



TESIS DOCTORAL

LA AFECTACIÓN DE LA PANDEMIA SARS-COV-2 (COVID-19) EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS Y SUS REPRESENTANTES

Autor:

Daniel Pueyo Marín

Directora:

María Begoña García Gil

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Escuela Internacional de Doctorado

Año de defensa 2023

*A la memoria de las personas fallecidas
a causa del COVID-19,
a sus familiares y amigos/as.*

*Al personal socio-sanitario que trabajó
sin descanso luchando contra
la pandemia y salvándonos.*

*A mi familia, amigos/as y compañeros/as;
porque ellos me salvaron a mí.*

AGRADECIMIENTOS

Os puedo asegurar que, de todo el proceso de elaboración de una tesis doctoral, esta parte es la más complicada. Y lo cierto es que, la complicación deviene de no saber cómo agradecer la ayuda de tantas y tantas personas.

Mi directora de tesis M.^a Begoña García Gil. Este texto tiene un poquito de ti. Y yo, también. Y la multitud de alumnos y alumnos que conviertes cada día en grandes profesionales.

Mi maestro Bernardo García Rodríguez. Las relaciones laborales serían mucho peores sin su toga.

Mis padres. Por su magia. La magia de sacrificarse, de sacarme adelante, y darme las oportunidades que ellos no tuvieron.

Mis amigos. Nunca me sentí falto de su abrazo y siempre consiguieron sacarme una sonrisa (cuando haces una tesis esto último es importante).

Estela. Mi compañera, mitad y confidente. El aire fresco que necesito cuando ya no puedo más.

Y, por último, a la educación pública. El vehículo necesario para dotar de igualdad de oportunidades a todas las personas independientemente de sus condiciones sociales o económicas. El elemento fundamental para el desarrollo de la sociedad igualitaria que debemos construir y mejorar. Y defender, sobre todo defender.

ÍNDICE

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
PALABRAS CLAVE	10
KEYWORDS	10
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I	16
CONTEXTO NORMATIVO Y LEGISLACIÓN COVID-19	16
1. CONTEXTO PREVIO AL ESTADO DE ALARMA	16
1.1 CONSIDERACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DEL COVID-19 Y LAS PRIMERAS LEYES COVID-19.....	16
1.2. GUÍAS SOBRE CORONAVIRUS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL	22
1.3. PRIMERAS MEDIDAS CONJUNTAS DE LOS AGENTES SOCIALES	25
1.4. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN TIEMPOS DE COVID	29
2. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS	33
3. NUEVA NORMATIVA PROVOCADA POR EL COVID-19 Y SU INTERPRETACIÓN	47
3.1. ORDEN SND/232/2020, DE 15 DE MARZO, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS Y MEDIOS PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19.....	47
3.1. REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19	51
3.2. PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO	77
3.3. REAL DECRETO-LEY 9/2020, DE 27 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS, EN EL ÁMBITO LABORAL, PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DEL COVID-19.....	80
3.4. SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO.....	88
3.5. ORDEN SND/295/2020, DE 26 DE MARZO, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS OCASIONADA POR EL COVID-19	91
3.6. 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.....	92
3.7. ORDEN SND/307/2020, 30 DE MARZO, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO- LEY 10/2020, DE 29 DE MARZO, Y EL MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE PARA FACILITAR LOS TRAYECTOS NECESARIOS ENTRE EL LUGAR DE RESIENCIA Y DE TRABAJO	97
3.8. TERCER CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO	98
3.9. 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	102
3.10. CUARTO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO	110
3.11. REAL DECRETO-LEY 13/2020, DE 7 DE ABRIL, POR EL QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE EMPLEO AGRARIO.....	112
3.12. QUINTO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO	116
3.13. ACTUALIZACIÓN DE LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN LOS CENTROS DE TRABAJO MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO.....	118
3.14. REAL DECRETO-LEY 15/2020, DE 21 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES COMPLEMENTARIAS PARA APOYAR LA ECONOMÍA Y EL EMPLEO 121	
3.15. SEXTO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO.....	124
3.16. REAL DECRETO-LEY 17/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE APOYO AL SECTOR CULTURAL Y DE CARÁCTER TRIBUTARIO PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-2019	126
3.17. SÉPTIMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO.....	128
3.18. I ACUERDO SOCIAL EN DEFENSA DEL EMPLEO.....	129
3.19. REAL DECRETO-LEY 19/2020, DE 26 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS EN MATERIA AGRARIA, CIENTÍFICA, ECONÓMICA, DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Y TRIBUTARIAS PARA PALIAR LOS EFECTOS DEL COVID-19.....	133
3.20. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN PARA LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES FRENTE A LA EXPOSICIÓN AL SARS- COV-2 135	
4. ÉPOCA POSTERIOR AL ESTADO DE ALARMA.....	141
4.1 EL DIÁLOGO SOCIAL COMO RESPUESTA AL CORONAVIRUS.....	141

4.3. REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA	163
CAPÍTULO II.....	178
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA	178
1. EL DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y SU SUSPENSIÓN <i>DE FACTO</i>.....	179
1.1. EL CASO DE LAS MANIFESTACIONES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA.....	185
2. EL DERECHO DE HUELGA DURANTE LA PANDEMIA	198
2.1. EL CASO DEL DERECHO DE HUELGA EN PORTUGAL	206
3. STC 148/2021, DE 14 DE JULIO DE 2021.....	217
4. EL CASO DEL DIÁLOGO SOCIAL CON PERSPECTIVA INTERNACIONAL	221
5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y PROPUESTAS	230
CAPÍTULO III	234
EL PERSONAL SANITARIO DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19.....	234
1. EL DERECHO AL DESCANSO DEL PERSONAL SANITARIO	236
1.1. CONTEXTO NORMATIVO: MODALIDADES DE JORNADA LABORAL Y DESCANSOS.....	236
1.2. CONTEXTO NORMATIVO: PAUSAS DESCANSOS Y VACACIONES....	241
1.3. SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	243
2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO SOCIO SANITARIO.....	249
2.1. CONTEXTO NORMATIVO: LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL TRABAJO	249
2.2. SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	256
2.3. JURISPRUDENCIA SOBRE LA AUSENCIA DE EPIS EN EL PERSONAL SANITARIO DURANTE LA PANDEMIA	266
3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y PROPUESTAS	276
CAPÍTULO IV	279
LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL COVID-19.....	279
1. CONTEXTO LEGAL DE LOS DATOS DE SALUD	279
2. SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA.....	287
3. LA POSIBLE DISCRIMINACIÓN A CAUSA DEL COVID-19.....	295
4. REFLEXIONES FINALES	299
CONCLUSIONES	302
BIBLIOGRAFÍA	309

ANEXO 1. EXPOSICIÓN AL RIESGO EN FUNCIÓN DEL TRABAJO	323
ANEXO 2. ACUERDOS DEL DIÁLOGO SOCIAL AUTONÓMICO	324
ANEXO 3. LISTA DE CNAEs DEL III ASDE	328
ANEXO 4. LISTA DE CNAEs IV y V ASDE.....	330
ANEXO 5. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES	332

RESUMEN

El gran interrogante de este decenio y, probamente, de lo que llevamos de siglo ha sido cómo se enfrenta el entramado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a una pandemia mundial. El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o el 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, son solo algunas normas que se vieron flexibilizadas o modificadas para hacer frente a la COVID-19 y a la crisis económica, sanitaria y social producidas.

Las restricciones que se impusieron mediante el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 para la salvaguarda de la salud de los ciudadanos y ciudadanas conllevaron una serie de restricciones de derechos fundamentales interesante de observar. La jurisprudencia recogida al respecto varía, y las interpretaciones realizadas por los magistrados y magistradas no son, en ningún caso, concluyentes.

Por ello, la presente obra ofrece un análisis de la normativa publicada sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y su ejercicio durante la aplicación de las restricciones generadas bajo el Estado de Alarma. Ello supone dejar constancia y reflexionar sobre cómo el derecho laboral, construido durante los siglos XX y XXI, debe amoldarse a un momento de crisis sanitaria que impacta directamente en el conjunto de derechos y obligaciones de las personas trabajadoras.

ABSTRACT

The great question of this decade and, probably, of what we have been in this century is how the framework of Labor Law and Social Security is facing a global pandemic. Royal Legislative Decree 2/2015, of October 23, approving the revised text of the Workers' Statute Law or Royal Legislative Decree 8/2015, of October 30, approving the text recast of the General Law of Social Security, are just some rules that have been made more flexible or modified to deal with COVID-19 and the economic, health and social crisis produced.

The restrictions imposed by Decree 463/2020, of March 14, which declares the state of alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19 to safeguard the health of citizens and citizens They have led to a series of fundamental rights restrictions that are interesting to observe. The jurisprudence collected in this regard varies, and the interpretations made by the magistrates are not, in any case, conclusive.

Therefore, this work offers a compilation of the published regulations and reflects on the fundamental rights of workers and their exercise during the application of the restrictions generated under the State of Alarm. This means putting on record and reflecting on how labor law, built during the 20th and 21st centuries, must adapt to overcoming a pandemic.

PALABRAS CLAVE

Covid-19. Pandemia. Derechos laborales. Representantes. Personas trabajadoras. Huelga. Suspensión de contratos. Despidos. Manifestación. Medidas. Estados excepcionales. Protección de datos. Sanitarios. Descanso. Vacaciones. Jornada. Diálogo Social. Europa. Internacional.

KEYWORDS

Covid-19. Pandemic. Labor rights. Representatives. Working people. Strike. Suspension of contracts. Layoffs. Manifestation. Measures. Exceptional states. Data Protection. Sanitary. Break. Holidays. Working day. Social Dialogue. Europe. International.

ABREVIATURAS

ASDE	Acuerdo Social en Defensa del Empleo
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CES	Consejo Económico y Social de España
CES	Confederación Europea de Sindicatos
CSI	Confederación Sindical Internacional
CSE	Cláusula de Salvaguarda del Empleo
CCOO	Confederal Sindical de Comisiones Obreras
CUT	Central Unitaria de Trabajadoras
OSHA	Administración de Seguridad y Salud Ocupacional de USA
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas
CSIF	Central Sindical Independiente y de Funcionarios
ET	Estatuto de los Trabajadores
EPI	Equipo de Protección Oficial
JNT	Jornadas no trabajadas
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
SARS	Síndrome respiratorio agudo grave
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UGT	Unión General de Trabajadoras y Trabajadores

INTRODUCCIÓN

El día 31 de diciembre de 2019, se informó de un extraño cuadro médico de neumonía que padecían un grupo de personas en la ciudad de Wuhan, provincia china de Hubei. Eran los primeros contagiados por el virus SARS Cov-2¹ y comenzó así una correlación continua de contagiados en diferentes países. El 11 de febrero, aquel extraño virus se denominaría como Covid-19, y pasaría a denominarse comúnmente como «coronavirus».

La situación empeoró de modo inmediato de forma vertiginosa. Un mes más tarde de «bautizar»² el nuevo virus (González, 2020). El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaraba la situación de pandemia mundial con la sentenciosa frase: *«por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia»*³.

Se produjo una crisis sanitaria, económica y social como nunca antes se había producido. La enorme rapidez de extensión del virus no dio tiempo ni al legislador ni tampoco al poder ejecutivo de dar respuesta a los problemas que se estaban produciendo.

El último precedente histórico de pandemia es la «Gripe española». Una pandemia producida hace 100 años (concretamente en los años 1918-1920) y en contextos socioculturales y legales totalmente diferentes pero con notas comunes a pesar de la distancia cronológica.

Los contagios empezaron a producirse y con ellos, de la mano, situaciones inauditas, con la dificultad añadida de generar una inseguridad jurídica que se intentó corregir mediante un aluvión normativo difícil de desmembrar y de entender.

La declaración del Estado de Alarma por parte de Gobierno de España llegó el 14 de marzo de 2020, día en el que el Presidente de Gobierno Pedro Sánchez Castejón compareció para informar de la aprobación del estado de alarma en el Consejo de

¹ El 12 de enero de 2020 la OMS emitía un boletín Informativo acerca del COVID-19 donde se especificaba que se han confirmado 41 contagiados de Covid-19 a causa de la exposición del mismo en un mercado de pescados y mariscos de la ciudad de Wuhan. Se informaba también de los primeros síntomas como fiebre o dificultades al respirar. <https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/es/>

² Metáfora de Cordero González, J. *Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? Frente a un desbordamiento oceánico*. Revista Trabajo y Derecho 66/2020 de 1 junio 2020, Editorial Wolters Kluwer.

³ La alocución de apertura del director General de la OMS celebrada el 11 de marzo de 2020: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Ministros extraordinario, así como del contenido del mismo⁴. Se produjo entonces la paralización de la actividad económica en *pro* de la salud de los ciudadanos.

A pesar de que la duración del Estado de Alarma sería de 15 días inicialmente⁵, éste se extendió hasta el 21 de junio de 2020. El ejecutivo tomó decisiones drásticas de la misma forma que el resto de países Europeos, se tomó las mismas medidas sanitarias o parecidas. El denominador común sería el confinamiento domiciliario de los habitantes del país.

El coste social de toda la batería de medidas relievadas *ut supra* ha supuesto el despliegue del mayor gasto público de la historia para hacer frente al COVID-19. En España, el inédito desplome del Producto Interior Bruto cifró en un 11% en 2020⁶. España destinó una importante partida presupuestaria para hacer frente a la crisis aprobando varios paquetes de medidas urgentes económicas para proteger a familias, trabajadores, autónomos y empresa (Gratiela-Florentina, 2020).

Desde un punto de vista histórico, lo que nos enseña el estudio de las crisis económicas generadas por pandemias es que, en esos escenarios (como también ocurre con casi todas las crisis económicas) la destrucción de empleo y calidad en el empleo se suelen concentrar en los colectivos más desfavorecidos (Larraz, Pavía, Roig, & Moyano, 2021). La inestabilidad de los sistemas sociales y la velocidad abismal para destruirse la seguridad de los ciudadanos ha quedado demostrada por la COVID-19 (Lam Peña, 2021).

Después de observar toda la normativa aprobada durante los meses del estado de alarma, la expresión que podríamos utilizar es el «Derecho del Trabajo en la emergencia»⁷ (Baamonte, 2020). En este periodo corto de tiempo, diversas normas jurídicas aprobadas tuvieron el propósito de frenar la crisis sanitaria y social que ha vivido, ello ha supuesto una dificultad en su interpretación y puesta en vigor, además de una inseguridad jurídica (Molina Navarrete C. , 2020).

Toda medida o respuesta a la crisis debe tener un punto en común. La pandemia de COVID-19 solo puede superarse con una respuesta global coordinada que contemple un

⁴ Disponible en : <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/EnlaceTranscripciones2020/140320-presidente.aspx>

⁵ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3692-consolidado.pdf>

⁶ <https://elpais.com/economia/2021-01-29/las-mayores-criisis-de-la-economia-espanola.html>

⁷ La autora también utilizó este término en el número monográfico *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la Pandemia de COVID-19* de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales*, 4, 2020 de la que es coautora junto a RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-ROYO, M.

diálogo social y una cooperación sólida, como nunca antes se ha visto, entre los gobiernos, los interlocutores sociales, las asociaciones, las organizaciones internacionales y las instituciones económicas y financieras a todos los niveles (OIT, 2020).

Lo anterior daría lugar a unas necesidades regulatorias imperantes que llevarían al legislador a apostar por el Diálogo Social intensificándolo y prorrogando en Consejo de Ministros todo lo acordado por el anterior.

Sin embargo, no todas las normas publicadas en esta época tenían una intención temporal y de urgencia. Otras vieron la luz con clara vocación de permanencia en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, la regulación de los Expedientes de Regulación Temporales de Empleo⁸ sí tenía una intención de superación de la crisis de la pandemia sin dañar el tejido productivo⁹ y sin la destrucción de miles de puestos de trabajo. En cambio, el RD 28/2020, de 22 de septiembre, sobre el trabajo a distancia¹⁰ se realizó con vocación de permanencia ya que, la pandemia sirvió para poner de manifiesto la nula normativa previa en la materia.

Las restricciones de movilidad y otros factores supusieron un enfrentamiento en el ejercicio de diferentes derechos fundamentales tanto de las personas trabajadoras como de sus representantes. El Tribunal Constitucional¹¹ anuló ciertos apartados de dichas restricciones debido a que el estado de alarma no era el adecuado para imponer restricciones a derechos fundamentales de ese calado.

A continuación, explicaremos cuál fue la respuesta del Estado español y otros Estados europeos a la respuesta de la crisis del COVID-19, y cuáles fueron sus aspectos positivos y negativos fijándonos siempre en su afectación al derecho de las personas trabajadoras y de sus representantes.

⁸ La primera fue el RDL 8/2020: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3824-consolidado.pdf>

⁹ Este precisamente era lo que venía a explicar la Exposición de Motivos del RDL 32/2021 de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, cuya regulación viene a dar prioridad a los ERTES sobre los despidos.

¹⁰ Que posteriormente sería Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

¹¹ STC 148/2021 de 14 de julio: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13032> En palabras de la sentencia « Y ello porque la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales.»

CAPITULO I

CONTEXTO NORMATIVO Y LEGISLACIÓN

COVID-19

1. CONTEXTO PREVIO AL ESTADO DE ALARMA

El marco jurídico creado alrededor de la pandemia COVID-19 comenzó a crearse en un periodo previo a la declaración del estado de alarma del 14 de marzo de 2020. El legislador no tuvo más remedio que ir tomando decisiones que afectaron al ordenamiento jurídico y que, por primera vez en nuestra democracia, se desarrollaban en un marco de urgencia sanitaria con consecuencias para las relaciones laborales, entre otros aspectos.

1.1 CONSIDERACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DEL COVID-19 Y LAS PRIMERAS LEYES COVID-19

La aparición del primer caso de COVID-19 en España en la Isla de Tenerife, removió las estructuras sanitarias y sociales de nuestro país¹². En el ámbito de las relaciones laborales, fue la primera vez que las personas trabajadoras y los empresarios se enfrentaron a la imposibilidad de que el trabajador o trabajadora acudieran a su puesto de trabajo por deber de realizar un periodo de aislamiento preventivo con motivo de evitar la propagación de una enfermedad contagiosa.

La cuestión que se suscitaba era la siguiente: los empleadores podrían tener causa justa para despedir a los trabajadores que no acudían a sus puestos de trabajo, pero al mismo tiempo, la decisión de ausentarse de trabajar no era escogida por los trabajadores y trabajadoras en su libre albedrío.

Lo anterior podría llegar a suponer que la situación de imposibilidad significase un despido disciplinario por parte de la empresa en virtud del artículo 54.2 a). Para solventar esta situación, el 26 de febrero de 2020 la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitía el Criterio 2/2020 sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común los periodos de aislamiento

¹² Puede encontrarse la noticia de prensa aquí: https://elpais.com/sociedad/2020/02/25/actualidad/1582620880_129829.html

preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del nuevo tipo de virus de la familia coronavirusidae, denominado SARS-Cov-2¹³; que establecía:

«Los periodos de aislamiento preventivo a los que se vean sometidos los trabajadores como consecuencia del virus SARS-CoV-2 serán considerados como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y durante los mismos los afectados tendrán derecho a las correspondientes prestaciones, cumplidos los demás requisitos en cada caso exigidos, y en los términos y condiciones establecidos por las normas del Régimen de la Seguridad Social en que se encuentre encuadrado el trabajador».

Por medio de este criterio, se consideró que lo trabajadores y trabajadoras sometidos a confinamiento, se encontraban debidamente cubiertos por la acción protectora de la seguridad social y, se les considerará en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común¹⁴ (Alonso Arana, 2020).

El criterio emitido no es novedoso en nuestra historia normativa. El 7 de mayo de 2009 se emitió el mismo criterio por la Dirección General de Ordenación con respecto a la consideración de los periodos de aislamiento provocados por la enfermedad de la Gripe producida por el nuevo virus A H1 N1 (conocida coloquialmente como Gripe porcina o Gripe A)¹⁵.

A pesar de lo anterior, seguían quedando por aclarar ciertas dudas. Por ejemplo, la consideración de la contingencia en el caso de que se una relación directa con el ejercicio profesional de las personas trabajadoras. Precisamente esta fue una reivindicación de diversos colectivos de personal sanitario puesto que su exposición era mayor que el resto de la ciudadanía.

De nuevo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitía, el 9 de marzo, el Criterio 3/2020 sobre la determinación de la contingencia de a situación de incapacidad temporal en la que se encuentran los trabajadores y trabajadoras que han sido

¹³ Puede encontrarse aquí: <https://www.ccoo.es/b57419025c6c327cdf494d56e13d4d46000063.pdf>

¹⁴ Esto tiene gran incidencia puesto que el número total de personas contagiadas se encuentra en 12,5 millones en España (dato de junio de 2022).

¹⁵ Puede encontrarse la resolución aquí: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/05/09/pdfs/BOE-A-2009-7695.pdf>

confirmados como positivos en las pruebas de detección del Sars-Cov-2¹⁶. En dicha resolución se establecía el siguiente criterio:

«La enfermedad ocasionada por el virus COVI-19 deberá catalogarse como “enfermedad común” a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 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, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

La fecha del hecho causante vendrá determinada por la fecha de inicio del aislamiento si, con carácter previo al diagnóstico de la enfermedad, ha estado sometido a un periodo de aislamiento.»

Por un lado, la resolución vino a establecer los criterios de consideración a efectos de prestaciones de Seguridad Social de la enfermedad Covid-19. Debía de tratarse de enfermedad común mientras que, si se demostraba el contagio en un ambiente laboral, deberá de considerarse accidente de trabajo.

Por otro lado, la fecha del hecho causante no debía de ser necesariamente la fecha de contagio o de positivo en las pruebas víricas. La resolución establece que el hecho causante comienza con el aislamiento aun contagiándose o dando positivo en las pruebas en momentos posteriores.

Recuérdese la importancia de la diferenciación normativa entre accidente de trabajo y enfermedad común. Mientras que el accidente de trabajo se produce por ocasión o consecuencia de la relación laboral, la enfermedad común no tiene su causa en el ámbito laboral (Barrios Baudor, 2021). Además, la enfermedad común y salvo que la negociación colectiva mejore lo dispuesto, no tiene prestación económica los 3 primeros días de baja laboral y la cuantía de la prestación es un 60% de la base reguladora desde el 4º día hasta el 20º día, y un 70% de la base reguladora a partir del 20º día. Mientras que el accidente de trabajo consiste en una prestación económica del 75% de la base reguladora desde el

¹⁶ Puede encontrarse una copia del documento oficial aquí: <https://www.ccoo.es/2f482e55182f662dc6ff6a40079a67a0000001.pdf>

día siguiente a la baja laboral (STSJ La Rioja 6/10/2005 [núm.191/2005]; STSJ País Vasco 13/9/2005 [núm. 2069/2005]; STSJ Navarra 3/10/2002 [núm. 6244/2002]).

La diferencia económica en la prestación a recibir generó una desincentivación para que, de forma voluntaria y unilateral, el trabajador o trabajadora solicitara la baja laboral por haber estado en contacto con un positivo del COVID-19 o incluso que comunicara un cuadro de síntomas compatible con la enfermedad del coronavirus. La causa fundamental de esta situación era la reducción salarial que significaba comunicar el contacto o el contagio de la COVID-19, lo que generó que muchas personas trabajadoras no comunicaran estos datos a los centros de salud.

El Ejecutivo emite el primer Real Decreto–Ley. El día 11 de marzo de 2020 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto–Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública¹⁷.

La exposición de motivos del Real Decreto–Ley explicó que: *«según han comenzado a aparecer los primeros casos en nuestro país, se hace necesario adoptar una serie de medidas que no pueden demorarse para garantizar la protección social de los trabajadores que causen baja por aislamiento y enfermedad»*.

Así pues, y con la finalidad de evitar la propagación inmediata del virus y proteger la salud pública, el artículo 5¹⁸ estableció que se consideraría como causa asimilada a accidente de trabajo (sólo a efectos de prestación económica de incapacidad temporal) todo periodo de aislamiento o contagio que sufran las personas trabajadoras, por cuenta ajena o propia en situación de alta a la fecha del hecho causante; salvo que se demuestre que el periodo sea a causa exclusiva de la realización de la actividad que, entonces se considerará accidente de trabajo a todos los efectos (Obispo Triana, 2020).

¹⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/11/pdfs/BOE-A-2020-3434.pdf>

¹⁸ Artículo 5 del RD-L 6/2020: «1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19. 2. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta. 3. Podrá causar derecho a esta prestación la persona trabajadora por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.4. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha».

Ahora bien, el hecho de que se produzca esta asimilación no significa que se esté realmente ante un accidente de trabajo (Juan, 2021). Es decir, no es propiamente un accidente de trabajo pero la asimilación es una opción que iguala los efectos de la protección (Gala Duran, 2020). En este sentido falló la STSJ de la Comunidad Valenciana de septiembre de 2020 (núm. 3324/2020)

La duración de la prestación la determina los correspondientes partes de baja y alta. La fecha del hecho causante es la correspondiente al inicio del aislamiento o enfermedad sin perjuicio de que el parte de alta sea emitido con posterioridad (Mata, 2021).

Posteriormente, este mismo artículo se modificó¹⁹ por para extender esta protección a aquellos trabajadores y trabajadoras que, por motivos de restricciones de movilidad impuestos tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no pudiera acudir a sus puestos de trabajo o a realizar la actividad por cuenta propia. Es decir, se podía considerar en situación asimilada a accidente de trabajo tomando como fecha de inicio de esta situación la determinada como restricción.

No obstante, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió el 12 de marzo de 2020, el Criterio 4/2020 sobre la aplicación del artículo quinto del real decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública²⁰.

En ella, se asentó definitivamente los criterios a la hora de considerar el aislamiento o contagio por COVID-19 a efectos de protección social:

- ⇒ La consideración de accidente de trabajo, regulada en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020, se aplicó con efectos retroactivos, independientemente de que el propio texto legal comenzase a estar en vigor el 13 de marzo. Es decir, todo periodo se consideró accidente de trabajo desde el momento en que se produjese.
- ⇒ A pesar de la consideración excepcional como accidente de trabajo, la asistencia sanitaria deriva de contingencia común puesto que, la primera sólo tiene efectos en lo relativo a la prestación económica de incapacidad temporal y es posible su

¹⁹ El artículo se modificó por primera vez mediante el Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, y se modificaría posteriormente por el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre. La acción protectora establecida no varía sino que, se extiende en cuanto a las restricciones a la movilidad establecida incluyéndose requisitos y formas de actuar ante las mismas.

²⁰ Puede encontrarse una copia del Criterio aquí: <https://prevencion.fremap.es/Doc%20VARIOS/Noticias/4-CRITERIO%20VIRUS%20SARS-Co-4.pdf>

extensión a otros aspectos. No obstante, el Criterio recuerda la excepción de la norma, la cual, permitiría la consideración de accidente de trabajo a todos los efectos si se demostrase que la causa del contagio es exclusivamente la realización de la actividad profesional.

⇒ Por último, y para no dejar dudas, los Criterios 2 y 3 emitidos con anterioridad se dejan sin efecto.

El Real Decreto–Ley 6/2020 estableció la presunción extraordinaria de accidente de trabajo para los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia y no acogía a personal funcionario perteneciente a otros regímenes de la Seguridad Social (Barrios Baudor, 2021).

El 13 de marzo de 2020, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto–Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19²¹. En él, se incluyó el artículo 11 con el fin de otorgar la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios públicos.

Como en su propia Exposición de Motivos relata: *«en tercer lugar, en coherencia con lo establecido para los trabajadores encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, y con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de la ciudadanía, se establece también para el personal encuadrado en el régimen del mutualismo administrativo que los periodos de aislamiento o contagio como consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del correspondiente régimen especial de Seguridad Social»*.

Todo ello quedó encuadrado con el mismo tratamiento legal. La no distinción entre personal funcionario o laboral evitó una discriminación legal que llevaba a abandonar a un limbo legal desconocido a un grupo importante de personas trabajadoras.

²¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3580-consolidado.pdf>

El 23 de abril de 2021, el Instituto Nacional de la Seguridad Nacional emitió un criterio de gestión (núm. 10/2021) que estableció que el periodo de aislamiento de los trabajadores y trabajadoras que viajaban de vuelta de los países incluidos en la Orden SND/363/2021, de 16 de abril, se le aplicó la asimilación a accidente de trabajo COVID-19 prevista en el RDL 6/2020.

La cuestión de considerar los contagios o los periodos de aislamiento provocados por el coronavirus no fue baladí tanto en cuanto por el número de personas afectadas: desde el 1 de marzo de 2020 hasta el 31 de enero de 2021, se produjeron un total de 2.358.185 casos de aislamiento, que incluyen los casos de contagio²²; como por saber dar respuesta legal a la imposibilidad de las personas trabajadoras de acudir a los centros de trabajo y empresas debido a motivos de salud pública.

1.2. GUÍAS SOBRE CORONAVIRUS DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

El Ministerio de Trabajo y Economía Social publicó la “Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus”²³ el 4 de marzo de 2020.

La principal finalidad de esta guía fue *«facilitar la información necesaria sobre la aplicación de la normativa laboral en relación con las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las empresas y las personas trabajadoras»*.

El primero de los apartados sería la prevención de riesgos laborales y protección de la salud de los trabajadores y trabajadoras.

Con el objeto de prevenir el contagio inminente se fijaba la paralización de la actividad por decisión empresarial por medio del artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)²⁴.

La medida fue adecuada, siguiendo con las obligaciones que marca el texto legal (LPRL) que acepta que la misma decisión pueda venir por iniciativa del propio trabajador o trabajadora cuando el mismo considere que se enfrenta a un riesgo para su salud.

²² Datos obtenidos de la web: <https://www.inclusion.gob.es/es/covid19/seguridad-social/datos/index.htm>

²³ http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/inicio_destacados/Gua_Definitiva.pdf

²⁴ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-24292-consolidado.pdf>

También, la misma decisión pueden tomarla los representantes de las personas trabajadoras (o delegados de prevención), por decisión mayoritaria, sin que éstos puedan sufrir perjuicio alguno por la toma de la decisión salvo mala fe o negligencia.

Para la constatación del riesgo, aseguró la guía que no es suficiente la alarma social, debiendo hacerse una valoración carente de criterios subjetivos para entender que de seguir la actividad empresarial se pone en riesgo a la plantilla de trabajadores y trabajadoras.

Por último, en este apartado se recuerda la posibilidad y capacitación de paralización de la actividad por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En concordancia con el artículo 44 de la LPRL y los artículos 11 y 26 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatarios de cuotas de la Seguridad Social²⁵.

El documento emitido por el Ministerio de Trabajo, fue de especial importancia puesto que realizaba recomendaciones en materia laboral que posteriormente se generalizaron a la mayor parte de empresas y personas trabajadoras.

A modo de resumen el documento aconsejaba:

- ⇒ El teletrabajo como medida preventiva, temporal y excepcional. La cual, permite continuar la actividad de la empresa a la misma vez que se cuida la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras en la empresa.
- ⇒ Suspensión parcial o total por expediente de regulación de empleo. Esta es la primera vez que se aconsejan los ERTes como medio de superación de la crisis del coronavirus. Las causas serían la fuerza mayor²⁶ o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La guía recuerda que, de no acudir a este instrumento legal, la empresa sigue estando obligada de remunerar a las personas trabajadoras y cotizar a la Seguridad Social.

Otro apartado del documento, se refiere a las medidas preventivas. Se recuerda en este punto que *«deben aplicarse los deberes ordinarios de protección establecidos en la*

²⁵ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-12816-consolidado.pdf>

²⁶ El concepto de fuerza mayor se encuentra aquí en una fase embrionaria. Las razones de fuerza mayor que describe el documento del MTYES es que los índices de absentismo que impidan la continuidad de la actividad o que las Autoridades Sanitarias aconsejen el cierre del centro.

normativa de prevención de riesgos laborales». A su vez, se recordaron los deberes empresariales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras y de toma de medidas adecuadas por el servicio de prevención tras la correspondiente evaluación de riesgos.

En relación con lo anterior, el día 5 de marzo de 2020, el mismo Ministerio de Trabajo publicó el procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición del nuevo coronavirus (SARS-COV-2)²⁷.

El documento, que llegaba el día después del anterior, fue coordinado por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación y tenía como colaboradoras a diferentes asociaciones y organismos relacionados con la prevención de riesgos en el trabajo²⁸ así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores.

El documento se encontró dedicado a las medidas de protección de riesgos en el ámbito laboral que se enmarcan en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo²⁹.

El documento vino a realizar las recomendaciones oportunas en cuanto a la higienización de los centros de trabajo, la dispersión de Equipos de Protección Individual a los trabajadores y trabajadoras, el uso de elementos de protección estructural o el aislamiento en caso de posible contagio.

En cuanto a los Equipos de Protección Individual (EPIs), fue el Real Decreto 773/1997³⁰, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por las personas trabajadoras de equipos de protección individual, el texto normativo que regula estos medios protectores.

²⁷https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Procedimiento_servicios_preencion_riesgos_laborales_COVID-19.pdf

²⁸ Participaron: el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), el Centro Nacional de Medios de Protección (CNMP), la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo (SEMST), Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo (AEEMT), Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS), Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública (SESLAP), Federación Española de Enfermería del Trabajo (FEDEET), Asociación Nacional de Servicios de Prevención Ajenos (ASPREN) y Servicios de Prevención Ajenos ASPA-ANEPA.

