
**CÓMO TRATAR DE MANTENER EL EMPLEO Y NO
FRACASAR EN EL INTENTO ANTE EL COVID-19: ALGUNAS
MEDIDAS FLEXIBILIZADORAS JURÍDICO-POLÍTICAS EN
ESPAÑA**

**HOW TO TRY TO MAINTAIN EMPLOYMENT AND NOT FAIL IN
THE ATTEMPT BEFORE COVID-19: SOME LEGAL-POLITICAL
FLEXIBILITY MEASURES IN SPAIN**

Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Universidad, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Granada, España*

ltriguero@ugr.es

Fecha de envío: 30/05/2020

Fecha de aceptación: 01/06/2020

CÓMO TRATAR DE MANTENER EL EMPLEO Y NO FRACASAR EN EL INTENTO ANTE EL COVID-19: ALGUNAS MEDIDAS FLEXIBILIZADORAS JURÍDICO-POLÍTICAS EN ESPAÑA

Luis Ángel TRIGUERO MARTÍNEZ

Universidad de Granada (España)

Resumen: Perseguir frenar la destrucción de ocupación en tiempos pandémicos a través de la flexibilidad es loable. No existe el desfallecimiento en España. Pero la lógica social, económica y de protección de la salud para el mantenimiento del empleo han de caminar simultáneamente y con equilibrio sobre el fino alambre. El debate técnico-jurídico y de política del derecho sobre las medidas sociolaborales que se vienen adoptando y su funcionalidad, está servido desde su tratamiento sistemático.

Palabras clave: Fuerza mayor - COVID-19 - Mantenimiento del empleo - España - Flexibilidad

Sumario: 1.-Introducción. 2.-¿El COVID-10 es una fuerza mayor para la extinción contractual?. 3.-Alternativa a la extinción contractual y mantenimiento de la ocupación por fuerza mayor: medidas adoptadas destacables para amortiguar el impacto de la pandemia en el mantenimiento del empleo. 3.1.-Expedientes de Regulación de Empleo Temporal de suspensión total de la actividad por la fuerza mayor del COVID-19. 3.2.-Expedientes de Regulación de Empleo Temporal por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción resultado del COVID-19. 3.3.-El empuje hacia el teletrabajo. 3.4.-La originalidad del permiso retribuido recuperable. 4.-Indemnizaciones y prestaciones ante extinciones y suspensiones contractuales motivadas por el COVID-19. 4.1.-Indemnización por despido por fuerza mayor. 4.2.-Prestaciones por expedientes de regulación de empleo temporal. 5.-A modo de reflexión final

Abstract: Pursuing to curb the destruction of occupation in pandemic times through flexibility is laudable. There is no fainting in Spain. But the social, economic and health protection logic for maintaining employment must walk simultaneously and with balance on the fine wire. The legal technical and legal debate on the socio-labor measures that are being adopted and their functionality has been served from their systematic treatment.

Key words: Force majeure - COVID-19 - Job maintenance - Spain - Flexibility

Summary: 1. Introduction. 2.-Is COVID-19 a force majeure for contractual termination?. 3.-Alternative to contractual termination and maintenance of employment due to force majeure: notable measures adopted to cushion the impact of the pandemic on job maintenance. 3.1.-Temporary Employment Regulation Records of total suspension of activity by force majeure of COVID-19. 3.2.-Temporary Employment Regulation Files for economic, technical, organizational or production reasons resulting from COVID-19. 3.3.-The push towards telework. 3.4.-The originality of the recoverable paid leave
4.-Compensation and benefits in the event of terminations and contractual suspensions motivated by COVID-19. 4.1.-Compensation for dismissal due to force majeure. 4.2.-Benefits for temporary employment regulation files. 5.-By way of final reflection

1. Introducción

La evolución y extensión de una pandemia de dimensiones desconocidas, el estado de alarma y el confinamiento decretados a mediados de marzo para su control en España, implicaron la paralización de la economía. Consecuentemente, su proyección inmediata al ámbito de las relaciones laborales y de funcionamiento del mercado de trabajo.

Tratando de frenar el impacto negativo se vienen aprobando reformas y normas jurídico-laborales y de protección social por medio de Reales Decretos-leyes. La situación de urgencia hace que sea necesario acudir a otros posteriores sucesivamente para su concreción, atendiendo a la evolución de la situación sanitaria. Temporalidad y excepcionalidad están presentes.

Se incide en la necesidad de una mayor flexibilidad social y protectora en las relaciones laborales frente a la extinción contractual, con el fin de reactivar la economía y el mercado de trabajo. Simultáneamente, en aras de garantizar efectividad, se plantea una reforma laboral. Pero el sentido y alcance de fondo, ni la requiere ni la comparte la Unión Europea.

