes de reformas legislativas, por mucho que se afirmase que se adoptaban en el marco “de” la emergencia, acababan no siendo unas reformas “para” la emergencia”, sino que se incorporaban para quedarse y, como tales, se hacían estructurales para un nuevo marco estable del ordenamiento laboral.

Como contraste a ello, las medidas laborales, pero también las de Seguridad Social adoptadas, no es sólo que formalmente se presenten como actuaciones “para” la emergencia, sino que, en correspondencia con ello, su configuración jurídica es de manera prácticamente universal para tener una vigencia muy limitada en el tiempo, sin pretender efectuar modificación alguna a los textos de nuestra legislación laboral. Dicho plásticamente, las medidas en su conjunto constituyen una gran “disposición transitoria”, llamadas a agotarse en su vigencia apenas se supere la situación de emergencia derivada de la declaración del estado de alarma. De manera expresa así lo indican todas las medidas tanto laborales como de Seguridad Social, o bien, cuando así no se indica en el precepto concreto a través del cual se introduce la reforma, sí que lo hace la concreta norma en la que se incorpora, norma ésta en su totalidad de vigencia limitada en el tiempo¹².

¹² Como una de las poquísimas excepciones a ello podríamos mencionar la ampliación de la tipificación de las infracciones administrativas en el falseamiento de datos con vistas a obtener indebidamente prestaciones por desempleo (disp. final 3ª Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril (BOE 22 abril), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Por añadidura, conviene recordar que este Gobierno de coalición recién acababa de tomar posesión e iniciar una legislatura, donde se contemplaban unos compromisos de reforma de la legislación laboral, no sólo orientada a corregir la normativa introducida por la reforma laboral de 2012 en el contexto de la última crisis económica, con la que manifestaba su oposición, sino que pretendía acometer todo un ambicioso proyecto de elaboración de un “nuevo” Estatuto de los Trabajadores¹³. Lo más destacable a estos efectos es que en ningún caso, salvo algún aspecto muy secundario (en concreto, lo relativo a la determinación del interlocutor en representación de los trabajadores en las consultas en los expedientes temporales de suspensión por causas económicas), ninguna de las medidas adoptadas se conecta con los elementos proyectados de reforma estructural de la legislación laboral contenidos en el acuerdo de programa de Gobierno de la coalición de partidos actual. Más aún, puede afirmarse que el escenario de emergencia ha provocado una completa paralización de la implementación de las reformas legislativas estructurales que se pensaban adoptar.

5. ELEMENTOS DE POSIBLE IMPACTO ESTRUCTURAL

Eso sí, ese carácter de gran “disposición transitoria” que caracteriza al conjunto de las medidas laborales y sociales adoptadas, puede que no se detenga por completo en un resultado de impacto limitado en el tiempo de las medidas. Más que las medidas en sí mismas, lo que se advierte es que el escenario presentado posiblemente va a tener una proyección en el tiempo desde la perspectiva del empleo mayor de la inicialmente esperada y, sobre todo, que la implementación de las medidas ha evidenciado en la práctica ciertas deficiencias de nuestra normativa. Se trata de unas deficiencias que con seguridad auguran cuando menos un debate con proyección más en el largo plazo; debate que puede dar lugar a reformas de carácter estructural, que, por añadidura, alguna de ellas ni siquiera se encontraban dentro de la relación de modificaciones incluidas dentro del actual programa de gobierno.

Por mencionar sólo dos de los aspectos más señalados, uno en el ámbito de lo laboral y otra en el ámbito de lo social, merece la pena destacar los siguientes.

Por lo que refiere al ámbito laboral, se han detectado de manera inmediata las insuficiencias y la manifiesta pobreza de la normativa existente en torno al teletrabajo. El cambio en las empresas a estos efectos ha sido tan vertiginoso y ha manifestado algunas ventajas cualitativas, que es previsible un protagonismo muy superior del trabajo a distancia en nuestras empresas. Con seguridad esa expansión no se produzca en los términos actuales en la situación de confinamiento, que determina una fórmula excepcional de teletrabajo a distancia a tiempo completo, sino que se extiendan fórmulas intermedias de trabajo semipresencial o semi a distancia; en todo caso, de fórmulas para las que se advierte la clara insuficiencia de la regulación actual¹⁴. De igual forma, la amplia expansión de los ERTes ha manifestado el alto

¹³ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 63, 2020, págs. 28 ss.

¹⁴ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, en prensa.

consenso en cuanto a su utilidad en situaciones de crisis temporales de empleo, lo que puede aconsejar una adaptación con más precisión de algunos de sus aspectos regulativos.

Por lo que afecta a las medidas sociales, ya hemos señalado cómo se han detectado bolsas de población desasistida por la actuación integrada de la acción protectora de la Seguridad Social junto con la intervención de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social, cuando menos de un tratamiento de garantía de umbrales mínimos comunes para todos los territorios, que está llamando a completar las prestaciones no contributivas de Seguridad social de manera permanente, por vía de la introducción del llamado ingreso mínimo vital. Es una medida que debe perfilar con precisión las situaciones de necesidad a las que se pretende hacer frente, para garantizar que sus destinatarios sean aquellas personas y hogares que efectivamente lo precisan, estableciendo las necesarias reglas a efectos de conjurar riesgos tanto de que estos beneficiarios queden atrapados en el desempleo o subempleo, así como de no provocar un efecto indirecto indeseado de anclaje de estas personas en la economía sumergida.

6. EL USO GENERALIZADO DEL REAL DECRETO-LEY

En clara correspondencia con el carácter de emergencia, inesperadamente sobrevenida y que requiere de la adopción de cambios legislativos urgentes, que, por añadidura, afectan a materias para las que rige la correspondiente reserva de Ley, las medidas tanto laborales como sociales adoptadas se producen todas ellas a través del instrumento del Real Decreto-Ley, conforme a las disposiciones mencionadas en las notas iniciales del presente trabajo. Debe tenerse en cuenta, además, que esta práctica de introducir reformas laborales en escenarios de crisis económicas por vía de Real Decreto-Ley tiene una larga tradición entre nosotros, en las más de las ocasiones avaladas por nuestro Tribunal Constitucional, de modo que se trata de un fenómeno al que estamos bastante acostumbrado en el ámbito de la legislación laboral, por mucho que en reiteradas ocasiones resulta abusivo y contrario al protagonismo que le debe corresponder al Parlamento y resto de instituciones que colaboran en el proceso de elaboración normativa.

Cierto que lo anterior no es referible a las normas de urgencia que estamos analizando en el presente estudio. A pesar de que el poder ejecutivo en reiteradas ocasiones ha adoptado una actitud claramente expansiva del uso del instrumento del Real Decreto-Ley, en muchas ocasiones forzando el cumplimiento de los requisitos exigidos constitucionalmente para poder adoptar una norma de esta naturaleza, con recurrente revisión por parte del Tribunal Constitucional, con toda seguridad se puede afirmar que en esta ocasión nos encontramos ante una situación fáctica y frente a un tipo de cambios legales para los que queda plenamente justificado el uso del Real Decreto-Ley. En otros términos, se trata de un uso del Real Decreto-Ley, que se atiene sin ninguna duda a los requisitos constitucionales, tanto en su vertiente formal (extraordinaria y urgente necesidad, junto al carácter provisional de las normas aprobadas) como material del tipo de materias objeto de atención (art. 86.1 CE). En esta ocasión, las sucesivas exposiciones de motivos con clara contundencia y facilidad aportan las razones que avalan en estos casos la aprobación de las medidas por medio de la vía del Real Decreto-Ley.