²⁹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-11144-consolidado.pdf>

³⁰ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-12735-consolidado.pdf>

Los EPIs³¹ pueden definirse como «*cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin*». Siendo el empresario el obligado a determinar los puestos de trabajo en los que deba proporcionar los equipos necesarios, así como entregarlos gratuitamente a los trabajadores y trabajadoras.

El documento del MITESS nombra algunos EPIs concretamente como guantes o mascarillas. No obstante, la evaluación de riesgos previa es la indicada para definir el equipo protector necesario para la persona trabajadora.

La colocación, retirada y deshecho de los EPIs es importante, puesto que puede ocurrir el contagio en ese momento, y así lo hace saber el MITESS. Se dieron unas recomendaciones acerca de lo anterior y se nombra un documento de la Organización Mundial de la Salud³² con respecto a la puesta y retirada de EPIs.

Resulta muy interesante la clasificación que se realizó en cuanto a la exposición del riesgo en función de la actividad que las personas trabajadoras llevaran a cabo (ANEXO 1).

1.3. PRIMERAS MEDIDAS CONJUNTAS DE LOS AGENTES SOCIALES

El 12 de marzo de 2020, los principales agentes sociales partícipes del Diálogo Social³³, elaboraron un documento de propuestas conjuntas para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus³⁴.

«Empresas y personas trabajadoras estamos igualmente afectadas por esta situación derivada del coronavirus que ha generado un problema de SALUD PÚBLICA», asegura

³¹ Además, los EPIs deben estar certificado en base al Reglamento (UE) 2016/425 relativo a los equipos de protección individual. Si además, están destinados a un uso médico con el fin de prevenir una enfermedad en el paciente deben estar certificados como productos sanitarios (PS) de acuerdo a lo establecido en el Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los mismos.

³² How to put on and take off Personal Protective Equipment (PPE): https://www.who.int/csr/resources/publications/PPE_EN_A1sl.pdf

³³ Por la parte empresarial: La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME). Y por la parte sindical: la Confederación Sindical de Comisiones Obrera (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT).

³⁴ https://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-771-documento-de-propuestas-conjuntas-de-las-organizaciones-sindicales-ccoo-y-ugt-y-empresariales-ceoe-y-cepyme-para-abordar-mediante-medidas-extraordinarias-la-problematica-laboral-generada-por-la-incidencia-del-nuevo-tipo-de-c.pdf

el texto, por ello solicita que *«se dicte un Real Decreto–Ley en el que, además de articular un conjunto de medidas laborales y de seguridad social que den seguridad jurídica a empresas y personas trabajadoras, se habilite a un fondo de ayuda extraordinario para cubrir las mismas»*.

La finalidad del texto vino a ser proponer unas medidas que ayudaran a superar la situación de crisis, evitando por el camino que se dieran unas consecuencias incorregibles en un momento posterior. El texto expuso las medidas, pero los agentes sociales insistían en la necesidad de que estas medidas se recogieran por vía legal para mayor solidez y seguridad jurídica.

Un punto importante es que, insistían en que las medidas tenían contenido en materia laboral y de seguridad social, de carácter todas excepcional y temporal, y que en todo caso debían negociarse por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas³⁵.

El primer punto de las Propuestas es relativo a los ERTes, los aspectos más significativos se refieren a los siguientes aspectos:

- El acceso a la prestación de desempleo no debía exigir el periodo de carencia y el tiempo durante el que se cobre esta prestación no debía agotar futuras prestaciones³⁶.
- Se debía suspender la obligación de pago de las cotizaciones por parte de las empresas.
- Agilización del procedimiento administrativo a la hora de iniciar el trámite de ERTE.

El texto pidió reconocer la causa de fuerza mayor como motivo para llevar a cabo los ERTes. En un primer momento se entiende fuerza mayor por: *«cuando se decreten por motivos de salud pública, por parte de las autoridades competentes, estatales, autonómicas o municipales, medidas extraordinarias que afecten a la actividad de las empresas tales como: el cierre o cancelación de actividades, restricciones a la movilidad de las personas o mercancías, aislamiento para evitar el contagio, carencia de*

³⁵ El texto deja claro que el Diálogo Social debe continuar y no quedarse en unas meras recomendaciones. La negociación es un método para superar las crisis y por ello deben de ser constantes. Un punto desfavorable es que el texto no deja claro en qué plano consideramos las organizaciones mayoritariamente representativas, si en un nivel estatal o menor, como puede ser de Comunidad Autónoma.

³⁶ El documento de Propuestas lo llama «contador a cero», nombre con el cual se conocería posteriormente.

suministros, entre otras (...)». Sentido parejo a lo que venía interpretando la jurisprudencia con respecto al concepto de fuerza mayor (ATA 25/01/2021 [núm. 83/2021]; 8/7/08 [rec. 1857]). En el sector público, se entenderá cuando la Administración suspenda el contrato de la adjudicataria.

La causa de fuerza mayor no fue suficiente como única fuente de motivos para llevar a cabo la suspensión de contratos de trabajo. Ello debido a que, podían darse otras situaciones no relacionadas directamente con la crisis del coronavirus que impedían desarrollar la actividad a las empresas, como pudo ser la falta de suministros o la caída de la facturación. Así, el texto recogió las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción solicitando una redefinición de las mismas para que se conviertan en causas de ERTE provocado por el COVID-19.

Lo que sí deja claro el texto de Propuestas es la inclusión de un periodo de consultas previa al ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Diferenciación importante con el ERTE por fuerza mayor donde la negociación colectiva en las consultas previas no aparece.

Se recomendó por los agentes sociales que el periodo de consultas se desarrolle mediante una comisión representativa constituida en 5 días desde la comunicación fehaciente de la empresa y tenga una duración no superior a 7 días. En el caso de no haber representación legal de los trabajadores y trabajadoras en la empresa, se debería crear una comisión representativa integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación³⁷. En defecto de lo anterior, se forma una comisión *ad hoc* estipulada en el artículo 41 del ET.

Frente a la previsión del «*aluvión*» de suspensiones de contratos que se recibirían los próximos días y meses, entre las Propuestas se encontraba que el ERTE tenga efectos retroactivos a la fecha de comunicación a los trabajadores y trabajadoras o a sus representantes.

³⁷ La intención del texto es llamar a los sindicatos más representativos en dos niveles: el territorial y el sectorial. Si imaginamos se trata de una empresa estatal, los sindicatos más representativos serían CCOO y UGT más los sindicatos representativos del sector como por ejemplo la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) o la Confederación Sindical Independiente Feticio (FETICO). Ello con la condición de que tengan legitimación para negociar el convenio colectivo de aplicación.

El segundo punto de las Propuestas es el relativo a las personas trabajadoras fijas discontinuas.

Los trabajadores y trabajadoras fijas discontinuos debían tener acceso a la prestación por desempleo quedando claro que no pueden quedarse sin la misma. Las organizaciones sindicales dejaron claro que no debía realizarse ninguna diferenciación en el acceso a la prestación de desempleo en función de su contrato de trabajo ya que esto supondría un incumplimiento grave del principio de igualdad inmerso en el artículo 14 de la Constitución Española. Por ello, el acceso a la prestación por desempleo debe ser igual para todo el conjunto de las personas trabajadoras.

El tercer punto de las propuestas es relativo a las situaciones de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras, el Real Decreto Ley 6/2020 ya se encuentra público y en pleno vigor. Por ello, la propuesta de las agentes sociales pasó por complementar el 100% de las retribuciones de los trabajadores y trabajadoras con cargo al fondo de ayuda extraordinario. Igualmente se sufragará el coste de las cotizaciones.

Para lo anterior, se considera necesario un procedimiento de bajas y de altas que otorgue seguridad jurídica.

El cuarto punto de las Propuestas es el relativo al cierre de centros escolares, centros de día (entre otros) y restricciones de movilidad.

Se solicitó una nueva formulación de permisos retribuidos o de nuevas causas de suspensión de la relación laboral que posibiliten la atención de los cuidados de hijos y mayores para que las personas trabajadoras pudieran atender a las mismas frente a situaciones de cierre de colegios, centros de atención a personas dependientes o restricciones de movilidad.

Esta Propuesta puede perfectamente considerarse el germen del Permiso Retribuido Recuperable que veríamos tiempo más tarde mediante la aprobación del 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.

El quinto punto de las Propuestas es relativo al teletrabajo.

Para los agentes sociales, fue imprescindible facilitar la realización de la actividad profesional mediante el teletrabajo en los sectores y empresas que no lo tenían previamente implementado o previsto en sus convenios colectivos.

A tal efecto, debería considerarse cumplido el requisito de evaluación de los riesgos con una autoevaluación realizada propiamente por el propio trabajador. La redacción del artículo 13 del ET podía verse mejorada. Por ello, los agentes sociales se volvieron a reunir para elaborar una ley de trabajo a distancia adecuada pensando, no solo en la crisis del coronavirus sino también, en las necesidades que las relaciones laborales exigen en los nuevos tiempos.

1.4. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN TIEMPOS DE COVID

La inseguridad jurídica y las enormes dudas que se generaron en medio de la pandemia del coronavirus se dieron también en el ámbito de la protección de datos. Los derechos a la protección de datos debieron flexibilizarse por un bien mayor que es la salud pública y la integridad del conjunto de la ciudadanía.

El empresario tiene potestad para tratar aquellos datos de carácter personal de los trabajadores y trabajadoras necesarios para gestionar sus obligaciones en cuanto a las relaciones laborales se refiere (como nóminas, contratos, etc.). Y ello, sin la necesidad de obtener el consentimiento de los empleados, el cual, va implícito junto con la firma del contrato de trabajo.

Sin embargo, nos encontramos ante algo mayor: la salud pública. Y en estos supuestos el consentimiento del trabajador y trabajadora sí es necesario para el tratamiento de datos. Para dar respuesta a la COVID-19 de la manera menos traumática para la economía y la sociedad, se dispusieron diferentes dispositivos electrónicos y tecnologías que conllevan un manejo masivo de datos personales (García, 2020).

«Más allá de los datos personales necesarios para la ejecución del contrato de trabajo puede que el empresario tenga interés en acceder a otros que no son necesarios pero cuya recogida y tratamiento puede resultarle conveniente» (Cámara Botía, 2021).

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) ³⁸ incluye la situación de pandemia. El considerando 46 asegura que: *«el tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. (...) Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano».*

Mientras tanto, en el propio articulado del Reglamento, las condiciones de la licitud del reglamento incluyen cuando el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física (art 6.1.d) o las situaciones para el cumplimiento de una misión realizada en interés público (art 6.1.e).

Ya no es por tanto un problema de no tener regulado las situaciones de pandemia, sino que más bien es un problema de poner de relieve un sistema de protección de datos creado para unas situaciones totalmente extraordinarias y que nunca se habían aplicado.

La Agencia Española de Protección de Datos ante la incertidumbre jurídica que se vivía, publicó el 12 de marzo de 2020 un informe sobre los tratamientos de datos en relación con el COVID-19³⁹ (Informe AEPD 0017/2020, de 12 de marzo de 2020). El primer apartado del informe asegura que, dado que el Reglamento General de Protección de Datos europeo recoge las situaciones de pandemia tanto en su considerando como en su articulo, *«dicha base jurídica del tratamiento (el interés vital) puede ser suficiente para los tratamientos de datos personales dirigidos a proteger a todas aquellas personas susceptibles de ser contagiadas en la propagación de una epidemia».*

El informe explicó que, no es suficiente con el artículo 6 comentado anteriormente dado que el artículo 9.1 establece una prohibición de tratamiento de datos salvable únicamente por alguna de las causas establecida en el artículo 9.2. El contexto de pandemia es encuadrable en las siguientes situaciones:

³⁸ <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

³⁹ <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

- ⇒ En la letra b) se encontrarían las relaciones laborales. Es decir, no existe prohibición de tratamiento de datos en las relaciones laborales debido a que el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento (el empleador) o del interesado en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad y protección social. El Informe se recrea en cierta medida mencionando la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, mencionando artículos como el 14 o el 29 relativos a las obligaciones empresariales de asegurar la salud de los trabajadores y trabajadoras ⁴⁰. Asegura al final que se debe cumplir el artículo 32 del RGPD relativo a la seguridad del tratamiento de los datos personales.
- ⇒ En las letras g) y i) se refieren explícitamente al interés público.
- ⇒ En la letra h) se refiere a las necesidades de un diagnóstico o evaluación médica o para la gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social.
- ⇒ La última circunstancia que permite que no se aplique la prohibición de datos es el caso en que exista una necesidad para salvaguardar intereses vitales de los interesados o de otras personas físicas o intereses públicos esenciales en el ámbito de la salud pública o cumplimiento de obligaciones legales.

El segundo apartado del Informe fue referido a las Administraciones Públicas. Principalmente asegura que tanto la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas

⁴⁰ El informe quizás saque los pies del tiesto y se inmersa en un campo legal que no le incumbe. Asegura que: « (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales) de la cual se desprende, artículo 14 y concordantes de dicha ley, un deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, para lo cual el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de todos los trabajadores a su servicio en los aspectos relacionados con el trabajo. Por ese mismo fundamento, el art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, que transpone el art. 13 de la Directiva del Consejo (89/391/CEE), de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, establece también obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos. Así, corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Ello se concreta en que deberán de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores; contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. En el ámbito de la situación actual derivada del covid-19 ello supone que el trabajador deberá informar a su c. Jorge Juan 6 www.aepd.es 28001 Madrid 3 Gabinete Jurídico empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas.»

Especiales en Materia de Salud Pública (modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 11 de marzo de 2020) o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública permiten a las autoridades adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

A su vez, la Ley 33/11 de 4 de octubre, General de Salud Pública, en los artículos 5 y 84 considera igualmente de opción de adoptar medidas adicionales en caso de riesgo de transmisión de enfermedades.

El Informe dejó claro que, en el contexto de pandemia y crisis sanitaria, las Autoridades tienen competencias suficientes para dictar instrucciones en materia de protección de datos; mientras que los responsables de los mismos se encontrarán obligados a seguirlas. Asegura por tanto que: *«serán estas autoridades sanitarias competentes de las distintas administraciones públicas quienes deberán adoptar las decisiones necesarias, y los distintos responsables de los tratamientos de datos personales deberán seguir dichas instrucciones, incluso cuando ello suponga un tratamiento de datos personales de salud de personas físicas. Lo anterior hace referencia, expresamente, a la posibilidad de tratar los datos personales de salud de determinadas personas físicas por los responsable de tratamientos de datos personales, cuando, por indicación de las autoridades sanitarias competentes, es necesario comunicar a otras personas con las que dicha persona física ha estado en contacto la circunstancia del contagio de esta, para salvaguardar tanto a dichas personas físicas de la posibilidad de contagio (intereses vitales de las mismas) cuanto para evitar que dichas personas físicas, por desconocimiento de su contacto con un contagiado puedan expandir la enfermedad a otros terceros (intereses vitales de terceros e interés público esencial y/o cualificado en el ámbito de la salud pública)».*

El tercer apartado del Informe referido a los principios generales contenidos en el artículo 5 del RGPD como los principios de licitud, lealtad y transparencia, de limitación de la finalidad⁴¹, principio de exactitud, y el principio de minimización de datos.

⁴¹ El Informe recuerda que el considerando 54 del RGPD asegura que: *«el tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. [...] Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines».*

En definitiva, el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos deja claro que la situación de pandemia fue una situación excepcional y se encontraba recogida ya en el sistema normativo. Además, el tratamiento de datos estaba permitido puesto que se encuentra al servicio de un bien mayor: la salud pública y la evitación de la propagación de las enfermedades contagiosas.

El informe asegura que: *«el derecho fundamental a la protección de datos sigue aplicándose con normalidad, sin perjuicio de que, como se ha dicho, la propia normativa de protección de datos personales establece que, en situaciones de emergencia, para la protección de intereses esenciales de salud pública y/o vitales de las personas físicas, podrán tratarse los datos de salud necesarios para evitar la propagación de la enfermedad que ha causado la emergencia sanitaria».*

2. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS

El 14 de marzo de 2020, en Consejo de Ministros Extraordinario, se declaró el Estado de Alarma por mediación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴².

El Estado de alarma fue prorrogado hasta el 21 de junio de 2020 mediante:

- ⇒ Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴³.
- ⇒ Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴⁴.

⁴² <https://boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-3692-consolidado.pdf>

⁴³ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4155-consolidado.pdf>

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4652-consolidado.pdf>

- ⇒ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴⁵.
- ⇒ Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴⁶.
- ⇒ Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁴⁷.

No hubo mayor diferencia entre los Reales Decretos nombrados anteriormente más que el inicio del Plan de Desescalada⁴⁸ que se llevó a cabo los meses de mayo y junio y un aumento de la literatura en la Exposición de Motivos de las últimas normativas.

La regulación contenida en el artículo 116 de la Constitución Española sobre el Estado de alarma no es muy extensa⁴⁹, pero resulta fundamental para «la propia validez del marco normativo excepcional del estado de alarma para la adopción de las medidas

⁴⁵ <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/05/08/514/dof/spa/pdf>

⁴⁶ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-5243-consolidado.pdf>

⁴⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/06/06/pdfs/BOE-A-2020-5767.pdf>

⁴⁸ Puede leerse un resumen del plan de desescalada aquí: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280420-enlace-desescalada.aspx>

⁴⁹ Artículo 116 CE: «1.Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes. 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes

contempladas» (Sospedra Navas, 2021). Determinar el órgano encargado de la declaración (el gobierno)⁵⁰, la forma (decreto acordado en el Consejo de Ministros dando cuenta al Congreso de los Diputados), el tiempo máximo (quince días) y la necesidad de determinar el ámbito territorial sobre el que tendrá efectos la declaración. En el caso del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el ámbito geográfico era todo el territorio nacional. Además, realiza una remisión a la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁵¹.

La causa del estado de alarma no es otra que el momento de crisis sanitaria y social que se vivía a causa de una pandemia mundial. Por ello, el gobierno creyó que se daban circunstancias extraordinarias que hacían imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes; tal y como reza el artículo 1.1 Ley Orgánica 4/1981. En otras palabras, el estado de alarma es necesario cuando las herramientas legales ordinarias se quedan cortas para hacer frente a emergencias extraordinarias.

Además, la propia ley orgánica recoge en el artículo 4. b) y d), entre las posibilidades de alteración del orden: «*las crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*» y las «*situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad*». Está claro que la pandemia tuvo cabida en el primero de los apartados. También había sospecha de que se produjese desabastecimientos con motivos de la paralización de la economía⁵².

El artículo 4 del Real Decreto 463/2020 estableció al Gobierno como autoridad competente para llevar a cabo medidas tendentes a superar la crisis. Y para el ejercicio de diferentes funciones se declaró como autoridades competentes a la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad. Además, residualmente las competencias que no recaigan en ninguna de estas autoridades serán propias del Ministro de Sanidad.

⁵⁰ Es importante resaltar que el acto de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma o el de declaración y prórroga el de excepción, que no son meros actos de carácter autorizatorio, pues tienen un contenido normativo o regulador, así como el acto parlamentario de declaración del estado de sitio son, todos ellos, decisiones con rango o valor de ley. En este sentido: STC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4 o STC 83/2016, FJ 9.

⁵¹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1981/BOE-A-1981-12774-consolidado.pdf>

⁵² Algunos productos alimenticios y de higiene se agotaron en los supermercados debido a la avalancha de compras que se realizaron los días previos a la declaración del estado de alarma: <https://www.eleconomista.es/distribucion/noticias/10405144/03/20/El-miedo-al-coronavirus-vacia-las-estanterias-de-los-supermercados.html>

Únicamente mediante los mecanismos legales inscritos en el artículo 116 de la Constitución, el Gobierno pudo alterar el sistema de competencias ordinario, así como suspender el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La designación como autoridades competentes a los anteriores ministerios se traduce en que éstos tienen la posibilidad de dictar órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que consideren necesarias para hacer frente a la COVID-19. Ello siendo bien de oficio o bien por solicitud de órganos autonómicos o locales.

En el ámbito laboral, la mayoría de las órdenes o resoluciones han sido dictadas desde la competencia otorgada al Ministerio de Sanidad. Aunque bien es cierto que el Diálogo Social se ha mantenido en todo momento publicándose aquello que se acordaba.

Las medidas adoptadas por el Real Decreto 463/2020 fueron las limitaciones a la libertad de circulación de las personas (artículo 7), la suspensión de la actividad educativa y de la formación presencial (artículo 9), suspensión de la apertura al público de la mayoría de la actividad comercial, cultural, recreativa y así como actividades de hostelería y restauración (art. 10 y otras más detalladas en el Anexo del RD 463/2020), medidas de contención en relación con los lugares de culto y las ceremonias civiles y religiosas (artículo 11) y reducción de la oferta en los servicios públicos de transporte (artículo 14).

También, trató de garantizar la prestación de los servicios esenciales (artículos 15, 17 y 18) y refuerza el Sistema Nacional de Salud mediante el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (artículos. 12 y 13). Mediante la obligación de prestación de servicios el gobierno pretendió asegurar la fuerza de trabajo necesaria para hacer frente a la pandemia⁵³. De hecho, el artículo 12.1 otorgó la posibilidad al Ministerio de Sanidad de imponer servicios extraordinarios por su duración o naturaleza. En el ámbito sanitario se publicó más tarde la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, que reforzaría los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud y que analizaremos más adelante. En otros ámbitos, como el transporte, también se llevó a cabo esta posibilidad.

⁵³ En un sentido igual o parecido a los servicios mínimos en caso de producirse huelgas en sectores públicos esenciales (Poquet, 2013) (Álvarez-Maldonado, 2011) (Ruiz P. P., 2010) (SAN C-A 26/11/2012 [rec. 8/2012])

El Real Decreto consideró la mayoría de las medidas incluidas en el artículo 11⁵⁴ de la Ley Orgánica 4/1981. Llegó a otorgar incluso la posibilidad de que se practiquen requisas temporales de todo tipo de bienes necesarios para el cumplimiento de los fines previstos e impone la realización de prestaciones personales obligatorias imprescindibles (artículo 8). Por último, suspendió los plazos procesales y administrativos (Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª), así como los plazos de prescripción y caducidad (Disposición Adicional 4ª). La suspensión conllevó la paralización de todos los procedimientos judiciales puesto que afecta a las actuaciones de los administrados y la Administración Pública sean favorables o restrictivos de derechos (Lozano Cutanda, 2020).

No fue la primera vez que se declaró el estado de alarma en la época democrática actual. El 4 de diciembre de 2010 se estableció el estado de alarma mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo⁵⁵. La llamada crisis de los controladores aéreos de 2010⁵⁶ mediante una huelga encubierta (Sagardía, 2020) hizo que se declarase el primer estado de alarma⁵⁷ cuyo ámbito geográfico era menor y se ceñía a «la totalidad de las torres de control de los aeropuertos de la red y a los centros de control gestionados por la entidad pública empresarial «Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)»» (artículo 2 del RD 1673/2020). En aquella ocasión, en vez de una pandemia, lo que precipitó el estado de alarma fue el cierre del espacio aéreo por falta de personal (Iglesias, 2014).

⁵⁴ Artículo 11 LO 4/1981: «Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias. c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados. d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad. e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto».

⁵⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2010/12/04/pdfs/BOE-A-2010-18683.pdf>

⁵⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Crisis_de_los_controladores_a%C3%A9reos_en_Espa%C3%B1a_en_2010

⁵⁷ Asegura la Exposición de motivos del RD 1673/2020 que «las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia de la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo, impiden el ejercicio del derecho fundamental mencionado y determinan la paralización de un servicio público esencial para la sociedad como lo es el servicio de transporte aéreo. Todo ello constituye, sin duda, una calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados».

El personal de AENA pasó a tener condición de personal militar y quedaron bajo las órdenes del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y las autoridades militares que fueron designadas como autoridades competentes (artículo 3 y 6 RD 1673/2020). Esto último se ajustaba a la LO 4/10981 (Olaechea, 2011).

Las diferencias entre las declaraciones de alarma de aquel entonces con las sucedidas el 14 de marzo de 2020 fueron sustancialmente diferentes. No solo en cuanto a la duración del primero (15 días) sino también por los muchos derechos fundamentales que trastoca el segundo⁵⁸. El Real Decreto 463/2020 afecta a la libertad de circulación (artículo 19 CE) y el derecho de reunión y manifestación (artículo 21 CE) ; la libertad de empresa (artículo 38 CE) y el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE). Por otro lado, afectaría en alguna medida al derecho a la educación (artículo 27 CE) o la propiedad privada (artículo 33 CE).

No se discute si la pandemia es motivo para la declaración del estado de alarma (Arranz, 2021). Podría haber dudas de si la herramienta constitucional del estado de alarma es la idónea para afectar tantos derechos constitucionales o si quizás el gobierno debería haber optado por la declaración del estado de excepción (Navas, 2021). «Se deja apuntado, al exceder con mucho el enfoque elegido, que en este plano constitucional cabría valorar si el Gobierno se ha extralimitado o no en relación con el marco de actuación que ofrece la declaración del estado de alarma. Un insigne constitucionalista, el profesor Aragón, ha puesto en duda que las limitaciones impuestas a la libertad de circulación, para él alcanzan a suspender el derecho, quepan en el estado de alarma por entender que son más propias del estado de excepción (artículo 116 CE en relación con el 55.1 CE y arts. 13 y 20 LO 4/1981)». (González, Mayo 2020).

Bien es cierto que sería necesario equilibrar la balanza por otro y lado y decir que el menos cabo de los derechos fundamentales se realiza en pro de salvaguardar el bien jurídico de la salud pública, y, por lo tanto, la vida y la integridad física del conjunto de la población española del artículo 15 de la CE.

Tal balanza es interesante de estudiar. Las vulneraciones de derechos fundamentales deben de pesar menos que los bienes jurídicos protegidos. O, dicho de otra manera, «en

⁵⁸ El TC asegura que el contenido esencial de un derecho se verá afectado bien cuando la norma encargada de regularlo lo convierta en irreconocible, o bien cuando se le someta a semejantes restricciones que su ejercicio sea imposible o más difícil de lo razonable, o se le proteja de manera insuficiente (TSC de 18 de noviembre núm. 204/04; 12 de diciembre núm. 159/19).

este plano constitucional cabría valorar, se deja apuntado por exceder el enfoque elegido, si el Gobierno se ha extralimitado o no en relación con el marco de actuación que ofrece la declaración del estado de alarma» (González, 2020). «El juicio o test de proporcionalidad de una medida interventora sobre derechos fundamentales reside, en primer lugar, en determinar si la misma resulta necesaria para afrontar la concreta situación de hecho que la ha provocado; seguidamente, si la medida adoptada es idónea a la finalidad perseguida sin que, por tanto, exista otra menos gravosa sobre el derecho fundamental y, finalmente, si ello es así será preciso examinar *strictu sensu* si, en efecto, es proporcional o, por el contrario, desmesurada» (Carrillo López, 2020).

Tal ponderación debe realizarla el Tribunal Constitucional⁵⁹. El mismo en su sentencia de 83/2016 declaró que los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga del estado de alarma están sometidos al control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional por su valor y rango de ley. Así pues, el 8 de mayo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la interposición del recurso de inconstitucionalidad nº2054-2020⁶⁰ promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso de los Diputados en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020.

El Tribunal Supremo se planteó si tenía jurisdicción para conocer del control judicial del estado de alarma en virtud de los artículos 1 y 2 de la LJCA (ATS 4 de mayo de 2020 [rec.99/20]). La conclusión fue inadmitir el recurso por considerar que no tenía competencias para conocerlo. Misma conclusión que llegó en el ATS 10 de febrero de 2011 (rec.553/11)⁶¹ cuando se impugnó la declaración del estado de alarma en el caso de los controladores aéreos por parte de la Unión Sindical de Controladores Aéreos. Ahora bien, la falta de jurisdicción se refiere a la declaración del estado de alarma, pero no «a lo dispuesto en él los decretos o disposiciones que acompañen a dicha declaración o que se dicten durante su vigencia o en relación con la misma... ni tampoco respecto de sus actos de aplicación» (ATS 4/5/20 [rec. 99/20]). Es decir, la declaración de alarma únicamente

⁵⁹ Ello es así en virtud de que la declaración del estado de alarma posee valor y rango de ley (art.161 y 163 CE, 27.2 b) LOTC) y porque es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley, cuando son contrarios a la Carta Magna (ATC 7/12).

⁶⁰ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/08/pdfs/BOE-A-2020-4875.pdf>

⁶¹ El Tribunal Supremo consideró que la autorización por el Congreso de los Diputados de la prórroga del estado de alarma otorgó naturaleza y carácter parlamentario a la misma. Condición para tratarse como una resolución de la Cámara Baja y no un acto gubernamental. Es decir, quedándose fuera de lo marcado por los artículos 1 y 2 de la LJCA.

es competencia del Tribunal Constitucional por estar íntimamente ligada a la CE, mientras que aquellos decretos o normas que se emitieron durante la aplicación del Estado de Alarma sí serán juzgables por el Tribunal Supremo en su Sala 3ª.

Lo cierto es que, «no están únicamente en discusión medidas concretas, sino que hay un replanteamiento de cuestiones relativas a la teoría general de los derechos fundamentales, como la distinción entre limitación y suspensión de los derechos» (Vitoria, 2020). Podemos diferenciar la limitación de derechos directa e indirecta:

⇒ Las limitaciones directas serían aquellas que restringen libertades y derechos cuando la normativa va encaminada hacia la delimitación de los mismos. Estas medidas fueron las más excesivas debido a que las autoridades han decidido que para evitar los contagios de la manera más efectiva se debía restringir la movilidad de las personas.

⇒ Las limitaciones indirectas serían aquellas que no restringen las libertades normativamente, pero la consecuencia de dicha normativa limita los mismos. Debido a las restricciones de movilidad, se vieron limitados derechos como de manifestación, libertad de empresa o al trabajo. El derecho de manifestación se ha visto coartado de este modo y algunos órganos jurisdiccionales han considerado desproporcionado las prohibiciones gubernativas de celebrar manifestaciones debido a que la forma de ejercer dicho derecho se mostraba incompatible con la protección de la salud de la ciudadanía.

Obviamente, la mayoría de las medidas tomadas por las autoridades afectaron a los derechos laborales de las personas trabajadoras de un modo indirecto⁶².

El debate en torno a la herramienta constitucional del estado de alarma y sus limitaciones surgió en la doctrina de nuevo. Perfectamente es concluyente decir que la crisis sanitaria ha dado pie a otro tipo de crisis: la crisis constitucional⁶³. El debate que surgió es doble:

⁶² Encarna Carmona Cuenca: «Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en Daniel Barceló Rojas, Sergio Díaz Ricci, Javier García Roca, María Elizabeth Guimarás Teixeira Rocha (Coordinadores), *COVID 19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2020, pp. 230-232» realiza una distinción entre las categorías más rigurosa.

⁶³ El debate se zanjó con la STC 148/2021, de 14 julio de 2021, que declaró inconstitucionales aspectos del artículo 7 del RD 463/2020 por deberse a suspensiones de derechos fundamentales bajo un estado de alarma y no bajo un estado de excepción. Más adelante se analizará detenidamente la sentencia.

⇒ El artículo 55 de la CE es el que reza sobre las suspensiones y limitaciones de derechos y libertades⁶⁴. Dicho artículo dispone que las limitaciones a derechos fundamentales únicamente pueden realizarse «cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución». En ningún momento abre la puerta a que el estado de alarma sea la herramienta adecuada para, por ejemplo, restringir libertades de movimiento de los ciudadanos⁶⁵. El artículo 116 CE describe una lista de garantías básicas encargadas de prevenir excesos o abusos durante el ejercicio de facultades extraordinarias. Pero el artículo 55.1 CE conlleva un peso mayor puesto que la suspensión general de algunos derechos fundamentales sólo está reservada para los estados de excepción y de sitio (Fernández de Casadevante Mayordomo, 2020). En este sentido va la STC 83/2016, de 23 de abril, que tajantemente asegura que «a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE)». No obstante, puntualiza el Tribunal Constitucional que «aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos». La LO de estados de excepción habla en el artículo 11 a) sobre la limitación a «la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos». Para el estado de excepción, la redacción no cambia sumamente. En el artículo 20 se permite limitar «horas y lugares que se determinen», «prohibir en lugar

⁶⁴ Artículo 55 CE: «1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes».

⁶⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional 83/16 de 23 de abril, asegura que la declaración del estado de alarma, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio.

determinados», etc. siempre con la coletilla de determinar el sujeto limitado. Ni tanto en el estado de alarma ni tampoco en el estado de excepción permiten un confinamiento generalizado donde se recluye y limita a toda la población de un país a su domicilio.

El artículo 20 de la misma ley, hace mención también a lo que se ha conocido como confinamiento al asegurar que: «cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir». Es decir, se impone que las medidas de restricción de movilidad deben de autorizarse por el Congreso de los Diputados, un requisito que sí se ha visto cumplido puesto que los RD de estado de alarma y prórroga lo previeron. Eso sí, ello se realizará cuando «la Autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas». La enfermedad del COVID-19 resulta lo suficientemente peligrosa.

