

# EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL DE LA EMERGENCIA SANITARIA

Por

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND\*

*“De no haberse puesto en vigor la medida del confinamiento de los enfermos, Londres se habría convertido en el sitio más terrible del mundo.”*

Daniel Defoe, *Diario del año de la peste* (1722)

## Sumario

I. La provisionalidad del balance como premisa. II. El reto de una crisis inesperada, de alcances desconocidos y frente a la cual no disponemos de instrumentos. III. Las cuatro etapas de la respuesta laboral a la crisis sanitaria. III.1. Adaptación de instrumentos de gestión laboral ordinaria para afrontar una paralización selectiva y parcial de las actividades productivas. III.2. Adopción de medidas extraordinarias para contener el desplome del empleo. III.3. Recurso a medidas extraordinarias para dar lugar a una paralización casi total de las actividades productivas. III.4. Tránsito hacia una situación de “nueva normalidad”, con mantenimiento de buena parte de las medidas de adaptación. IV. Perspectivas: una ventana de oportunidad para el reforzamiento de la legitimidad del ordenamiento laboral.

## Resumen

*El autor traza un detallado repaso de las medidas adoptadas en España en respuesta a la pandemia del COVID 19, una contribución que resulta oportuna para aportar a la reflexión en torno a los encares que en derecho comparado se dieron frente a la urgencia sanitaria y sus efectos laborales*

**Palabras clave:** COVID 19, Empleo, Adaptación

## I. LA PROVISIONALIDAD DEL BALANCE COMO PREMISA

Vivimos momentos inciertos, marcados por una crisis sanitaria tan profunda como inesperada, que está impactando de una manera que ninguno de noso-

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca.

tros podía siquiera imaginar poco tiempo antes sobre nuestro modo de vida y nuestros hábitos sociales, así como sobre el funcionamiento de nuestras instituciones y el desarrollo de nuestras actividades, incluyendo dentro de estas últimas, por supuesto, las relacionadas con el trabajo. Sus consecuencias últimas son, por lo demás, muy difíciles de precisar aún, tanto en lo relativo a la pérdida de vidas, como a las cicatrices que dejarán las medidas que han tenido que ser adoptadas para tratar de paliar sus destructivos efectos. Cualquier balance de sus repercusiones duraderas es, por ello, en un momento como el actual, necesariamente provisional y necesitado de una mayor perspectiva temporal y de instrumentos analíticos de los que ahora carecemos para estar en condiciones de arrojar luces sobre cuál terminará siendo el panorama con el que nos encontraremos cuando la epidemia que asola a buena parte del planeta haya remitido.

Nos encontramos pues en un momento distinto del momento del balance final, en el que lo que está en cuestión no es todavía la determinación del saldo de una crisis que aún no hemos conseguido superar, sino algo más primario y elemental, a la vez que urgente, como es el examen de la aptitud de las decisiones que se han venido tomando en las últimas ocho semanas –porque solo este es el tiempo que ha transcurrido en España desde el inicio de la emergencia– para hacer frente a la multiplicación de los contagios. Este es, sin embargo, un análisis que resulta indesligable de la valoración de las consecuencias que esas decisiones están teniendo sobre las demás esferas de la vida social, toda vez que nos encontramos ante una crisis sanitaria que, en ausencia de medidas eficaces de esta naturaleza, como un tratamiento o una vacuna, solo puede ser afrontada modificando los hábitos sociales y las conductas de las personas.

Las páginas que siguen están dedicadas a la realización de un inventario, desde esta doble perspectiva, de las actuaciones de contenido laboral puestas en marcha por el legislador español con ese fin. Unas actuaciones que, como veremos, han desempeñado un papel fundamental en la estrategia de afrontamiento de la emergencia, dado el importantísimo espacio que dentro de los referidos hábitos y conductas ocupa el trabajo, pero que por esa misma razón han tenido un impacto muy intenso sobre su régimen jurídico y, más en general, sobre el desarrollo de las actividades productivas y el desenvolvimiento del sistema económico, que tienen en él una pieza fundamental.

## **II. EL RETO DE UNA CRISIS INESPERADA, DE ALCANCES DESCONOCIDOS Y FRENTE A LAS CUAL NO DISPONEMOS DE INSTRUMENTOS**

Cualquier valoración de las medidas de carácter laboral que vienen siendo puestas en marcha en España con el propósito de limitar la difusión del virus COVID-19 debe partir de tener en cuenta algunas ideas de carácter general sobre su sentido y el contexto en el que se está produciendo su aprobación.