Es cierto que en algunos aspectos el contenido de las medidas adoptadas podría llegar a afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I del propio texto constitucional, lo que se encuentra expresamente excluido del contenido posible de los Reales Decretos-Ley. No obstante, ha de tenerse en cuenta, de un lado que la jurisprudencia constitucional es bastante permisiva a estos efectos, entendiendo tan sólo que lo que no se permite es que el Real Decreto-Ley regule el “régimen general” de los derechos laborales y libertades públicas, de modo que con ello se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos¹⁵. De otro lado, que esa regla cede en parte a resultas de la declaración del estado de alarma por lo que afecta a las limitaciones establecidas en el derecho de libre circulación al objeto de lograr la finalidad pretendida del confinamiento de la ciudadanía para contener la propagación de la epidemia; limitación en el derecho de libre circulación, que puede tener efecto reflejo, a nuestro juicio fundado en otros derechos constitucionales, como son especialmente los relativos a la libertad de empresa y al derecho y el deber a trabajar.

Por lo demás, constituye práctica muy habitual en la técnica legislativa, de nuevo reiterado en las reformas laborales de urgencia, que la convalidación del correspondiente Real Decreto-Ley venga sucedido de un acuerdo de la mesa del Congreso de los Diputados por medio del cual su tenor es convertido en un proyecto de ley. Proyecto de Ley que, a partir de ese instante, se somete al procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria y, con ello, recuperando el Parlamento su plena capacidad legislativa, especialmente por lo que supone de posibilidad de enmendar el texto inicial del Gobierno. Pues bien, por lo que afecta a las medidas laborales y sociales, la práctica totalidad de los Reales Decretos-Ley citados han sido transformados en proyectos de Ley¹⁶. No obstante, salvo para algún asunto puntual, en todo caso ajeno a las materias que estamos tratando en este estudio, la decisión de conversión tiene un alcance más simbólico o de valor político, por cuanto que posiblemente tales iniciativas es bastante previsible que van a decaer a lo largo de su tramitación parlamentaria. En efecto, por acelerada que sea dicha tramitación parlamentaria y a pesar, por tanto, de que haya decidido tramitarse con atribución de competencia plena a la Comisión del Congreso correspondiente por el procedimiento de urgencia, lo más previsible es que el levantamiento del estado de alarma provoque la pérdida de vigencia de la práctica totalidad de las medidas, con lo cual carezca de sentido una aprobación de una Ley ordinaria con contenido vacío en su dinámica temporal y sin posibilidades de que a las medidas se le atribuyan efectos retroactivos. La plena transitoriedad de las medidas así lo augura.

¹⁵ Por todas, STC 111/1983, de 2 de diciembre, ECLI:ES:TC:1983:111 (BOE 14 de diciembre). CARMONA CONTRERAS, A., *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. y “El Decreto-Ley en tiempos de crisis”, *Revista Catalana de Dret Públic* nº 47 (2013), págs. 1 ss.

¹⁶ En el momento de redactar el presente trabajo ya se había adoptado por la Mesa del Congreso la decisión de conversión en Proyecto de Ley respecto de los Reales Decretos-Ley 8/2020, 9/2020, 10/2020, 11/2020 y 13/2020. Los que no se han adoptado posiblemente se deba a que no ha existido tiempo material de acordarlo en el seno de la Mesa del Congreso a la fecha de redacción de la presente nota.

7. CON ALGUNA PRECISIÓN REGLAMENTARIA MENOR, PERO DESORBITANTE

Otro de los elementos más significativos, por lo llamativo y singular desde el punto de vista de las Fuentes del Derecho, es el recurrente uso que se ha hecho de decisiones de rango reglamentario inferior, como es el acudir de manera muy recurrente a la aprobación de Órdenes Ministeriales, a través de las cuales se desarrolla el contenido tanto del Real Decreto de estado de alarma como de los Reales Decretos-Ley a través de las que se implementa este último a través de las medidas de muy diverso tipo adoptadas. Incluso a veces se trata de decisiones que incluso presentan dudas de su carácter reglamentario, en la medida en que se dictan por medio de simples Resoluciones de órganos administrativos inferiores al propio Ministro. A mayor abundamiento, se trata de una actuación conforme a la delegación a los cuatro Ministerios designados como autoridades competentes delegadas: Defensa, Interior, Transportes y Sanidad¹⁷. Por tanto, esa profusión de Órdenes Ministeriales en ningún caso se produce respecto del Ministerio de Trabajo y Economía Social, si bien es cierto que las aprobadas por los ministerios mencionados sí que inciden en algunos casos de manera directa o indirecta sobre el desarrollo o el impedimento del trabajo en determinados sectores¹⁸.

Una vez más, esta actuación sólo se puede contemplar desde la perspectiva de la situación de emergencia derivada de la declaración del Estado de Alarma, por tanto, entendido como una actuación excepcional y transitoria, que en modo alguno puede marcar un precedente al objeto de deslegalizar cierto tipo de materias, ni tampoco de reducir las exigencias de que el ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter general le corresponde al Consejo de Ministros, a través de la aprobación de los correspondientes Reales Decretos. Especialmente recordar que constitucionalmente la reserva de ley ordinaria se encuentra perfectamente delimitada y no puede ser eludida en situaciones de excepcionalidad, como son los estados de alarma, cuyo respeto se puede canalizar en todo caso a través del instrumento del Real Decreto-Ley. A mayor abundamiento debe recordarse que constitucionalmente la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno (art. 97 CE), que está compuesto por el Presidente, Vicepresidente, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley. A estos efectos, ninguna Ley en estos términos ha ampliado la composición del Gobierno más allá de lo previsto constitucionalmente¹⁹. A tenor de ello, si bien los Ministros, a través de órdenes Ministeriales pueden aprobar disposiciones de carácter reglamentario, que en modo alguno pueden invadir la reserva de Ley ordinaria constitucionalmente establecida, ello no cabe realizarlo por vía de Resoluciones administrativas por parte de autoridades ministeriales inferiores al Ministro. A tenor de todo lo anterior, debe concluirse necesariamente que en algunos casos se han producido indiscutibles excesos, que no

¹⁷ Art. 4 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 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.

¹⁸ Véase a título de ejemplo la prohibición de desarrollo de actividades de construcción o de reparación en las viviendas o locales donde estén presentes personas ajenas a la obra (OM SND de 12 de abril, BOE 12 de abril), o bien a la exención temporal del cumplimiento de las normas de conducción y descanso en los transportes de mercancías (Resolución de la dirección General de Transporte Terrestre de 14 de abril de 2020, BOE 15 de abril).

¹⁹ Art. 1 Ley 50/1997, de 27 de noviembre (BOE 28 de noviembre), de Gobierno.

pueden justificar ni la excepcionalidad del momento ni la urgencia en la adopción de cierto tipo de decisiones, bien porque han sido adoptadas por parte de autoridades inferiores al Ministro, bien porque adoptadas por vía de Orden Ministerial han invadido el territorio correspondiente a la reserva de ley ordinaria, en los términos constitucionalmente previstos. Por último, no está de más recordar que el espacio normativo asumido por las disposiciones reglamentarias, como criterio general, es muy reducido, en la medida en que se prevé que “las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar” (art. 3.2 ET)²⁰.