La peculiaridad del estado de alarma es que se produce un desplazamiento de las normas de rango de ley en virtud de la aplicación de las normas dispuestas durante la vigencia del estado de alarma. No quiere decir ello que, las normas desplazadas desaparezcan, pero podríamos decir que «*hibernan*». El auto del Tribunal Constitucional 7/2012, de 13 de enero, en su Fundamento Jurídico tercero, asegura que el estado de alarma repercute en la vigencia del resto de normas «con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia en que se trate»⁶⁶.

Otra peculiaridad del estado de alarma es que se encuentra despolitizado frente al estado de excepción. «La descripción que realiza la ley orgánica del estado de alarma se basa en alteraciones graves de la normalidad (catástrofes, epidemias, contaminación...), el estado de excepción hace presuponer una alteración del orden público, es decir, mediante una crisis política» (Villalón, 2020). Los

⁶⁶ En el mismo sentido: STC 83/2016, de 28 abril

constituyentes y el legislador orgánico distinguieron entre ambos estados subrayando que el estado de alarma estaba previsto para desastres naturales y el segundo para crisis desencadenadas y que afectan al orden público (Carrillo López, 2020). Bien es cierto, que el estado de alarma ha sido cajón de sastre donde se incluían diferentes medidas suspensivas con la finalidad de superar la crisis del coronavirus. Es ejemplo de ello, la suspensión de los procesos electorales del día 5 de abril de 2020 en Galicia y Euskadi⁶⁷ (Casadevante Mayordomo, 2020). «En consecuencia, y a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigentes, en nada resulta convincente deducir, de las limitaciones y restricciones sobre derechos y libertades prescritas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que lo que procedía era decretar el estado de excepción» (Carrillo López, 2020).

El debate también surgió en torno a si las limitaciones impuestas bajo el paraguas legal del estado de alarma eran declarables mediante la legislación relativa a la salud pública. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁶⁸, su artículo 3⁶⁹ viene a asegurar que las autoridades pueden adoptar las medidas «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Otra opción legal sería Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁷⁰, cuyo artículo 26⁷¹ que asegura que ante riesgos inminentes las autoridades pueden tomar medidas preventivas, prueba de ello es por ejemplo «la incautación o

⁶⁷ Puede leerse una noticia aquí: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/16/economia/1584358762_077449.html o <https://www.publico.es/politica/urkullu-acuerda-resto-lideres-politicos-suspension-elecciones-vascas.html>

⁶⁸ <https://boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10498-consolidado.pdf>

⁶⁹ Artículo 3 LOMEMSP: « Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

⁷⁰ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1986/BOE-A-1986-10499-consolidado.pdf>

⁷¹ Artículo 26 LGS: «1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.»

inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales».

Una última opción legal que va en la misma dirección que la anterior es la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁷², cuyo artículo 54⁷³ menciona que las autoridades podrán «adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley». Nombra también algunos ejemplos como la intervención de medios materiales o personales o el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.

La norma es ambigua y no permiten ver con claridad que las restricciones de movilidad puedan imponerse bajo el mecanismo legal teniendo en cuenta lo escueta que es la ley sanitaria. La única legislación que aprueba limitar la circulación de manera concreta para la sociedad es la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio (Royo, 2020).

Arrojaron algo de luz los autos de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020 (núm. 128/2020) y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de octubre de 2020 (núm. 247/2020).

Por parte del TSJ madrileño (núm. 128/2020), se aseguró que no hay en la regulación suficiente en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, habilitación legal para establecer medidas que

⁷² <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-15623-consolidado.pdf>

⁷³ Artículo 54 LGSP: «1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas: a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias. b) La intervención de medios materiales o personales. c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias. d) La suspensión del ejercicio de actividades. e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas. f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley. 3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad».

restringan el derecho fundamental a la libertad de desplazamiento o circulación de las personas. Se asegura que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud no tiene competencia para dictar medidas limitativas de derechos fundamentales. No se respetarían los estándares constitucionales de limitación de los derechos fundamentales, puesto que la limitación o restricción de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución y cumplir con dos presupuestos de constitucionalidad: perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y cumplir con el principio de proporcionalidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981) (Alonso Timón, 2020).

Sin embargo, en sentido contrario se encuentra el TSJ de Castilla y León (núm. 247/2020) que sí habilita las medidas restrictivas puesto que entiende que la Comunidad Autónoma tiene la capacidad para ello recogida en la Ley 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Independientemente y ante la disparidad de pronunciamientos judiciales, el gobierno tomó la decisión de volver a decretar el estado de alarma mediante el Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCoV-2⁷⁴, para dar solidez jurídica a las medidas limitativas de derechos fundamentales.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre esta cuestión en su sentencia de 3 de junio de 2021 (núm. 788/2021) en un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. En la sentencia, dando cuenta de la sentencia núm. 719/2021⁷⁵, se desprende que no es necesario la declaración del estado de alarma para la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19⁷⁶. Bien es cierto que, para las medidas sanitara que incidan

⁷⁴ Sin embargo, este Real Decreto fue anulado por el Tribunal Constitucional alguno de sus preceptos en virtud de la sentencia STC 183/2021, de 27 de octubre. La sentencia declara inconstitucional debido a que incumple el precepto de personas delegadas dispuesto en el art. 116.1 CE y art. 7 LOAES.

⁷⁵ El TS se ha pronunciado en más ocasiones como la STS 3 de junio de 2021 (núm. 792/2021).

⁷⁶ Asegura la sentencia que «la restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española (RCL 1978, 2836) con alcance general. La restricción de derechos fundamentales –y más aún su suspensión– en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional. El medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un

restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión, requieren una ley orgánica que les proporcione cobertura constitucionalmente exigible. El Tribunal Supremo señala la Ley Orgánica 3/1986 como la que «podría dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales». La propia sala tercera del Tribunal Supremo tenía dudas a la hora de considerar la LO 3/1986 como la ley que debe avalar las restricciones⁷⁷. Es decir, la minimización de derechos fundamentales debe realizarse mediante una ley orgánica para poder llevarse a cabo, pero la LO 3/1986 no queda del todo claro que sea la idónea para esta cuestión.

Ahora bien, no todas las medidas tuvieron las mismas incidencias en los derechos fundamentales. Se requiere un examen riguroso sobre cuáles han tenido una afectación suficientemente relevante para considerarlas como posibles seccionadoras de derechos. Es el caso de la obligatoriedad del uso de mascarilla (impuesta por el RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁷⁸) donde no habría tal perjuicio.

Negar el uso del estado de alarma es negar la proporcionalidad de las medidas tomadas por las autoridades gubernamentales. No podemos olvidar que para hacer frente a una crisis hay que tomar medidas, pero las mismas no pueden ser de cualquier índole y deben de superar el juicio de proporcionalidad que marca la ley. Por ello y a título personal, el estado de excepción se hubiese extralimitado y, sobre todo, cuando ningún apartado legal le habilita para hacer aquello que el estado de alarma no puede hacer.

derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.»

⁷⁷ En palabras de la sentencia: «este precepto es innegablemente escueto y genérico. Desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del COVID-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente. En este mismo orden de ideas, nuestra sentencia nº 719/2021 sugiere que las dificultades jurídicas serían mucho menores, tanto para la Administración sanitaria como para las Salas de lo Contencioso-Administrativo, si existiera una regulación suficientemente articulada de las condiciones y límites en que cabe restringir o limitar derechos fundamentales en emergencias y catástrofes como la actual. Pero el hecho es que tal regulación articulada no existe y, por tanto, el interrogante es hasta qué punto el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 es suficiente.»

⁷⁸ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-5895-consolidado.pdf>

3. NUEVA NORMATIVA PROVOCADA POR EL COVID-19 Y SU INTERPRETACIÓN

3.1. ORDEN SND/232/2020, DE 15 DE MARZO, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS Y MEDIOS PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Un día más tarde de la declaración del Estado de Alarma, el Ministro de Sanidad hizo uso de las competencias que le facultaba el Real Decreto 463/2020 y emitió la orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁷⁹, con claras implicaciones jurídico-laborales.

El sistema sanitario español se vio sobrepasado por el incremento de personas que se hospitalizaban a causa del contagio del coronavirus. Por ello, se hizo necesario recabar todos los medios humanos posibles para evitar que la crisis sanitaria no fuera más allá y reforzar el Sistema Nacional de Salud.

Se estableció la prórroga de la contratación de los residentes que se encontrasen en su último año de formación (artículo 2)⁸⁰ y se permitió la contratación de estudiantes de Medicina, de las personas que realizaran las pruebas selectivas en el año 2018/2019 de formación sanitaria especializada o profesionales sanitarios con título de especialista obtenido en un Estado no miembro de la Unión Europea. Además, se pusieron los medios para finalizar los procedimientos abiertos de reconocimiento de las titulaciones obtenidas en Estados de la Unión Europea (artículo 3)⁸¹.

⁷⁹ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3700.pdf>

⁸⁰ Este apartado fue modificado posteriormente por medio de la Orden SND/319/2020, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SND/ 232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁸¹ Modificado por medio de la Orden SND/319/2020, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SND/ 232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El reclamo de las personas trabajadoras que aporten su trabajo para evitar a toda costa el colapso total del sistema sanitario fue indudable. Por ello, los artículos sextos, sexto bis y sexto ter⁸² realizaron una dispersa de los requisitos de contratación que normalmente se venían aplicando. A tal efecto a los alumnos de los grados de medicina y enfermería se les permitió suscribir contratos laborales de duración determinada de auxilio sanitario. En mismo régimen laboral se reservó también para estudiantes en su último año de formación de otras titulaciones no previstas en el apartado anterior, así como estudiantes de último año del área sanitaria de formación profesional. También pudieron ser contratadas por las Comunidades Autónomas aportando certificado expedido por las autoridades competentes que acredite la finalización de sus estudios de Formación Profesional de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería.

El artículo cuarto tuvo una incidencia total en el ámbito laboral al permitir la reincorporación de personal sanitario jubilado y menor de 70 años. Es decir, la Orden impuso una prestación personal semiobligatoria de aceptar personal jubilado, eso sí, sólo aquel que voluntariamente decida volver al servicio. Ello lo permitió el RD 463/2020, de 14 de marzo, en su artículo 13 c) que permite al Ministerio de Sanidad «practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria».

El Real Decreto 463/2020, a su vez, se encontró habilitado por el artículo 11 b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio que permite que, en las declaraciones de estados de alarma se impongan las prestaciones personales obligatorias.

Recordemos que la jubilación es un derecho adquirido por toda persona trabajadora que le dispensa de prestar actividad económica alguna por encontrarse impedido para desarrollar cualquier actividad tanto por cuenta ajena como por cuenta propia y que genera el derecho a adquirir una prestación económica (artículos 204 y siguientes de la 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).

⁸² Modificado por la Orden SND/319/2020, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SND/ 232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Sin embargo, y mediante una Orden emitida por el Ministerio de Sanidad (ministerio sin ninguna competencia ni en materia laboral ni en materia de Seguridad Social) se posibilitó a las personas jubiladas a ser nombrados por la autoridad sanitaria competente, siendo compatible dicho nombramiento con la pensión de jubilación.

Los efectos económicos en la pensión de jubilación de estos trabajadores y trabajadoras es la equiparación de su situación a efectos de Seguridad Social con el envejecimiento activo descrito en el artículo 214 de la LGSS, por el cual, su pensión de jubilación es compatible con el desempeño de su actividad.

El artículo 5 también tuvo una incidencia alta en el ámbito laboral debido a que trae de vuelta a otro grupo de personas trabajadoras cuya obligación de trabajar era inexistente: los liberados y liberadas sindicales. Es decir, las personas liberadas para la realización de funciones sindicales se les habilitó a que vuelvan al trabajo voluntariamente.

La afectación del derecho sindical es clara. El crédito horario de los representantes de los trabajadores y trabajadoras tiene como causa dispersar de la obligación de llevar a cabo las tareas del puesto de trabajo para facilitar la realización de las funciones sindicales y de las funciones propias de los representantes de las personas trabajadoras. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2018 (núm. 22/2018) asegura que la «la finalidad de la acumulación de horas de los representantes unitarios en uno o varios de sus componentes a quienes se libera total o parcialmente del trabajo, es asegurar una mayor eficacia de su actividad sindical, que se garantiza precisamente mediante su continuidad, así como por la mayor dedicación y especialización en la defensa de los trabajadores de los liberados total o parcialmente, tratándose, por tanto, de una herramienta clave para la actividad del sindicato en la empresa».

Varios convenios de la Organización Internacional de Trabajo, como el núm. 135 o incluso la Recomendación núm. 143, tratan la importancia del crédito horario como parte de las garantías de las que debe disfrutar el representante de los trabajadores y trabajadoras.

La dimensión constitucional del crédito horario ayuda a entender el nivel de amparo legal que éste ostenta dentro de nuestro panorama normativo. Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al crédito de horas retribuidas forma parte del contenido del derecho a la libertad sindical redactado en el art 28.1 CE (SSTC 16.5.2000 (RTC 2000,132); 18.10.2004 [núm.175/2004]; 10.10.2005 [RTC 2005, 241]).

Por tanto, el derecho fundamental de libertad sindical se encontró afectado, aunque en ningún momento podemos declarar que se restringió puesto que, la voluntariedad de la decisión de volver al trabajo siempre se respetó y los liberados sindicales se encontraron en una posición de no obligación total de trabajar, al igual que los trabajadores y trabajadoras jubiladas y jubilados.

La Orden SND/232/2020 tiene un propósito claro de facilitar la contratación a las administraciones de todo el personal necesario para el sistema sanitario. Pero, además, no sólo otorga esa flexibilidad externa de contratación, sino que realiza una flexibilidad interna también.

El artículo décimo otorgó un poder semiabsoluto a las comunidades autónomas para adoptar las medidas necesarias en el régimen de prestación de servicios de los trabajadores y trabajadoras.

Las posibilidades son numerosas. Se refiere el artículo a «imponer a los empleados públicos y personas trabajadoras al servicio de las mismas, cualquiera que sea su categoría profesional, servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». Se puede «imponer funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo», suspender temporalmente «las exenciones de guardias por razones de edad, así como de las autorizaciones de compatibilidad para el ejercicio de otras actividades». Pueden, también «adoptarse medidas en materia de jornada de trabajo y descanso, permisos, licencias y vacaciones y reducciones de jornada».

A su vez, el artículo redacta las exenciones por las cuales se restringe la competencia de las comunidades autónomas a la hora de adoptar estas medidas. Por un lado, se impone «que la suma de los descansos que deban tener lugar en el conjunto de una semana no sea inferior a setenta horas, con un promedio de descanso entre jornadas de trabajo de diez horas». Y, por otro lado, se impone la utilización «de manera racional los recursos humanos disponibles y no será de aplicación a las mujeres que se encuentre en estado de gestación».

La influencia en el ámbito socio laboral de la normativa emitida desde el Ministerio de Sanidad es incuestionable. Se otorgó la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo por parte de las Comunidades Autónomas y disponer del personal para hacer frente a la crisis sanitaria. Únicamente se dejó fuera a un colectivo concreto que son las mujeres gestantes, dejando a un lado personal de riesgo frente al virus o personal de

avanzada edad. Hay mayores colectivos vulnerables que deberían haberse protegidos frente a las nuevas condiciones de trabajo.

A su vez, la Orden no tiene en cuenta a un colectivo especialmente sensible como son las personas trabajadoras de especial riesgo frente al coronavirus. Hablamos de personas asmáticas, de avanzada edad o con patologías respiratorias y de otra índole previas. Quizá se eche en falta algún tipo de protección de estas personas como la limitación del tiempo de trabajo o la movilidad funcional, todo ello con el fin de evitar el contagio.

Por otro lado, no hubo un solo apartado de la Orden que hable de los Equipos de Protección Individual (EPI) a los cuales, el personal sanitario tiene derecho. La imposición de jornadas laborales extraordinarias debe de ir acompañada, como mínimo, de un cuidadoso protocolo para evitar contagios, lo que no se consigue sin el uso adecuado de EPIs. El texto debió contener algún apartado que hablase del derecho de todo el personal sanitario a la utilización de los EPIs, la forma de otorgárselos y la forma de utilización de los mismos en los centros médicos.

En definitiva, ante el colapso sanitario, se impusieron prestaciones laborales precarias y a los trabajadores y trabajadoras sanitarios se les dejó sin su base jurídica de derechos laborales ordinarios⁸³. No se respetaron tampoco, por supuesto, las normativas supranacionales sobre descanso y jornada máxima como es: el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁴ o la Directiva 2003/88/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁸⁵.

3.1.REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19

El 17 de marzo se publicaba una serie de medidas en materia de empleo que se definieron como en núcleo duro de todas las medidas publicadas para hacer frente a la pandemia en materia de empleo. La normativa destaca por la excepcionalidad (debido al momento que

⁸³ La web oficial de OIT trató el tema el 7 de abril de 2020: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_741192/lang--es/index.htm

⁸⁴ <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>

⁸⁵ <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>

se vivió), de la temporalidad (puesto que está destinada a morir y a salir del panorama legal) y de la especialidad (ya que se da una creación *ad hoc* para otorgar mayor solidez y protección en el mercado laboral).

La incertidumbre de desconocer el impacto o la incidencia de una pandemia mundial en el mercado de trabajo, así como en la economía, hizo que se lleven a cabo medidas cuyo fin no es otro que proteger el mayor número de personas e intentar la reactivación temprana de la economía. Como marca en su exposición de motivos: «la pandemia del COVID-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación está aún sometida a un elevado nivel de incertidumbre. En estas circunstancias, la prioridad consiste en minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore. El objetivo es que estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009».

En líneas generales y concretamente el RDL 8/2020, «procede a flexibilizar la tramitación de los ERTE, a incentivar a las empresas para que introduzcan las referidas medidas de flexibilidad interna, mediante la exención –total o parcial– de las cotizaciones a la Seguridad Social, y a facilitar el acceso a la protección por desempleo por parte de las personas afectadas por los aludidos expedientes» (Ferrando García, 2021).

3.1.1. Preferencia del trabajo a distancia

La primera de las medidas, ya anunciada por el Ministerio de Trabajo en los días previos⁸⁶, fue la declaración del trabajo a distancia como carácter preferente. El artículo 5 se refiere a que las empresas deben de adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado.

Para facilitar la implementación de esta medida, se exige efectuar una evaluación de riesgos descrita en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 16⁸⁷, quedó exceptuada. Para ello es suficiente una autoevaluación de riesgos realizada por el trabajador o trabajadora.

⁸⁶ Recordemos que la Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo coronavirus⁸⁶ del Ministerio de Trabajo de 4 de marzo de 2020, ya contenía la recomendación del trabajo a distancia como forma de evitar contagios en la empresa.

⁸⁷ Art 16 LPRL: «1. La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través

El artículo asegura que siempre debe de ser ésta una opción preferente frente a la paralización o reducción de la actividad.

Esta medida es adecuada ya que, de darse la adaptación al trabajo a distancia, la empresa debe hacerlo evitando que se produzcan suspensiones contractuales o reducciones de jornada y se debe de aplicar incentivos económicos para que las empresas adquieran el material tecnológico adecuado (Rojo Torrecilla, 2020).

«En el mismo sentido se dictaron normas en diferentes países. Las primeras medidas para hacerle frente a la pandemia de la COVID-19 en Cuba fueron aprobadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 1 de abril del 2020. El llamamiento a los empleadores a reestructurar las laborales estableciendo la modalidad del teletrabajo y el trabajo a distancia en aquellas empresas donde las condiciones lo permitieran destacaba como la primera de las opciones» (Lam Peña, 2021).

de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente. Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan. 2. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes: a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas. b) Si los resultados de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución. El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma. Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en el párrafo a) anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos. 2 bis. Las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen. 3. Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos.

3.1.2. Plan Mecuida

El artículo 6 es el referido al llamado «Plan Mecuida»⁸⁸. Se trata de un conjunto de medidas destinadas a la mejora de la conciliación de la vida personal y profesional debido a la alta dificultad de sobrellevar la situación de muchas familias. Debemos de recordar que la actividad escolar fue paralizada y que las salidas del domicilio se restringieron, por lo que muchos niños debieron quedarse en sus hogares mientras que sus padres compatibilizaban su cuidado con el teletrabajo. Además de los hijos, los mayores y otras personas también requirieron de cuidados especiales, por ello las medidas están destinadas al cuidado del cónyuge o pareja de hecho y familiares por consanguinidad hasta el segundo grado.

El derecho de adaptación de jornada, configurado como un derecho individual del trabajador o trabajadora, se daba cuando concurren circunstancias excepcionales relacionadas con las medidas para evitar los contagios de COVID-19. Concretamente:

- ⇒ Cuando la persona trabajadora tenga que prestar atención por razones de edad, enfermedad o discapacidad a las personas explicadas anteriormente.
- ⇒ Cuando se den decisiones de las Autoridades gubernativas que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza que dispensaran cuidados o atención a la persona necesitada de los mismos.
- ⇒ Cuando la persona trabajadora se haya encargado hasta ese momento de los cuidados o asistencia de las personas indicadas y no pudiera seguir haciéndolo por causas relacionadas con el COVID-19.

El segundo apartado del artículo configura este derecho de conciliación como un derecho individual del trabajador o trabajadora cuya concreción inicial le pertenece⁸⁹. Es decir, es reclamable de mutuo propio y, en principio, la empresa no podría negarse siempre y cuando fuera posible su implementación y la nueva medida fuera razonable y proporcionada. «Estamos ante derechos individuales para cada uno de los progenitores o cuidadores que, en la línea de los dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo,

⁸⁸ Será el artículo 15 del RDL 15/2020 quien bautice las medidas así.

⁸⁹ Esta regulación ya existía en nuestro panorama normativa a raíz de la modificación que sufrió el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores mediante el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, deberán llevarse a cabo de manera corresponsable a fin de evitar la perpetuación de roles de género» (Reche Tello, 2020). Lo anterior se puede definir como una reducción especial de la jornada (Gala Duran, 2020)

Si surgieran discrepancias, el legislador marca el procedimiento procesal a seguir: el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social relativo a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente.

Las medidas a adoptar son distintas y el abanico que aportó el legislador es, cuanto menos, amplio. Pueden consistir en:

- ⇒ La distribución del tiempo de trabajo o a cualquier otro aspecto de las condiciones de trabajo. Así como en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones. Cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia.
- ⇒ Reducción especial de la jornada de trabajo prevista en el artículo 37.6 ET⁹⁰, con la reducción proporcional de su salario. Dicha reducción especial de jornada puede consistir hasta en el 100% de la jornada si fuese necesario y se deberá de comunicar a la empresa con 24 horas de antelación.
- ⇒ Si la persona trabajadora ya disfrutase de una adaptación de jornada por conciliación o de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, o de

⁹⁰ Art 37.6 ET: «Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Las reducciones de jornada contempladas en este apartado constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.»

alguno de los derechos de conciliación, podrá renunciar temporalmente a éstas o tendrá derecho a su modificación.

La lectura conjunta del artículo 4 y 5 del RDL 8/2020 hacen pensar que ambos se configuran como derecho individual del trabajador o trabajadora. Es decir, que éste pudo reclamar a la empresa su derecho a modificar las condiciones laborales marcadas en la ley a fin de evitar posibles contagios en la empresa. Las únicas limitaciones impuestas legalmente a las conciliaciones fueron que sean justificables y razonables, así como su implementación en la empresa no sea excesivamente costosa o desproporcionadas.

Bien es cierto que quizás se echa de menos mayor concreción por parte del legislador en cuanto a la configuración del derecho individual. A penas hizo referencia a un derecho de concreción inicial y en seguida se dedica a marcar una vía de escape para las discrepancias surgidas que consiste en el procedimiento especial laboral de conciliación la vida personal, laboral y familiar.

Una configuración más explícita y con mayores concreciones llevaría a un mayor blindaje de los derechos de conciliación y, por lo tanto, se garantizarían mucho más los derechos de las personas trabajadoras evitando injerir en el derecho de igualdad del artículo 14 CE como en el derecho de la protección de la familia y de la infancia por los poderes públicos del artículo 39 CE.

3.1.3. Prestación de cese de actividad

El artículo 17 del RD-L 8/2020 realizó una serie de modificaciones en la prestación extraordinaria por cese de actividad⁹¹ para los trabajadores autónomos afectados por declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19. Tuvieron derecho a tal prestación:

- ⇒ Los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, los trabajadores y trabajadoras autónomas agrarios incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y los trabajadores

⁹¹ La prestación se conservaría a partir del 1 de octubre de 2020 para autónomos que tengan que suspender todas sus actividades como consecuencia de una resolución adoptada por la autoridad competente como medida de contención en la propagación del virus COVID-19 por medio del Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Así como una prestación económica de cese de actividad de naturaleza extraordinaria para aquellas personas trabajadoras por cuenta propia que no tengan acceso a la prestación anterior.

autónomos incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuyas actividades queden suspendidas.

- ⇒ Los anteriores que, no cesando su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 % en relación con el promedio de facturación del semestre natural anterior.
- ⇒ Las personas trabajadoras autónomas agrarios descritos anteriormente, así como los trabajadores de producciones pesquera, marisqueras o de productos específicos de carácter estacional incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando su facturación promedia en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida al menos en un 75% en relación con los mismos meses de la campaña anterior.
- ⇒ Los trabajadores y trabajadoras autónomas que desarrollen actividades en alguno de los siguientes códigos CNAE 2009: 5912, 5915, 5916, 5920 y entre el 9001 y el 9004⁹² ambos incluidos siempre que, no cesando en su actividad, su facturación en el mes natural anterior al que se solicita se vea reducida en al menos un 75% en relación con la efectuada en los 12 meses anteriores.

Los requisitos para causar derecho a esta prestación no fueron dispares a los que ya tenían regulado la propia prestación económica en el artículo 330 de la Ley General de Seguridad Social⁹³. No obstante, sí incluyeron dos requisitos más: el primero de ellos es que, en el supuesto de la actividad no se vea suspendida directamente por el RD 463/2020, de 14 de marzo, deberán de acreditar la reducción de ingresos del 75% los tres últimos beneficiarios recogidos en el apartado anterior. Por otro lado, no será necesario tramitar la baja en el régimen de Seguridad Social correspondiente.

La acreditación de la reducción de facturación se realiza mediante aportación de la información contable que lo justifique, pudiendo hacerse mediante copia del libro de registro de facturas emitidas y recibidas, del libro diario de ingresos y gastos, del libro registro de ventas e ingresos, o del libro de compras y gastos. Si lo trabajadores y

⁹² Códigos CNAE correspondientes a las actividades de: Actividades de postproducción cinematográfica, de vídeo y de programas de televisión, actividades de producción cinematográfica y de vídeo, actividades de producciones de programas de televisión, actividades de grabación de sonido y edición musical, artes escénicas, actividades auxiliares a las artes escénicas, creación artística y literaria, gestión de salas de espectáculos.

⁹³ Uno de los requisitos para recibir la prestación es estar al corriente de pagos con la Seguridad Social. En este sentido: STSJ Andalucía 16 de septiembre de 2021 (núm. 1578/2021).

trabajadoras autónomas no están obligados a llevar los libros que acreditan el volumen de actividad, deberán acreditar la reducción por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

La cuantía de la prestación es la recogida en el artículo 339 de la Ley General de la Seguridad Social, a no ser que no se acredite periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación, en ese caso la cuantía será del 70% de la base mínima de cotización del RETA o del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

La duración de la prestación es de un mes, ampliándose hasta el último día del mes en que finalice el estado de alarma. Durante su percepción «se entenderá como cotizado, no existirá obligación de cotizar y no reducirá los períodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro». Esta última regulación, a la par que la regulación que veremos de la prestación por desempleo se ha denominado «contador a cero».

La regulación admitía la compatibilidad total de la prestación económica con otras prestaciones de diferente índole. A excepción de los trabajadores y trabajadoras del mar por cuenta propia que perciban la ayuda por paralización de la flota. La gestión de la prestación se cede a las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina. Las personas trabajadoras que hubieran ejercido opción ninguna, deberán de realizar solicitud ante una mutua colaboradora y presentar la correspondiente adhesión con dicha mutua a la vez que se presente a la solicitud de prestación.

Para las actividades suspendidas, la cotización correspondiente a los días de actividad en el mes de marzo de 2020 no cubiertos por la prestación de cese de actividad no será objeto de recargo por ingreso de fuera de plazo del artículo 30 de la Ley General de Seguridad Social.

La fecha límite para solicitarse la prestación es el último día del mes siguiente a la finalización del estado de alarma. En principio, las entidades gestoras dictan resolución provisional estimando o desestimando el derecho, pero, una vez finalizado del estado de alarma, se procede a revisar todas las resoluciones provisionales adoptadas y si, el beneficiario no tiene derecho a la misma se iniciará el procedimiento de reclamación de las cantidades indebidas.

La prestación de cese de actividad del RETA sufrió una equiparación en cuanto a la prestación por desempleo en el Régimen General, asimilando el nivel de cobertura social entre uno y otro. «Las disparidades entre el régimen de Seguridad Social de asalariados y autónomos siguen encontrando fuertes raíces históricas, que indiscutiblemente han ido evolucionando con el paso del tiempo, pero que no por ello dejan de constituir un factor de peso para mantener las identidades propias de cada uno de ellos» (Cruz Villalon, 2019).

3.1.4. Expediente de Regulación Temporal de Empleo por fuerza mayor

Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo son instrumentos jurídicos diseñados en los años 80 y pensados directamente para mantener el empleo en situaciones de crisis de corta duración⁹⁴, y cuyo grupo objetivo son sectores o empresas con desajustes temporales de demanda. «Pues son, sin duda, instrumentos diseñados y adecuados a la superación de *shocks exógenos* y puntuales» (Consejo Economico y Social España, 2021).

El artículo 22 del RDL 8/2020 es el encargado de regular los ERTes por fuerza mayor por COVID-19. Se pueden definir de una manera global diciendo que son la principal medida flexibilizadora interna de las empresas para afrontar la crisis del coronavirus⁹⁵. Por ello, la mayoría de empresas han optado por este instrumento. Las suspensiones de contrato de trabajo como modo de superación de la crisis del coronavirus fue el sistema más utilizado por la mayoría de países de nuestro entorno⁹⁶. Estas figuras jurídicas absorben gran protagonismo en los países europeos desde marzo de 2020 (Ruesga & Viñas Apaolaza, 2021).

«La clave de bóveda de la regulación laboral de estos ERTE en la emergencia pandémica estuvo inicialmente en la decisión de canalizar a través de la figura de la suspensión o la reducción de jornada por concurrencia de fuerza mayor la crisis de demanda y de oferta

⁹⁴ Prueba de ello es el incendio de la fábrica de la empresa Campofrío en 2014. El centro de trabajo, ubicado en Burgos, no pudo continuar su actividad debido a un agente externo y la respuesta laboral que se dio a tal suceso fue el inicio de un ERTE a los 1.000 empleados que se encontraban en aquel momento trabajando. Puede leerse una noticia aquí: https://elpais.com/economia/2016/11/23/actualidad/1479906955_249515.html

⁹⁵ Los ERTes han funcionado como medio de contención del desempleo. La tasa de paro cerró en 2020 en un 16,13%; es decir, 2,35% más que en 2019. En comparación con la anterior crisis de 2008, la diferencia porcentual entre 2008 y 2009 fue de un 5% más.

⁹⁶ La mayoría de países europeos han llevado a cabo la facilitación de esta herramienta para extender sus posibilidades a la mayoría de las empresas del país. Puede leerse información aquí: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/05/12/economia/1589300542_432926.html

ocasionada a numerosas empresas por las medidas de contención sanitaria» (Consejo Economico y Social España, 2021).

Bien es cierto que, no todos los países europeos contaban con medidas de este tipo con anterioridad al 2020. Sin embargo, las introducen a causa de la crisis forzada por la pandemia, es el caso de Reino Unido, Eslovenia, Lituania, Letonia, Hungría y Grecia (OECD, 2020).

Los ERTes por fuerza mayor fueron destinados a las empresas que se vieron directamente afectadas por la declaración de estado de alarma⁹⁷. Así pues, el artículo 22 asegura que son aquellas que «impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria». El texto legal parecía dejar claro que la causa directa pasa, entre otras vías, por los artículos 7 y 10 del RD 463/2020, de 14 de octubre, cuyas medidas son el cierre y el impedimento de actividad económica a ciertas actividades o profesiones.

Las especialidades que recoge la ley, respecto del procedimiento regulador⁹⁸, son:

- ⇒ El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, que se acompañará de un informe relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente documentación acreditativa. A la vez, la empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de estas⁹⁹.

⁹⁷ Este sistema de protección ha llegado a dar cobertura a casi 3,6 millones de personas, cerca del 20% de las personas afiliadas a la Seguridad Social.

⁹⁸ Principalmente se refiere al artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores y al Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

⁹⁹ La ley impone una obligación de información a la empresa con respecto a los representantes de los trabajadores sin darles voz ni voto a estos últimos.

En este punto, a la ley únicamente previene un trámite de mera audiencia y no va más allá de lo redactado en el artículo 33.2 del Real Decreto 1483/2020, de 29 de octubre¹⁰⁰.