Entre ellas es importante tener en cuenta, ante que nada, que se trata de medidas de *carácter instrumental* respecto del control de la enfermedad a nivel del conjunto de la sociedad y no específicamente de los centros de trabajo. Es decir, lo que se busca con ellas no es crear fórmulas de protección individual o colectiva de los trabajadores frente al virus, sino contener su difusión entre el conjunto de los ciudadanos. Un resultado que requiere de una paralización de las actividades productivas, en algunos casos, y de una limitación de las mismas, en otros, en la medida en que el confinamiento o aislamiento social constituye de momento el único instrumento del que disponemos para reducir la curva de contagios, evitar el colapso en sistema sanitario y aminorar el número de muertos. Como es evidente, a partir de ello surge la necesidad de introducir reglas que impongan la imposibilidad de desarrollar determinados trabajos o modifiquen la manera como se realizan otros y, en todo caso, regulen las consecuencias que de estas decisiones se deriven, dando lugar así a un auténtico *Derecho del Trabajo de la emergencia sanitaria*, de vigencia limitada al período necesario para combatir la epidemia.

Por lo que al contexto en que estas medidas han sido adoptadas, interesa destacar la inexistencia de experiencias previas, así como de herramientas con la que hacer frente a ese escenario. La última epidemia de dimensión cercana a la actual data de hace un siglo atrás, sin que entonces se pusieran a prueba instrumentos de control que puedan sernos útiles ahora. El legislador laboral, pues, no cuenta con referentes a los que remitirse, por lo que se está viendo en la necesidad de recorrer en soledad un camino nunca antes transitado. La situación es más delicada si tenemos presente el carácter altamente cambiante de la situación, que evoluciona a gran velocidad, pero con un retraso de entre una y dos semanas entre la adopción de las medidas y el conocimiento de su impacto sobre la epidemia, dado el tiempo que media entre el contagio y la manifestación de los síntomas de la enfermedad, lo cual lo obliga a adoptar apresuradamente decisiones que se van superponiendo en períodos cortos de tiempo, a partir de datos insuficientes.

Si a este explosivo cóctel le sumamos la falta de consenso de los expertos, tanto sanitarios como económicos, sobre los pasos que es necesario dar en cada momento y sus consecuencias sobre el tejido social y productivo, al extremo de que los primeros —si se me permite la ironía— empiezan a parecerse a los segundos, no podrá extrañar a nadie que el resultado termine siendo una atropellada sucesión de actuaciones normativas puestas en marcha en muy poco tiempo, a través de las cuales se intenta, en un primer momento, ir haciendo frente a los efectos progresivamente más intensos de la epidemia, recurriendo para ello a mecanismos de gestión laboral cada vez menos ortodoxos y más excepcionales, forzados por la radicalización del confinamiento impuesto a la población. Y luego, cuando las cifras de contagios han empezado a mejorar, restablecer en la medida de lo posible las actividades productivas sin dar lugar a un rebrote del mal.

Las medidas laborales a las que me voy a referir son, en todo caso, solo una parte de un conjunto más amplio de actuaciones, a través de las cuales el legislador persigue lograr, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en las últimas semanas, un muy delicado equilibrio entre tres objetivos no del todo compatibles: superar la crisis sanitaria, por supuesto y antes de nada, pero hacerlo teniendo en cuenta las necesidades de protección de los trabajadores afectados por la paralización de las actividades productivas derivada de la imposición de las medidas de confinamiento, e intentando evitar que la atención de los dos anteriores genere un colapso del sistema económico.

### **III. LAS CUATRO ETAPAS DE LA RESPUESTA LABORAL A LA CRISIS SANITARIA**

Aunque pueda parecer sorprendente visto en perspectiva, dentro del proceso de adopción de las medidas de carácter laboral dirigidas a contener la epidemia es posible distinguir hasta cuatro etapas distintas, entre las cuales median pocas semanas y en algún caso incluso pocos días. Esto nos permite apreciar la urgencia de la situación, a la vez que comprender que no todas esas medidas habrían sido diseñadas del modo en que lo fueron –o incluso adoptadas– de haber contado con el aval de experiencias previas sobre cuáles podían ser sus efectos en una situación tan singular como la que se trataba de enfrentar o a qué problemas estaba en condiciones de dar lugar su aplicación.

Sea como fuere, la secuenciación temporal que mejor permite, a juicio de quien esto escribe, una comprensión de la secuencia del aluvión normativo que hemos vivido en España en la última etapa es el siguiente:

#### **III.1. Adaptación de instrumentos de gestión laboral ordinaria para afrontar una paralización selectiva y parcial de las actividades productivas**

La reacción contra la epidemia se inició en España el 14 de marzo, con la aprobación por el poder ejecutivo del Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el *estado de alarma* en todo el territorio nacional. Partiendo del convencimiento de que el aislamiento social constituía la única medida capaz de frenar el ritmo de contagios, esta norma limitó severamente la libertad de circulación de las personas, estableciendo que estas “únicamente podrán circular por las vías de uso público” para la realización de determinadas actividades, como las relacionadas con la adquisición de alimentos o la asistencia a establecimientos sanitarios, bien que considerando expresamente entre tales excepciones “el desplazamiento al lugar de trabajo” (artículo 7).