8. IMPRECISIÓN NORMATIVA Y SUCESIVA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿TÉCNICA DE SOFT LAW?

Resulta cada vez más habitual que la técnica jurídica de redacción de los textos legales adolezca de dosis elevadas de falta de precisión en el mandato legal, lo que como efecto derivado provoca una enorme incertidumbre legislativa, con efectos negativos sobre la seguridad jurídica como uno de los principios informadores básicos de cualquier Estado de Derecho (art. 9.3 CE). No cabe la menor duda de que en ocasiones resulta imprescindible que el legislador acuda al uso tan extendido de conceptos jurídicos indeterminados, que siempre aportan un halo de incertidumbre necesario para lograr contemplar un amplio abanico de situaciones, lo que no aconseja una rigidez en la objetivización de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de la regla laboral; fenómeno este que puede resultar plenamente compatible con las exigencias constitucionales de seguridad jurídica. Pero, en este caso no nos estamos refiriendo al uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, sino de otro tipo de defectos técnicos de mayor gravedad, que provocan auténticas situaciones de inseguridad jurídica, difícilmente justificables.

Esta inseguridad jurídica, a su vez, da lugar en unas ocasiones a un incremento de la litigiosidad judicial y en otros casos a una intensificación del margen de actuación de la Administración laboral en su labor de ejecución de la legislación laboral y, en todo caso, coloca a los destinatarios de esas normas en una posición de notable dificultad a la hora de decidir cómo adaptan sus comportamientos a los efectos de un correcto cumplimiento de las medidas legislativas adoptadas.

Analizada desde esta perspectiva, la de redacción de las normas aprobadas para introducir las medidas laborales y sociales de actuación frente a la emergencia sanitaria, puede afirmarse que en este caso este tipo de imprecisiones técnicas se perciben como más reiteradas, incluso cabe aventurar que, en algunos casos, conscientemente introducidas por el legislador y no atribuibles a la mera celeridad con la que se ha producido la elaboración de estas medidas legislativas. Baste con citar algunos ejemplos elocuentes a estos efectos: ¿quiénes son los sujetos afectados y cuáles son los efectos y alcance del compromiso de mantenimiento del empleo a las empresas

²⁰ VALDÉS DAL-RE, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, *REDC*, nº 26, 1989.

que acudan a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral legalmente previstas²¹; ¿se establece un deber formal tanto para empleador como para trabajadores de adaptar su actividad a un régimen de trabajo a distancia²²; estableciéndose el carácter voluntario de la autoevaluación de riesgos laborales por parte del trabajador a distancia, ¿qué consecuencias tiene la ejecución del trabajo a distancia sin tal autoevaluación, especialmente para el empleador²³; ¿resulta de aplicación la regla general del silencio administrativo cuando se supera el plazo máximo de cinco días para que la autoridad laboral dicte resolución de constatación de la fuerza mayor respecto de los ERTes²⁴; en caso de contratos de obras y servicios concertadas con las Administraciones Públicas, la suspensión del contrato administrativo pero con el deber impuesto a la Administración contratante de compensar a la contratista por los gastos salariales efectivamente abonados ¿supone imposibilidad de suspender estos contratos de trabajo vía ERTes²⁵; en el caso de ERTes por causas económicas, cuando no hay representantes de los trabajadores elegidos en la empresa, ¿cómo debe gestionarse la constitución de la comisión negociadora prevista legalmente²⁶; ¿la declaración de que no constituye causa justificativa para despedir ante causas justificadas de suspensión con motivo del Covid 19, supone que en caso de que se despida estamos ante un despido improcedente o nulo²⁷; ¿Qué efectos tiene la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales sobre hechos sobrevenidos posteriormente de llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria para ciertos contratos de duración determinada que manifiestan desaparición de la causa justificativa de la contratación temporal²⁸; las empresas sometidas al régimen del permiso obligatorio retribuido recuperable en esas situaciones pueden optar alternativamente por suspender los contratos de trabajo vías ERTes²⁹; ¿hasta cuándo se extiende el subsidio extraordinario por falta de actividad para los empleados de hogar³⁰.

Es cierto que, en varios de estos supuestos, una labor hermenéutica integrativa del conjunto del ordenamiento jurídico, más o menos sencilla, permite dar respuesta a algunos de los interrogantes previamente identificados. Ahora bien, incluso en algunos casos en los que a mi juicio personal la respuesta resultaría sencilla e indiscutible, se pueden detectar opiniones doctrinales de contrario, que ya de por sí muestran los riesgos de legislar de este modo. Como hemos dado a entender, en varias ocasiones el legislador era consciente tanto de que dejaba abiertos estos interrogantes, como de la respuesta que procedía en una interpretación sistemática

²¹ Disp. adic. 6ª RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²² Art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²³ Art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁴ Art. 22 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁵ Art. 34 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁶ Art. 23.1 a RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁷ Art. 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo).

²⁸ Art. 5 RDL 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo).

²⁹ Art. 1.2 RDL 10/2020, de 29 de marzo (BOE 29 de marzo).

³⁰ Art. 31.4 RDL 11/2020, de 31 de marzo (BOE 1 de abril).

del ordenamiento jurídico, pero parece que por motivos políticos intencionadamente lo dejó abierto a la mayor o menor incertidumbre jurídica.

Esta conducta que, por lo demás es recurrente en muchas ocasiones en la técnica regulativa entre nosotros desde hace ya bastante tiempo, tiene consecuencias más graves en la coyuntura actual, por diversas razones acumuladas: unas medidas que se van a aplicar en masa a un número muy elevado de supuestos; medidas que se van a implementar de manera inmediata; medidas que tienen consecuencias muy graves para las empresas y trabajadores en caso de no acertar en la interpretación correcta; medidas cuya implementación en ocasiones se lleva a cabo a través de una intervención por parte de la Administración laboral en el ejercicio de sus facultades de ejecución de la legislación laboral que, como se sabe, se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas, lo que añade incertidumbre a resultados de que la interpretación de la normativa corre el riesgo de que sea diferente por parte de cada autoridad autonómica; y, finalmente, porque el canal ordinario de superación de la incertidumbre vía la conformación de una asentada jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo se producirá tras un largo período aplicativo de las medidas, en la práctica totalidad de los casos cuando dicha normativa ya se encuentre derogada.

La reiteración de normas sucesivas en este territorio, vía sucesivas aprobaciones de otros Reales Decreto-Ley hubieran constituido el canal más adecuado de precisión jurídica y, en concreto, de superación cuando menos de las incertidumbres jurídicas antes referidas. Esta fórmula sería la más exquisitamente respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, especialmente desde la perspectiva de Fuentes del Derecho y de conformación de la división de poderes en un Estado de Derecho y, por añadidura, la que hubiera aportado mayor contundencia en la seguridad jurídica. Sin embargo, en ningún caso se ha acudido a esta fórmula, probablemente como se indicó porque el silencio legal en la respuesta a tales interrogantes era intencionado y no resultado de un mero olvido o falta de diligencia en el uso de la técnica jurídica.

Consciente de la imposibilidad de esperar a una unificación de doctrina interpretativa por parte de los Tribunales de Justicia, se ha acudido a otra fórmula, cuya significación conviene resaltar. Me refiero, en concreto, a una actuación en la mayoría de los casos por parte de la Administración laboral, que a través de diversos instrumentos ofrece la que a su juicio es la interpretación más adecuada. Desde luego, ello se puede producir frente a muchos de los interrogantes inicialmente señalados, pero no en todos los casos.

A tal efecto, en unas ocasiones, la Administración ha aprobado Guías orientativas o protocolos de actuación, que se sitúan en el territorio típico de los instrumentos de “soft law”, desde el momento en el que al poder ejecutivo no le corresponde en un Estado de Derecho basado sobre el principio de la división de poderes, efectuar una labor de interpretación general de las normas aprobadas por el poder legislativo, pues lo contrario supondría invasión en el territorio de la competencia de jurisdicción exclusiva que le corresponde a los Tribunales de Justicia. A pesar de ello, desde el punto de vista práctico sí que se trata de documentos de una trascendencia muy superior a lo que suponen desde el punto de vista formal. En efecto, dichas Guías o Protocolos funcionan como importantes pautas orientativas de actuación para las empresas, que no puede

descartarse que después las utilicen a efectos de justificar su comportamiento, especialmente relevante en una hipótesis de apertura de un expediente sancionador en el ámbito administrativo, o incluso de apertura de un sumario en sede penal. Más aún, incluso el seguimiento de dichas pautas puede servir de importante asidero argumental posterior en sede judicial, caso de que sus decisiones se judicialicen en el ámbito del orden social de la jurisdicción.