- ⇒ La existencia de fuerza mayor deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.
- ⇒ La resolución de la Autoridad Laboral¹⁰¹ se dictará en el plazo de cinco días desde la solicitud, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa. Corresponde a ésta última la adopción y la aplicación de la medida de suspensión de los contratos de trabajo con efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.
- ⇒ El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la Autoridad Laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.

Por último, con respecto a los socios trabajadores y trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, se les aplicó el procedimiento específico del Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada¹⁰².

3.1.5. ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

¹⁰⁰ Art 33.2 RD 1483/2012: «En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.»

¹⁰¹ El Área de Coordinación de la ITSS emitió el 27 de marzo un criterio con el fin de homogeneizar las actuaciones de las autoridades laborales autonómicas en todo el territorio nacional a la hora de valorar la fuerza mayor temporal y evitar posibles fraudes que se cometan. Para ello se incluyen criterios en distintos sectores como el primario, el industrial, la construcción, los servicios agrarios... además de específicos supuestos. Puede encontrarse aquí: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/INFORME%20Pautas%20OEITSS%20ERTES%20COVID-19.pdf>

¹⁰² <https://www.boe.es/boe/dias/1996/02/17/pdfs/A05857-05858.pdf>

El artículo 23 del RD-L 8/2020 realizó una mayor facilitación de ERTes pensando en aquellas empresas que no tengan una pérdida de actividad directamente ligada con la declaración del estado de alarma, pero sí por causa indirectas que ésta generase¹⁰³. Para ello, se facilitaron las suspensiones de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas relacionadas con la COVID-19.

Las especialidades son:

⇒ La apertura de un periodo de consultas con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. En el caso de que estos no existan, se creará una comisión negociadora con los sindicatos más representativos y más representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para negociar el convenio colectivo de aplicación. En último caso, se creará una comisión «ad hoc» del artículo 41.4 ET. El plazo de creación de la comisión será de 5 días. Ésta última medida genera una elevación de las negociaciones al ámbito sindical o sectorial. El problema puede surgir cuando no hay convenio colectivo aplicable¹⁰⁴; en tal caso, es posible que un sindicato sin representación en la empresa, pero representativo del sector pueda negociar un ERTE.

El procedimiento de consultas no está excluido de la aplicación de la normativa general de las mismas que se venía aplicando con anterioridad. Es decir, resultan de aplicación el artículo 47.1 del ET y el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

⇒ El periodo de negociación no excederá de 7 días. Mismo periodo se reserva también para el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral.

Para las personas trabajadoras socios de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, se reservó el procedimiento dispuesto en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, en los apartados b) y c).

¹⁰³ Este apartado generó cierta controversia por ser interpretativo el hecho de estar ligado indirectamente a la pandemia. Por ello, hay ciertas actividades que la jurisprudencia consideró que la actividad no se veía afectada (STS 16/5/2022 [núm. 238/22]; STSJ Castilla y León 25/1/2021 [rec. 1386/2020]; STSJ País Vasco 16/5/22 [núm. 772/2021]; entre otras).

¹⁰⁴ En este sentido habla la SAN 79/2020 asegurando que no valen convenios anteriores y decaídos sino el convenio colectivo del sector.

Los ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción se han convertido en el «plan b» de muchas empresas a la hora de realizar suspensiones de contratos laborales. Aquellas empresas que no se les permitió o no podían probar la afectación directa del estado de alarma, realizaban ERTes por esta vía.

Las medidas especiales del artículo 22 y 23¹⁰⁵ no son aplicables a los expedientes de regulación de empleo para la suspensión de contratos de trabajo o para la reducción de jornada iniciados o comunicados antes de la entrada en vigor de este y basado en las causas previstas en el mismo. Así lo regula la Disposición Transitoria 1º del RDL 8/2020, sobre la limitación a la aplicación a los expedientes de regulación de empleo.

Recordemos que, según la jurisprudencia, en cuanto a las causas del ERTE es fundamental el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad judicial (STS 17/3/21 [núm. 330/2021]; STS 9/9/20 [rec. 13/2018]).

3.1.6. Medidas extraordinarias en materia de cotización

Para mayor facilitación de los ERTes y como medida incentivadora de los mismos, los artículos 24 y 25 del RDL 8/2020 introdujo medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el covid-19.

Las medidas se concretan en:

- ⇒ Para todas las empresas que hayan realizado un expediente de regulación temporal de empleo y tengan menos de 50 trabajadores y trabajadoras¹⁰⁶ se les exonerará del 100% de las aportaciones empresariales previstas en el artículo 273.2 de la LGSS así como de las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, durante los meses de marzo y abril de 2020.
- ⇒ Para todas las empresas anteriores pero que tuvieran 50 o más trabajadores y trabajadoras, se la exoneración de la obligación de cotizar alcanza el 75% de la aportación empresarial.
- ⇒ Para proteger a las personas trabajadoras y trabajadoras de estas medidas, se cierra legalmente la posibilidad de que sean afectadas por las mismas.

¹⁰⁵ La ley especifica que no resultarán de aplicación el artículo 22, apartados 2 y 3 y el artículo 23.

¹⁰⁶ La ley fija el dato numérico de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

- ⇒ Para la aplicación de cuotas de Seguridad Social, se requiere instancia de parte, en este caso del empresario, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de suspensión o reducción de jornada.
- ⇒ La Tesorería General de la Seguridad Social establecerá los sistemas de comunicación necesarios. A su vez, las exoneraciones serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes; de las mutuas colaboradoras en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales; del Servicio Público de Empleo Estatal en el caso de la aportación empresarial para desempleo y por formación profesional; y del Fondo de Garantía Salarial en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones.

Como puede apreciarse, las exoneraciones en las cuotas de Seguridad Social, además de ser una medida incentivadora de los ERTes, puede entenderse también como un escudo económico a las empresas para evitar mayores pérdidas en periodo de crisis pandémica. Sobre todo, aquellas empresas que se encuentran directamente imposibilitadas por el estado de alarma. Dichas pérdidas son absorbidas por el estado en concepto de cotizaciones de las Seguridad Social.

Las medidas que se recogen en los artículos 24 y 25 del RDL 8/2020, en materia de desempleo y exoneración de cuotas sociales, no son novedosas en nuestro sistema normativo. Podemos nombrar como precedente¹⁰⁷ lo descrito en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil¹⁰⁸, en su artículo 24.2 b), asegurando que «la Tesorería General de la Seguridad Social podrá exonerar al empresario del abono de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta mientras dure el periodo de suspensión, manteniéndose la condición de dicho período como efectivamente cotizado por el trabajador». A la misma vez que permite que «el Servicio Público de Empleo estatal podrá autorizar que el tiempo en que se perciban las prestaciones por desempleo, reguladas en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que traigan su causa inmediata de las emergencias no se compute a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos. Igualmente, en esos

¹⁰⁷ Otro precedente que podríamos nombrar es la D.A.4ª del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

¹⁰⁸ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7730-consolidado.pdf>

supuestos, se podrá autorizar que reciban prestaciones por desempleo aquellos trabajadores que carezcan de los períodos de cotización necesarios para tener derecho a ellas».

Lo anterior es una previsión de la norma ante futuras catástrofes. Así pues, aun no siendo la epidemia mundial un caso recogido concretamente en nuestra legislación, la misma puede verse reinterpretada o adaptada para aplicar en una situación de pandemia, otorgando al legislador mayores poderes de modificación legal.

Hay que recordar que lo dispuesto en materia de prestación por desempleo y en materia de exenciones de cotizaciones a la Seguridad Social¹⁰⁹ no es de aplicación a los afectados por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2020; así lo dispone la Disposición Transitoria 1ª del propio RDL 8/2020.

Un último apunte es que los ERTes también han sirvieron para defraudar. «La ITSS puso en marcha en 2020 campañas específicas en diferentes ámbitos. De entre todas ellas, destaca la dirigida a la detección del fraude en los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), lanzada en el mes de julio, la cual incidía en la protección y uso responsable de los recursos públicos. Dicha campaña fue la que más número de órdenes de servicio (OOSS) finalizadas registró (51.410) y la que conllevó un mayor número de actuaciones inspectoras (57.680). Por el contrario, fue la que menos infracciones generó» (Consejo Economico y Social España, 2021).

3.1.7. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo

La prestación por desempleo se convirtió, durante la crisis del coronavirus, en la única fuente de ingresos de muchas familias. Ello es debido a la multitud de ERTes que se han realizado por parte de las empresas y las nuevas medidas que ha introducido el Gobierno para garantizar la prestación a diferentes personas que, en principio, no tendrían acceso a la prestación.

Una de las principales medidas en materia de prestación por desempleo, bajo el marco de las suspensiones de contratos o reducciones de jornada del artículo 47 ET, fue el llamado

¹⁰⁹ La ley específica que no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 24 y los apartados 1 al 5 del artículo 25.

«contador a 0»¹¹⁰. Puede definirse este concepto por dos medidas que han sido clave para acercar la prestación económica a la mayoría de las familias¹¹¹: por un lado, la prestación económica la reciben los trabajadores y trabajadoras aun no teniendo el periodo mínimo cotizado y, por otro lado, no computa el tiempo que se perciba la prestación a los efectos de consumir periodos máximos de percepción establecidos.

En todo caso, se tienen en cuenta a efectos de la base reguladora, el promedio de las bases de los últimos 180 días cotizados o, en su defecto, el periodo de tiempo inferior inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo.

Especial dedicación les otorgó el legislador a las personas trabajadoras fijas-discontinuas:

- ⇒ Las personas fijas discontinuas que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas¹¹², se benefician de la prestación en las mismas condiciones que están anteriormente explicadas.
- ⇒ Las personas trabajadoras fijas discontinuas que no se encuentren en la situación anterior, pero vean interrumpida su actividad como consecuencia del COVID-19, pueden volver a percibir la prestación con un límite de 90 días. Para determinar el periodo que hubiera sido de actividad se estará al año laboral anterior de la persona trabajadora o al de las personas trabajadoras comparables.
- ⇒ Las personas que acrediten que no han podido reincorporarse de su actividad en la fecha prevista y perciban prestaciones, no ven suspendidos el derecho a la prestación o subsidios que venían percibiendo.
- ⇒ Es importante tener en cuenta que la situación legal de desempleo es generada por la certificación empresarial de la imposibilidad de reincorporación constituirá para el reconocimiento del derecho a dicha prestación.
- ⇒ Para los trabajadores y trabajadoras que no se hubieran podido reincorporar y careciesen del periodo de ocupación cotizado para obtener la prestación por desempleo tienen derecho a una nueva prestación económica que podrá percibirse hasta la fecha que tenga lugar la reincorporación, con el límite máximo de 90 días.

¹¹⁰ La duración del contador a cero fue de 196 días puesto que el 1 de octubre, los trabajadores por cuenta ajena y propia que comenzaron a cobrar las prestaciones no se les aplicó.

¹¹¹ Tal es la generalización de la prestación que igual condiciones se aplican a los trabajadores de sociedades laborales y cooperativas de trabajo asociado.

¹¹² Explicar que el artículo hace referencia a que estas personas se encuentren «en periodo de inactividad productiva, y por ende, a la espera de la llegada de la fecha en la que procedería su llamamiento y reincorporación efectiva de no mediar la crisis del COVID-19» a efectos interpretativos de la norma.

La cuantía constará de la última mensualidad recibida o de la cuantía mínima de la prestación contributiva¹¹³.

Otras medidas en materia de desempleo son los artículos 26 y 27. El primero de ellos fue relativo a la limitación temporal de los efectos de presentación extemporánea de solicitudes por desempleo, de tal manera que, la presentación de solicitudes de alta inicial o reanudación de la prestación y el subsidio por desempleo realizada fuera de los plazos establecidos legalmente no implicaría que se reduzca la duración del derecho a la prestación correspondiente.

El artículo 27, se refirió a la prórroga del subsidio por desempleo por el cual se prorroga de oficio el derecho a percibir el subsidio por desempleo en los supuestos sujetos a la prórroga semestral del derecho, a efectos de que la falta de solicitud no comporte la interrupción de la percepción del subsidio por desempleo ni la reducción de su duración. También, en el caso de los beneficiarios del subsidio para mayores de cincuenta y dos años, no se interrumpió el pago del subsidio y de la cotización a la Seguridad Social aun cuando la presentación de la preceptiva declaración anual de rentas se realice fuera del plazo establecido legalmente.

El esfuerzo del legislador fue encaminado a la extensión de la prestación por desempleo a toda persona trabajadora que vea afectada su actividad por motivos relacionados con el COVID-19. Así pues y ante la avalancha de ERTes que se produjeron en la mayoría de las empresas, se convirtió la prestación por desempleo en la única fuente de ingresos de muchas familias. El contador a 0 es una medida clave para ello evitando que muchas personas trabajadoras se queden fuera de la prestación por desempleo por no cumplir los requisitos que, normalmente y sin tener en cuenta el coronavirus, se requieren.

También, el legislador hizo un esfuerzo para evitar que sea el trabajador o trabajadora quien lleva a cabo el procedimiento de reconocimiento de la prestación. Por ello se impuso requisitos a las empresas a la hora de iniciar ERTes a efectos de conocer qué trabajadores y trabajadoras son los afectados para su posterior reconocimiento del derecho a prestación económica de desempleo.

¹¹³ La norma asegura que «el mismo derecho tendrán quienes durante la situación de crisis derivada del COVID-19 agoten sus prestaciones por desempleo antes de la fecha en que tenga lugar la incorporación a su puesto de trabajo y carezcan de cotizaciones suficientes para el reconocimiento de un nuevo derecho, en cuyo caso, la certificación empresarial de imposibilidad de reincorporación constituirá nueva situación legal de desempleo».

3.1.8. Medidas en materia de contratación pública

El legislador se preocupó no sólo de las empresas del ámbito privado sino también de las que tienen vinculación con la Administración Pública, así como de esta última.

El artículo 34 del RDL 8/2020, en el primer punto, aseguró que los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, cuya realización devenga imposible por causas relacionadas con el coronavirus, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Se entendió que pueden volver a llevarse a cabo cuando desaparezca la causa o el contratante notificara el fin de la suspensión.

En estos casos, y cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubieran apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato, se prevé un resarcimiento indemnizatorio¹¹⁴ para el contratista por los conceptos:

- a) Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión¹¹⁵.
- b) Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- c) Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
- d) Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

A cambio de esta nueva indemnización por daños y perjuicios, el texto aseguraba que «o resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto

¹¹⁴ En el caso de que la suspensión sea parcial, el resarcimiento deberá ser proporcional a la parte de la actividad suspendida.

¹¹⁵ En este sentido, el último párrafo del artículo asegura que «a los efectos de lo señalado en el presente artículo, los gastos salariales a los que en él se hace alusión incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran».

en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

Con respecto a los contratos de servicios y suministros, los contratistas tuvieron derecho al abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos. Posteriormente, el importe anticipado se descontará de la liquidación del contrato. También, se permite que aquellos contratos de estas características que se retrasen a causa del COVID-19, vean ampliado el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado. Además, los contratistas tenían derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10% del precio inicial del contrato.

Para los contratos públicos de obras públicas también se guardó la posibilidad de ser suspendidos en las mismas condiciones que los anteriores. Se otorga una indemnización al contratista por los mismos conceptos de los contratos de servicios y de suministros siempre y cuando cumplan los requisitos de estar al corriente de sus pagos y obligaciones el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato.

En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, las comunidades autónomas o la Administración local dieron derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante: la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato¹¹⁶. Una vez más, lo anterior sólo se dará cuando el órgano de contratación aprecie la imposibilidad de la ejecución del contrato.

¹¹⁶ También se aplicará esta parte de la normativa sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

La normativa excluyó de todo lo explicado anteriormente a determinadas contrataciones que por la actividad se consideran no afectados por la declaración del estado de alarma son:

- ⇒ Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- ⇒ Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos¹¹⁷.
- ⇒ Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- ⇒ Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Hay que comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2021 (núm. 83/2021) que aseguró que el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Por tanto, Las empresas contratistas del Sector Público podrán hacer uso de los ERTE, y cuando afecte al personal adscrito a la prestación de ese servicio, podrán también actuar instando los mecanismos indemnizatorios previstos en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Esta sentencia tiene relevancia por incluir a un tipo específico de empresas dentro del ámbito del RDL 8/2020.

3.1.9. Medidas laboral excepcionales en el ámbito de la investigación

¹¹⁷ A este respecto, la norma reguladora hace una mención especial asegurando que «en el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza, sí será posible su suspensión total o parcial, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, y a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID 19, alguno o algunos de sus edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados. En el supuesto de suspensión parcial, el contrato quedará parcialmente suspendido en lo que respecta a la prestación de los servicios vinculados a los edificios o instalaciones públicas cerradas total o parcialmente, desde la fecha en que el edificio o instalación pública o parte de los mismos quede cerrada y hasta que la misma se reabra. A estos efectos, el órgano de contratación le notificará al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios. Asimismo, deberá comunicarle, la fecha de reapertura total del edificio o instalación pública o parte de los mismos para que el contratista proceda a restablecer el servicio en los términos pactados».

El RDL 8/2020 contiene otras medidas cuya incidencia se daban principalmente en el empleo. Es, por ejemplo, el caso del artículo 36 de medidas de apoyo a la investigación incluidas en el capítulo IV.

El texto normativo del RDL 8/2020 lleva a cabo la misma acción que la anterior Orden SND/232/2020: imponer jornadas laborales extraordinarias. En esta ocasión, las entidades públicas integrantes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuando desarrollaran medidas excepcionales en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus. Estas jornadas laborales se compensaban económicamente mediante complemento de productividad o gratificaciones extraordinarias.

Por otro lado, se autorizó a las mismas entidades públicas a realizar contratos indefinidos y temporales de acuerdo con la normativa vigente y con los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación relacionados con el COVID-19.

Como dijimos en el apartado de la Orden SND/232/2020, y a efectos de no repetir, la capacidad de imponer jornadas laborales extraordinarias se convirtió prácticamente en una vía libre para imponer cualquier medida laboral que sirva para hacer frente al coronavirus debido al desplazamiento que sufre la normativa laboral ordinaria. Ello puede llevar a situaciones laborales penosas, precarias y, por supuesto, vulneradoras de diferente normativa supranacional. No obstante, la aprobación de este tipo de normativa se encuentra habilitado por el RD 463/2020, de 14 de febrero.

3.1.10. Disposiciones Adicionales

La Disposición Adicional 3ª permitió al Secretario de Estado de la Seguridad Social y Pensiones a autorizar que determinados órganos y unidades de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social extiendan el ejercicio de sus competencias a todo el territorio nacional o al ámbito geográfico que se establezca. Es decir, con el fin de que la Seguridad Social cuente con todos los medios necesarios para llevar a cabo las medidas redactadas en el texto, la Secretaría de Estado determinada podía ampliar el ejercicio de las competencias de determinados órganos y unidades.

La Disposición Adicional 6ª fue la cláusula para la salvaguarda del empleo. Debido a las facilidades de ERTE que se pusieron a disposición de las empresas de las instituciones públicas, se introdujo una «contraprestación» por parte de las empresas (la cara B de la moneda). La cláusula de salvaguarda del empleo consistió en que todas las empresas que haya realizado un ERTE por fuerza mayor del artículo 22 RDL 8/2020, deben de abstenerse de realizar despidos o extinción de contratos de cualquier persona afectada por dichos expedientes, durante un plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad; entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial.

Esta medida tampoco es novedosa en nuestro sistema legal encontrado como precedente lo dispuesto en el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo¹¹⁸, en su Disposición Adicional 4ª que fija como condición para la exoneración de cuota «que las empresas se comprometan a mantener en el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 por cien de los trabajadores y trabajadoras afectados por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidos las personas trabajadoras recolocados en otros centros de trabajo».

Este compromiso de mantenimiento del empleo no fue total o cerrado. Es decir, hay determinados motivos por lo que puede incumplirse que son:

- ⇒ Despido disciplinario declarado como procedente.
- ⇒ Dimisión; muerte; jubilación; incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora.
- ⇒ Por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción.
- ⇒ En el caso de contratos temporales, cuando se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituya su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

La normativa resulta algo escueta en este punto. Se debería de haber apuntado mucho más en qué consistía el mantenimiento del empleo otorgando así seguridad jurídica. El papel de la Tesorería General de la Seguridad Social debe contribuir a verificar si los supuestos

¹¹⁸ <https://www.boe.es/boe/dias/2014/12/20/pdfs/BOE-A-2014-13249.pdf>

de rescisión contractual pueden calificarse como incumplimiento de la CSE o no (Ruiz I. B., 2020).

También pueden encontrarse zonas grises en la regulación anterior. Es decir, rescisiones de contratos de trabajo no prohibidas pero que pueden darse como las rescisiones a título del trabajador o trabajadora cuando se dan medidas de movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Esta Disposición Adicional no afectó a todas las personas trabajadoras de la plantilla de la empresa sino únicamente aquellas que hayan sido incluidas en un ERTE anterior. Además, se exige que el ERTE sea propio de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 y se haya tramitado con anterioridad a la publicación de la norma o devenga de causas distintas. Por lo tanto, hay un determinado colectivo de trabajadores y trabajadoras cuyos contratos de trabajo no fueron suspendidos que posteriormente se encuentran desprotegidos por esta cláusula y pueden verse rescindidos sus contratos.

«Lo anterior lleva a pensar que la Cláusula de Salvaguarda del Empleo no está protegiendo verdaderamente el empleo sino únicamente a los trabajadores y trabajadoras que se vieron inmersos en el ERTE. El respeto a esa cláusula de salvaguarda no depende de que el número de personas trabajadoras en plantilla sea el mismo o diferente, sino de que la extinción de contratos no afecta a quienes quedaron incluidas en un ERTE» (Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2021).

El compromiso se valora en relación al sector o normativa aplicable a la empresa y no resulta válido para las empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹¹⁹.

Como penalización para las empresas que no cumplan el compromiso de mantenimiento del empleo, el último párrafo de la D.A.6ª dispuso que toda empresa que incumpla deberá reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago fue exonerada, en virtud del artículo 24, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y las cantidades a reintegrar. Es decir, la extinción de un contrato de trabajo que ha sido afectado por el ERTE por causas distintas de las mencionadas anteriormente conlleva a devolver las cuotas de la seguridad social

¹¹⁹ Actualmente y con el nuevo texto normativo concursal, el artículo se ligaría al artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

exonerada en su totalidad y por todos los trabajadores. Puede ser una medida que parezca desproporcionada, pero «a grandes males, grandes remedios» (Pérez Capitán & del Pozo, 2020).

En este sentido, «la Tesorería General de la Seguridad Social tiene capacidad para apreciar si verdaderamente no se ha cumplido la cláusula y no sobre sus efectos o sobre las medidas de la exoneración. Es decir, no se estaría facultando a la TGSS a decidir sobre la «intensidad» de la exoneración ni sobre los efectos derivados del eventual incumplimiento de la CSE, sino sobre si la ineficacia contractual que haya acontecido efectivamente puede ser calificada como un incumplimiento de la CSE o no» (Ruiz I. B., 2020).

La cláusula de salvaguarda resalta por la importancia de su finalidad: evitar despidos. Nuevamente, se trata de proteger el empleo y superar la crisis del coronavirus mediante un mecanismo flexibilizador interno y evitar a toda cosa los mecanismos flexibilizadores externos.

«La naturaleza de la cláusula es condicional «*sine qua non*» por la que las empresas deben de pasar para obtener los beneficios y facilidades que el legislador concede a las medidas COVID-19. La doctrina administrativista ha admitido la posibilidad de que los actos administrativos queden sometidos a modos o cargas que no integran el contenido del derecho, sino que constituyen obligaciones que se añaden al derecho otorgado y cuyo incumplimiento da lugar a sanciones de diverso orden» (Uguina, 2020). En definitiva, la empresa que acuda a las ayudas dispuestas debe de asumir una contrapartida como es mantener el contrato de trabajo vivo (Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2021).

La forma de computarse los 6 meses de compromiso consiste en que empiezan a contar desde que la empresa vuelva a la actividad, independientemente de que vuelva toda la plantilla o únicamente un trabajador o trabajador. No obstante, parte de la doctrina¹²⁰ ha defendido que el compromiso de los 6 meses sea nominal y cada trabajador que reanuda la actividad tenga un «reloj propio» (Casas Baamonte, Rodríguez Piñero, & Bravo Ferrer, 2020).

¹²⁰ En este sentido se ha pronunciado Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

La Dirección General de Trabajo, emitió un criterio interpretativo no vinculante, planteado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el 5 de mayo de 2021¹²¹ por el que entendía que el incumplimiento y devolución de las cuotas de seguridad social se cierce sobre el ámbito del centro de trabajo afectado por los despidos. Ello es en coherencia debido a que, en una misma empresa, el cómputo de seis meses puede darse de distinta manera en diferentes centros de trabajo, por lo que, se considera como criterio delimitador tales.

No queda del todo claro que la CSE no afecte a la calificación del despido. En este sentido se pronunció la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Navarra en su sentencia de 24 de junio de 2021 (rec. 198/2021) que aseguró que: «tal y como se encuentra redactada la disposición normativa objeto de análisis, en modo alguno es posible desprender (...) la nulidad de un despido que en su caso pudiera implicar el incumplimiento del señalado compromiso de empleo. Antes, al contrario, la propia disposición en cuestión contempla de forma expresa la única consecuencia anudada a su incumplimiento. Consecuencia que, única y exclusivamente, refiere al reintegro de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que, en su caso, pudieran haber disfrutado las empresas con expedientes de regulación temporal de empleo COVID-19, mas no a la calificación (en un sentido u otro) de los despidos y/o extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expediente». Sin embargo, la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en la sentencia de 26 de mayo de 2021 (rec. 843/21) concluyó que: «del contenido de tales disposiciones resulta que ninguna de ellas establece una prohibición de despedir, ni tampoco la sanción de nulidad para el caso de la extinción del contrato o del despido de las personas afectadas por los expedientes de suspensión de contratos del artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020, cuando hay un incumplimiento de la empresa del compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad que conlleve la sanción de nulidad».

La CSE «se trata por tanto de una doble prescripción que de un lado pretende garantizar un período mínimo de seis meses durante el cual no pueden ser despedidos las personas que son recuperadas por la empresa para la reanudación total o parcial de su actividad, y de otro, declara que no es causa o motivo legal de despido las circunstancias impeditivas

¹²¹ Esta resolución y otras puede encontrarse en: <https://www.graduadosociales.es/recopilacion-oficios-direccion-general-de-trabajo-sobre-ertes-covid-19/>

u obstaculizadoras de la actividad de la empresa derivadas del COVID-19, que necesariamente deben reconducirse a las medidas extraordinarias previstas de ajuste temporal de empleo para evitar estos despidos» (Baylos Grau, 2021).

Por último, la Disposición Adicional 10ª cobró importancia debido a que se refiere a los procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada en las empresas concursadas, siempre que concurren las causas. Las medidas previstas en el artículo 22 y 23 del ET son de aplicación a estos procesos dejando fuera al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹²². Es decir, esta vez la normativa COVID-19 desplazó a la aplicación de la ley que venía rigiendo como es la normativa concursal.

Las especialidades que incluye la DA 10ª en el procedimiento de ERTE de empresas concursadas son las siguientes:

- ⇒ Las solicitudes o comunicaciones de los expedientes deben realizarse por la empresa concursada con la autorización de la administración concursal, o por la última directamente.
- ⇒ La administración concursal será parte en el período de consultas previsto en el artículo 23. A su vez, la decisión correspondiente al artículo 23 deberá contar con la autorización de la administración concursal o ser adoptada por esta
- ⇒ En todo caso se deberá informar al juez del concurso.
- ⇒ En los supuestos del apartado 1 del artículo 47.1 párrafos 10, 15 y 16 del ET y del apartado 6 del artículo 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, será el juez del concurso el que conozca de las impugnaciones a que los mismos se refieren. Estas impugnaciones se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación. Por último, la impugnación de la resolución de la autoridad Laboral se realizará ante la jurisdicción social.

Las especialidades en el procedimiento de ERTE de empresas concursadas fueron encaminada, conjuntamente con la finalidad de las medidas laborales del RDL 8/2020 a una facilitación del mecanismo de ERTE y a incentivar a las empresas a que mediante este instrumento legal se haga frente a la crisis del coronavirus.

¹²² Con la ley concursal actual, RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, este apartado se ligaría con el artículo 169 y siguientes.

En este aspecto hay una curiosa dicotomía. Las empresas en situaciones críticas y avocadas hacia la declaración de concurso de acreedores no están obligadas al compromiso de actividad mientras que sí lo están las empresas que ya han realizado tal declaración. El trato es diferenciado e incomprensible en tanto que las empresas en concurso deben mantener la plantilla mientras que las mercantiles en situación preconcursal y económicamente al límite no cumplir la cláusula de mantenimiento del empleo (Falguera Baró, 2020).

3.2. PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

La Dirección General de Trabajo emitió el primer criterio interpretativo DGE-SGON-811bis-CRA el 19 de marzo de 2020¹²³ relativo a la interpretación y consideración de los ERTes a efectos, principalmente, de que las Autoridades Laborales puedan llevar a cabo el ejercicio de sus competencias.

El documento de la Dirección General de Trabajo se dividió en tres puntos:

⇒ Concepto de suspensión o reducción de jornada por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. A este respecto, la DGT asegura que pueden acudir a estos procedimientos las empresas que: ante una situación económica negativa, ante una reducción de la carga de trabajo u otras circunstancias relacionadas con las fluctuaciones del mercado, decidan llevar a cabo esta medida interna de flexibilidad o ajuste. A su vez, se puede llevar a cabo medidas que se derivan de interrupciones o pérdidas de actividad motivadas por la concurrencia de hechos acaecidos fuera del círculo de la empresa y que hagan imposible, de manera temporal y reversible, continuar con la prestación de los servicios.

Estas dos situaciones fueron en las que podían encontrarse las empresas para activar el mecanismo de ERTE y, a su vez, son los contextos mediante los cuales se pretende superar o hacer frente con la medida de suspensión de contrato de trabajo o reducción de jornada.

¹²³ https://web.icam.es/bucket/criterio_dgt_sobre_expedientes_temporales.pdf

⇒ La fuerza mayor temporal. La Dirección General de Trabajo ofreció una definición de fuerza mayor consistente en un acaecimiento externo al círculo de la empresa, con carácter objetivo e independiente de la voluntad empresarial. Concretamente esa independencia se redefine con la frase «existiendo una desconexión entre el evento dañoso y el área de actuación de la propia empresa». La consecuencia lógica de la fuerza mayor es la imposibilidad de desarrollar el contenido del contrato de trabajo.

Conforme al artículo 22.1 RDL 8/200, se consideraron fuerza mayor las siguientes situaciones:

- a) Las medidas de contención del virus declaradas en el RD 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma. A estos efectos, las actividades concretas del artículo 10 del mismo y el anexo se consideran afectadas por fuerza mayor.
- b) Decisiones vinculadas con el Covid-19 adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas. Al igual que la decisión gubernativa de declarar el estado de alarma afecta a actividades concretas que impiden que se desarrollen, otras decisiones de las Administraciones pueden afectar igualmente por lo que también se considerarían fuerza mayor, previamente probado el vínculo entre la medida y la fuerza mayor.
- c) Medidas provocadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo que queden debidamente acreditadas.
- d) Suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general de la movilidad de las personas y/o mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad.

La duración temporal de las medidas de suspensión o reducción de jornada se limitaron a la concurrencia de la fuerza mayor de la que trae causa. Bien es cierto que, se extenderá durante el tiempo y en las condiciones en que permanezca vigente el estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieren acordarse, o mientras persistan las circunstancias graves y extraordinarias constitutivas de la fuerza mayor.

El método de constatación de la fuerza mayor por medio de la Autoridad Laboral consiste los artículos 31 a 33 del RD 1483/2012. Ahora bien, la DGT deja claro que deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) Por autoridad laboral competente se entenderá la prevista a estos efectos en el artículo 25 del Reglamento de procedimiento aprobado por el Real Decreto 1483/2012, que rige igualmente para los supuestos de fuerza mayor según su artículo 31.
- b) No se entienden interrumpidos los plazos establecidos de acuerdo con la excepción prevista en el número 4 de la disposición adicional tercera¹²⁴ del Real Decreto 463/2020.
- c) De acuerdo con lo previsto en el artículo 22.2 y en la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, las especialidades previstas no se aplicarán a los expedientes iniciados o comunicados con anterioridad al 18 de marzo de 2020.
- d) las empresas que soliciten la autorización deberán comprometerse a mantener el empleo durante los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad, disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020.

Por último, las medidas aplicadas deben de ser proporcionales al volumen de actividad paralizada o de imposible realización¹²⁵. Ello se convertiría en uno de los argumentos clave a la hora de impugnar las decisiones empresariales en la jurisdicción social. Concretamente, la DGT asegura que en el caso del personal de contrata:

- a) Cuando afecte a la empresa comitente se verán afectados en la medida en que estuviese afectada la actividad objeto de contratación y se trate de trabajadores y trabajadoras adscritos de manera permanente o habitual en los servicios y/o centros de trabajo de la empresa principal y sólo en la medida en que se acredite una alteración de lo establecido en la contrata.

¹²⁴ La Disposición Adicional 3ª del RD 463/2020 es referida a la suspensión de plazos administrativos. Suspensión cuya duración se alargó hasta el 1 de junio.