La controversia jurídico-política para el mantenimiento de los contratos de trabajo y la ocupación está servida con motivo del COVID-19. ¿La vertiente económica prevalecerá sobre la socioprotectora? O, en su caso, ¿la socioprotectora sobre la económica? La política del derecho lo irá denotando medida a medida.

2. ¿El COVID-19 es una fuerza mayor para la extinción contractual?

En el Estatuto de los Trabajadores, como tal, no hay un precepto separado en el que se aborde expresamente el despido por fuerza mayor. El artículo 49, por el que se establecen las distintas posibilidades de extinción contractual, en su apartado h), lo concibe sustentado en: la imposibilidad definitiva de la prestación de servicios; y su constatación (anudada al artículo 51.7) por la autoridad laboral, siendo indiferente el número de personas trabajadoras que se vean implicadas.

Legítimamente, ambos, de una forma clara, se extrapolan al COVID-19 como fuerza mayor. La extinción contractual ha de implicar que, en conexión con las causas económicas, técnicas u organizativas empresariales resultado de la crisis económica generada por el mismo, justifique el extremo de que no se pueda continuar con la prestación de servicios profesionales.

En este sentido, la empresa tiene que identificar la causa motivadora y medios de prueba, comunicándolo simultáneamente a la representación legal de los trabajadores en la empresa. Continúa el procedimiento con la autorización (o no) de la autoridad laboral para dictar resolución en el plazo de cinco días, siempre con efectos retroactivos al momento del hecho causante.

La realidad más inmediata es que no existe obstáculo alguno en su autorización. Es la lógica inherente a la pandemia. La empresa cierra y no puede continuar con su actividad, produciéndose las extinciones contractuales, finalizando el proceso, también con comunicación a la representación legal.

En la ley, no aparecen tasados los supuestos de fuerza mayor. Es necesaria su concreción, aunque sea en términos genéricos, por garantía jurídica y evitar arbitrariedad en su concepción como despido colectivo. Ante esta laguna existente hay que acudir al Derecho Común, al Código Civil. En su artículo 1105 queda fijada la exoneración de responsabilidades ante sucesos imprevisibles o, en su caso, aún previstos, sean inevitables.

Su sentido y alcance es apropiado para el COVID-19. Se desconocían sus dimensiones sociales, laborales y económicas. Y, aún existiendo aviso, iba a ser imposible que España quedase al margen de la pandemia y sus efectos devastadores. Empresas y personas trabajadoras nada tienen que ver en ella.

Adicionalmente, el artículo 22 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, lo menciona expresamente como fuerza mayor que pueda provocar la pérdida de la actividad. Pero con un matiz: incluida en la declaración del estado de alarma. Coyunturalmente, el virus es un caso de fuerza mayor en el ordenamiento jurídico laboral español.

La paradoja es que en esta modalidad extintiva tan abierta a la casuística, nunca, en el Derecho del Trabajo español, se había sujetado y fundamentado de forma objetiva en una cuestión de salud pública.

3. Alternativa a la extinción contractual y mantenimiento de la ocupación por fuerza mayor: medidas adoptadas destacables para amortiguar el impacto de la pandemia en el mantenimiento del empleo

En el marco de la reordenación de urgencia de las relaciones de trabajo por la crisis sanitaria, vienen siendo medidas estelares para el mantenimiento del trabajo, tanto los expedientes de regulación de empleo temporales como el trabajo a distancia o teletrabajo. También, por su particularidad, el permiso retribuido recuperable.

3.1. Expedientes de Regulación de Empleo Temporal (ERTES) de suspensión total de la actividad por la fuerza mayor del COVID-19

Son una vía para evitar las extinciones contractuales colectivas empresariales ante circunstancias coyunturales de fuerza mayor, en conexión con/y/o por motivos económicos, técnicos u organizativos.

Por medio del Real Decreto-ley 8/2020, dada la situación de pérdidas de actividad resultado del COVID-19 y de la propia declaración del estado de alarma, concreta las causas mayores para acogerse a un ERTE: contagio de la plantilla o el adoptar medidas de aislamiento preventivo siempre y cuando lo decrete la autoridad sanitaria; las restricciones en el transporte público, de la movilidad de las personas y/o las mercancías; el cierre coyuntural de locales de afluencia pública; la suspensión o cancelación de actividades; y la falta de suministros que imposibiliten gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad.

Por su parte, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, materializa el compromiso por el mantenimiento

del empleo recogido en la disposición adicional sexta del anterior. De una parte, obliga a mantener la actividad profesional de la persona trabajadora durante seis meses como mínimo, a contar desde la fecha en la que se reanude la actividad. Y, de otra parte, tener en consideración las características concretas de los diferentes sectores y la norma particular que les sea de aplicación. Además, particulariza: las de las empresas que posean una elevada estacionalidad o variabilidad en el empleo; y las relacionadas directamente con espectáculos concretos tales como las artes escénicas, musicales, cinematográficas y audiovisuales.