En ese marco, también han sido relevantes las cuestiones planteadas por particulares, que han dado lugar a respuestas formales por parte de la propia autoridad laboral, en términos de criterios interpretativos por vía de un oficio, casi siempre por parte de la Dirección General de Trabajo, siempre resaltando que tales criterios tienen “un mero carácter informativo”, “por cuanto la competencia para realizar interpretaciones legales con carácter vinculante se atribuye en exclusiva por nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales”. Se trata de resoluciones en unos casos dictadas de oficio a propia iniciativa³¹, en otros supuestos a requerimiento de particulares³². En otras ocasiones, se trata de Informes emitidos en forma de Resolución dictada por el Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dirigido a las Inspecciones Provinciales a los efectos de dar instrucciones a los Inspectores y Subinspectores de Trabajo a la hora de proceder a aplicar la normativa de referencia en el ejercicio de sus funciones inspectoras y sancionadoras³³.

Se trata nuevamente de instrumentos que cabría incardinar en la categoría de fórmulas de “soft law” que, a pesar de su naturaleza menor dentro de cualquier sistema jurídico, desde el punto de vista material y práctico están adquiriendo una enorme relevancia, tanto por lo que suponen de unificación posterior de la actuación administrativa aplicativa de toda esta normativa, como de pauta interpretativa influyente en la práctica para los Tribunales de Justicia. Posiblemente no se trata del instrumento más deseable para dar respuesta a algunos de los interrogantes tan significativos enumerados al principio de este apartado, pero teniendo en cuenta el importante juego que han tenido en este caso y, probablemente, su afianzamiento de futuro en la fase post-emergencia, cuando menos serían exigibles procedimientos de amplia transparencia pública de este tipo de instrumentos. En concreto, sería oportuno que todo este tipo de actuaciones “intra-administrativa” o de respuesta individualizada a ciertos particulares, encontrase un vehículo oficial de conocimiento por parte de todos, a los efectos de que el conjunto de los destinatarios de las normas correspondiente pueda tener un conocimiento preciso de este tipo de

³¹ Por todos, Oficio de 19 de marzo de 2020, DGE-SGON-811bis CRA, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social dirigido a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas. Oficio de 31 de marzo de 2020, DGE-SGON-849CRA, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

³² Por todos, Oficio de 7 de abril de 2020, DGT-SGON-863CRA, de respuesta a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, por parte de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Oficio de 11 de abril de 2020, DGT-SGON-850CRA, de respuesta a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, por parte de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social

³³ Por todas, Resolución de 20 de marzo de 2020 sobre organización del Organismo en la gestión de la crisis del Covid-19, comunicada con fecha 27 de marzo de 2020.

interpretaciones administrativas, por lo que suponen de orientación de la actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias, como incluso de instrumento de sucesiva defensa judicial.

Volveremos sobre este asunto al final de este estudio, cuando hagamos mención a la necesidad de cooperación entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado en la interpretación de la normativa laboral con ocasión el ejercicio de las competencias administrativas de ejecución de la legislación laboral.

9. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

A pesar de la siempre más que relevante trascendencia de la intervención de los Juzgados y Tribunales de Justicia, en este caso del orden social de la jurisdicción, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), como ya hemos adelantado previamente, la gran dificultad de su actuación en relación con las medidas laborales y sociales se encuentra en que su intervención de unificación doctrinal es lenta y en este caso lo será claramente tardía. A mayor abundamiento, el propio estado de alarma ha provocado una importante paralización de muchas actuaciones judiciales, sin perjuicio de que hayan tenido un papel destacado respecto de algunos asuntos de urgencia, que no permitían demora en el contexto de la emergencia sanitaria. Llama la atención que hasta el último momento no se hayan adoptado medidas específicas frente al colapso judicial³⁴, más allá de las adoptadas en el terrero de la gestión por parte del Consejo General del Poder Judicial³⁵.

La actuación más relevante a estos efectos se ha producido a resultas de demandas y recursos presentados frente a las Administraciones Públicas, especialmente frente a las competentes en materia de gestión de la asistencia sanitaria pública, en orden a las medidas especiales que se deberían adoptar para proteger frente al posible contagio del virus por parte del personal sanitario. Se trata de una actuación que en muchas ocasiones ha venido precedida por denuncias ante la Inspección de Trabajo, que ha desplegado una labor encomiable de asesoramiento y vigilancia de la salud en momentos tan delicados y complejos, pero que igualmente en paralelo ha provocado la existencia de importantes resoluciones judiciales en esta materia. Se trata de decisiones judiciales que en algunos caso se han adoptado como medidas cautelares en unos procesos que no permitían desarrollar con plenitud el correspondiente proceso judicial, particularmente abordando la necesidad de suministrar equipos de protección individual (EPI)

³⁴ Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Acuerdo Comunidad Valenciana, de 13 de marzo de 2020, recurso 57/2020.

³⁵ Instrucciones de 11 de marzo de 2020, del Consejo General del Poder Judicial, relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el COVID-19. (Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Protocolo-COVID-19---Instrucciones-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-relativas-a-la-prestacion-del-servicio-publico-judicial-ante-la-situacion-generada>).

a dicho personal sanitario³⁶. Desde luego, se trata de una labor encomiable abordada por los Juzgados de lo Social, en una materia ciertamente compleja y delicada, para la que no existían apenas criterios interpretativos por parte de los Tribunales Superiores.

Por otro lado, se sucederán otra serie de pronunciamientos en lo que afecta a la interpretación y aplicación de las medidas laborales, especialmente respecto de los ERTes, a resultas de la intervención que a estos efectos han venido desarrollando tanto las autoridades laborales, como las entidades gestoras de la Seguridad Social. A estos efectos, aunque sea algo tardía, aparte de haber establecido ciertas preferencias en la tramitación de los procedimientos relacionados con el COVID-19³⁷, se ha acordado que la impugnación de los ERTes por causas económicas, técnicas organizativas o productiva se tramitará a través de la modalidad procesal de conflictos colectivos (arts. 153 ss LRJS)³⁸, criterio que no se entiende bien, pues probablemente hubiera resultado más acertado canalizarlo a través de la modalidad procesal de impugnación de los despidos colectivos (arts. 124 ss. LRJS).