¹²⁵ Tal y como fija, por otro lado, la jurisprudencia (STS 17/2/2022 [núm.161/2022]); 16/3/2022 [núm. 239/2022]; 8/11/2016 [núm. 929/2016]; 21/4/2017 [núm. 342/2017]; entre otras)

- b) En el caso de contratistas que presten sus servicios en el sector público, se tendrá en cuenta lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como lo previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

⇒ El tercer punto del Criterio Interpretativo de la Dirección General de Trabajo fue relativo a las medidas de suspensión o reducción de jornada por causas económicas o productivas.

En este, se explica que las empresas pueden acordar las medidas flexibilizadoras por causas económicas (entendiéndose la definición de las mismas en un sentido amplio) como por causas productivas (derivadas de las necesidades de ajuste de plantilla por un descenso de la carga de trabajo y derivadas de manera directa del covid-19). Ello debía hacerse siguiendo las peculiaridades dispuestas en el artículo 23 del RDL 8/2020 de acuerdo con la Disposición Transitoria 1ª.

La Dirección General de Trabajo respondió a una necesidad clamorosa de seguridad jurídica. Prueba de lo anterior es que se emitió este criterio interpretativo al día siguiente de la publicación del RDL 8/2020. Mediante la nueva legislación provocada por el COVID-19, sumado ante la avalancha de solicitudes de empresas de ERTE, generó que los sujetos del panorama jurídico no supieran reaccionar de la manera adecuada, interpretar la nueva normativa o actuar de acorde a lo que pretende el legislador.

3.3. REAL DECRETO-LEY 9/2020, DE 27 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS, EN EL ÁMBITO LABORAL, PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DEL COVID-19

Tras el RD-L 8/2020 y al ver que éste pudo resultar insuficiente, el gobierno decidió aprobar el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19¹²⁶.

La exposición de motivos asegura que existe «la necesidad de arbitrar las nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre las

¹²⁶ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4152-consolidado.pdf>

personas trabajadoras de nuestro país». El RDL se trata de una norma complementaria del muy importante Real Decreto-ley 8/2020 (Rojo Torrecilla, 2021).

Una de las primeras medidas que recogió el nuevo Real Decreto Ley es la prohibición de despedir. El artículo 2 asegura que «la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido».

Básicamente, lo que hizo el legislador es invalidar unas causas de despedir debido a que estas mismas son propias de la tramitación de un ERTE (Monereo Pérez & Ortega Lozaon, 2020). Así, se intentó que muchas empresas no opten por la rescisión del contrato de trabajo en vez del ERTE; significándose éste aún más como la herramienta adecuada ante la crisis del coronavirus.

No obstante, la acción de despedir siguió vigente siempre y cuando no sea por los motivos anteriormente enunciados. «La extinción de un contrato de trabajo no supone *per se* un incumplimiento del artículo 2 del RDL 9/2020, que no impide extinciones contractuales por razones distintas de la pandemia» (Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2021). Es ejemplificativo las extinciones de contrato por dimisión, despido disciplinario¹²⁷, jubilación o incapacidad permanente.

Hay que puntualizar que la prohibición de despido se liga directamente con empresas afectadas por ERTE a causa del COVID-19 y no será de aplicación si respondiese a otras causas. En este sentido la STSJ Andalucía del 5 de mayo de 2021 (rec. 663/21) que asegura: «la puesta en relación de dichos dos preceptos con el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 evidencia que lo que este precepto dispone es que las empresas que se acogieron a la suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como consecuencia de la COVID, no pueden utilizar la situación de pandemia como justificativa de su decisión de extinguir el contrato por causas objetivas. Ahora bien, la empresa demandada no consta que estuviese acogida a una de dichas medidas ni en la fecha de entrega de la carta de despido ni en la fecha de efectos de dicha medida extintiva, con lo que no le es de aplicación la prohibición contenida en el aludido artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020».

¹²⁷ Así lo concluye la STSJ País Vasco de 23.02.21 (rec. 161/21)

En el mismo sentido también la SAN 14.07.21 (rrec.122/21); STSJ Andalucía 29.4.2021 (rec.284/21); Castilla y León 19.07.21 (rec. 1182/21); Galicia 9.3.21 (rec.24/21); Aragón 15.02.21 (rec. 679/20); Madrid 18.6.21 (rec. 319/21).

No quedaron claras algunas extinciones del contrato de trabajo que podrían verse como un despido encubierto. Hablamos por ejemplo de medidas de movilidades geográficas o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que dan la posibilidad al trabajador o trabajador de rescindir su contrato. En estos casos y cuando la medida sea desproporcionada por parte de la empresa y originada por causa directa con el coronavirus, se debe aplicar la prohibición de despedir.

La consecuencia del incumplimiento de la prohibición de despedir es algo contradictorio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. «En consecuencia, todos los despidos realizados por estos motivos se califican como nulos y sin efecto. Despidos basados en otras razones (por ejemplo, despidos subjetivos basados en la disciplina poderes del empleador) todavía son posibles, ya que no están conectadas causalmente con la consecuencia sucesiones de la crisis» (García-Muñoz Alhambra , 2020).

«Tal prohibición no llega a alcanzar a las decisiones de no prorrogar un contrato de duración determinada aun cuando tal decisión viene relacionada con el covid-19. En definitiva, la decisión de no activar la prórroga del contrato que llega a su término no puede ser equiparada con una extinción *ante tempus*, incluso aunque esa decisión de no continuar con la relación laboral pueda estar relacionada con la COVID-19» (Menéndez Sebastián & Rodríguez Cardo, 2021).

La mayoría de sentencias vinieron a considerar el despido por motivos COVID-19 como improcedente, debido ello a que un despido sin justificación debe ser tal. Prueba de ello son las sentencias del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 (núm. 170/2020) ; SJSO de Gijón de 3 de noviembre de 2020 (núm. 236/2020); SJSO de Gijón de 4 de noviembre de 2020 (núm. 237/2020); SJSO nº Palma de Mallorca 31 de agosto de 2020 (Autos 304/2020); SJSO Soria nº1 de 8 de septiembre de 2020 (autos 216/2020); SJSO nº1 de León de 1 de octubre de 2020 (autos 253/2020); SJSO Ponferrada de 9 de octubre de 2020 (autos 225/2020); SJSO Gijón nº1 de 3 de noviembre de 2020 (autos 316/2020); SJSO Pamplona nº3 de 21 de diciembre de 2020 (núm. 304/2020); SJSO Oviedo de 19 de octubre de 2020 (núm.297/2020); SJSO Ponferrada de 24 de junio 2020 (núm. 129/2020); SJSO Palencia 1 de octubre de 2020 (núm.146/2020); SJSO Gijón

18 de septiembre 2020 (núm. 194/2020); SJSO Ciudad Real 29 de septiembre de 2020 (núm. 286/2020); SJSO Salamanca 21 de octubre de 2020 (núm. 221/2020); SJSO Valladolid de 21 de julio de 2020 (núm.42/2020); SJSO Valladolid de 14 de octubre de 2020 (núm.197/2020); SJSO Palma Mallorca de 5 de julio (núm.. 95/2020); SJSO Mieres de 4 de agosto 2020 (núm. 187/2020).

No obstante, se han dado algunas sentencias considerándolo como nulo. Es el caso de SSTSJ País Vasco 04.05.21 (núm. 772/21); 24.02.21 (rec. 200/21); 26.1.21 (rec. 1583/20); 2.07.21 (rec. 1384/21); SJS nº16 Barcelona 26.02.21 (núm. 68/21); SJS nº3 Sabadell 06.07.20 (núm. 93/20); SJS nº29 Barcelona 28.07.20 (núm. 180/20); SSJS nº6 Oviedo 22.10.20 (rec. 305/20); y 10.11.20 (rec. 338/20).

Por el contrario, la sentencia del Juzgado de los Social núm. 1 de Barcelona de 15 de diciembre de 2020 (núm. 283/20) consideró que la disposición del RDL 9/2020 iba en contra de la normativa europea y consideró procedente el despido. Esta línea fue minoritaria y no se repitió. No obstante, es una consideración interesante teniendo en cuenta el derecho de libertad de empresa.

Por último, la Sala 4ª del Tribunal Supremo zanjó este debate emitiendo la sentencia núm. 841/2022 de 19 de octubre de 2022 calificando el despido que incumple la prohibición del RDL 9/2020 como improcedente. En palabras de la sentencia: *«la calificación del despido como nulo no es asumible porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos “por goteo” que eluden el procedimiento de la extinción colectiva). Nos encontramos ante una extinción sin causa y su enfoque ha de ser el propio de la legislación laboral vigente tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del artículo 6.3 CC (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas “salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”), al margen de que propiamente no concurra su presupuesto aplicativo».*

El espíritu de la norma COVID-19 no fue otro que superar la crisis sanitaria y económica de una manera liviana. Debe entenderse entonces que su intención la continuidad de contrato laborales frente a extinciones de contratos de trabajo y proteger el empleo (Pérez Amorós, 2021).

Las demandas por despido se redujeron en un 2 por 100 con respecto al 2019, llegando a los 106.654 (2.044 menos). Esto demuestra que se protegió el empleo o, también y en

sentido contrario, que las personas trabajadoras no impugnaron los mismos debido a la asunción de la improcedencia de las empresas en las indemnizaciones.

La avalancha de solicitudes de suspensiones de contrato de trabajo y reducciones de jornada hizo necesaria la agilización de la tramitación y el abono de la prestación económica por desempleo. Muchas personas trabajadoras no recibieron la prestación por desempleo al ser el trámite administrativo demasiado denso, por ello, se acordaron las siguientes medidas aplicables, siempre y cuando el ERTE se vea provocado por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

- ⇒ El reconocimiento de la prestación se realizó mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.
- ⇒ Además de la solicitud, la empresa debía presentar la siguiente información (debiendo presentar también cualquier variación de dato y en la finalización de la medida) individualizada por cada centro de trabajo:
 - a) Nombre o razón social de la empresa, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social al que figuren adscritos los trabajadores y trabajadoras cuyas suspensiones o reducciones de jornada se soliciten.
 - b) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa.
 - c) Número de expediente asignado por la autoridad laboral.
 - d) Especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas.
 - e) En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual.
 - f) A los efectos de acreditar la representación de las personas trabajadoras, una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellas para su presentación.
 - g) La información complementaria que, en su caso, se determine por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

- ⇒ La medida de comunicar los datos que hemos mencionado anteriormente se le impuso un plazo de 5 días, de manera telemática y en la forma que determine el Servicio Público de Empleo Estatal, desde la solicitud del expediente de regulación temporal de empleo en los supuestos de fuerza mayor a los que se refiere el artículo 22 del RDL 8/2020 o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión en el caso de los procedimientos regulados en su artículo 23.
- ⇒ La inobservancia de estas nuevas medidas conllevaba una infracción grave prevista en el artículo 22.13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹²⁸.
- ⇒ Esta solicitud colectiva se entiende sin perjuicio de la remisión por parte de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones de sus resoluciones y de las comunicaciones finales de las empresas en relación, respectivamente, a los expedientes tramitados conforme a la causa prevista en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020. Es decir, independientemente de otros canales y trámite que se deben seguir.

Las medidas tuvieron el fin de agilizar los reconocimientos de las prestaciones económicas de desempleo a efectos de que los trabajadores y trabajadoras puedan cobrar prestación lo más rápidamente posible, evitando que las personas trabajadoras no vean sus contratos laborales suspendidos y no reciban ningún tipo de ingreso. Aun con todo y con eso, esto sucedió¹²⁹.

La falta de recursos tanto humanos como materiales, puso contra las cuerdas a las instituciones de Seguridad Social. La avalancha de solicitudes de ERTE fue cuantiosa y su gestión no era posible. Consecuencia de ello fue que muchos trabajadores y

¹²⁸ Art 22.13: «El incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación por desempleo, con carácter previo a su efectividad, las medidas de despido colectivo o de suspensión o reducción de jornada, en la forma y con el contenido establecido reglamentariamente, así como la no comunicación, con antelación a que se produzcan, de las variaciones que se originen sobre el calendario inicialmente dispuesto, en relación con la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o reducción de jornada, así como en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción»

¹²⁹ Pueden leerse dos noticias sobre esto:

https://www.lavozdegalicia.es/noticia/economia/2020/04/15/atasco-paro-amenaza-dejar-cobrar-junio-afectados-erte/0003_202004G15P2991.htm y

<https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2020/05/19/5ec40d17fdddffeca88b457b.html>

trabajadoras no cobraron la prestación de desempleo cuando debía ser y, en todo caso, con retraso, dando lugar a una situación sin ingresos en muchas familias.

El artículo 5 del RDL 9/2020 tuvo una incidencia en el mercado de empleo debido a que se convierte en una puerta cerrada para empresas que pretendan reducir sus plantillas. La medida consiste en que todos los contratos temporales, incluidos los de relevo y de interinidad, que se vieron suspendidos en virtud del artículo 22 o 23 del RDL 8/2020, se vieron interrumpidos en su cómputo tanto en su duración como en los periodos de referencia equivalente al periodo suspendido.

Es decir, las personas trabajadoras con contratos de duración determinada que fueron incluidas en un ERTE, veían paralizados los plazos de duración de sus contratos laborales, reanudándose éstos tras su vuelta a la actividad.

Es interesante observar la incidencia de la anterior política en el mercado de empleo. «Si pensamos que la temporalidad de nuestro mercado de empleo es elevada, la incidencia de esta medida es clara. Además, se permite que durante el tiempo que estas personas no trabajen, tengan acceso a la prestación económica de desempleo. La generación de desigualdades se agrava en el contexto de paralización económica para quienes se encuentran fuera del empleo. Estas personas afrontan mayores dificultades de búsqueda y oportunidades de acceder a un puesto de trabajo» (Ruesga & Viñas Apaolaza, 2021).

Ahora bien, no quedó del todo clara la medida ya que cuando se paraliza el cómputo de un contrato temporal hacen que la obra para la que se realizó pierda sentido. Sobre todo, cuando por en medio ha pasado una pandemia mundial. Recordemos que también está en vigor la cláusula de la salvaguarda de empleo y todo dibuja un escenario de gestión compleja (Ruiz I. B., 2020).

Una vía de escape fácil era que la empresa hubiese optado por una reducción de jornada en vez de una suspensión de contratos de trabajo, la medida laboral no sería aplicable por lo que los contratos temporales no se suspenderían destinándose a su fin y posible rescisión. Quizá esto es algo que se le olvidó al legislador puesto que, con alguna medida más incentivadora se habría asegurado la paralización de los contratos temporal y se amortiguaría mucho más la caída del empleo.

En el hilo de lo anterior, la medida también fue inútil por su falta de aplicación en las Administraciones Públicas. La Disposición Adicional 17ª del ET evitó que sean

aplicables los ERTEs dispuestos en el RDL 8/2020, por ello, ningún contrato temporal puede beneficiarse de tal medida. La extensión de esta medida a las Administraciones Públicas habría propiciado mayores recursos humanos en un momento de postcrisis.

La Disposición Adicional Primera del RDL 9/2020 responde a otorgar mayor seguridad jurídica dado que su temática es la duración de las medidas extraordinarias de ERTE. La Disposición Adicional fija como tiempo máximo la duración del Estado de Alarma decretado por el RD 463/2020, de 14 de marzo.

Ahora bien, posteriormente dicho plazo se alargó por medio la acción de los agentes sociales en el Diálogo Social. No obstante, la regulación se mantuvo su vigencia hasta el 30 de junio.

A toda la normativa COVID-19 que se había publicado le faltaba algo de suma importancia en el orden laboral: un régimen sancionador. Así pues, la Disposición Adicional 2ª recoge tal régimen concretándose en dos acciones sancionadoras.

Por un lado, las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados dan lugar a las sanciones correspondientes. Igualmente se sanciona la conducta empresarial consistente en solicitar medidas que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente.

Por otro lado, el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, por incumplimiento de alguna obligación empresarial, daba lugar a la devolución de las prestaciones indebidamente generadas. La devolución la ingresa la empresa en la cuantía de las prestaciones recibidas por el trabajador o trabajadora sin que esto afecte a su salario.

Las medidas sancionadoras se hicieron de rogar puesto que la inseguridad jurídica era enorme. No obstante, quizá se quede corto este régimen puesto que no lleva a una descripción de situaciones claras y extensas por las que puedan sancionarse a las empresas, obligando a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a realizar una labor de escudriñar con sumo cuidado el Real Decreto Legislativo 5/2020, de 4 de agosto, de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

La Disposición Adicional 3ª fue relativa a la fecha de efectos de las prestaciones por desempleo, siendo ésta la fecha coincidente con la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. Si el ERTE es del artículo 23 del RDL 8/2020, la fecha de efectos sería coincidente

o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada. En último caso, la situación legal de desempleo se definió como un requisito que debe figurar en el certificado de empresa.

La Disposición Adicional 4ª estableció una colaboración entre la entidad gestora de las prestaciones y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así pues, si las entidades gestoras apreciaban irregularidades para la obtención de las prestaciones por desempleo, lo comunicarán a la ITSS.

La ITSS en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, comprobaban la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo.

Como puede verse, la suma de competencias a la institución pública que se encarga del cumplimiento de las normas del ordenamiento laboral (ITSS) fue mayor. Obviamente, ello responde al aseguramiento por parte del legislador de que la nueva normativa COVID-19 no sea papel mojado y verdaderamente se vea cumplido por todas las empresas del mercado laboral.

La Disposición Final 1ª otorgó una nueva redacción al RDL 8/2020 y lo modifica para que las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas en los artículos 24 y 25 se apliquen a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados, con anterioridad a la entrada en vigor del RDL, siempre que deriven directamente del COVID-19.

3.4. SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

La Dirección General de Trabajo, al igual que hiciera anteriormente, emitió un criterio interpretativo al día siguiente en que se aprobase el RDL 9/2020 cuya finalidad es mejorar y otorgar la seguridad jurídica que ponía en filo la nueva normativa COVID-19. Este es el Criterio Interpretativo DGE-SGON-841-CRA¹³⁰ de 28 de marzo, sobre expedientes

¹³⁰ <https://www.digitales.es/wp-content/uploads/2020/03/Ampliacion-Criterio-Interpretativo-DG-De-Trabajo-sobre-ERTE-de-fuerza-mayor.pdf>

suspensivos y de reducción de jornada por covid-19, que amplía el Criterio anterior de 19 de marzo y responde a una serie de cuestiones:

La primera **¿Cuándo se entiende concurre la fuerza mayor temporal descrita en el artículo 22? del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, como derivada del COVID-19?**

Esta fue la primera cuestión a la que responde la DGT. Se debía entender la fuerza mayor temporal en tres sentidos:

- ⇒ El concepto clásico de fuerza mayor ya sea en su condición de suceso de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública.
- ⇒ Suspensiones de actividad derivadas de manera directa de las decisiones adoptadas por el Gobierno (artículos 9 y 10 y Anexo del RD 463/2020 y su modificación por el RD 465/2020, así como las adoptadas por las autoridades competentes de las Administraciones Públicas de acuerdo con la disposición final primera del RD 465/2020).
- ⇒ Incluir aquellos otros supuestos que a causa del COVID-19 van a traer consigo la mencionada pérdida de actividad. Es decir, debe de dejar una interpretación amplia al concepto de fuerza mayor por la cual incluir todas aquellas empresas que prueben verdaderamente la conexión directa entre la pérdida de actividad y el covid-19.

Ahora bien, dentro de estos conceptos de fuerza mayor, deben de ir aparejados una serie de requisitos indispensables para considerarse como tal: su carácter inevitable sobre la actividad productiva, la imposibilidad objetiva de seguir prestando servicios, el medio instrumental en virtud del cual se producen las anteriores consecuencias tiene que ser de manera necesaria alguno de los mencionados en el artículo 22.1 del RDL 8/2020, que se interpretan de manera exhaustiva: suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad.

La segunda: **¿Puede ampliarse en algún caso el plazo de 5 días para resolver de manera expresa los procedimientos por fuerza mayor temporal?**

La DGT resolvió esta cuestión por medio de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 39/2020, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹³¹.

Lo anterior significa que con carácter motivado y mediante acuerdo adoptado por la autoridad laboral que deberá notificarse a los interesados, podría ampliarse el plazo para resolver por un periodo equivalente, de manera que el plazo de 5 días podría pasar a 10 días.

También se permite la suspensión del plazo en virtud del artículo 22.1¹³² del mismo cuerpo legal cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios o cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria.

La tercera: ¿Cuál es la duración de las medidas de suspensión o reducción de jornada adoptadas de acuerdo con el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo?

¹³¹ Art 23 LPAC: «Ampliación del plazo máximo para resolver y notificar. 1. 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 este superior al establecido para la tramitación del procedimiento. 2. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.»

¹³² Art 22 LPAC: «El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 68 de la presente Ley. b) Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada. c) Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado. d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento. e) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente. f) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados. g) Cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado.»

¿Pueden extenderse una vez pierda su vigencia el estado de alarma? ¿Y en el caso de que la autorización se entienda resuelta por silencio administrativo positivo?

La Dirección General de Trabajo respondió que las medidas durarán hasta la finalización del estado de alarma declarado por el RD 463/2020. Posteriormente veremos que no fue así debido a que se prorrogaron tales en virtud del diálogo social.

La cuarta: ¿Modifica el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 los trámites y obligaciones de comunicación de las autoridades laborales?

La respuesta es que persisten las mismas obligaciones, tanto en los casos de medidas de suspensión y reducción de jornada de los artículos 22 y 23 del RD 8/2020, de 17 de marzo, debiendo constar el número de expediente asignado por la autoridad laboral a los efectos previstos de la presentación de la comunicación colectiva.

3.5. ORDEN SND/295/2020, DE 26 DE MARZO, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE RECURSOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES ANTE LA SITUACIÓN DE CRISIS OCASIONADA POR EL COVID-19

Desde el Ministerio de Sanidad, se emitió una nueva orden el 26 de marzo¹³³ con efectos en el mercado de empleo ya que su objeto no era otro que «establecimiento de medidas especiales en materia de recursos humanos para la garantía del correcto funcionamiento del sistema de servicios sociales en su conjunto y la continuidad de los mismos, en desarrollo y aplicación de lo previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19» (artículo 1).

La orden vino a establecer prestaciones de servicios extraordinarios a las personas trabajadoras de los servicios sociales pertenecientes a las comunidades autónomas o del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Estas prestaciones debían utilizar de manera racional los recursos humanos disponibles y atender a los principios de necesidad y proporcionalidad.

¹³³ <https://boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4156.pdf>

Las medidas extraordinarias podían consistir en la encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad o reasignación de efectivos y cambios de centro de trabajo siempre que no comporten la movilidad geográfica del trabajador o trabajadora. Asimismo, podían adoptarse las medidas que se consideren precisas en materia de jornada de trabajo y descanso, permisos, licencias y vacaciones y reducciones de jornada. Además, se impusieron a las personas trabajadoras estar disponible para la prestación de servicios presenciales. Las mujeres en estado de gestación se encontraban cubiertas y no se les podrán imponer tales medidas.

El artículo 4 se refiere a la contratación o reincorporación de personal permitiendo la contratación temporal, a jornada parcial o completa, de personal que se encuentre cursando el último año de los estudios requeridos para la prestación de los correspondientes servicios en los distintos ámbitos del sector de los Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y que, en consecuencia, no se halle en posesión del preceptivo título académico o de la habilitación profesional correspondiente. Una vez más, y en el apartado 3, se permite la reincorporación voluntaria de liberados sindicales.

La orden del Ministerio de Sanidad no difirió mucho de la que ya publicó el 15 de marzo. Se impusieron igualmente prestaciones laborales extraordinarias en vista de la necesidad, pero esta vez a otro colectivo diferente como son los trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales. Las mujeres en gestación se cubrieron a efectos de significarlas como colectivo protegido mientras que se volvía a permitir que liberados sindicales puedan voluntariamente reintegrarse en la actividad.

3.6. 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

Una de las medidas que supondría un paradigma dentro del ordenamiento laboral vendría decretada por medio del 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-19¹³⁴.

A pesar de las medidas tomadas hasta aquí por el gobierno, tanto el número de casos como el número de muertes no se redujeron. En la propia exposición de motivos se mencionó que «a pesar del impacto que estas medidas de distanciamiento social están teniendo para favorecer el control de la epidemia, la cifra total de personas contagiadas y de víctimas del COVID-19 que son ingresadas en las Unidades de Cuidados Intensivos, en ocasiones durante periodos relativamente largos, con un efecto de acúmulo de pacientes, ha continuado creciendo, provocando una presión creciente sobre el Sistema Nacional de Salud y, en particular, sobre los servicios asistenciales».

Por ello, se decidió poner en práctica el Permiso Retribuido Recuperable, consistente en que las personas trabajadoras disfrutaron de un permiso obligatorio entre el 30 de marzo y el 9 de abril, conservando el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario¹³⁵. Un apunte interesante es que, de lo anterior, se deduce que los trabajadores deben de seguir en alta de la Seguridad Social porque la situación es equivalente a la prestación de servicios laborales y cotización (Arenas Gómez, 2020).

La medida resultó de aplicación a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena a excepción de:

¹³⁴ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/29/pdfs/BOE-A-2020-4166.pdf>

¹³⁵ La Instrucción 2/2020 de la Dirección del Organismo Estatal de la ITSS, de 31 de marzo, establece una serie de pautas con el objeto de comprobar las denuncias por el incumplimiento de lo dispuesto en el RDL 10/2020. Puede encontrarse aquí: https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Instruccion_2_2020%20pdf.pdf

⇒ Las personas trabajadoras que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo de este real decreto-ley¹³⁶¹³⁷.

¹³⁶ Anexo del RDL 10/2020: «No será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en el presente real decreto-ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena: 1. Las que realicen las actividades que deban continuar desarrollándose al amparo de los artículos 10.1, 10.4, 14.4, 16, 17 y 18, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y de la normativa aprobada por la Autoridad Competente y las Autoridades Competentes Delegadas. 2. Las que trabajan en las actividades que participan en la cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad, incluyendo alimentos, bebidas, alimentación animal, productos higiénicos, medicamentos, productos sanitarios o cualquier producto necesario para la protección de la salud, permitiendo la distribución de los mismos desde el origen hasta el destino final. 3. Las que prestan servicios en las actividades de hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio. 4. Las que prestan servicios en la cadena de producción y distribución de bienes, servicios, tecnología sanitaria, material médico, equipos de protección, equipamiento sanitario y hospitalario y cualesquiera otros materiales necesarios para la prestación de servicios sanitarios. 5. Aquellas imprescindibles para el mantenimiento de las actividades productivas de la industria manufacturera que ofrecen los suministros, equipos y materiales necesarios para el correcto desarrollo de las actividades esenciales recogidas en este anexo. 6. Las que realizan los servicios de transporte, tanto de personas como de mercancías, que se continúen desarrollando desde la declaración del estado de alarma, así como de aquéllas que deban asegurar el mantenimiento de los medios empleados para ello, al amparo de la normativa aprobada por la autoridad competente y las autoridades competentes delegadas desde la declaración del estado de alarma. 7. Las que prestan servicios en Instituciones Penitenciarias, de protección civil, salvamento marítimo, salvamento y prevención y extinción de incendios, seguridad de las minas, y de tráfico y seguridad vial. Asimismo, las que trabajan en las empresas de seguridad privada que prestan servicios de transporte de seguridad, de respuesta ante alarmas, de ronda o vigilancia discontinua, y aquellos que resulte preciso utilizar para el desempeño de servicios de seguridad en garantía de los servicios esenciales y el abastecimiento a la población. 8. Las indispensables que apoyan el mantenimiento del material y equipos de las fuerzas armadas. 9. Las de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como a las personas que (i) atiendan mayores, menores, personas dependientes o personas con discapacidad, y las personas que trabajen en empresas, centros de I+D+I y biotecnológicos vinculados al COVID-19, (ii) los animalarios a ellos asociados, (iii) el mantenimiento de los servicios mínimos de las instalaciones a ellos asociados y las empresas suministradoras de productos necesarios para dicha investigación, y (iv) las personas que trabajan en servicios funerarios y otras actividades conexas. 10. Las de los centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria a animales. 11. Las que prestan servicios en puntos de venta de prensa y en medios de comunicación o agencias de noticias de titularidad pública y privada, así como en su impresión o distribución. 12. Las de empresas de servicios financieros, incluidos los bancarios, de seguros y de inversión, para la prestación de los servicios que sean indispensables, y las actividades propias de las infraestructuras de pagos y de los mercados financieros. 13. Las de empresas de telecomunicaciones y audiovisuales y de servicios informáticos esenciales, así como aquellas redes e instalaciones que los soportan y los sectores o subsectores necesarios para su correcto funcionamiento, especialmente aquéllos que resulten imprescindibles para la adecuada prestación de los servicios públicos, así como el funcionamiento del trabajo no presencial de los empleados públicos. 14. Las que prestan servicios relacionados con la protección y atención de víctimas de violencia de género. 15. Las que trabajan como abogados, procuradores, graduados sociales, traductores, intérpretes y psicólogos y que asistan a las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y, de esta manera, cumplan con los servicios esenciales fijados consensuadamente por el Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia y plasmados en la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de fecha 14 de marzo de 2020, y las adaptaciones que en su caos puedan acordarse. 16. Las que prestan servicios en despachos y asesorías legales, gestorías administrativas y de graduados sociales, y servicios ajenos y propios de prevención de riesgos laborales, en cuestiones urgentes. 17. Las que prestan servicios en las notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales fijados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 18. Las que presten servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como de presten servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, así como de residuos sólidos urbanos, peligrosos y no peligrosos, recogida y tratamiento de aguas residuales, actividades de descontaminación y otros servicios de gestión de residuos

- ⇒ Las personas trabajadoras que presten servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales en el anexo de este real decreto-ley.
- ⇒ Las personas trabajadoras contratadas por aquellas empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y o aquellas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia del permiso.
- ⇒ Las personas trabajadoras que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas.
- ⇒ Las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.

El RDL dispuso de una forma o procedimiento de recuperación de las horas no trabajadas en el artículo 3 que deberá realizar con el plazo máximo de 31 de diciembre de 2020¹³⁸. La recuperación debía negociarse por medio de un periodo de consultas que dura 7 días entre la empresa y la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. La STSJ Asturias de 27/7/2021 (núm. 14/2021) declaró nula la medida de la empresa de descontar a los trabajadores temporales y no a los fijos, en sus liquidaciones, el importe de los días de permiso retribuido no recuperados sin haberlo negociado previamente con la representación de los trabajadores.

y transporte y retirada de subproductos o en cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. 19. Las que trabajen en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes y a las entidades públicas de gestión privada subvencionadas por la Secretaría de Estado de Migraciones y que operan en el marco de la Protección Internacional y de la Atención Humanitaria. 20. Las que trabajan en actividades de abastecimiento, depuración, conducción, potabilización y saneamiento de agua. 21. Las que sean indispensables para la provisión de servicios meteorológicos de predicción y observación y los procesos asociados de mantenimiento, vigilancia y control de procesos operativos. 22. Las del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, con el fin de prestar los servicios de recogida, admisión, transporte, clasificación, distribución y entrega a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal. 23. Las que prestan servicios en aquellos sectores o subsectores que participan en la importación y suministro de material sanitario, como las empresas de logística, transporte, almacenaje, tránsito aduanero (transitarios) y, en general, todas aquellas que participan en los corredores sanitarios. 24. Las que trabajan en la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia. 25. Cualesquiera otras que presten servicios que hayan sido considerados esenciales

¹³⁷ La STSJ País Vasco 16/3/2021 (núm. 510/2021) declara nula la medida de aplicar un PRR a un colectivo de trabajadores que fueron declarados esenciales por el RDL 10/2020.

¹³⁸ La SAN 26/02/2021 (núm.30/2021) y la STSJ País Vasco 2/3/2021 (núm. 385/2021) entiende que el periodo de recuperación del PRR puede extenderse más allá del 31 de diciembre de 2020 siempre que se hubiese acordado.

Si no existiese representación legal de los trabajadores y trabajadoras en la empresa, se crea una comisión negociadora con los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo que resulta de aplicación. En último caso y si no se formara esta comisión, se formaría una comisión *ad hoc* propia del artículo 41.4 del ET.

El acuerdo debía contener la regulación de recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. No es posible recuperar las horas de «permiso retribuido» mediante el descuento de vacaciones y asuntos propios (STSJ Galicia 26/4/2022 [AS 2021/1470]).

Por supuesto, se dejó la puerta abierta a que si no hubiese acuerdo entre las partes éstas acudan a los procedimientos de solución autónoma de conflictos estatales o autonómicos a los que hace referencia el artículo 83 del ET.

Si, por ninguna de las maneras, se alcanzare acuerdo, la norma permitió que tome la decisión la empresa de mutuo propio. Esta medida restó eficacia negociadora a la comisión del banco de lo social que se ven legalmente empujados a llegar a un acuerdo.