Esta medida vino acompañada de modulaciones y restricciones en lo que a la realización de las actividades laborales se refiere. A estos efectos, se decretó: a) la suspensión de la actividad educativa presencial y su mantenimiento por mo-

Estas decisiones vienen acompañadas de la prohibición de que las empresas con domicilio fiscal “en países o territorios calificados como paraísos fiscales” puedan acogerse a expedientes por fuerza mayor, que dan derecho a las antes mencionadas exoneraciones, así como de la indicación de que las empresas que se acojan validamente a estos expedientes “no podrán proceder al reparto de dividendos” en el mismo ejercicio, “excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada”. Como es evidente, estas son medidas dirigidas a evitar que se beneficien de los recursos públicos entidades que no realizan un esfuerzo significativo de sostenimiento de los mismos o que no estén en una situación real de necesidad económica. El decreto lleva a cabo, finalmente, una regulación más detallada de la cláusula de salvaguarda del empleo, dirigida a clarificar su arco de vigencia, las excepciones a su aplicación y sus efectos. De todo ello resulta de especial interés destacar que quedan excluidas de su aplicación las empresas que atraviesen situaciones de particular dificultad, determinadas por el riesgo de incurrir en un concurso de acreedores de acuerdo con la legislación sobre la materia. Los efectos de su incumplimiento, en cambio, aparecen vinculados únicamente al reintegro de las cotizaciones sociales de cuyo pago quedó exonerada la entidad beneficiaria, con el recargo y los intereses correspondientes, sin que se precise por tanto qué sucede con los contratos extinguidos con incumplimiento de dicha cláusula.

#### **IV. PERSPECTIVAS: UNA VENTANA DE OPORTUNIDAD PARA EL REFORZAMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL ORDENAMIENTO LABORAL**

Dado que nos encontramos delante de medidas de emergencia, diseñadas con carácter urgente para hacer frente a la crisis sanitaria originada por la propagación incontrolada del virus COVID-19, cualquier valoración que se haga de ellas debe partir del examen de su aptitud para conseguir este objetivo, de carácter sanitario antes que laboral. A este tipo de consideraciones deben añadirse, no obstante, otras, vinculadas con la ponderación de los efectos de su aplicación sobre el empleo, la situación de las personas que trabajan y el sistema económico, siendo el mejor balance aquél que permita demostrar que la contención de la curva de contagios pudo ser alcanzada ocasionando el menor daño posible en estos otros tres ámbitos.

Desde este punto de vista, el dato fundamental a tener en cuenta es que la aplicación de este paquete de actuaciones, sumado a muchas otras de diverso orden, incluido el sanitario, ha sido capaz de doblegar la curva de contagios. Estos pasaron, así, de incrementarse diariamente en alrededor de un 30 % al inicio de estado de alarma a hacerlo en un volumen próximo al 1 % al terminar la aplicación del permiso retribuido obligatorio, abriendo paso a una etapa de

moderación de las restricciones. Este muy positivo resultado ha podido ser conseguido, además, minimizando de forma muy relevante el impacto económico, social y productivo que las fuertes restricciones impuestas a la movilidad y el contacto social estaban en condiciones ocasionar.

Para ello han desempeñado un papel fundamental la virtualización de las enseñanzas y la imposición del teletrabajo, que han permitido que alrededor del 30 % de las personas que trabajan continúen haciéndolo desde sus domicilios. A estas medidas básicas se suma, respecto de las actividades no susceptibles de ser desarrolladas a distancia cuya paralización resultaba necesaria, la rápida adaptación de las fórmulas de regulación temporal de empleo previstas por el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores con el fin de hacer posible su utilización como medida de ajuste temporal del empleo a las exigencias de la crisis sanitaria. Aún con todos sus problemas de aplicación, esta decisión ha permitido evitar los despidos masivos utilizados como herramienta principal de ajuste en crisis anteriores, sustituyéndolos por suspensiones colectivas de los contratos de trabajo y reducciones de la jornada laboral. El resultado ha sido alrededor de 3,4 millones de trabajadores que, en lugar de ver finalizada su relación contractual, han pasado a estar incluidos en expedientes de regulación temporal de empleo. El elevadísimo coste de las prestaciones por desempleo de estos trabajadores ha servido, de tal forma, para preservar la ocupación y no para paliar el efecto de su pérdida. Los datos disponibles demuestran, no obstante, que han quedado fuera de este efecto virtuoso, pese a los esfuerzos del legislador, buena parte de los trabajadores con contratos de duración determinada, cuyo volumen supera en España el 26 % del total de la masa laboral. Debe indicarse también que el imaginativo recurso a fórmulas de distribución flexible de la jornada de trabajo ha hecho posible el cierre casi total de las actividades productivas en el momento más agudo de la crisis sin imponer a las arcas públicas un coste inasumible, trasladándolo a una fórmula de recuperación del tiempo de trabajo no realizado. Los costes empresariales de la aplicación de estas medidas, en fin, se han tratado de paliar en lo que a su principal componente se refiere, como son las cuotas a la seguridad social durante las suspensiones contractuales por fuerza mayor.