En todo caso, para este tipo de situaciones, sería deseable articular algún tipo de mecanismo por medio del cual se pudiera acceder a conformar una doctrina unificada por parte del Tribunal Supremo, sin requerir para ello que la interposición del recurso de casación exija la aportación de una sentencia de contraste. Ello podría posibilitarse por vía de una interpretación amplia de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para interponer el recurso cuando se “constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinarios” y, sobre todo, cuando las normas cuestionadas “sean de reciente vigencia o aplicación” “y no existieran aún resoluciones recientes suficientes e idóneas sobre las cuestiones discutidas” (art. 219 LRJS). Tal fórmula requeriría que hubiera una posición activa por parte de los sindicatos u organizaciones empresariales de incitación a la intervención como legitimado activo por parte del Ministerio Fiscal. Otra posibilidad se encontraría en una reforma legislativa que atribuyese legitimación activa a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para asumir directamente las funciones que actualmente se le atribuyen al Ministerio Fiscal en esa condición de incitador de la unificación de doctrina en estos supuestos y que, por tanto, no requiriese de la intermediación del Ministerio Fiscal

³⁶ A título ejemplificativo, Auto TSJ, Cataluña, 2 de abril de 2020, demanda 8/2020; Auto JS, Tenerife, de 23 de marzo de 2020, rec. 276/2020, ECLI: ES:JSO:2020:2ª; Auto JS, Guadalajara, 27 de marzo de 2020, rec. 235/2020, ECLI: ES:JSO:2020:5ª; Auto JS nº 41, Madrid, 19 de marzo de 2020, res. 30/2020, ECLI: ES:JSO:2020:3A; JS nº 39, Madrid, 1 de abril de 2020, rec. 370/2020, ECLI: ES:JSO:2020:21ª; Auto JS, Castellón de la Plana, 27 de marzo de 2020, rec. 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:9ª; Auto JS nº 1, León, 27 de marzo de 2020, rec. 239/2020, ECLI: ES:JSO:2020:10ª; Auto JS, Segovia nº 1, 27 de marzo, rec 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:6ª; Auto JS, Santander, 27 de marzo, rec 193/2020, ECLI: ES:JSO:2020:15ª; Auto JS, Plasencia, 1 de abril de 2020, rec. 148/2020, ECLI: ES:JSO:2020:23ª; Auto JS nº 5, Valladolid, 15 de abril de 2020, ECLI: ES:JSO:2020:43A. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., “EPI para Letrados de la Administración de Justicia; no y sí para el personal sanitario: ¿dobles varas de evaluar el riesgo?”, *CEF*. (disponible en: <https://www.laboral-social.com/COVID-19-EPI-para-letrados-administracion-justicia-no-y-si-para-personal-sanitario-dobles-varas-de-evaluar-el-riesgo.html>).

³⁷ Art. 7.1.d Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.

³⁸ Art. 6 Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.

habitualmente sobrecargado de trabajo y más volcado a la actuación en otros órdenes jurisdiccionales diversos del social.

10. MARGINALIDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL

A resultas del método descrito de elaboración legislativa, sobre la base especialmente de Reales Decretos-Ley de auténtica urgencia y en un contexto de aguda emergencia sanitaria, el procedimiento legislativo ha sido acelerado al máximo, con el evidente efecto derivado de una marginalidad muy perceptible de la concertación social.

Resulta significativo que, incluso antes de adoptarse las medidas laborales y sociales de referencia, las organizaciones sindicales y empresariales, antes incluso de que se produjera la declaración del estado de alarma, acordaron un documento consensuado por medio del cual trasladaban al Gobierno un conjunto de medidas orientativas al respecto, solicitando que estas medidas extraordinarias fueran discutidas en el seno de la mesa de diálogo social³⁹. Se trata de un documento que contenía medidas que en muchos de sus aspectos coincidían con las posteriormente adoptadas por el Gobierno: ERTes, protección de los trabajadores fijos-discontinuos, situaciones de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras, cierre de centros escolares, centros de día y restricciones de movilidad, teletrabajo. Posiblemente, sin haberse llegado a elevar dichas propuestas a la mesa de diálogo social, no haber existido canales informales de concertación social con el Gobierno, puede intuirse que las propuestas sindicales y empresariales tuvieron una importancia significativa, cuando menos respecto de las primeras medidas adoptadas. Esta circunstancia, aparte de la gravedad de la situación provocada por la diseminación del Covid-19, determinó en líneas generales un apoyo por parte tanto de las organizaciones sindicales como de las asociaciones empresariales más representativas a las medidas que se adoptaron desde el primer momento. Ciertamente, sucesivamente, otra serie de medidas gubernamentales fueron más criticadas, especialmente desde las esferas empresariales en el momento de acordar las medidas de reforzamiento más intenso de la paralización de la actividad económica.

A pesar de ello, lo cierto es que, la concentración en la intensa actividad desplegada por el Gobierno en la primera fase de implementación del estado de alarma, provocó que no funcionasen los mecanismos habituales de concertación social, ante decisiones de tanto calado en el ámbito tanto laboral como de Seguridad Social. Más aún, como un efecto reflejo derivado de lo anterior, el proceso de concertación social que se estaba desarrollando con carácter previo a la declaración del estado de alarma, orientado a las reformas estructurales de la legislación laboral en el marco de la puesta en práctica del programa del Gobierno de coalición, quedó totalmente interrumpido, en la medida en que las prioridades del conjunto de los poderes públicos e incluso sociales se habían alterado por completo.

³⁹ Documento de propuestas conjuntas de las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, y empresariales, CEOE y CEPYME, para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus, 12 de marzo de 2020.

A pesar de ello, conforme la situación se “normalizó” desde el punto de vista de institucionalización de las decisiones políticas por parte del Gobierno, se han retomado los encuentros periódicos de celebración de la mesa de diálogo social, ahora desde la perspectiva de permitir un seguimiento del proceso de desarrollo de las medidas. Se trata de una recuperación del diálogo social que pasa a tener mayor contenido sobre todo en lo que afecta a la recuperación de la actividad productiva por parte de las empresas y, especialmente, en el modo de programar de forma paulatina la vuelta al trabajo en términos de lograr proporcionar efectividad al objetivo de reducir al máximo los riesgos de fuerte e irreversible destrucción del empleo.

11. MARGINAL INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Igualmente, dentro del ámbito del desarrollo de la autonomía colectiva, la urgencia con la que se han tenido que adoptar todas las medidas de referencia ha provocado que también haya pasado a un muy segundo plano la intervención tanto de la negociación colectiva como del ejercicio de las facultades de consulta a los representantes de los trabajadores.

De un lado, recordar cómo constituye una de las señas de identidad que se encuentran en el ADN de nuestro sistema de relaciones laborales el intenso diálogo constante entre normativa estatal y negociación colectiva, con reiteradas remisiones por parte de la Ley a la intervención de la negociación colectiva, a los efectos de que ésta última desempeñe un papel relevante en el desarrollo y aplicación al caso concreto de las medidas laborales establecidas legalmente. Pues bien, esta estrecha relación entre Ley y convenio colectivo ha desaparecido prácticamente por completo en la técnica jurídica de implementación de las medidas laborales para hacer frente al Covid-19. Cuando nos encontrábamos en una fase de recuperación del protagonismo de la negociación colectiva, tras la superación de la precedente crisis económica (cláusulas de jubilación forzosa, concreción de las reglas sobre registro de la jornada de trabajo, la extensión del deber de negociación de los planes de igualdad, subrogación contractual en la actividad de estiba y desestiba)⁴⁰, la necesidad de establecer una normativa de aplicación inmediata, sin poder esperar a la intermediación de complemento de la negociación colectiva, ha provocado una práctica desaparición de la intervención de los convenios colectivos, de modo que es un protagonista casi inexistente en la legislación laboral para la emergencia.

Más aún, la negociación colectiva ordinaria, que habitualmente tiene su momento más intenso en la primavera de cada año, se ha visto en la práctica suspendida en multitud de empresas. Prueba elocuente de ello es el reducido número de convenios colectivos registrados y publicados en los Boletines oficiales a partir de la declaración del estado de alarma⁴¹. Ya

⁴⁰ GÓMEZ GORDILLO, R., “La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019”, *Temas Laborales*, nº147, 2019, págs 151 ss.