La norma previene que la recuperación de horas no se realice contraviniendo los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 de la Ley del ET, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. También, deberían ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

Lo que hizo el legislador no fue imponer un permiso retribuido recuperable ni mucho menos, puesto que, de haberlo hecho, el permiso no debería ser recuperable. Sin embargo, sí se incluyeron la obligación de recuperar las horas dejadas de trabajar lo que se traduciría como una distribución irregular de la jornada. En los mismos términos, lo que construyó el legislador es una bolsa de horas que posteriormente se repartirá y el trabajador o trabajadora tendrá que recuperar las horas dejadas de realizar y retribuidas. La sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2020 (núm.43/2020) lo entendió en este

mismo sentido asegurando que es: «una medida especial de distribución irregular de la jornada impuesta por el legislador».

El artículo 4 de la norma establecía una excepción o vía de escape por el cual las empresas pueden establecer servicios mínimos para llevar a cabo la actividad indispensable por medio del número mínimo de plantilla teniendo como referencia la mantenida en un fin de semana ordinaria o en festivos.

La Disposición Adicional Primera fue relativa a los Empleados Públicos, habilitando al Ministerio de Política Territorial y Función Pública y los competentes en las comunidades autónomas y locales a dictar las instrucciones y resoluciones que sean necesarias para regular la prestación de servicios de los empleados. Sin embargo, la Orden SND/310/2020 confirmaría la sujeción de los empleados del sector público al PRR.

Con respecto a la Administración de Justicia, los jueces, fiscales y Letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio siguieron atendiendo actuaciones procesales no suspendidas por el RD 463/2020. Así mismo, continuaron prestando servicios el personal de Administración de Justicia que sea necesario para la prestación de servicios esenciales del Registro Civil conforme a las Instrucciones del Ministerio de Justicia.

La Disposición Adicional Quinta excluyó del permiso retribuido recuperable a las personas trabajadoras de las empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de estos de forma no presencial¹³⁹.

3.7. ORDEN SND/307/2020, 30 DE MARZO, POR LA QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA APLICACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 10/2020, DE 29 DE MARZO, Y EL MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE PARA FACILITAR LOS TRAYECTOS NECESARIOS ENTRE EL LUGAR DE RESIDENCIA Y DE TRABAJO

Una nueva orden, venida del Ministerio de Sanidad, vino a responder a una serie de dudas que se habían dado con respecto a la aplicación del permiso retribuido recuperable. Por

¹³⁹ Tal es así que, SJSO N°3 Burgos 29/12/2020 (núm. 211/2020) asegura que no resultando aplicable, ni al personal funcionario ni al personal laboral de la Administración Local lo dispuesto en el Real Decreto Ley 10/2020.

ello, el Ministerio de Sanidad emitió la Orden SND/307/2020, de 30 de marzo¹⁴⁰ cuyo objeto es aclarar actividades excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, así como facilitar un modelo de declaración responsable en la que se indique que la persona trabajadora portadora del mismo puede continuar realizando desplazamientos a su lugar de trabajo o de desarrollo de su actividad de representación sindical o empresarial.

En ningún momento el legislador hizo reseña o nombra a los trabajadores y trabajadoras por cuenta propia. No obstante, el artículo 2 de la Orden confirma que no debían realizar el permiso retribuido recuperable del RDL 10/2020.

Otro colectivo u actividad que no se vio afectada por el PRR fue las actividades propias de representación sindical y patronal, con el fin de garantizar la asistencia y asesoramiento a trabajadores y empresarios (artículo 3). El legislador no solo facilitó dicho asesoramiento, sino que facilitó también que pueda realizar las negociaciones de ERTes por causas productivas, económicas, técnicas o de producción, así como el desenvolvimiento de otras negociaciones y periodos de consulta. La protección de la negociación colectiva, en este sentido, lleva a que sea ésta sea una herramienta de superación de las crisis económicas y laborales a nivel de empresa o sector.

3.8. TERCER CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

Una vez más, la Dirección General de Trabajo intentó aclarar dudas interpretativas ante las nuevas normativas y RDL a la vista de que las mismas se vean cumplida y las empresas y sujetos del orden jurídico las sepan desenvolverse en el contexto jurídico de emergencia. Así pues, se emitió el Criterio Interpretativo DGE- SGON-849CRA¹⁴¹, de 31 de marzo, planteado una serie de cuestiones con respecto al RDL 10/2020 y el permiso retribuido recuperable que en él se regula.

En relación con las medidas que pueden aplicarse durante el periodo de interrupción de actividades del 30 de marzo al 9 de abril, es la primera de las cuestiones a las que se refiere el criterio de la DGT fue sobre a las medidas que pueden aplicar las empresas que se ven obligadas a interrumpir su actividad o parar su producción al mínimo indispensable

¹⁴⁰ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4196-consolidado.pdf>

¹⁴¹ https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Criterio_DGT_31_03_2020.pdf

durante el período que va del 30 de marzo al 9 de abril como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 10/2020 para reducir la movilidad de la población.

El objeto del RDL 10/2020 no fue otro que extender las medidas confinatorias domiciliarias a la mayor parte de la población con el fin de parar la epidemia. Así pues, aseguró la DGT que las empresas podrán adoptar- o seguir adoptando- cualesquiera medidas de las previstas legalmente que garantice suficientemente el objetivo pretendido por la norma que fue la reducción de la movilidad de los trabajadores y trabajadoras durante el periodo previsto con la salvedad de mantenimiento de las denominadas actividades de carácter esencial descritas en el anexo e incluida la prevista en los artículos 1 y 2 del RDL 10/2020, de 29 de marzo, el permiso retribuido recuperable. El propio Criterio Interpretativo dio una serie de opciones para limitar al máximo la movilidad laboral:

⇒ La suspensión de los contratos por causa de fuerza mayor conforme a la descripción y régimen previsto en el artículo 22.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

En esta parte, la DGT volvió a interpretar la fuerza mayor relacionada con el COVID-19 como la que se da en las siguientes situaciones: la declaración del estado de alarma del RD 463/2020; las que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad; las fundadas en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.

Además, el propio RDL 10/2020 debe entenderse como causa de fuerza mayor temporal a efectos del artículo 47 del ET con la limitación lógica del 9 de abril de 2020.

⇒ La suspensión por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, artículo 47.1 ET y artículo 23 del real decreto-ley 8/2020.

⇒ La reducción de jornada por las causas anteriores, siempre que dicha medida se combine con otras como los ERTes, el teletrabajo, etc., que se señalan en el propio Criterio Interpretativo.

- ⇒ La suspensión por razón de otras causas legales previstas en el artículo 45.1 del ET, todas ellas, incluidas la incapacidad temporal, los permisos por nacimiento y cuidado de hijos e hijas, las suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción por causas distintas del COVID19.
- ⇒ El teletrabajo u otras formas no presenciales de prestación de servicios, así como otras medidas de flexibilidad interna o distribución irregular de acuerdo con lo previsto en el artículo 34.2 del ET.
- ⇒ Por último, se señala el permiso retribuido recuperable, en los términos previstos en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 10/2020, como medida exclusiva o en combinación con las anteriores respecto de parte o de la totalidad de la plantilla.

Lo que hizo el Criterio Interpretativo fue recordar que la finalidad del legislador, así como de la sociedad es vencer al virus y superar la crisis en que estábamos inmersos. Para ello, y en vista de las recomendaciones de los expertos, se debió de restringir la movilidad todo lo posible y ello conlleva restringir los desplazamientos con motivo laboral que realizan los trabajadores y trabajadoras. La DGT pone a disposición de las empresas una serie de medidas que acabamos de ver y que pueden llevar a cabo para dicho fin.

El documento de la DGT contuvo dos cuestiones adicionales que tienden a otorgar seguridad jurídica y establecer criterios claros y que es importante destacar.

La primera cuestión fue si es posible que las empresas sigan solicitando medidas de suspensión por causas económicas, técnicas organizativas o productivas. Coherentemente, la contestación pasa por asegurar que las medidas de flexibilidad interna del RDL 8/2020 siguen vigentes y que se debe entender que los expedientes suspensivos por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas podrían no cubrir con la agilidad y celeridad suficientes el objetivo perseguido salvo que ya se estuviesen aplicando de manera efectiva. La DGT no dio razones por lo anterior, pero debemos de entender que el ERTE del artículo 23 ET contienen una necesidad de desarrollo de un periodo de consultas con la representación de los trabajadores y trabajadoras lo que conlleva más tiempo a la hora de aplicar los efectos de la medida.

Con respecto a la paralización o reducción de la movilidad de las personas trabajadoras, la situación excepcional de pandemia y de necesidad de restringir la movilidad requiso celeridad, por lo que deberá ser abordado a través de otros medios alternativos.

Esto último fue una contradicción puesto que, en la primera parte del documento la DGT recomienda el ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para reducir la movilidad laboral y, sin embargo, en esta parte lo desacredita por considerar que requiere mucho tiempo para llevarlo a cabo.

La segunda cuestión fue relativa a las medidas que pueden adoptar las empresas que ya tienen implementadas medidas de suspensión respecto de parte de su plantilla, o medidas de reducción de jornada. Es decir, la conjugación de estas medidas con el permiso retribuido recuperable.

La DGT aseguró que el PRR no es aplicable a las empresas que estén aplicando un expediente de regulación de empleo¹⁴² o a las empresas que se les autorice durante la vigencia del mismo. Pero, ahora bien, únicamente no fue aplicable a las personas trabajadoras incluidas en tales medidas, pero sí los será para el resto de la plantilla que no ha sido incluida. En palabras propias de la Dirección General de Trabajo: «ya se trate de autorizaciones o aplicaciones relativas a una parte de jornada, ya se trate de autorizaciones o suspensiones relativas a una parte de la plantilla, respecto del periodo de jornada no afectado o respecto de la parte de plantilla no incluida en la autorización o suspensión, se entenderá que pueden aplicarse las medidas de suspensión, el permiso retribuido recuperable o las formas no presenciales de prestación de servicios, en la medida en que con arreglo al régimen legal previsto fuesen aplicables en cada caso».

En conclusión, debió entenderse que las empresas tenían que llevar a cabo medidas cuya finalidad sea la restricción de la movilidad laboral de las personas trabajadoras a fin de evitar los contagios y superar la crisis sanitaria. Y estas medidas se vieron descritas en el Criterio de la DGT. Tales son aquellas que ya se regularon en el RDL 8/2020 como son los ERTEs o la reducción del tiempo de trabajo de los trabajadores y trabajadoras, así como nuevas formas de realizar la prestación del servicio a distancia como el teletrabajo. En último caso y para las empresas que no optaron por dichas medidas, se impuso el permiso retribuido variable del RDL 10/2020. En palabras del Criterio Interpretativo: «En todo caso, si no fuese posible la aplicación de tales medidas o estas fuesen insuficientes,

¹⁴² En este sentido, se pronunciaron los tribunales dando la razón a la DGT y asegurando que la aplicación del Permiso Retribuido Recuperable es incompatible con la suspensión del contrato de trabajo en virtud del artículo 22 y 23 del RDL 8/2020 (SAN 6/5/2021 [núm.98/2021]).

y respecto de las actividades no esenciales, deberá aplicarse el permiso retribuido recuperable».

3.9. 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

El 1 de abril de 2020 se publicó un nuevo Real Decreto Ley, esta vez, 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-19¹⁴³, siendo este uno de los más extensos que se ha publicado.

El objetivo de toda la normativa laboral con motivo de la pandemia estuvo orientado hacia la protección del empleo y mantener el tejido productivo. Y con el mismo fin se publicó este RDL 11/2020 que contuvo algunas medidas de incidencia laboral. Asegura su exposición de motivos que: «concretamente, este nuevo real decreto-ley persigue, en primer lugar, la adopción de un nuevo paquete de medidas de carácter social dirigidas al apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables, haciendo especial hincapié en aquellos que más lo necesitan; y, en segundo lugar, la puesta en marcha de un conjunto de medidas de diversa naturaleza con impacto directo en el refuerzo de la actividad económica, así como actuaciones encaminadas a apoyar a empresas y autónomos».

En relación con lo anterior, la primera medida que se incorporó con dicho fin consiste en el derecho a percepción del bono social, por parte de trabajadores y trabajadoras autónomas, que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del COVID-19¹⁴⁴. Así pues, con la acreditación de que el titular del punto de suministro, o alguno de los miembros de su unidad familiar, profesionales por cuenta propia o autónomos, tienen derecho a la prestación por cese total de actividad profesional o por haber visto su facturación en el mes anterior al que se solicita el bono social reducida en, al menos, un 75 por ciento, y otros más requisitos inmersos en la norma, a los

¹⁴³ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-4208-consolidado.pdf>

¹⁴⁴ Posteriormente, se publicaría la Orden TED/320/2020, de 3 de abril, por la que se desarrollan determinados aspectos del derecho a percepción del bono social por parte de trabajadores autónomos que hayan cesado su actividad o hayan visto reducida su facturación como consecuencia del COVID-19 y se modifica el modelo de solicitud del bono social para trabajadores autónomos que hayan visto afectada su actividad como consecuencia del COVID-19, establecido en el Anexo IV del 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.

trabajadores autónomos se les reconoce la posibilidad de obtener un bono social regulado en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica¹⁴⁵.

El artículo 30¹⁴⁶ tuvo especial importancia ya que otorgó protección a un colectivo muy vulnerable. En él se regula el subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar¹⁴⁷ del Régimen General de la Seguridad Social¹⁴⁸.

Este apartado aportó un subsidio extraordinario a todo un Régimen de la seguridad Social como es el de los Empleados de Hogar que hayan dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria. Así también se reconoció el subsidio en el caso de extinción de contrato del art 49.1.k ET o por desistimiento del empleador por motivos relacionados con el COVID-19. La forma de acreditar lo anterior será por medio de una declaración responsable firmada por la persona empleadora.

La cuantía del subsidio consistió en un porcentaje del 70% de la base reguladora del último mes y se percibirá mensualmente. Dicha cuantía no podrá ser superior al Salario Mínimo Interprofesional. Si fueran varios trabajadores o trabajadoras la cuantía total del subsidio será la suma de las cantidades obtenidas aplicando a las distintas bases reguladoras correspondientes a cada uno de los distintos trabajos el porcentaje anterior, teniendo dicha cuantía total el mismo límite previsto en el apartado anterior.

El legislador optó por otorgar una compatibilidad cuasi total del subsidio permitiendo el cobro del mismo mientras se reciban otras percepciones derivadas de las actividades por cuenta propia o ajena que se estuvieran recibiendo. Con la excepción a lo anterior de que

¹⁴⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/07/pdfs/BOE-A-2017-11505.pdf>

¹⁴⁶ Se desarrolló un procedimiento para la tramitación de solicitudes de este subsidio extraordinario mediante la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/04/pdfs/BOE-A-2020-4801.pdf>

¹⁴⁷ Esta disposición es de aplicación cuando se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 11/2020, siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del RD 463/2020.

¹⁴⁸ STSJ Madrid 19 de enero de 2022 (núm.53/2022): «la prestación protege toda situación de suspensión que despliegue sus efectos en fechas posteriores al 14 de abril, aunque la fecha de suspensión del contrato de trabajo sea anterior a la fecha de entrada en vigor del contrato».

la suma de los ingresos no sea superior al SMI. La incompatibilidad se daría con la incapacidad temporal y con el permiso retribuido recuperable del RDL 10/2020.

La protección de las empleadas de hogar parte de una situación acentuadamente inferior debido a la situación de irregularidad de muchas trabajadoras, lo que dificulta el acceso a la prestación (Molero Marañón, 2020).

El artículo 33¹⁴⁹ reguló un nuevo subsidio para el caso de que se dé la extinción del contrato de trabajo temporal, cuya duración sea de al menos dos meses, a causa de la crisis del coronavirus. Se tendrá acceso a este subsidio cuando se contara con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio, si carecieran de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 LGSS¹⁵⁰, y será reconocido por la extinción de. Un

¹⁴⁹ Se estableció un procedimiento para la tramitación de solicitudes de este subsidio por medio de la Resolución de 1 de mayo de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal:

<https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/04/pdfs/BOE-A-2020-4802.pdf>

¹⁵⁰ Art 275: «1. En todas las modalidades de subsidio establecidas en el artículo anterior se exigirá el requisito de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en los mismos términos previstos en los artículos 266. e) y 268.1.

2. Se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas exigido en el artículo anterior cuando el solicitante o beneficiario carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluido la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

3. A efectos de lo previsto en el artículo anterior, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. No se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

4. A efectos de determinar los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de responsabilidades familiares, se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente. No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica. Las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto. El rendimiento que procede de las actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención. Para acreditar las rentas la entidad gestora podrá exigir al trabajador una declaración de las mismas y, en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas.

5. Los requisitos de carencia de rentas y, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el artículo anterior. Si no se reúnen los requisitos, el trabajador solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el artículo anterior y reúna los requisitos exigidos, salvo en el caso de que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia

contrato de duración determinada, incluidos los contratos de interinidad, formativos y de relevo¹⁵¹.

Este subsidio se definió como incompatible con la percepción de cualquier renta mínima, de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública, su duración será de un mes si no se ampliase por RDL y cuantitativamente consta del 80% del Índice Público de Renta de Efectos Múltiples mensual.

El IPREM consistía en 537,84€ en el año 2020, lo que es traducible en que el subsidio por terminación del contrato temporal consistía en 430,27€ de cuantía.

El artículo 34¹⁵² del RDL 11/2020 fue de los artículos más aclamados por el conjunto de los trabajadores y trabajadoras por cuenta propia ya que, se habilita a la Tesorería General de la Seguridad Social a otorgar una moratoria de 6 meses, sin interés, a empresas y trabajadores incluidos en el RETA¹⁵³. La forma de solicitarse será a través de medios telemáticos.

La solicitud de moratoria debía comunicarse en los 10 primeros días naturales de los plazos de ingreso y se comunicará la concesión de la moratoria en un plazo de tres meses posteriores a la solicitud. No obstante, se considera realizada dicha comunicación con la efectiva aplicación de la moratoria por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social en las liquidaciones de cuotas que se practiquen a partir del momento en que se presente la solicitud.

En el apartado anterior, quizá se echa en falta algo de concreción jurídica para otorgar mayor seguridad a los trabajadores autónomos que decidan acogerse a tal medida. No se habla, por ejemplo, del silencio administrativo ni de sus consecuencias. Nada se puede

de rentas o, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares, en que el trabajador podrá obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración. A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral; o la de finalización de la causa de suspensión».

¹⁵¹ Esta disposición es de aplicación cuando se hayan producido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 11/2020, siempre que estos se hubieran producido con posterioridad a la entrada en vigor del RD 463/2020.

¹⁵² Este artículo es desarrollado por la Orden ISM/371/2020, de 24 de abril del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migración: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/28/pdfs/BOE-A-2020-4690.pdf>

¹⁵³ Es importante resaltar que se publicó la Resolución de 6 de abril de 2020, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifican cuantías en materia de aplazamientos en el pago de deudas con la Seguridad Social, fijadas en la Resolución de 16 de julio de 2004, sobre determinación de funciones en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social; y en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, que viene a ampliar la regulación contenida en la norma.

reprochar a la decisión del legislador de incluir una referencia a la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social para aquellas solicitudes presentadas que contuvieran falsedades incorrecciones en los datos dando lugar a las sanciones correspondientes. En el anterior supuesto, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa, o el trabajador o trabajadora por cuenta propia, resultarán de aplicación a las cuotas a las que se hubiese aplicado indebidamente la moratoria el correspondiente recargo e intereses, de conformidad con lo establecido en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

El artículo 35 tuvo el objetivo también de reducir la presión de cotizaciones sociales de las empresas consistiendo en un aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social. Ahora bien, ambas medidas son incompatibles entre sí, lo que significa que si se solicitase la moratoria de las cotizaciones de 6 meses no podía solicitarse el aplazamiento en el pago de deudas.

Las empresas y trabajadores y trabajadoras por cuenta propia que lo desearon pudieron solicitar el aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social cuyo plazo reglamentario de ingreso tuviera lugar entre los meses de abril y junio de 2020. Ahora bien, con las siguientes formas:

- ⇒ Será de aplicación un interés del 0,5 % en lugar del previsto en el artículo 23.5 de la LGSS.
- ⇒ Las solicitudes de aplazamiento deberán efectuarse antes del transcurso de los diez primeros días naturales de cada uno de los plazos reglamentarios de ingreso anteriormente señalados.
- ⇒ El aplazamiento se concederá mediante una única resolución, con independencia de los meses que comprenda, se amortizará mediante pagos mensuales y determinará un plazo de amortización de 4 meses por cada mensualidad solicitada a partir del mes siguiente al que aquella se haya dictado, sin que exceda en total de 12 mensualidades.
- ⇒ La solicitud de este aplazamiento determinará la suspensión del procedimiento recaudatorio respecto a las deudas afectadas por el mismo y que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social hasta que se dicte la correspondiente resolución.

La Disposición Adicional 7ª permitió y modificó las fuentes de financiación de la seguridad social 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. Así pues, dispuso que los ingresos derivados de la cotización por formación profesional obtenidos en el ejercicio 2020 pueden destinarse a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo o para financiar programas que fomenten la contratación de personas desempleadas o les ayuden a recuperar empleo.

La Disposición Adicional 8ª fue relativa a los plazos para recurrir en materia administrativa. Recordemos que los plazos se suspendieron en virtud de la declaración del estado de alarma, por ello el legislador asegura que se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma. En materia tributaria, se empezó a contar desde el 30 de abril de 2020 y se aplicará tanto en los supuestos donde se hubiera iniciado el plazo para recurrir de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación del acto o resolución impugnada y no hubiese finalizado el citado plazo el 13 de marzo de 2020, como en los supuestos donde no se hubiere notificado todavía el acto administrativo o resolución objeto de recurso o reclamación.

Resulta importante la doctrina del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 (núm. 77/2022 y 78/2022; entre otras) por la cual se establece que si la resolución del ERTE se notificó cuando ya había entrado en vigor el RDL 11/2020, de 31 marzo, han de aplicarse sus previsiones respecto de la ampliación de los plazos para la interposición de recursos en vía administrativa, al no contener exclusión alguna.

También, se habilitó un recurso especial en los términos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para los contratos acordados por las entidades del sector público de conformidad con lo previsto en el apartado 5 de la D.A 3ª del RDL 463/2020¹⁵⁴.

En la misma línea que lo anterior va la Disposición Adicional 9ª que asegura que desde la entrada en vigor del RD 463/2020 hasta su finalización se suspenden el plazo para la

¹⁵⁴ D.A 3ª apartado 4 RD 463/2020: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios».

ejecución de resoluciones de órganos económico-administrativos, así como también los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria.

La Disposición Adicional 12ª aseguró que los contratos de ayudantes, profesores ayudantes doctores, profesores asociados y profesores visitantes, celebrados conforme a los artículos 49, 50, 53, 54 de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades, se prorrogarán por una extensión equivalente al tiempo de duración del estado de alarma y, en su caso, sus prórrogas. Excepcionalmente y con motivo justificado, se pueden acordar hasta 3 meses de suspensión adicional.

La Disposición Adicional 13ª fue en el mismo sentido que la anterior autorizando las prórrogas de la vigencia de los contratos procedentes de convocatorias de ayudas a recursos humanos autorizados por agentes de financiación del Sistema Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación, por el tiempo de duración del estado de alarma y excepcionalmente por hasta tres meses adicionales. Para ello, no fue vinculante los límites temporales previstos en Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación¹⁵⁵.

La prórroga de los contratos laborales requirió de la suscripción del correspondiente acuerdo suscrito entre la entidad contratante y la persona empleada y los costes laborales y sociales derivados de dicha prórroga serán financiados con cargo a los presupuestos del órgano, organismo o entidad convocante, en las mismas condiciones económicas que la convocatoria correspondiente.

Se autorizó a los titulares de los órganos superiores y directivos, presidentes y directores de los organismos convocantes la realización de las modificaciones y variaciones presupuestarias que resulten necesarias para dar lugar a dicha financiación, así como a dictar las resoluciones que resulten precisas para adaptar las condiciones previstas en sus correspondientes convocatorias de ayudas contempladas.

La Disposición Adicional 14ª extendió el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020 a las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual.

¹⁵⁵ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-9617-consolidado.pdf>

La Disposición Adicional 15ª fue relativa a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario de los profesionales sanitarios realizados al amparo de la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Recordemos que la Orden 232/2020 habilitó a personal jubilado a la vuelta a la actividad, por ello se dispone que estas personas trabajadoras tendrán derecho a percibir el importe de la pensión de jubilación que estuvieran percibiendo al tiempo de la incorporación al trabajo, en cualquiera de sus modalidades, incluido en su caso, el complemento a mínimos.

Estas personas tuvieron la consideración de pensionista a todos los efectos y estuvieron sujetos a la obligación de afiliación, alta, baja, variación de datos, así como a la obligación de cotizar. Además, durante la realización de estos trabajos están protegidos frente a todas las contingencias comunes y profesionales.

La Disposición Adicional 14ª aseguró que los empleados públicos que soliciten colaborar en el ámbito de su administración de origen como en cualquier otra administración, en las áreas de carácter sanitario, sociosanitario, de empleo, para la protección de colectivos vulnerables y aquellas otras que requieran un refuerzo en materia de personal como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19, seguirán devengando sus retribuciones por el organismo de origen. Ello independientemente de si la modalidad de trabajo es presencial o no y previa autorización del superior jerárquico.

La Disposición Adicional 22ª dispuso la compatibilidad del percibo del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, con la percepción de la prestación por desempleo que, como consecuencia de la reducción de la jornada o suspensión de contrato de trabajo, afectada por un expediente de regulación temporal de empleo del RDL 8/2020, pudiera tener derecho a percibir. Esto también fue aplicable a trabajadores y trabajadoras por cuenta propia y la prestación de cese de actividad.

Por último, la Disposición Transitoria 4ª dispuso que de haberse dictado auto por el juez del concurso acordando un ERTE previsto en el RDL 8/2020, la resolución judicial tendrá plenos efectos para el reconocimiento de las prestaciones previstas en el propio RDL 11/2020.

3.10. CUARTO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

El 7 de abril de 2020, la Dirección General de Trabajo emitió un Criterio Interpretativo más, el DGT-SGON-863CRA ¹⁵⁶, a causa de unas cuestiones planteadas por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE).

Las consultas son las siguientes:

¿Cómo debe interpretarse el artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020 respecto de los contratos en los que decae la causa o desaparece el objeto del mismo durante la vigencia del ERTE de los artículos 22 o 23 del Real Decreto Ley 8/2020 en el que el contrato se encuentra interrumpido? ¿Debe entenderse que una vez desaparecida la causa o el objeto del contrato decae en todo caso su vigencia?

La primera cuestión que plantea la CEOE a la DGT fue relativa a Interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales y el panorama legal que se abriría ante el decaimiento de la causa de dichos contratos mientras se dé su suspensión.

El criterio recordó que no todos los contratos temporales se ven afectados por la medida del artículo 5 del RDL 9/2020. Así pues, debemos de entender que los contratos en donde se mantienen las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, como sería el caso si se hubiesen adoptado medidas de trabajo no presencial o a distancia, no sería aplicable tal medida.

La DGT explicó que la inclusión de un trabajador o trabajadora temporal en el ERTE conlleva la suspensión del cómputo de su contrato. Una vez que se dé su vuelta a la actividad se reanuda dicho cómputo. No obstante, y con respecto a la pregunta realizada, la DGT avala que, si la causa del contrato desapareció durante su suspensión, se pueda poner fin al mismo de manera válida y eficaz. Concretamente asegura que: «se entenderá plenamente eficaz la extinción de este de acuerdo con los requisitos y el régimen jurídico previsto en el artículo 49.1.c) ET.»

¿Cómo debe interpretarse la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020? Entendiendo de la respuesta de la DGT, que la obligación de la empresa de “mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación

¹⁵⁶ <https://www.graduadosociales.es/wp-content/uploads/2020/07/DIRECCION-GENERAL-TRABAJO-2020-04-07-DGT-SGON-863CRA-oficio-consulta-CEOE.pdf>

de la actividad” se limita a las beneficiarias de lo dispuesto en el artículo 24 del Real Decreto Ley 8/2020 por haberse acogido a los ERTE por causa de fuerza mayor del artículo 22 del citado Decreto Ley

El compromiso de mantenimiento del empleo de la D.A.6ª del RDL 8/2020, tuvo mucho revuelo entre la doctrina y cada interpretación era más dispar. La DGT tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto y lo primero que va a pronunciar es que existe un vínculo necesario entre el disfrute o aplicación de aquéllas y el compromiso que se describe. Es decir, un «quid pro quo» por el cual las empresas que se hayan beneficiado de las medidas del RDL 8/2020 deben cumplir el compromiso.

El ámbito de aplicación de la medida caía directamente en todas las empresas que han suspendido o reducido la jornada por causas de fuerza mayor basada en el COVID-19. Es decir, todas aquellas que fueron autorizadas para ello por la Autoridad Laboral en base a lo dispuesto en el artículo 22 del RDL 8/2020. Esto deja fuera del ámbito de aplicación a las empresas cuya causa de suspensión sea económica, técnica, productiva o de organización en base al artículo 23 del RDL 8/2020.

Por mantenimiento del empleo debía entenderse la abstención de rescisión de contratos laborales. No obstante, la Dirección General de Trabajo asegura que la interpretación de tal compromiso debe verificarse teniendo en cuenta las características y circunstancias de la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual.

Así entonces y siguiendo con el mismo criterio anterior, no se entendía incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. En el caso de contratos temporales, el compromiso tampoco se entendió incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Recuerda el Criterio Interpretativo que el compromiso no debía realizarse con toda la plantilla de la empresa sino sólo y exclusivamente con aquellos trabajadores y trabajadoras que se han visto afectados por la suspensión de contrato de trabajo.

Por último, la Dirección General de Trabajo fijó el criterio del ámbito temporal de la medida asegurando que los 6 meses deben contarse desde la vuelta a la actividad de la empresa, eliminando la posibilidad de un cómputo nominativo por cada trabajador o trabajadora como sostenía parte de la doctrina.

3.11. REAL DECRETO-LEY 13/2020, DE 7 DE ABRIL, POR EL QUE SE ADOPTAN DETERMINADAS MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE EMPLEO AGRARIO

El 8 de abril de 2020 se publicó el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario¹⁵⁷ cuyo objeto fue favorecer la contratación temporal de trabajadores y trabajadoras en el sector agrario mediante el establecimiento de medidas extraordinarias de flexibilización del empleo, de carácter social y laboral, necesarias para asegurar el mantenimiento de la actividad agraria. La aplicación de tales medidas se extendió hasta el 30 de junio¹⁵⁸.

Las medidas de flexibilización se aplicaron a personas en desempleo o cese de actividad, en suspensión de contratos de trabajo, migrantes cuyo permiso de trabajo concluya antes del 30 de junio y jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años. Además, se exigió que los domicilios de los trabajadores y trabajadoras se hallen próximos a los lugares en que haya de realizarse el trabajo.

El artículo 3 del RDL 13/2020 fue relativo a la compatibilidad de prestaciones laborales, la cual, se establece con respecto al:

- ⇒ Subsidio por desempleo en favor de las personas trabajadoras eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social o la renta agraria para los trabajadores y trabajadoras eventuales incluidos en el mismo régimen.

¹⁵⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/08/pdfs/BOE-A-2020-4332.pdf>

¹⁵⁸ En el Real Decreto Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo se recoge una prestación extraordinaria de cese de actividad para los trabajadores de temporada cuyo único trabajo a lo largo de los últimos dos años se hubiera desarrollado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar durante los meses de junio a diciembre de 2020.

- ⇒ Prestaciones por desempleo derivadas de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con exclusión de aquellas que tengan su origen en las medidas previstas en los artículos 22, 23 y 25 del Real Decreto-Ley 8/2020.
- ⇒ Con cualesquiera otras prestaciones por desempleo reguladas en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- ⇒ Prestaciones por cese de actividad con exclusión de aquellas que tengan su origen en la medida prevista en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020.
- ⇒ Cualquier otra prestación de carácter económico o cualquier otro beneficio o ayuda social, otorgada por cualquier Administración que sea incompatible con el trabajo, o que, sin serlo, como consecuencia de la percepción de ingresos por la actividad laboral se excederían los límites de renta señalados en la normativa correspondiente al tipo de prestación.

Por otro lado, fueron incompatible las retribuciones con las prestaciones económicas de Seguridad Social por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, pensiones de incapacidad permanente contributiva y prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Los criterios de compatibilidad limitan o excluyen a todas las personas que habían sido incluidas en una suspensión de contratos de trabajo o reducciones de jornada dispuestos en el RDL 8/2020. Ello genera la paralización de muchos trabajadores y trabajadoras que podrían haber realizado una actividad laboral, pero al estar en suspensión sus contratos de trabajo, el legislador ya los considera protegidos y se dedica a proteger a otros colectivos. Una apertura de esta compatibilidad hubiera ayudado a aumentar los ingresos de muchas familias y amortiguar el ascenso del desempleo.

El artículo 4 aseguró que el empresario deberá asegurar en todo momento la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19.