Estos resultados nos permiten apreciar con claridad cómo instituciones clásicas del ordenamiento laboral, como son todas las utilizadas por el legislador, pese a no haber sido diseñadas para hacer frente a una crisis sanitaria como la que vivimos, son capaces de cumplir un rol muy positivo a la hora de hacerle frente, garantizando una tutela eficaz de la salud pública con menores costes para los trabajadores y empresarios, siempre que se adopten decisiones que promuevan su empleo y lo adecuen a la nueva situación. Dichas instituciones han demostrado poseer, de tal forma, una capacidad de adaptación y una utilidad superiores incluso a las que podíamos pensar, a despecho de las críticas apresuradas e incluso interesadas a las que se ven muchas veces sometidas.

La existencia de una relación de trabajo y el carácter indefinido de esta siempre que sus condiciones respondan a ello se han revelado, de tal modo, como

herramientas de las que no puede prescindirse si se quiere asegurar el acceso de todas las personas a la protección social y evitar un desplome del empleo en situaciones transitorias de dificultad. De la misma forma, el reconocimiento de la posibilidad de prestación a distancia del trabajo sin alteración de su naturaleza subordinada y con aplicación de todas sus garantías se ha mostrado como un medio de adaptación de singular importancia, no valorado hasta ahora. La causalidad de las instituciones que regulan la suspensión y extinción del contrato de trabajo ha revelado igualmente su gran utilidad, al haber actuado como un factor fundamental de soporte del empleo. La flexibilidad que permiten las primeras constituye, a su vez, uno de los hallazgos más afortunados de esta crisis.

Todos los apuntados son componentes estructurales de nuestro sistema laboral cuya legitimidad se ha visto reforzada como consecuencia de la situación que vivimos, por lo que se convierten, ahora más que nunca, en ingredientes irrenunciables de su configuración institucional. Estos deben, pues, ser conservados e incluso desarrollados cuando dejen de estar vigentes las medidas extraordinarias que acaban de prorrogarse. Adoptar decisiones que contribuyan a la aplicación efectiva del ordenamiento laboral, combatiendo los supuestos de elusión injustificada del mismo, promover el respeto del principio de estabilidad en el empleo, haciendo frente su masiva elusión, dotar al trabajo a distancia, mejor si en alternancia con el presencial, de un régimen que promueva su desarrollo con garantías en beneficio tanto de los trabajadores como de las empresas, introducir mecanismos estructurales que refuercen el uso de las fórmulas de flexibilidad interna y ajuste temporal de las plantillas sobre las extintivas, son todas tareas que se desprenden de las enseñanzas de esta crisis y que habrá que acometer en el futuro.

Ninguna de estas actuaciones se encuentra, por lo demás, en contradicción con las necesidades derivadas del enfrentamiento de la difícil situación económica por la que muy probablemente atravesará España en la próxima etapa. Antes bien, su adopción está en condiciones de favorecer una respuesta más equilibrada y eficaz frente a la misma, no solo desde el punto de vista social sino también económico, en la medida en que aportan herramientas de gran utilidad para responder con eficiencia y flexibilidad a sus desafíos desde el punto de vista empresarial, descartando otras opciones de efectos innecesariamente destructivos sobre el tejido productivo. Habrá que estar preparados, no obstante, para el embate de exigencias en sentido contrario, muy probablemente asociadas a la condicionalidad impuesta por los acreedores de la deuda pública, que crecerá significativamente debido a la reducción de los ingresos públicos y el ingente volumen de gasto asociado a las medidas de soporte social y empresarial que está siendo necesario adoptar. Algo que ya ocurrió, como sabemos, en la crisis anterior.

Mi opinión es, en cualquier caso, que el ordenamiento laboral español y los mecanismos de tutela del trabajo asalariado en él contenidos salen reforzados en lo que a su utilidad social y legitimidad se refiere de esta inesperada crisis, por lo que sus elementos estructurales deben ser celosamente defendidos, cuidadosamente preservados e inteligentemente desarrollados en la siguiente etapa.