⁴¹ Centrados en el Boletín Oficial del Estado, desde la declaración del estado de alarma hasta finales de abril, sólo se ha llegado a publicar un convenio colectivo en el BEE de 18 de marzo y desde esa fecha se advierte una completa

indicamos que el estado de alarma no puede proceder a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de los relativos a la libertad de circulación o de permanencia de las personas. Eso sí, los efectos reflejos derivados de la libre circulación dificultan con mucho la continuidad de los procesos negociales en marcha. No cabe la menor duda de que en modo alguno se encuentran prohibidas las reuniones respecto de las actividades empresariales que mantengan su producción en régimen presencial y que, en todo caso, la negociación colectiva se encuentra estrechamente vinculada con el ejercicio del derecho a la acción sindical como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Incluso, nada impediría que el desarrollo de la negociación colectiva se mantuviese en régimen de reuniones a distancia. En todo caso, no es sólo que las limitaciones de la libre circulación hayan tenido un impacto indirecto en la práctica, sino que, por añadidura, han primado las urgencias derivadas de la necesidad de que las empresas, organizaciones empresariales e incluso de las propias representaciones sindicales hayan debido concentrar todos sus esfuerzos en el modo de actuar frente a un escenario económico, empresarial y laboral que se ha alterado sustancialmente. Tal lógica preferencia por la reacción frente al modo de actuar frente al Covid-19, ha provocado con naturalidad un impacto automático sobre los procesos ordinarios de negociación colectiva. Por último, vertiente probablemente más decisiva aún, el profundo cambio del escenario económico, empresarial y del empleo a resultas de la crisis económica derivada de la paralización de la actividad económica, con un panorama de enorme incertidumbre exigen un cambio en el diagnóstico de la situación y, por ende, un cambio en las posiciones de las partes respecto de los que pueden reclamar o aceptar en una mesa de negociación colectiva.

En definitiva, resulta más que comprensible y razonable que se haya abierto un paréntesis y, con el mismo, un temporal bloqueo de la negociación colectiva, Hasta tanto no se superen mínimamente los elementos de incertidumbre respecto del inmediato futuro, incluso a la espera de un posible Acuerdo interconfederal de negociación colectiva de gestión futura de las relaciones laborales. Posiblemente ese hipotético Acuerdo interconfederal, de alcanzarse, será decisivo a los efectos de la reconstrucción económica del país, al extremo que constituirá una pieza clave de las medidas de reconstrucción, en su caso a consensuar en el ámbito político general, que, por tanto, igualmente volverán a atribuir una función decisiva a la negociación colectiva dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

De otro lado, destacar igualmente cómo la participación de los trabajadores en la empresa constituye un elemento central de nuestro sistema de relaciones laborales, con atribución de muy importantes competencias de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la empresa, especialmente ante escenarios en los que las empresas se ven abocadas a adoptar medidas de reestructuración empresarial. Pues bien, también desde esa perspectiva se aprecia una marginalidad de los procesos de consultas con la representación de los trabajadores, respondiendo a ello una vez más el tipo de medidas laborales adoptadas en este contexto del estado de alarma. Una vez más las razones de urgencia y el superior protagonismo atribuido a la autoridad laboral en este contexto, como efecto derivado, ha provocado un venir a menos de la intervención de los representantes de los trabajadores en esta

paralización en el registro y publicación de convenios colectivos.

primera fase de respuesta a la paralización de la actividad productiva. Ante todo, el hecho de que se hayan canalizado las reestructuraciones por vía de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada, ha provocado que los procedimientos de consultas en los despidos colectivos hayan pasado a ocupar un espacio casi marginal. Más aún, comoquiera que la inmensa mayoría de los ERTes se ha vehiculado a través de los justificados por causas de fuerza mayor, ello deriva en la ausencia de período de consultas, en tanto que el control básicamente se deriva a la comprobación de la concurrencia de la causa justificativa que se le atribuye a la Administración laboral. Adicionalmente, aunque los datos relativos a bajas en la afiliación a la Seguridad Social manifiestan una importante caída, la mayoría de estas bajas se han producido por vías extintivas en las que tampoco hay intervención de consulta por parte de los representantes legales de los trabajadores: resoluciones contractuales de contratos de trabajo temporales y despidos individuales de trabajadores fijos.

Finalmente, el hecho de que el establecimiento del trabajo a distancia como fórmula prioritaria en la medida en que sea posible, se ha introducido imponiendo un directo doble deber empresarial y de los trabajadores, que remite a una reorganización implementada por la vía estrictamente individual y, por tanto, sin contemplar nuestra legislación previa ni la de emergencia fórmula de intervención por parte de los representantes de los trabajadores. A estos efectos, la ausencia de protagonismo de los representantes de los trabajadores en los procesos de adaptación hacia trabajos a distancia, particularmente a fórmulas de trabajo semipresencial, constituye una gran carencia de nuestro ordenamiento jurídico, elemento que debería ser reconsiderado para la fase de la post-emergencia.

Como excepción a lo anterior, sólo dos situaciones vienen contempladas por las medidas laborales, que abren paso a una cierta intervención de consulta o negociación por parte de los representantes de los trabajadores en la empresa. En primer lugar, la previsión de que el modo de recuperación del permiso retribuido obligatorio para determinadas empresas que paralizaron su actividad en los primeros diez días de abril debe realizarse a través de negociación en un período de consultas abierto entre la empresa y la representación legal de los trabajadores⁴². En segundo lugar, el mantenimiento del período de consulta cuando la suspensión contractual vía ERTE se produzca por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas⁴³.

La principal novedad a estos efectos se encuentra en la introducción de unas nuevas reglas en orden a determinar el interlocutor en representación de los trabajadores para aquellos supuestos de empresas en los que no exista representación legal de los trabajadores, para estos dos supuestos: permisos retribuidos recuperables y ERTes por causas económicas. En efecto, las críticas que desde algunos sectores había provocado la designación de las comisiones ‘ad hoc’ para reestructuraciones empresariales a partir de la reforma laboral de 2012, ha determinado que se haya efectuado un intento de sindicalización del órgano de interlocución; en concreto, que ello se haya realizado vía la atribución de preferencia a la fórmula sindical, de modo que se atribuye en primera instancia a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más

⁴² Art. 3.2 Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de enero.

⁴³ Art. 23 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

representativos en el sector la facultad de designación de las comisión negociadores que protagonizan el período de consultas en estos casos. La previsión legal está falta de precisión, porque no concreta el modo a través del cual se constituye esta comisión negociadora, como debe actuar la dirección de la empresa a efectos de identificar a los concretos sujetos legitimados para intervenir en estos casos y conformarse la comisión en un plazo tan breve como el previsto legalmente. Por lo demás, aunque se trata de una típica fórmula técnicamente establecida dentro de este derecho para la emergencia, la verdad es que podría haberse mantenido la regla precedente de designación de la comisión, lo que puede augurar que ello se haya introducido como un a modo de experimento para, sucesivamente, incorporarlo a una previsión que otorgue carta de naturaleza permanente a una fórmula de estas características. Por ello, será oportuno, en cuanto se pueda, realizar una comprobación de los resultados que ello ha tenido en la aplicación práctica del sistema de designación de los interlocutores.

Por contraste con esa marginalidad de la intervención en clave de información y consulta a los representantes en la fase dura de la emergencia, y a pesar de todo lo anterior, es previsible que la siguiente fase, en la que se produzca la paulatina vuelta a la actividad económica y, con ella, una progresiva reincorporación al trabajo de quienes se encontraban con su relación laboral en suspenso, propicie una recuperación del protagonismo que le debe corresponder a los representantes de los trabajadores. En esta segunda fase por varias razones es lógico pensar que se produzca una intensificación de los procesos de información y consulta a los representantes de los trabajadores: derogación de la normativa de emergencia, mayor centralidad de los ERTes por causas económicas que los relativos a fuerza mayor, una necesidad de logro de un consenso en el seno de la empresa para afrontar el más que complejo proceso de adaptación empresarial a un escenario de crisis de empleo y, en el mejor de los casos, una reincorporación no fácil a la situación precedente, la necesidad de adoptar medidas de acompañamiento para que el final de los ERTes no desemboque en una pérdida definitiva de empleo por la vía de la adopción de otras medidas de reestructuración empresarial que comporten modificaciones de condiciones de trabajo, etc.