El artículo 5 fue relativo a la contratación principalmente así como el trámite que debe de seguirse tanto por parte de las Administraciones como por parte de las empresas o empleadores, conteniendo una disposición importante en donde se establece que ante un número de demandantes de empleo alto se dará prioridad a personas en situación de desempleo o cese de actividad que no perciban ningún tipo de subsidio o prestación, personas en situación de desempleo o cese de actividad que perciban únicamente

subsidios o prestaciones de carácter no contributivo, personas en situación de desempleo o cese de actividad perceptores de subsidios por desempleo o prestaciones de carácter social o laboral, personas migrantes cuyos permisos de trabajo y residencia hayan expirado durante el periodo comprendido entre la declaración de estado de alarma y el 30 de junio de 2020, jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular, entre los 18 y los 21 años.

La Disposición Adicional 3ª y 4ª fueron encaminadas a no cometer el mismo error que se cometió previamente, es decir, ralentizar la aplicación de las mediadas debido al largo trámite administrativo. Por ello, se previó su simplificación mediante medidas extraordinarias:

- ⇒ Se previó que, si la persona interesada no tuviese certificado electrónico, se permitirá un canal de comunicación en la web así como admitirse provisionalmente la identidad declarada por el interesado. De todas maneras, las entidades gestoras pueden recabar información que se encuentre en poder de las Administraciones Públicas.
- ⇒ Se previó también que, si la persona interesada no pudiese presentar los documentos requeridos, deberá aportar pruebas alternativas de la concurrencia de los requisitos o condiciones exigidos en el procedimiento para el reconocimiento o revisión del derecho. Sin perjuicio de la obligación de presentar los documentos preceptivos una vez que deje de estar vigente el estado de alarma. En el caso de que no tuviese documentos, se admitirá una declaración responsable
- ⇒ La entidad gestora efectuaba las comprobaciones correspondientes, y dictará la resolución provisional que sea procedente, estimando o desestimando el derecho. En el supuesto de que tras estas actuaciones se desprenda que el interesado no tiene derecho a la prestación, se iniciarán las actuaciones necesarias en orden a reclamar las cantidades indebidamente percibidas.

Lo que realizó la normativa no fue simplificar el procedimiento administrativo sino más bien eliminar las trabas existentes, que impiden que muchas personas puedan tener acceso a la medida. La consecución sería la generalización de la medida buscando su aplicación al mayor número de personas trabajadoras posibles.

La declaración del estado de alarma y consiguiente restricciones de la movilidad limitaron la posibilidad de prestar atención presencial al colectivo demandante de empleo por parte

de los SPE, estatal y autonómico y ello hizo necesario articular mecanismos de simplificación de procedimientos y agilización de la gestión, con un refuerzo de la atención telefónica e implantación de sistemas de cita previa *online* (Consejo Económico y Social España, 2021).

Por último, la Disposición Adicional 5ª fue relativa a la concesión de licencias y abono de retribuciones a los mutualistas de MUFACE y MUGEJU en situación de incapacidad temporal durante la vigencia del estado de alarma previendo lo siguiente:

⇒ Si la incapacidad temporal se inició con anterioridad a la declaración del estado de alarma:

- a) Para los mutualistas de MUFACE que no hayan alcanzado el día 91.º de la situación de incapacidad temporal, los órganos de personal:
 - I. Continuarán emitiendo licencias por enfermedad aun cuando no dispongan del parte de baja acreditativo del proceso patológico y la asistencia sanitaria.
 - II. Recabarán posteriormente el parte de baja, cuando pueda ser expedido por el facultativo de la entidad o servicio público de salud.
 - III. Comunicarán a MUFACE, mediante la aplicación informática habitual, la emisión de las licencias con referencia a los periodos temporales a los que correspondan.
- b) Para los mutualistas de MUFACE que alcancen el día 91º de la situación de incapacidad temporal durante la vigencia del estado de alarma, y para los mutualistas de MUGEJU en la misma situación a partir del día 181.º de la situación de incapacidad temporal, los órganos de personal:
 - I. Continuarán emitiendo licencias por enfermedad, aun cuando no dispongan del parte de baja acreditativo del proceso patológico y la asistencia sanitaria.
 - II. Recabarán posteriormente el parte de baja cuando pueda ser expedido por el facultativo de la entidad o servicio público de salud.
 - III. Comunicarán a MUFACE y a MUGEJU por el procedimiento habitual, a través de la aplicación informática habitual, los periodos temporales a los que corresponden las licencias

- IV. Seguirán abonando el 100 % de las retribuciones, sin efectuar el descuento de las retribuciones complementarias hasta que no finalice el estado de alarma.
- V. MUFACE y MUGEJU compensarán las cantidades equivalentes al subsidio de incapacidad temporal a la entidad que haya continuado abonando estas retribuciones con posterioridad y previa acreditación del cumplimiento de los requisitos. Ésta se realizará mediante el ingreso de dichas cantidades en el Tesoro o en la caja de la entidad pagadora.

⇒ Si la situación de incapacidad temporal se iniciase durante el estado de alarma, los órganos de personal:

- a) Podrán emitir la licencia inicial y, en su caso, las prórrogas de la misma aun cuando no dispongan del parte de baja acreditativo del proceso patológico y la asistencia sanitaria.
- b) Recabarán posteriormente el parte de baja cuando pueda ser expedido por el facultativo de la entidad o servicio público de salud.
- c) Comunicarán la situación de incapacidad temporal a MUFACE y MUGEJU mediante la aplicación informática habitual en el caso de MUFACE y el procedimiento utilizado de manera habitual con MUGEJU.

3.12. QUINTO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

El 11 de abril de 2020, la Dirección General de Trabajo volvió a emitir un nuevo Criterio Interpretativo DGT-SGON-850CRA¹⁵⁹ a raíz de una consulta realizada nuevamente por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE). La primera parte de la consulta fue relativa al ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo y la posibilidad de seguir adoptando las medidas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, respecto de las empresas cuya actividad no fue paralizada como consecuencia de la declaración del estado de alarma decretada por el RD 463/2020 pero que, no obstante, se vieron obligadas a cerrar, parar o disminuir su

¹⁵⁹ <https://www.graduadosociales.es/wp-content/uploads/2020/07/DIRECCION-GENERAL-TRABAJO-2020-04-11-DGT-SGON-850CRA-oficio-consultas-sobre-medidas-laborales-frente-al-covid-19-CEOE.pdf>

producción a la actividad mínima indispensable durante el período que va del 30 de marzo al 9 de abril como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 10/2020 para reducir la movilidad de la población.

La contestación de la Dirección General de Trabajo fue clara: las empresas podrán adoptar cualesquiera medidas de las previstas legalmente que garantice suficientemente el objetivo pretendido por la norma que es la reducción de la movilidad de los trabajadores y trabajadoras durante el periodo previsto, de 30 de marzo a 9 de abril ambos inclusive. Por ello cualquier medida es aceptada si va encaminadas hacia tal fin.

También, las medidas que ya se venía aplicando siguieron siendo igualmente de válidas sin tener que tomar mayores medidas u otras las empresas.

Aquellas medidas que se aprobaron durante el periodo temporal del RDL 10/2020, si estuvieron basadas de manera exclusiva en la paralización e interrupción de actividades derivada del anterior RDL pueden justificar y entenderse como provenientes de fuerza mayor temporal a los efectos previstos en el artículo 47 del ET, si bien limitadas en su duración hasta el día 9 de abril de 2020.

Es decir, la Dirección General de Trabajo incluyó una descripción de la fuerza mayor por COVID-19 consistente en la necesidad de reducir la movilidad laboral todo lo posible declarada en virtud del RDL 10/2020 y cuya duración no podía extenderse más allá del 9 de abril. Ahora bien, su constatación queda a la Autoridad Laboral competente.

Así pues, el Permiso Retribuido Recuperable no fue aplicable a las personas trabajadoras que han sido incluidas en un ERTE. A la misma vez, la DGT recuerda que el resto de la plantilla de la empresa que no vio suspendido su contrato de trabajo deberá estar a los dispuesto del RDL 10/2020.

En todo caso, si no fuese posible la aplicación de tales medidas o estas fuesen insuficientes, y respecto de las actividades no esenciales, debía aplicarse el permiso retribuido recuperable.

Sobre la necesidad de solicitar la prórroga de la autorización concedida por la autoridad laboral durante este periodo, se entendió innecesario de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera del RDL 9/2020, de 27 de marzo.

La segunda parte de la consulta fue relativa a al RDL 9/2020, de 27 de marzo. Algunas cuestiones se repitieron del anterior Criterio Interpretativo volviendo a asegurar que los

contratos temporales paralizados por su afectación del ERTes pueden ser extinguidos válidamente si perdieran su causa u obra. Por ejemplo, en el contrato de obra o servicio determinado la causa de extinción será la terminación de la obra o servicio, y no la suspensión de la misma, y en el caso de contratos de interinidad la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador o trabajadora sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Con respecto a la prohibición de despedir del artículo 2 del RDL 9/2020, la DGT aseguró que las causas descritas en los artículos 22 (la fuerza mayor) y 23 (las causas económicas, productivas, técnicas y organizativas) en ningún caso podían justificar una extinción o un despido respecto de los contratos suspendidos y en base a las mismas causas.

Por último, repite la vinculación entre compromiso de actividad de 6 meses y las ventajas o beneficios que obtiene la empresa por el ERTE en cuanto a las exoneraciones de cotizaciones sociales se refiere (de ahí la obligación de devolverlas en el caso de incumplirlo). Las extinciones podían producirse siempre que no sean por decisión empresarial. La DGT, además, asegura que pueden producirse suspensiones de contratos o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el artículo 49.1.c), o reducciones de jornada, mientras esté vigente tal compromiso.

3.13. ACTUALIZACIÓN DE LA GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS EN LOS CENTROS DE TRABAJO MEDIDAS PARA LA PREVENCIÓN DE CONTAGIOS DEL MINISTERIO DE TRABAJO

El 11 de abril de 2020, el Ministerio de Trabajo emitió una nueva actualización de la Guía de buenas prácticas en los centros de trabajo para la prevención de contagios¹⁶⁰.

EL documento se estructuró en diferentes apartados, los primeros se refirieron a situaciones que las personas trabajadoras atraviesan con motivo de la realización de su actividad profesional y a partir de ahí se dan las diferentes recomendaciones. Mientras que los segundos se refirieron a diferentes recomendaciones generales:

Antes de ir al trabajo

El trabajador o trabajadora debía abstenerse de ir al centro de trabajo si presentara síntomas Covid-19 o contacto estrecho con una persona que resultare positivo en COVID-

¹⁶⁰ <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/GUIA110420172227802.pdf>

19. Si la persona trabajadora fuera de riesgo por edad, embarazo o afecciones medicas anteriores, no debía ir a su centro de trabajo tampoco y si la presencia resultare obligatoria deberá contactar con su médico para que éste determine el aislamiento laboral considerándose situación asimilada al accidente de trabajo.

Desplazamientos al trabajo

Los trabajadores y trabajadoras debían de priorizar las formas de desplazamiento más seguras como la bici o moto. Si se desplazasen en VTC o taxi sólo podía viajar una persona por fila de asientos. Los viajes en transporte público, al ser lo que más riesgo tienen, se debía guardar la distancia interpersonal con los compañeros de viaje. En el caso de los autobuses públicos, el conductor velaba porque se respete la distancia interpersonal.

En el centro de trabajo

Se debía mantener la distancia de seguridad entre los trabajadores y trabajadoras en todo momento evitando aglomeraciones de cualquier tipo. En empresas abiertas al público se debía minimizar el contacto entre personas trabajadoras y el público, controlar el aforo máximo para permitir la distancia de seguridad, mecanismos de control de acceso en las entradas y la empresa debió facilitar los Equipos de Protección Individual adecuados a los trabajadores y trabajadoras.

Se recomendó facilitar el teletrabajo y reuniones por vía telemática y evitar desplazamiento de trabajo que no sean esenciales, así como escalonar los horarios de entrada de estos en los centros si el espacio de trabajo no permitía mantener la distancia interpersonal en los turnos ordinarios.

Medidas organizativas

Se recuerda que fue necesario informar a los trabajadores y trabajadoras de las medidas llevadas a cabo, así como suministrarles productos de higiene como jabón, geles hidroalcohólicos, etc. Se debía tener un aprovisionamiento suficiente de material desinfectante y de limpieza y elaborar un plan de contingencia identificando el riesgo de exposición al virus de las diferentes actividades que se desarrollan en el centro de trabajo, adoptando medidas de protección en cada caso de acuerdo con la normativa aplicable en cada momento. Para ello, se debió de consultar a los delegados de prevención o representantes de los trabajadores y trabajadoras.

Además, se recomendó adoptar todas las medidas necesarias para evitar los contagios en los centros de trabajo, así como establecer protocolos en caso de que una persona trabajadora manifiesta síntomas en su puesto de trabajo, para protegerla y proteger al resto de la plantilla.

Recomendaciones a los trabajadores y trabajadoras

Se recomendó a las personas trabajadoras cumplir lo dispuesto por el empleador, así como mantener la distancia de seguridad en todo momento evitando saludos y uso de equipos de protección individual de otras personas.

Se debía lavarse las manos con agua y jabón o solución hidroalcohólica y evitar tocarse la nariz, ojos o boca. También fue beneficioso facilitar el trabajo al personal de limpieza cuando abandones tu puesto y tirar cualquier deshecho de higiene personal de forma inmediata a las papeleras o contenedores habilitados.

Si un trabajador o trabajadora empezare a notar síntomas, se recomendó avisar a tus compañeros y superiores, extremar las precauciones tanto de distanciamiento social como de higiene mientras estés en el puesto de trabajo y contactar de inmediato con el servicio de prevención de riesgos laborales de tu empresa, tu médico de atención primaria o con el teléfono de atención al COVID-19 de tu comunidad autónoma.

Medidas de higiene en el centro de trabajo

Se recomendó la ventilación periódica de las instalaciones y reforzar la limpieza de los filtros de aire y aumentar el nivel de ventilación de los sistemas de climatización. Convino reforzar las tareas de limpieza en todas las estancias, con especial incidencia en superficies, especialmente aquellas que se tocan con más frecuencia y limpiar el área de trabajo usada por un empleado en cada cambio de turno. Los detergentes habituales se declaran suficientes a este respecto.

El personal encargado de la limpieza debía ostentar una correcta protección, realizar una completa higiene de manos tras la desinfección y lavar uniformes de trabajo y similares.

Gestión de residuos en los centros de trabajo

En este apartado se aseguró que la gestión de los residuos ordinarios continuará realizándose del modo habitual, respetando los protocolos de separación de residuos. Los pañuelos desechables sean separados en papeleras o contenedores protegidos con tapa y,

a ser posible, accionados por pedal. Todo material de higiene personal (mascarillas, guantes de látex, etc.) debe depositarse en la fracción resto.

Si un trabajador o trabajadora presentaba síntomas mientras se encuentre en su puesto de trabajo, será preciso aislar el contenedor donde haya depositado pañuelos u otros productos usados. Esa bolsa de basura debía ser extraída y colocada en una segunda bolsa de basura, con cierre, para su depósito en la fracción resto.

Después de ir al trabajo

Para finalizar, los trabajadores y trabajadoras debían cuidar las distancias y las medidas de prevención de contagios e higiene en el hogar, máxime si conviven con personas de grupos de riesgo.

La actualización de la guía elaborada por el Ministerio de Trabajo respondió a una mera recomendación tanto a trabajadores y trabajadoras como a empresarios. Más útil habría sido una especificación de las medidas empresariales que deben de llevar a cabo especificando tales y concretando las obligaciones que ostenta la empresa en materia de prevención de riesgos labores.

El uso de transporte público fue foco de contagio debido a la masificación del uso del mismo por los trabajadores y trabajadoras. Tanto el Ministerio de Trabajo como el Ministerio de Sanidad, deberían haber incluido alternativas a su uso a fin de la propagación del virus. De todas formas, sigue habiendo huecos vacíos o esferas oscuras donde no se dice nada, ni si quiera una mera recomendación.

3.14. REAL DECRETO-LEY 15/2020, DE 21 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES COMPLEMENTARIAS PARA APOYAR LA ECONOMÍA Y EL EMPLEO

El 22 de abril de 2020 se publicaba un nuevo Real Decreto Ley con motivo del COVID-19: el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo¹⁶¹ cuyo objetivo es aprobar un nuevo paquete de medidas que reforzó, complementó y amplió las anteriormente adoptadas y se centró en el apoyo a las empresas y a los trabajadores para responder a las necesidades derivadas de la prolongación de esta situación excepcional, de seguir protegiendo y dando soporte

¹⁶¹ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/22/pdfs/BOE-A-2020-4554.pdf>

al tejido productivo y social, de minimizar el impacto y de facilitar que la actividad económica se recupere en cuanto empiece a remitir esta situación de emergencia de salud pública.

La principal novedad que aportó el RDL 15/2020 fue la incorporación de la definición de la fuerza mayor parcial. Por la cual entiende que, «puede esta no extenderse a toda la plantilla, respecto de aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante esta crisis, concurriendo la causa obstativa descrita en el artículo 22 en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial». Esta fuerza mayor parcial permitía realizar suspensiones de contratos o reducciones de jornada únicamente en una parte de la empresa o actividad de la misma.

El artículo 15 de este RDL alargó la vigencia de los artículos 5 y 6 del RDL 8/2020 relativos al trabajo a distancia y su carácter prioritario frente a los ERTes y al Plan Mecuida, dos meses más de lo establecido (un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma).

El artículo más destacable fue el artículo 22 relativo a la nueva situación legal de desempleo por extinción de la relación laboral en el período de prueba producida durante la vigencia del estado de alarma. Esta medida consistió en la consideración de situación legal de desempleo, con independencia de la causa por la que se hubiera extinguido la relación laboral, cuando la misma se vea rescindida durante el periodo de prueba a instancia del empresario. La medida alcanzó a los contratos rescindidos a partir de 9 de marzo de 2020.

Además, se amplió y se reguló la situación legal de desempleo y en situación asimilada al alta, los trabajadores que resolvieron voluntariamente su relación laboral (a partir del 1 de marzo de 2020) por tener un compromiso de un contrato laboral en otra empresa y esta hubiera desistido por causas relacionadas por el Covid-19 (STSJ Asturias 5 de octubre de 2021 [núm. 1938/2021]).

El objetivo de la protección del empleo y la evitación del aumento del desempleo se vieron personificadas en esta última medida. A la par que la suspensión del contrato de trabajo temporal suspendido o la prohibición de despedir por causas COVID-19, se forma un conjunto o entramado de medidas cuya finalidad fue proteger a las personas trabajadoras y los contratos de trabajo.

El artículo 25 del RDL 15/2020 aplicó una reducción del 19,11% en las cotizaciones sociales a los trabajadores y trabajadoras del sistema especial para personas trabajadoras por cuenta ajena agrarios establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social que hubiesen realizado un máximo de 55 jornadas reales cotizadas en el año 2019.

Se reguló una suspensión de plazos en el ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la Disposición Adicional 2ª cuya vigencia se derogó el 1 de junio de 2020.

Lo que hizo el legislador fue extender la suspensión de plazos administrativos al ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo. Por ello, no computaron a efectos de los plazos de duración de las actuaciones comprobatorias ni el periodo de la duración de los plazos fijados por los funcionarios de la ITSS, así como los plazos de prescripción de las acciones para exigir responsabilidades.

Lo anterior fue con excepción de los requerimientos y órdenes de paralización derivados de situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o aquellas que por su gravedad o urgencia resulten indispensables para la protección del interés general.

La Disposición Adicional 10ª tiene relevancia debido a que fue relativa a la opción por una mutua colaboradora con la seguridad social de los trabajadores y trabajadoras del RETA que hubieran optado inicialmente por una entidad gestora.

Estas personas trabajadoras que no ejercitaron la opción prevista en el artículo 83.1 b) de la LGSS¹⁶² debían de dar cumplimiento ejercitando la opción y formalizando el

¹⁶² Artículo 83.1 b) LGSS: «Los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos deberán formalizar la cobertura de la acción protectora por contingencias profesionales, incapacidad temporal y cese de actividad con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, debiendo optar por la misma mutua colaboradora para toda la acción protectora indicada. Asimismo, deberán formalizar con una mutua colaboradora dicha acción protectora los trabajadores que cambien de entidad. Para formalizar la gestión por cese de actividad suscribirán el anexo correspondiente al documento de adhesión, en los términos que establezcan las normas reglamentarias que regulan la colaboración. Los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar podrán optar por proteger las contingencias profesionales con la entidad gestora o con una mutua colaboradora con la Seguridad Social. Los trabajadores incluidos en el grupo tercero de cotización deberán formalizar la protección de las contingencias comunes con la entidad gestora de la Seguridad Social. En todo caso, deberán formalizar la protección por cese de actividad con la entidad gestora o con la mutua con quien protejan las contingencias profesionales. La protección se formalizará mediante documento de adhesión, por el cual el trabajador por cuenta propia se incorpora al ámbito gestor de la mutua de forma externa a la base asociativa de la misma y sin adquirir los derechos y obligaciones derivados de la asociación. El periodo de vigencia de la adhesión será de un año, pudiendo prorrogarse por periodos de igual duración. El procedimiento para formalizar el documento de adhesión, su contenido y efectos, se regulará reglamentariamente»

documento de adhesión en el plazo de tres meses desde la finalización del estado de alarma con efectos desde el día primero del segundo mes siguiente a la finalización de dicho plazo.

En el caso de que no se llevara a cabo esta opción, se entiende que se ha decidido acogerse a la mutua colaboradora con mayor número de personas trabajadoras autónomas asociados en la provincia del domicilio del interesado.

La medida tuvo relevancia debido a la difícil situación sanitaria que atravesó el país a causa del covid-19. La lucha contra el virus pasó por un adecuado sistema de prevención de riesgos laborales y las competencias de las mutuas colaboradoras tanto sanitariamente como preventivamente debe ser útil a tal finalidad. Entender que si no se realiza la opción se decide acoger a una mutua colaboradora con mayor número de personas trabajadoras autónomas generó dos consecuencias: trasvase de gestión del sistema público al sistema privado y mayor gestión privada de la crisis sanitaria pandémica.

La Disposición Adicional 14ª se refirió a la contratación de los contratos predoctorales para persona investigador en formación suscritos en el ámbito de la investigación. La regulación fue prácticamente igual y en los mismos términos¹⁶³ que Disposición Adicional 13ª del RDL 11/2020 con respecto a los contratos de trabajo suscritos con cargo a financiación de convocatorias pública de recursos humanos en el ámbito de la investigación y a la integración de personal contratando en el sistema nacional de salud.

Lo que realizó el legislador fue ampliar la medida y aumentar su aplicación a un colectivo mayor de personas trabajadoras. Esta vez, lo hace con los trabajadores y trabajadoras con contratos predoctorales.

3.15. SEXTO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

La Dirección General de Trabajo publicó el 1 de mayo el criterio interpretativo DGT-SGON-927CRA¹⁶⁴ sobre la aplicación de las medidas de suspensión y reducción de jornada durante la fase de desconfiamiento del estado de alarma a consecuencia de la

¹⁶³ Prorroga de duración del estado de alarma y por el periodo que pudiera prorrogarse y por hasta tres meses adicionales por motivos justificados.

¹⁶⁴ https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/CRITERIOINTERPRETATIVODGTERTEDESCONFINAMIENTO_0.pdf

aprobación del plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19 en Consejo de Ministros de fecha de 28 de abril de 2020¹⁶⁵.

En esta ocasión, la DGT inició el documento haciendo una pequeña introducción y hablando de la necesidad de adoptar medidas a causa del COVID-19 del doble objetivo de estas:

- ⇒ Establecer los mecanismos necesarios para que los procedimientos para la suspensión o reducción de la jornada que resultan aplicables conforme a la legislación vigente tuviesen la agilidad necesaria para garantizar que las consecuencias socioeconómicas de la situación de emergencia sanitaria tuviesen el menor impacto posible en el empleo.
- ⇒ Proteger a las personas trabajadoras, tanto su salud y seguridad, conteniendo la progresión de la enfermedad mediante el confinamiento y otras medidas de contención, como garantizando el acceso a ingresos sustitutivos para todas aquellas que se vieran afectadas por los expedientes temporales de regulación de empleo.

Dado que las medidas excepcionales recogidas en el RDL 8/2020 son temporales a la par que excepcionales, aseguró la DGT que las empresas que estuviesen aplicando las medidas de suspensión o reducción de jornada pueden renunciar a las mismas, de manera total o parcial, respecto de parte o la totalidad de la plantilla, y de forma progresiva según vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor. Igualmente fue posible alterar la medida suspensiva inicialmente planteada y facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y permitirán atender a la paulatinamente creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas.

De esta manera, se facilitó a las empresas a que vuelvan a la actividad económica, así como se facilitó la vuelta a la actividad de las personas trabajadoras de modo que el expediente de regulación temporal de empleo sirva para garantizar un tránsito no traumático hacia una normalidad futura en la que las medidas coyunturales hayan dejado

¹⁶⁵<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2020/refc20200428.aspx#DESE SCALADA>

de ser necesarias. Así también, fue posible la conversión de las medidas tomadas, como la modificación del ERTE a la reducción de jornada.

En este sentido, bastó con comunicar a la autoridad laboral la renuncia a la medida y trasladar a la entidad gestora de las prestaciones la situación de afección y desafección de cada una de las personas trabajadoras.

En conclusión, la normativa laboral por motivo del COVID-19 fue perfectamente ajustable a las características propias de las empresas o del sector. Para ello, se flexibilizó y agilizó los mecanismos que son imprescindibles para lograrlo, evitando cargas innecesarias. Ello llevó a una amplia flexibilidad interna de las empresas cuyo objetivo final fue evitar que las mismas opten primeramente por las medidas de flexibilidad externa como los despidos y la destrucción del empleo.

3.16. REAL DECRETO-LEY 17/2020, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS DE APOYO AL SECTOR CULTURAL Y DE CARÁCTER TRIBUTARIO PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-2019

El 6 de mayo de 2020 se publicó el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019¹⁶⁶ cuyo objetivo fue implementar nuevas medidas que complementen y adapten las ya existentes con carácter general, acomodándolas a las singularidades del sector. Estas singularidades hacían muchas veces ineficaces las previsiones generalistas, tanto para la protección de trabajadores como para las empresas, especialmente autónomos y PYMES que, a la pérdida de liquidez, sumaban la falta de acceso adecuado a la financiación.

Muchas pequeñas y micro empresas no tenían reservas económicas para aguantar mucho tiempo de inactividad o baja actividad y necesitan apoyo para reanudar sus actividades cuando la economía se vuelva a activar. Por ello, se requiere un apoyo financiero más allá de la fase más aguda de la crisis sanitaria (Weller, 2020).

El RDL no tuvo mucha incidencia laboral, pero fue destacable su artículo 2 relativo al acceso extraordinario a la prestación por desempleo de artistas en espectáculos públicos

¹⁶⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/06/pdfs/BOE-A-2020-4832.pdf>

que no se encuentren afectados por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada reguladas por el RDL 8/2020.

Durante los periodos de inactividad de artistas en espectáculos públicos tuvieron acceso a las prestaciones económicas por desempleo, además de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes. Ahora bien, la prestación fue incompatible con cualquier percepción derivada de actividades por cuenta propia o por cuenta ajena, o con cualquier otra prestación, renta mínima, renta de inclusión, salario social o ayudas análogas concedidas por cualquier Administración Pública.

Además, aquellos trabajadores y trabajadoras que, como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, no puedan continuar realizando la actividad laboral que dio lugar a su inclusión en el Régimen General como artistas en espectáculos públicos, se les reconoció la situación legal de desempleo¹⁶⁷ así como tener cubierto el periodo de carencia si lo acreditasen.

La duración de la prestación dependió de la siguiente escala:

Días de actividad	Periodo de prestación (en días)
Desde 20 hasta 54	120
De 55 en adelante	180

La base reguladora de la prestación por desempleo prevista en los apartados anteriores estuvo constituida por la base de cotización mínima vigente en cada momento, por contingencias comunes, correspondiente al grupo 7 de la escala de grupos de cotización del Régimen General. Y los efectos del reconocimiento de la prestación nacían a partir del día siguiente a la solicitud.

La medida vino a extender la protección social extraordinaria que ya tenían muchos trabajadores y trabajadoras a un sector muy afectado por la pandemia como es el de la cultura y los espectáculos. El legislador consideró que la protección social debe de llegar

¹⁶⁷ No es necesario encontrarse en situación de alta o asimilada al alta estar incluido en el Régimen General de la seguridad social en los términos del artículo 249 ter de la LGSS.

a la mayoría de las personas trabajadoras intersectoriales para evitar la extensión de la pobreza en la mayoría de las familias y la ausencia de ingresos de las mismas.

3.17. SÉPTIMO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO

El 6 de mayo de 2020, se emitió un nuevo criterio interpretativo por parte de la DGT, el DGT-SGON-929CRA¹⁶⁸, relativo a una consulta sobre la composición de la comisión negociadora de ERTE del artículo 23 RDL 8/2020. Concretamente relativa a si la renuncia de los sindicatos integrantes de la comisión a formar parte de ella, invalida tal constitución, debiendo considerarse como no conformada según la norma.

La Dirección General de Trabajo comenzó explicando que la comisión representativa creada por el RDL 8/2020 debe de formarse únicamente cuando no exista representación legal de los trabajadores y trabajadoras en la empresa. Tras ello, analizó la novedad de la normativa con respecto al que existía para comprobar sus diferencias y similitudes y acudir en caso de ausencia al precepto original.

El RDL 8/2020 reconoció la representatividad de los sindicatos y la amplió a cualquier figura sindical que esté legitimada para negociar el convenio de sector e incluso los sindicatos recogidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical¹⁶⁹¹⁷⁰. Así pues, únicamente cuando esta representación sindical no exista en el sector entraría en juego el segundo medio de representación directa como es la comisión *ad hoc* elegida entre las personas trabajadoras del artículo 41.4 del ET. La norma

¹⁶⁸ <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2020/05/DGT-SGON-929CRA.pdf>

¹⁶⁹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-16660-consolidado.pdf>

¹⁷⁰ Art 7 LOSLS: «1. Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a). Estas organizaciones gozarán de capacidad representativa para ejercer en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma las funciones y facultades enumeradas en el número 3 del artículo anterior, así como la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal. 2. Las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas, estarán legitimadas para ejercitar, en dicho ámbito funcional y territorial, las funciones y facultades a que se refieren los apartados b), c), d), e) y g) del número 3 del artículo 6.º de acuerdo con la normativa aplicable a cada caso.»

establece la prioridad de la representación sindical sectorial frente a la representación directa de los trabajadores y trabajadoras.

Lo que realizó la norma fue configurar unas nuevas reglas de representación dando prosperidad a la política sindical sectorial, incluso institucionalizando la misma, por encima de la representación directa de los mismos en la empresa o centros de trabajo. Así lo declaró la DGT cuando explica que: «se sustituyen por consiguiente las reglas de la representación vigentes por la intervención sindical derivada del carácter “institucional” de la mayor y simple representatividad, desconectándolas de la implantación concreta en la empresa o centro de trabajo de que se trate, donde no se han constituido los órganos de representación fijados en el Título II ET.»

El problema que se planteó fue la negativa o ausencia de uno de los sindicatos del sector en la comisión negociadora y su consecuencia. La respuesta que da la DGT es que en ningún momento la ausencia de estos invalidaba ni condicionaba la formación de la comisión representativa, ya que, la participación de los sindicatos es siempre potestativa. Lo que sí impide la norma es lo contrario, es decir, un sindicato con derecho a formar parte de la comisión negociadora se le impidiese su presencia.

Por tanto, en la medida en que alguno de los sindicatos legitimados por el artículo 23.1.a) del RDL 8/2020, integre la comisión negociadora, aunque no se presenten ni comparezcan otros sindicatos legitimados en el plazo improrrogable de cinco días, ésta se debía entender constituida conforme a la norma que establece una regla de preferencia por la representación sindical sobre la directa de los trabajadores y trabajadoras.

3.18. I ACUERDO SOCIAL EN DEFENSA DEL EMPLEO

El 11 de mayo de 2020 se firmó el Acuerdo Social en Defensa del Empleo¹⁷¹ por las Organizaciones Sindicales UGT y CCOO, patronales CEOE y CEPYME y el Gobierno, Acuerdo que quedó materializado en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo¹⁷².

Mediante el Diálogo Social se dio continuidad y se completó el panorama normativo para hacer frente a la destrucción de empleo y empresas que pudiera derivarse de la crisis del COVID-19 establecido en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes

¹⁷¹ <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/110520-%20Acuerdo%20Social%20en%20defensa%20del%20Empleo.pdf>

¹⁷² <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/13/pdfs/BOE-A-2020-4959.pdf>

extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Así pues, se traspasó al Diálogo Social la capacidad de establecer las normas de juego del mercado laboral, en un momento tan difícil como fue la pandemia.

Asegura la Exposición de Motivos del RDL 18/2020 que «por ello, las medidas recogidas en este real decreto-ley han sido producto del diálogo social y el acuerdo alcanzado entre los agentes sociales y el Gobierno el día 8 de mayo de 2020, día del primer centenario del Ministerio de Trabajo. Tras tres semanas de intensas negociaciones, estas medidas pretenden dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de “nueva normalidad”, salvaguardar el empleo y proteger especialmente a las personas trabajadoras».

El primer artículo del RDL 18/2020 fue relativo a las especialidades aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en el artículo 22 del RDL 8/2020. El enunciado del artículo se refirió al establecimiento de una prórroga de los Expedientes de Regulación de Empleo por causas de fuerza mayor total o parcial hasta el 30 de junio.