Asimismo, aclara que el compromiso, de ninguna forma, se vulnera cuando el contrato de trabajo se extinga por finalización del tiempo convenido o, en su caso, la realización de la obra o servicio constitutivo de su objeto o cuando tampoco sea viable la realización inmediata de la actividad objeto de contratación.

Las relacionadas, en virtud de los artículos 22 a 28, en este caso, del Real Decreto-ley 8/2020, son de aplicación al conjunto de personas trabajadoras, siendo indistinta la duración indefinida o temporal del contrato.

3.2. Expedientes de Regulación de Empleo Temporal (ERTES) por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción resultado del COVID-19

Este supuesto particular es recogido en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Sólo es de aplicación: de una parte, a los ERTES iniciados del trece de mayo al treinta de junio por las causas señaladas; y, de otra parte, a aquéllos iniciados y finalizados en fecha anterior a la citada, pero única y exclusivamente fundamentados por fuerza mayor.

La fecha de comienzo del “nuevo” ERTE retrotrae sus efectos a la del ya finalizado por fuerza mayor.

3.3.El empuje hacia el teletrabajo

Tratando de mantener empleos y la actividad, tanto desde el propio Real Decreto-ley 8/2020, como en sucesivos, se viene impulsando el “deber” y “mantener” esta modalidad organizacional de prestar servicios profesionales. El requisito esencial es que la empresa pueda adoptarlo técnicamente. La obligación: garantizar todos y cada uno de los derechos de la persona trabajadora, con especial atención a la prevención de riesgos laborales.

3.4. La originalidad del permiso retribuido recuperable

Es una singularidad *ad hoc* del ordenamiento jurídico-laboral español de carácter temporal (treinta de marzo a nueve de abril de 2020) para el mantenimiento del empleo ante el confinamiento total impeditivo de trabajar en servicios no esenciales, exceptuando las personas trabajadoras incluidas en ERTES y las teletrabajadoras.

El Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula, fija que se mantiene la retribución oportuna durante el tiempo señalado, aunque no se presten los servicios profesionales. Ahora bien, ambas partes de la relación laboral tienen que negociar autónomamente la forma en la que recuperar las horas correspondientes.

Reflejo de la flexibilidad: se han de realizar antes del treinta y uno de diciembre de 2020; se han de respetar todos los derechos y deberes reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores; y nada impide que las empresas puedan seguir presentando y solicitando ERTES a la autoridad laboral.

4. Indemnizaciones y prestaciones ante extinciones y suspensiones contractuales motivadas por el COVID-19

El COVID-19 ha supuesto una modalización en las opciones de protección y tutela para la persona ante la imposibilidad de continuar trabajando.

4.1. Indemnización por despido por fuerza mayor

Esta extinción contractual genera el derecho a una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, siempre con un máximo de doce mensualidades. La justificación: su causa es objetiva.

Ahora bien, con una particularidad que puede tener trascendencia en la situación actual. Es viable que la autoridad laboral establezca que la cuantía de la indemnización correspondiente (total o parcial) la satisfaga el Fondo de Garantía Salarial. Por tanto, no la empresa.

4.2. Prestaciones por expedientes de regulación de empleo temporal

La cuantía económica en forma de prestación del sistema es abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal el décimo día de cada mes. Su cuantía: el 70% de la del sueldo bruto. Excepcionalmente y sólo para el caso del ERTE generado por el COVID-19, el requisito exigido para acceder a ella es el haber estado dado de alta, como mínimo, un día antes del mismo.

5. A modo de reflexión final

Las medidas jurídico-políticas más reseñables que en el orden laboral se vienen implementando en España para el trabajo por cuenta ajena, parten de una premisa esencial: la presunción de la capacidad de la empresa para seguir prestando sus servicios a posteriori de la pandemia. Además, entendiendo que al mismo nivel y con la misma cuantía de personas trabajadoras en plantilla.

A día de hoy, es necesario repensar este planteamiento para la efectividad de las medidas flexibles. Los efectos económicos en todos los aspectos son demoledores. A lo que se unen las “nuevas” medidas de seguridad a aplicar a la “nueva realidad” y su desequilibrada relación coste-beneficio.

La protección social que paralela y conectadamente se desarrolla es clave para mantener la paz social y la reactivación del funcionamiento del mercado de trabajo, tratando de reducir cifras de desempleo desorbitadas. La lógica social no se tiene que relegar ante la lógica económica.