12. JUEGO DEL REPARTO COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Para concluir resulta conveniente efectuar alguna reflexión respecto de la incidencia sobre el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas respecto de las medidas adoptadas. A estos efectos, a grandes rasgos, puede que las medidas adoptadas hayan tenido escaso impacto sobre tal materia. A tal efecto, resulta clave que lo actuado ha sido sobre todo en el terreno legislativo, ámbito donde el Estado ostenta la competencia exclusiva en materia laboral (art. 149.7 CE). A mayor abundamiento, todas las acciones en materia de protección social se han canalizado a través de la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, donde igualmente concurre un claro título competencial del Estado (art. 149.1.17 C·E). En el campo laboral las actuaciones han sido sobre todo referidas a modalidades de contratación (trabajo a distancia), de conciliación de la vida laboral y familiar por la vía de la adaptación del horario de trabajo, de permisos retribuidos recuperables, de suspensión del contrato de trabajo y de reducción de jornada (expedientes temporales de regulación de empleo), extinción del contrato de trabajo (prórroga contratos temporales y ausencia de justificación de los despidos

objetivos y colectivos). Respecto de la Seguridad Social, la actuación se ha centrado en la ampliación de la noción de incapacidad temporal por accidente de trabajo⁴⁴, de la extensión de la acción protectora ante situaciones de desempleo (trabajadores suspendidos sus contratos por ERTes por fuerza mayor, extinción de contratos temporales, personal al servicio del hogar familiar, fijos-discontinuos, extinciones durante el período de prueba)⁴⁵, o bien de cese de actividad (trabajadores autónomos)⁴⁶, así como de compatibilidad del empleo agrario con el mantenimiento de las prestaciones⁴⁷. Más aún, los debates en torno a la propuesta del gobierno de introducción de un ingreso mínimo vital, lo sea de carácter coyuntural o de naturaleza permanente, igualmente se orientan por parte de la mayoría en orden a conformar una nueva contingencia que incorpore una nueva prestación no contributiva de Seguridad Social. En definitiva, todos los aspectos relacionados de medidas laborales y sociales se sitúan claramente en el terreno de la actuación estatal con base en títulos competenciales constitucionales de exclusividad normativa a favor del Estado.

A pesar de todo lo anterior, desde esta perspectiva normativa que estamos analizando en primer lugar, también merece la pena destacar que puntualmente se han podido producir algunas interferencias, que podrían valorarse como invasión competencial tanto de la intervención del Estado en el territorio de lo competencial autonómico, como igualmente, a la inversa, de la intervención de las Comunidades Autónomas en el espacio competencial estatal. Pongamos algunos ejemplos de lo uno y de lo otro.

Por lo que se refiere a la primera de las perspectivas, cabe señalar sobre todo la previsión conforme a la cual se efectúa un trasvase de los fondos destinados a la formación profesional ocupacional para sufragar los gastos adicionales comprometidos en materia de desempleo: “Con carácter excepcional y extraordinario, debido al impacto económico de las medidas aprobadas para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, los ingresos derivados de la cotización por formación profesional obtenidos en el ejercicio 2020, podrán destinarse a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo definidas en el artículo 265 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o para financiar programas que fomenten la contratación de personas desempleadas o les ayuden a recuperar empleo”⁴⁸. Esta previsión no cabe la menor duda de que es bienintencionada por parte del Gobierno, si bien puede presentar algunas dudas respecto de su constitucionalidad. En efecto, no puede desconocerse que nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que “la formación profesional no forma parte del Sistema de Seguridad Social, ni las cuotas abonadas

⁴⁴ Art. 5 Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE 11 de marzo), respecto de los empleados contratados conforme al Estatuto de los Trabajadores; art. 11 Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (BOE 13 de marzo), respecto de los funcionarios públicos

⁴⁵ Art. 23 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo; arts. 30 a 33 Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo; art. 22 y disp. final 8ª apartado 3 Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril.

⁴⁶ Art. 17 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

⁴⁷ Art. 3 Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril.

⁴⁸ Disp. adic. 7ª Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo.

en tal concepto son recursos de la Seguridad Social integrados en su caja única”⁴⁹. Teniendo en cuenta que la ejecución de las competencias en materia de formación profesional forma parte de las competencias de las Comunidades Autónomas, las cantidades que provienen de la cuota por tal concepto tienen un destino finalista, de modo que su alteración no podría efectuarse por una mera operación de transferencia presupuestaria, que aboca a detraer fondos que deben ser destinados a tal fin y para el ejercicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Eso sí, también habría que tener en cuenta que los pronunciamientos dictados hasta el presente por el Tribunal Constitucional abordan conflictos positivos de competencia que se refieren a otros aspectos de las competencias autonómicas en materia de formación profesional. En todo caso, a mi juicio personal, la operación realizada presenta altas dosis de invasión, en la medida en que efectúa una desviación de fondos que son financiados por medio de una cotización dirigida específicamente a la formación profesional, que, como tal, no puede destinarse a otros fines y, como efecto reflejo produce un efecto de reducción material de la competencia autonómica en materia de gestión de la formación profesional, que le viene atribuida constitucionalmente por sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

A mayor abundamiento, y al margen del debate competencial, también cabe efectuar una crítica de oportunidad, en la medida en que debilitar los fondos destinados a la formación profesional provoca una importante carencia en este frente, cuando es evidente que en el momento de la recuperación del empleo serán claves las políticas activas de empleo en este terreno. Probablemente la recuperación se convertirá por necesidad en una oportunidad para superar nuestra excesiva especialización en el sector turístico y hacer frente a las deficiencias detectadas en el sector industrial, que requerirá de un trasvase sectorial de población ocupada, que lógicamente tendrán que verse acompañadas de programas de reciclaje profesional. En definitiva, lo hecho plásticamente podría calificarse como una operación de “desvestir a un santo para vestir a otro”.

Por lo que refiere a la perspectiva inversa, a la posible invasión competencial por parte de las Comunidades Autónomas, cabría poner dos ejemplos.

Primer ejemplo, la previsión por parte de algunas Comunidades Autónomas de fijación de un plazo más amplio para resolver los ERTes por fuerza mayor, a la vista del plazo improrrogable y perentorio de 5 días establecidos por la norma estatal y al objeto de evitar el efecto indirecto derivado del efecto del silencio administrativo provocado por la superación de este plazo⁵⁰. Desde el punto de vista material se alega la imposibilidad de dictar en tiempo y forma dichas resoluciones a la vista del número tan elevado de expedientes presentados ante la Administración autonómica, al tiempo que tales asuntos presentan un impacto negativo de

⁴⁹ Por todas, STC 244/2012, de 18 de diciembre.

⁵⁰ Por todos, Orde de la Consejería de Economía, Empleo e Industria de 31 de marzo de 2020 (DOG de 2 de abril de 2020), pola que se acorda a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación do procedemento de suspensión de contratos e redución de xornada por causa de forza maior que teñan a súa causa directa en perdas de actividade como consecuencia do COVID-19, incluída a declaración do estado de alarma, tramitados pola Secretaría Xeral de Emprego así como polas respectivas xefaturas territoriais en función dos respectivos ámbitos territoriais de afectación.

carácter estructural sobre el empleo. Desde el punto de vista jurídico se apela a la previsión contenida en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, que permite establecer de manera excepcional esta ampliación: “Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento”⁵¹. Como fundamento de aplicación de este precepto se aduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una doble línea: de un lado, que éste interpreta que para adoptar dicha decisión basta una justificación clara y real de la dificultad para resolver en el plazo ordinario para que sea admisible⁵²; de otro lado, que igualmente se interpreta que la decisión puede adoptarse para un conjunto de expedientes⁵³. A nuestro juicio, la fundamentación en este caso no resulta sólida, por las siguientes razones. En primer lugar, porque la decisión autonómica omite referirse al requisito establecido legalmente, conforme al cual se exige que en todo caso el plazo establecido “no sea superior al establecido para la tramitación del procedimiento”, cuando en este caso se supera claramente ese límite. En segundo lugar, porque la premisa de partida es que se hayan comenzado a resolver esos expedientes y, en un determinado momento, se aprecie que se han agotado los medios personales y materiales, cuando aquí desde el primer instante se adopta esa decisión. En tercer lugar, porque la norma requiere que concurra una situación excepcional, pero debe ser una situación excepcional específica y diferente de la contemplada en la propia norma estatal que contempla en plazo de los 5 días, pues de lo contrario se solapa con la regla estatal a la que altera por completo; dicho de otro modo, la excepcionalidad no puede ser a secas la emergencia sanitaria, pues ello ya ha sido contemplado por la propia norma estatal. En definitiva, en este caso se va mucho más allá de una decisión que afecte a un conjunto de expedientes, por cuanto que afecta a la totalidad de expedientes de esta naturaleza, con lo cual materialmente lo que se hace es modificar el plazo establecido por la norma estatal, con invasión de la competencia exclusiva atribuida al Estado en materia laboral (art. 149.1.7 CE).

Segundo ejemplo, alguna Comunidad Autónoma, aprovechando la situación de excepcionalidad de la emergencia sanitaria, que viene a requerir la necesidad de proceder a una contratación rápida de empleados para atender a la asistencia sanitaria pública, admite que ello se lleve a cabo a través de una contratación administrativa: “Las personas integrantes de las listas de aspirantes a la contratación temporal podrán ser requeridas para su contratación en régimen administrativo en cualquier ámbito de contratación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos”⁵⁴. Desde la perspectiva que

⁵¹ Art. 23.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE 2 de octubre), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

⁵² STS de 10 de julio de 2008, rec. 7144/2005; de 4 de marzo de 2009, rec. 3943 y de 20 de abril de 2011, rec. 6365. De contrario, STS 20 de septiembre de 2012, 5959/2010, ECLI:ES:TS:2012:6981.

⁵³ STS 20 de abril de 2011, rec. 6365.

⁵⁴ Art. 6.1 Decreto-Ley Foral 1/2020, de 18 de marzo (BOE de 9 de abril), por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).

estamos analizando la materia, lo que debe resaltarse es que este tipo de reglas invaden la competencia estatal en materia de regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), del mismo modo que afecta a la competencia estatal de aprobación del correspondiente estatuto de los funcionarios públicos, que debe regular entre otras cosas el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). Desde esta perspectiva, es precisamente el Estatuto Básico del Empleo Público, quien regula las categorías de empleados públicos y el modo de acceso al empleo público⁵⁵. Pues bien, es claro que esta norma dentro de las categorías de funcionarios públicos sólo se contemplan los funcionarios públicos, el personal estatutario en el ámbito de la asistencia sanitaria y el personal laboral regido conjuntamente por el Estatuto de los Trabajadores y el propio Estatuto Básico del Empleado Público. En sentido negativo, dicha normativa no contempla y, por tanto, prohíbe, cualquier forma de contratación administrativa para integrar en el seno de cualquier Administración Pública a personal a su servicio. Ya desde 1983 quedó prohibido en nuestro ordenamiento la contratación administrativa en el sector público, sin que quepa buscar excusas de emergencia para hacer resurgir esta fórmula de la contratación administrativa. Por añadidura, hacerlo por medio de una normativa autonómica ha de entenderse que invade la competencia estatal en lo que conforman las bases del régimen jurídico del empleo público, en los términos antes referidos.

La última de las perspectivas a mencionar es la relativa al ejercicio de las competencias administrativas en materia laboral que, a tenor la atribución a las Comunidades Autónomas de la ejecución de la legislación laboral, les corresponde a éstas la asunción de todas las tareas que en este ámbito se le asignan a la Administración laboral con ocasión de las medidas laborales adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria. Estas, esencialmente, se han concentrado en dos aspectos. El primero de ellos, el relativo a la constatación de la fuerza mayor en los ERTes por tal motivo. La actuación de control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las medidas que se deben adoptar al objeto de evitar la propagación del virus.

Respecto del primero de ellos, no se produce ninguna alteración en el reparto competencia entre Estado y las Comunidades Autónomas desde esta perspectiva de la ejecución de la legislación laboral, en el ejercicio de una típica competencia de autorización administrativa. Baste, eso sí, recordar que la atribución competencial a las autonomías no es plena, por cuanto que la Administración General del Estado mantiene dos intervenciones relevantes. De un lado, con carácter general, tener presente que la autorización de los ERTes constituye un trámite imprescindible previo a la actuación posterior del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) a efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo, así como de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a efectos de la exoneración total o parcial de las cotizaciones empresariales por contingencias generales. Además, también tener en cuenta que cuando el ERTE afecta a una reestructuración empresarial que desborda el ámbito territorial de una

⁵⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre).

Comunidad Autónoma, la competencia de constatación de la fuerza mayor le corresponde a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Desde esta perspectiva se echa en falta un mayor afianzamiento de un modelo de federalismo cooperativo en nuestro país, en este caso desde dos perspectivas. De un lado, la necesidad de que se acentúe la coordinación entre Administraciones concernidas por competencias diferenciadas pero que se influyen unas respecto de otras. De otro lado, cuando la competencia es compartida, como sucede respecto de las autorizaciones de los ERTes por fuerza mayor, sería muy conveniente la elaboración de criterios comunes de interpretación de la normativa establecida tanto en materia de requisitos para la resolución administrativa como en la tramitación del procedimiento administrativo, criterios que sean comunes a todas las Autonomías y Administración General del Estado. La primera perspectiva se encuentra bastante institucionalizada, a través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales⁵⁶, así como del Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁷. Sin embargo, la segunda de las perspectivas sólo funciona de manera informal y, por ende, no suficientemente institucionalizada. A estos efectos, aunque la Dirección General de Trabajo, en los términos que describimos en su momento, emite criterios informativos al respecto, que han tenido un destacado impacto en la implementación administrativa de las medidas laborales adoptadas con motivo del Covid-19, sin embargo, a estos efectos, no constituye una autoridad con competencia jerárquica respecto de las Comunidades Autónomas a estos efectos. Por tanto, las Comunidades Autónomas formalmente gozan de plena autonomía interpretativa en el ejercicio sus competencias de ejecución de la legislación laboral. A los efectos de evitar una dispersión interpretativa, a expensas de lo que con el paso del tiempo unifique la jurisprudencia a través de la actuación de los Tribunales de Justicia, sería conveniente que en una lógica de federalismo cooperativa, que la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales ampliara sus competencias más allá de los estrictamente conectado con las políticas de empleo y, sobre todo, que alguna instancia de cooperación entre las Comunidades Autónomas pudiera asumir esta labor de unificación de criterios interpretativos, lógicamente con pleno respecto a la actividad jurisdiccional que en nuestro ordenamiento jurídico le corresponde en exclusiva al poder judicial.

⁵⁶ Arts. 7 Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 de diciembre), de Empleo; Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre (BOE 23 de enero de 2008), en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de empleo.

⁵⁷ Art. 29 Ley 23/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio), Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; arts. 4 ss Real Decreto 192/2018, de 6 de abril (BOE 7 de abril), por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.