En la norma se especificó que las empresas y entidades debían proceder a reincorporar a las personas trabajadores afectadas por medidas de regulación de empleo en función de la necesidad de desarrollar su actividad y debían comunicar tal situación a la autoridad laboral y al Servicio Público de Empleo Estatal o al Instituto Social de la Marina. Debemos de recordar que, se iniciaba el 3 de mayo¹⁷³ la desescalada o transición hacia la normalidad para la cual se flexibilizaron determinadas restricciones y se permitió abrir a determinados comercios como bares, ferreterías, etc. Por lo tanto, entiende el Diálogo Social que las empresas debían reincorporar a sus trabajadores para la vuelta a la actividad.

Así pues, se permitió también que se mantuvieran en situación de ERTE total aquella empresa que no reincorporaron a ninguno de sus trabajadores y trabajadoras y pasaron a ERTE parcial aquella que, habiendo cesado las circunstancias que le impiden el desarrollo

¹⁷³ Se publicó el 3 de mayo de 2020 las órdenes SND/386/2020, de 3 de mayo, por la que se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y SND/388/2020, de 3 de mayo, por la que se establecen las condiciones para la apertura al público de determinados comercios y servicios, y la apertura de archivos, así como para la práctica del deporte profesional y federado.

de la actividad, reincorporaron a sus trabajadores y trabajadoras, sea una parte de las mismas o la totalidad si lo hicieron con reducción de jornada.

El artículo 2 fue relativo a los ERTes por causas económicas, técnicas, productivas u organizativas. A este respecto, también se amplió la vigencia de estos procedimientos, así como lo dispuesto en el artículo 22 del RDL 8/2020 y se permitió su aplicación mientras estuvo vigente un ERTE por fuerza mayor.

El artículo 3 prolongó igualmente hasta el 30 de junio de 2020 las medidas de protección por desempleo del artículo 25 del RDL8/2020. El artículo 4 se refirió a la materia de cotización vinculada a las medidas de ERTE. Esta fue una materia que se definió por ser la más problemática en el Diálogo Social siendo un escollo que superar mediante las negociaciones.

La configuración de las exoneraciones de las cuotas de la seguridad social se mantuvo en su cómputo global, pero se configuraron distintos porcentajes. Quedaron de la siguiente manera:

⇒ Las empresas que realizaron ERTE por fuerza mayor total:

- Exoneración del 100% del abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta a empresas con menos de 50 trabajadores y trabajadoras, a fecha de 29 de febrero de 2020.
- Exoneración del 75% del abono de la aportación empresarial, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta a empresas con 50 trabajadores o más, a fecha de 29 de febrero de 2020.

⇒ Las empresas que realizaron ERTE por fuerza mayor parcial:

- Personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada trabajados desde ese reinicio: exención del 85% en mayo y 70% en junio cuando tuviesen menos de 50 trabajadores y 60% en mayo y 45% en junio empresas de 50 trabajadores o más.
- Personas trabajadoras que continúen con sus actividades suspendidas a partir de la fecha de efectos de la renuncia y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión: exención del 60% de cotizaciones de mayo y 45% de cotizaciones de junio cuando la empresa tuviese menos

de 50 trabajadores y 45% de exención en mayo y 30% de exención en junio cuando la empresa tuviera 50 o más trabajadores.

La norma fue novedosa debido a la diferenciación que realizó entre la fuerza mayor total y la fuerza mayor parcial. Además, si la fuerza mayor era parcial se aplicaba una exoneración diferente en función de la situación del trabajador o trabajadora afectada: en suspensión o en activo ya reincorporado. La norma fue enrevesada intentando crear mayor justicia social a la hora de aplicar porcentajes distintos de exoneración dependiendo de la situación en que se encuentren los trabajadores y trabajadoras y las causas por las que la empresa haya decidido iniciar el ERTE.

Además, el artículo 5 estableció una serie de límites que impidieron que las empresas acudan a las exoneraciones de las cuotas. En primer lugar, no podían acogerse a esta medida las empresas cuyo domicilio fiscal se encuentre en países o territorios calificados como paraísos fiscales. En segundo lugar, las empresas que se acogieron a esta misma medida no podían proceder al reparto de dividendos¹⁷⁴ correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen las mismas, a excepción de que las empresas abonen previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada. No obstante, esta medida fue únicamente para empresas que ostentasen más de 50 personas trabajadoras a fecha de 29 de febrero de 2020.

El Diálogo Social no sólo recogió lo dispuesto en el RDL 8/2020 y lo hace suyo sino que, además creó una Comisión de seguimiento tripartita laboral que estuvo integrada por las personas al efecto designadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y

¹⁷⁴ Ello sin las consecuencias que se describen en el artículo 348.1 bis de la Ley de Sociedades de Capital: «Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder»

Mediana Empresa (CEPYME), y las organizaciones sindicales más representativas, Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT).

La comisión se reunió cada segundo miércoles del mes siempre que lo soliciten tres de las cuatro organizaciones integrantes de la misma y el objetivo o la función principal fue el seguimiento de las medidas que, en el ámbito laboral, se estuvieron adoptando durante la fase de excepcionalidad atenuada, el intercambio de los datos e información recabada por las organizaciones integrantes y el Ministerio de Trabajo y Economía Social al respecto, así como la propuesta y debate de aquellas medidas que se propongan por este o por cualquiera de las organizaciones que la integran.

Por último, el RDL 18/2020 incluyó una nueva redacción de la Disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020 mejorándola en función de lo que ya interpretó por la Dirección General de Trabajo.

El Diálogo Social se declaró como un instrumento idóneo para establecer las medidas laborales del mercado laboral y hacer frente a la crisis ocasionada por el coronavirus. El legislador se dedicó a recoger lo que los principales interlocutores sociales acordaban al respecto y, a partir del I Acuerdo Social en Defensa del Empleo, pasará a ser el grueso principal de la normativa laboral de urgencia.

3.19. REAL DECRETO-LEY 19/2020, DE 26 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS COMPLEMENTARIAS EN MATERIA AGRARIA, CIENTÍFICA, ECONÓMICA, DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Y TRIBUTARIAS PARA PALIAR LOS EFECTOS DEL COVID-19

El 27 de mayo de 2020, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19¹⁷⁵. La razón de este nuevo texto normativo fue que «se han ido aprobando una serie de medidas para paliar sus efectos, que ahora se vienen a completar por medio de este real decreto-ley en los ámbitos agrario, científico, económico, laboral y de la Seguridad Social y tributario» (exposición de motivos). No obstante, lo más interesante fue la consideración de la contingencia de los contagios sufridos por personal sanitario.

¹⁷⁵ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/05/27/pdfs/BOE-A-2020-5315.pdf>

El primer artículo del RDL 19/2020 prorrogó las medidas extraordinarias de flexibilización del empleo, carácter social y laboral, previstas en los artículos 1 a 5 y Disposiciones Adicionales primera y segunda del RDL 13/2020, de 7 de abril.

El artículo 9 fue relativo a la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-Cov2 durante el estado de alarma. La normativa dispuso que las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, se infectaros del virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, se consideró derivadas de accidente de trabajo en virtud del artículo 156.2 e) de la Ley General de la Seguridad Social¹⁷⁶.

Lo anterior fue aplicable a los contagios del virus SARS-COV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando esto mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que se debe expedir. En el caso de fallecimiento, se consideró que la causa del mismo es accidente de trabajo siempre que el mismo se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma¹⁷⁷.

Las personas trabajadoras del sector sociosanitario fueron las que se encontraron en primera línea de batalla frente al coronavirus y debieron de protegerse especialmente por la normativa. La consideración de accidente de trabajo del contagio de Covid-19 por todo el personal, genera que se vean más salvaguardados, así como con algo más de seguridad a la hora de desarrollar su labor.

La modificación aducida por el Real Decreto 19/2020, de 26 de mayo, fijó la consideración como contingencia profesional el contagio del personal del sector sociosanitario por COVIDI-19 (Gratiela-Florentina, 2020). Esta medida fue un clamor de los trabajadores y trabajadoras del sector desde el inicio de la crisis sanitaria.

¹⁷⁶ Art 156.2 e): «Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo».

¹⁷⁷ Se han emitido algunas sentencias aplicando esta disposición: STSJ Cantabria de 14 de enero de 2022 (núm. 10/2022); STSJ Cantabria 21 de diciembre de 2021 (núm. 873/2021); STSJ Madrid 16 de diciembre de 2021 (núm. 831/2021); SJSO N°3 Barcelona 27 de septiembre de 2021 (núm. 340/2021); SJSO N°3 Talavera de la Reina 21 de mayo de 2021 (núm. 187/2021); SJSO N°3 Córdoba 30 de diciembre de 2020 (AS 2021/607).

La Disposición Transitoria 3ª complementa lo dicho anteriormente y asegura que la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores y trabajadoras se venía considerando como derivada de contingencia común. No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional, la asistencia sanitaria tuvo la naturaleza de contingencia profesional.

La cuestión de considerar contingencia profesional el contagio del personal sanitario por el coronavirus fue algo que, además de ser una petición del sector, era de justicia. Todos los recursos humanos de este sector vieron como el legislador les impuso la prestación de servicios extraordinaria en virtud y avalado por el RD 463/2020, de declaración de estado de alarma, por lo tanto, era de merecer que si sufrían algún contagio, éste deba estar totalmente protegidos a efecto de Seguridad Social, al menos.

3.20. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN PARA LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES FRENTE A LA EXPOSICIÓN AL SARS-COV-2

El 8 de junio de 2020, se publicó un documento que consistió en el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al sars-cov-2¹⁷⁸ elaborado por el Ministerio de Sanidad y con la participación del Ministerio de Trabajo.

Participaron en la redacción de la guía el Instituto Nacional De Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST); el Centro Nacional de Medios de Protección (CNMP); la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS); la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo (SEMST); la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo (AEEMT); la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario (ANMTAS); la Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública (SESLAP); Federación Española de Enfermería del Trabajo (FEDEET) y la Asociación de Especialistas en Enfermería del Trabajo (AET). Siendo coordinado lo anterior por la Subdirección General de Sanidad Ambiental y Salud Laboral y Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, así como por la ponencia de Salud Laboral de la Comisión de Salud Pública del CISNS.

Naturaleza de actividad y evaluación de riesgos de exposición

¹⁷⁸<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/PrevencionRRL COVID-19.pdf>

Para una toma de decisión correcta en el plano de la prevención de riesgos laborales debía de manejarse una serie de información obtenida mediante las correspondientes evaluaciones de riesgos.

Se entiende que existió un riesgo bajo de exposición al contagio del covid-19 cuando se daban situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso sospechoso o confirmado, no incluye contacto estrecho. Por el contrario, un riesgo alto de exposición fue cuando se daban situaciones laborales en las que se puede producir un contacto estrecho con un caso sospechoso o confirmado de infección por el SARS-CoV-2.

Medidas de prevención

El documento propuso una serie de medidas de prevención organizadas o clasificadas en función de su finalidad. Encontramos:

⇒ Medidas de carácter organizativo

- Todas las medidas necesarias para reducir el contacto entre las personas trabajadoras y entre estas últimas y los potenciales clientes o público. Así por ejemplo encontramos la disposición de los puestos de trabajo, la organización de la circulación de personas y la distribución de espacios (mobiliario, estanterías, pasillos, etc.) con el fin de guardar la distancia de seguridad de 2 metros.
- Planes de continuidad de la actividad ante un aumento de las bajas laborales del personal o en un escenario de incremento del riesgo de transmisión en el lugar de trabajo, con un proceso de participación y acuerdo con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Así como la implementación del teletrabajo o redistribución de las tareas.
- Concretamente y en establecimientos abiertos al público: limitar el aforo de personas y fomentar la habilitación de mecanismos de control de acceso en las entradas de los locales. Se deberá informar claramente a los clientes sobre las medidas organizativas.

⇒ Medidas de protección colectivas



- Implantar barreras físicas de separación y delimitar la distancia en mostradores y ventanillas de atención.

⇒ Medidas de protección personal

- Usar una combinación de todas las medidas preventivas, no solo Equipos de Protección Individual (EPI). La aplicación de una combinación de medidas de control puede proporcionar un grado adicional de protección.

Es necesario destacar que el documento, en el Anexo II sobre los Equipos de Protección Individual (EPIs) recomendado frente a la protección del coronavirus, incorporó unas tablas en formato de resumen acerca de los mismos.

	Marcado de Conformidad ⁴	Marcado relacionado con la protección ofrecida	Normas UNE aplicables ⁵	Aspectos a considerar
Protección respiratoria				
Mascarilla autofiltrante Media máscara (mascarilla) + filtro contra partículas	CE como EPI + número identificativo del organismo de control	Marcado autofiltrantes: FFP2 o FFP3 Marcado filtros: P2 o P3 (código de color blanco)	UNE-EN 149 (Mascarilla autofiltrante) UNE-EN 143 (Filtros partículas) UNE-EN 140 (Mascarillas)	Bioaerosoles en concentraciones elevadas: Se recomienda FFP3 o media máscara + P3 Las mascarillas quirúrgicas (UNE-EN 14683) son PS y no un EPI. No obstante, hay mascarillas quirúrgicas que pueden proteger adicionalmente al personal sanitario frente a posibles salpicaduras de fluidos biológicos. Esta prestación adicional no implica protección frente a la inhalación de un aerosol líquido
Ropa y guantes de protección				
Guantes de protección	CE como EPI + número identificativo del organismo de control	EN ISO 374-5	UNE EN ISO 374-5 (Requisitos guantes microorganismos)	Se distingue entre guantes que sólo protegen frente a bacterias y hongos y los que, además, protegen frente a la penetración de

	Marcado de Conformidad ⁴	Marcado relacionado con la protección ofrecida	Normas UNE aplicables ⁵	Aspectos a considerar
		 VIRUS		virus. En el primer caso va marcado con el pictograma de riesgo biológico y en el segundo, el mismo pictograma con la palabra VIRUS bajo él. Esta diferencia viene otorgada por la realización de un ensayo específico de penetración a virus.
Prendas de Protección Parcial del cuerpo (PB): Bata delantal manguitos etc Cuerpo completo: Mono (con/sin capucha)	CE como EPI + número identificativo del organismo notificado que hace el control de la producción	EN 14126  Nº de Tipo B	UNE-EN 14126 (Ropa de protección biológica)	Este tipo de ropa puede ofrecer distintos niveles de hermeticidad tanto en su material como en su diseño, cubriendo parcialmente el cuerpo como batas, delantales, etc., o el cuerpo completo. En la designación, se incluye el Tipo y la letra B (de Biológico). Para protección adicional en alguna zona, como cierta impermeabilidad, también puede recurrirse a delantales de protección química que cumplen con la norma UNE-EN 14605, denominados Tipos PB [3] y PB [4] de protección biológica, pueden ser adecuados para el uso de protección contra salpicaduras mencionado o para complementar una bata que no sea un EPI.

	Marcado de Conformidad ⁴	Marcado relacionado con la protección ofrecida	Normas UNE aplicables ⁵	Aspectos a considerar
Protección ocular y facial				
Gafas montura integral	CE como EPI	Marcado en gafa integral: montura: campo de uso 3, 4 o 5	UNE EN 166 (Protección individual de los ojos)	Campo de uso gafa de montura integral: 3 (gotas de líquidos); admite ventilación directa 4 (partículas gruesas); admite ventilación indirecta 5 (gases y partículas menores de 5 micras); no admite ventilación <i>Nota: de mayor a menor hermeticidad: 5, 4, 3. Influye el ajuste y compatibilidad con EPR.</i> Campo de uso pantalla facial: 3 (salpicaduras de líquidos) <i>Nota: la gafa de montura universal se podría utilizar cuando sólo sea necesario evitar contacto accidental mano-ojo.</i>
Pantalla facial		Pantalla facial: Marcado en Montura: Campo de uso 3		

Trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles

La guía contuvo un punto interesante en cuanto se refiere a los trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles. El servicio de prevención de riesgos laborales debía evaluar la presencia de personal trabajador especialmente sensible en relación a la infección de coronavirus covid-19, establecer la naturaleza de especial sensibilidad de la persona trabajadora y emitir informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección. Para ello, tuvo en cuenta la existencia o inexistencia de unas condiciones que permitan realizar el trabajo sin elevar el riesgo propio de la condición de salud de la persona trabajadora.

Se definieron como personas de alto riesgos a personas con enfermedad cardiovascular, incluida hipertensión, enfermedad pulmonar crónica, diabetes, insuficiencia renal crónica, inmunodepresión, cáncer en fase de tratamiento activo, enfermedad hepática crónica severa, obesidad mórbida (IMC>40), embarazo y mayores de 60 años.

Detección, notificación, estudio y manejo de casos y contactos

El documento recordó que las empresas debían ser colaboradoras de las autoridades sanitarias contra la lucha de la pandemia en la detección precoz de todos los casos compatibles con COVID-19 y sus contactos, para controlar la transmisión. La participación del personal sanitario de los servicios de prevención en la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica con la recogida de información y la notificación de los casos fue una obligación, para ello, se requirió a los profesionales del servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales.

En el caso de la detención, debía considerarse casos sospechosos aquellos que presentaba un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de aparición súbita de cualquier gravedad que cursa, entre otros, con fiebre, tos o sensación de falta de aire. Otros síntomas atípicos como la odinofagia, anosmia, ageusia, dolores musculares, diarreas, dolor torácico o cefaleas, entre otros, pueden ser considerados también síntomas de sospecha de infección, según criterio clínico. Por supuesto, a estos casos se les realizaba una prueba PCR en las primeras 24 horas¹⁷⁹, si resultara negativa y hay alta sospecha clínica de contagio se repetirá la PCR con una nueva muestra del tracto respiratorio². Si la PCR continuaba siendo negativa y transcurrían varios días desde el inicio de los síntomas, se podía plantear la detección de IgM mediante una prueba serológica tipo ELISA u otras técnicas de inmunoensayo de alto rendimiento.

Los casos sospechosos se debían notificar de forma agregada y diaria y los casos confirmados eran de declaración obligatoria urgente. Esta información individualizada se enviaba los 7 días de la semana hasta las 24.00 horas del día. Las Comunidades y las Ciudades Autónomas establecieron los procedimientos y circuitos a seguir en cada caso.

El manejo de los casos COVID-19 consistió en que todos los casos sospechosos se mantuvieron en aislamiento domiciliario u hoteles o instalaciones similares de 14 días a la espera del resultado de la PCR y se iniciaba la búsqueda de sus contactos. Ello fue igualmente aplicable a personas asintomáticas.

El estudio y el manejo de los casos tuvo especial relevancia debido a que el diagnóstico temprano en los contactos estrechos que inicien síntomas permitía evitar la transmisión.

Los contactos estrechos eran aquellos que:

- Cualquier persona que haya proporcionado cuidados a un caso: personal sanitario o socio-sanitario que no ha utilizado las medidas de protección adecuadas o personas que tengan otro tipo de contacto físico similar.
- Cualquier persona que haya estado en el mismo lugar que un caso, a una distancia menor de 2 metros (ej. visitas, reunión) y durante más de 15 minutos.
- Cualquier persona que haya viajado en un avión, tren u otro medio de transporte terrestre de largo recorrido (siempre que sea posible el acceso a

¹⁷⁹ Si la prueba resultara positiva, se clasificará al trabajador como caso confirmado.

la identificación de los viajeros) en un radio de dos asientos alrededor del caso, así como la tripulación que haya tenido contacto con él.

Colaboración en la gestión de la incapacidad temporal

La incapacidad temporal se convirtió en el seguro de muchas personas para obtener asistencia médica, así como una prestación económica que sustituya los rendimientos de trabajo. Por ello, todo periodo de aislamiento preventivo de aislamiento ocasionado por el covid-19 o contagio de las personas trabajadoras debía ser considerado como situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social (como ya se reguló en el artículo 5 del RDL 6/2020, de 10 de marzo).

Los médicos del Servicio Público de Salud fueron los que debían emitir los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus, tanto en las situaciones de aislamiento como de enfermedad y a todos los trabajadores y trabajadoras que por su situación clínica o indicación de aislamiento lo necesiten, tanto para el personal sanitario como para el resto de trabajadores y trabajadoras. Recordemos que era posible la emisión del parte de baja con efectos retroactivos en el caso de que se tenga conocimiento del periodo de aislamiento o de enfermedad con posterioridad al inicio del mismo.

El servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales debía elaborar el informe para que quede acreditada la indicación de incapacidad temporal (IT) en los casos sospechosos o confirmados y los contactos estrechos de casos confirmados ocurridos en la empresa, así como los casos confirmados para los que le sea requerido por la autoridad sanitaria. Así como en el caso de las personas trabajadoras con especial sensibilidad en relación a la infección de coronavirus SARS-CoV-2, sin posibilidad de adaptación del puesto de trabajo.

El servicio de prevención de riesgos laborales informará sobre las actuaciones anteriores a las personas afectadas, a la empresa y a los órganos de representación en materia de seguridad y salud, si los hubiera, guardando la debida confidencialidad. Además, informará de: A) la obligación del aislamiento preventivo o, en su caso, cuarentena; B) el parte de baja y los de confirmación pueden ser emitidos sin la presencia física de la persona trabajadora. La persona interesada no debe ir a recoger los partes, puede recogerlos otra persona o utilizar otros medios disponibles para evitar desplazamientos; C) el INSS realizará el procedimiento interno correspondiente para convertirlos en

accidente de trabajo, a efectos de prestación económica; D) las medidas y recomendaciones preventivas generales, sobre todo de higiene, de los lugares de trabajo.

En cuanto al personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, el artículo 9 del RDL 19/2020, de 26 de mayo, dispone que las enfermedades padecidas por dicho personal, como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV-2 durante el estado de alarma, tendrán consideración de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral. Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV-2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

El documento termina con una serie de Anexos cuya finalidad es ayudar a empresas y otros sujetos llamados a la colaboración con las autoridades sanitarias. No obstante, es un documento que, técnicamente, es completo y riguroso, pero quizá llegue demasiado tarde. El 8 de junio y tras más de dos meses de lucha contra la pandemia tiene reducida efectividad, en comparación con que el mismo documento se hubiese emitido a inicios de marzo. Además, con un tejido industrial basado principalmente en la pequeña y mediana empresa, la colaboración de éstas se reduce debido a las justas capacidades de las mismas.

4. ÉPOCA POSTERIOR AL ESTADO DE ALARMA

Tras la declaración del Estado de Alarma se publicaron diferentes normas con el objetivo de hacer frente al coronavirus, como se ha podido comprobar. Posteriormente y tras la finalización del estado de alarma el 21 de junio de 2021, publicaron algunas normas cuya incidencia ha ido a parar al panorama legal social.

4.1 EL DIÁLOGO SOCIAL COMO RESPUESTA AL CORONAVIRUS

La concertación social ha sido fundamental para dar respuesta a la crisis generada por la pandemia. Los agentes sociales se reunieron para elaborar el documento de propuestas del 12 de marzo de 2020 que, posteriormente, se recogería en gran parte en el RDL 8/2020.

El Gobierno ha encontrado respaldo en los sindicatos más representativos y las asociaciones empresariales con quienes ha venido suscribiendo varios instrumentos de empleo en este último periodo (Gratiela-Florentina, 2020).

El año 2020 comenzaba con la visibilización de la importancia del Diálogo Social por medio de la elaboración del acuerdo del incremento de 5,5% del Salario Mínimo Interprofesional que se plasmaría en el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero.

Así pues, «el Diálogo Social ya ha sido definido como un método de adopción de decisiones estratégicas o importantes en los ámbitos de la política económica y social y de la regulación de las condiciones de trabajo por parte de tres actores o sujetos: el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones empresariales» (Martín Valverde, 1994). La concertación y el diálogo social han sido instrumentos sociopolíticos sin cuya aportación no se puede entender la normalización democrática, el desarrollo socioeconómico y la modernización de las relaciones laborales (Consejo Economico y Social España, 2015). Y por ello, continuó su protagonismo a la hora de decidir el marco o contexto laboral tras la declaración del Estado de Alarma.

«El diálogo social ha formado parte del conjunto de respuestas que han podido evitar un mayor colapso económico y social (...) La autonomía colectiva y el fortalecimiento de sus instrumentos han resultado y resultaran claves para garantizar la resiliencia y la capacidad de adaptación de las relaciones laborales en su conjunto» (Consejo Economico y Social España, 2021).

La noción de colapso es la que más fácilmente viene a la mente tras comprobar el alcance de la doble crisis, sanitaria y económica, y su alcance global en todo el planeta. Se percibe el colapso porque se corporeiza el derrumbe a nivel global de un sistema cuyo funcionamiento parecía permanente e incuestionable (Baylos Grau, 2021).

4.1.1 II Acuerdo Social en Defensa del Empleo (II ASDE)

El 25 de junio de 2020 se alcanzó el II Acuerdo Social en Defensa del Empleo (II ASDE)¹⁸⁰ incluido en el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial¹⁸¹.

Este segundo acuerdo del diálogo social prorroga los ERTE por fuerza mayor del artículo 22 del RDL 8/2020 hasta el 30 de septiembre de 2020, recordando una vez más, que las

¹⁸⁰ Puede encontrarse aquí: [http://www.fade.es/prensa/II Acuerdo Social en Defensa del Empleo.pdf](http://www.fade.es/prensa/II_Acuerdo_Social_en_Defensa_del_Empleo.pdf)

¹⁸¹ <https://boe.es/boe/dias/2020/06/27/pdfs/BOE-A-2020-6838.pdf>

empresas y entidades afectadas por estos expedientes deben reincorporar a las personas trabajadoras afectadas para la vuelta al desarrollo de su actividad.

Como novedad, se recoge en él la prohibición de realizar horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad o concertar nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, durante la aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo. Estas medidas se dan con el objetivo de evitar fraudes laborales y sociales. Se exceptúa para aquellos casos en que las personas trabajadoras ya contratadas o con el contrato suspendido no puedan llevar a cabo tareas específicas. Para ello, se dispone que debe realizarse previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras, imponiendo así cierto deber de control y vigilancia a tal representación.

Los ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se prorrogaron hasta el 30 de septiembre de 2020 incluyéndose la misma prohibición de realizar horas extraordinarias, externalizaciones o nuevas contrataciones que se dispuso para los ERTes por fuerza mayor.

Las medidas fueron puestas en marcha para la superación de la crisis provocada por la pandemia pero, «hay que recordar que, las desigualdades procedentes del mercado laboral podrían agravarse, sobre todo en países como España, limitando el acceso a la nueva contratación y, como consecuencia, profundizando el problema del paro estructural y del desempleo oculto tras la inactividad involuntaria, deteriorando la posición de la mujer en el mercado laboral e impidiendo el acceso al empleo de los jóvenes» (Ruesga & Viñas Apaolaza, 2021).

El artículo 3 del II ASDE fue relativo a las medidas extraordinarias en materia de protección del empleo reguladas en el artículo 25 se prorrogaron hasta el 30 de septiembre de 2020 mientras que las del apartado 6 del artículo 25 se prorrogaron hasta el 31 de diciembre de 2020.

Se dispuso en este apartado que la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo prorrogará hasta el 30 de septiembre de 2020 la duración máxima de los derechos reconocidos en virtud de procedimientos de suspensión o reducción de empleo. Si alguna empresa renunciara al expediente de regulación o desafectan a algún trabajador o trabajadora deben comunicarlo a las entidades gestoras a efectos de la prestación, así

como si durante un mes natural se alteran los periodos de actividad y de inactividad o de reducción de jornada.

El artículo 4 del acuerdo fue uno de los más debatido en el seno del diálogo social. Este es relativo a las medidas extraordinarias en materia de cotización. En definitiva y a modo esquemático, la cotización de las empresas que haya realizado ERTes quedó de la siguiente manera:

⇒ Las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir del 1 de julio de 2020, así como de aquellas otras que reinicien su actividad tras la renuncia de la empresa, las exenciones serán:

- El 60 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- El 40 % de la aportación empresarial devengada en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera 50 trabajadores o más a fecha de 29 de febrero de 2020.

⇒ Las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir del 1 de julio de 2020, las exenciones serán:

- El 35 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera menos de 50 trabajadores.
- El 25 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera 50 trabajadores o más.

Las empresas que hubieran decidido la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionada con el COVID-19, con anterioridad al acuerdo o el ERTE por las mismas causas se iniciase tras un ERTE por fuerza mayor, se les aplicó las siguientes exoneraciones:

⇒ Respecto a las personas trabajadoras que reinicien su actividad a partir del 1 de julio de 2020:

- El 60 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera menos de 50 trabajadores.

- El 40 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera 50 trabajadores o más a fecha de 29 de febrero de 2020.

⇒ Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas con sus actividades suspendidas entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2020:

- El 35 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera menos de 50 trabajadores.
- El 25 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengadas en julio, agosto y septiembre de 2020 si la empresa tuviera 50 trabajadores o más.

Se mantuvo la no afectación a las personas trabajadoras por estas medidas como ya se hiciera en el anterior ASDE y las potestades de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La Disposición Adicional 1ª se refirió también a la materia de exención de cotizaciones de aportación empresarial y de cotización conjunta para aquellas empresas o entidades que se mantuviesen en la fuerza mayor. Así pues, se dispone que:

⇒ Respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que continúen con sus actividades suspendidas a partir del 1 de julio de 2020:

- El 70% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020; el 60% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020; y el 35% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020 en empresas de menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- El 50% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de julio de 2020; el 40% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de agosto de 2020; y el 25% respecto de las cotizaciones devengadas en el mes de septiembre de 2020 en empresas de 50 trabajadores o más personas a fecha de 29 de febrero.

⇒ Las empresas y entidades que, a partir del 1 de julio de 2020, vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de

contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo, podían beneficiarse:

- El 80 % de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta devengada durante el periodo de cierre, y hasta el 30 de septiembre, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 personas a fecha de 29 de febrero de 202
- El 60% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta durante el periodo de cierre y hasta el 30 de septiembre si en esa fecha la empresa hubiera tenido 50 o más personas trabajadoras a fecha de 29 de febrero.

Este último apartado fue lo que se denominó «ERTEs de rebrote»¹⁸². En definitiva y por un lado, en este apartado se alambicó la normativa con el fin principal de seguir beneficiando a las empresas que utilizan los ERTE. Por otro lado, se buscó la reducción de las exoneraciones de las empresas que lleven tiempo en ERTE con el fin de que vuelvan a la actividad y permitan la reincorporación o desafectación de los trabajadores y trabajadoras.

El artículo 5 del II ASDE prorrogó la prohibición del reparto de dividendos de las empresas que utilizaran el mecanismo de ERTE, así como su exclusión a empresas cuyo domicilio social se encuentra en paraísos fiscales.

El artículo 6 extendió la cláusula de salvaguarde del empleo 6 meses regulado en la disposición Adicional del RDL 8/2020 en los mismos términos tanto para las empresas que aún no hubieran vuelto a la actividad como aquellas que se acogiesen a los ERTE por primera vez.

El artículo 7 prorrogó la prohibición de despido, así como la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales regulados en los artículos 2 y 5 del RDL 9/2020.

Por último, la Disposición Adicional 2ª se refirió a las personas trabajadoras incluidas en ERTEs o reducciones de jornada pero que no son beneficiarias de la prestación por

¹⁸² La Dirección General de Trabajo de la Generalitat Valenciana emitió instrucciones para la tramitación de ERTEs rebrote: https://cindi.gva.es/documents/21189/169712242/20200820_InstruccionRebrotosTrabajo_es.pdf/93157e47-211a-4d59-8945-ca603234dd1c

desempleo, regulando que las mismas y durante esos periodos se consideraron en situación asimilada al alta durante dichos periodos, a los efectos de considerar estos como efectivamente cotizados. Además, la base de cotización a tener en cuenta durante los periodos de suspensión o reducción de jornada era el promedio de las bases de cotización de los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de dichas situaciones.

El II ASDE fue en términos muy parecido al anterior. Lo más destacable fue la regulación de las exenciones de cotizaciones y la capacidad del Diálogo Social de entenderse para prorrogar los ERTes y otras medidas necesarias para la protección del empleo, la salvaguarda de la economía y la subsistencia de muchas familias.

4.1.2 Acuerdo por la reactivación económica y el empleo

El 3 de julio de 2020 se aprobó el Acuerdo por la reactivación económica y el empleo¹⁸³ entre los principales interlocutores sociales y el gobierno. El documento recogió una serie de promesas entre los mismos, buscando la mejora de la economía y el crecimiento del empleo durante el proceso de desescalada¹⁸⁴.

El primer punto aseguró que «el Gobierno y los interlocutores sociales comparten la urgente necesidad de impulsar la reactivación económica y la creación de empleo». Mientras tanto, el segundo punto situó al Diálogo Social como punto imprescindible, emplazándose a intensificar las reuniones en un plazo más breve.

Las partes aseguraron que se hubieran puesto en marcha medidas cuyo objetivo es preservar el tejido productivo, el empleo y las rentas familiares. También, el gobierno movilizó mayores recursos públicos con un «carácter tractor sobre el conjunto de la economía», mediante un esfuerzo presupuestario. Además, se puso en marcha un segundo programa financiero de apoyo público a la solvencia y a la inversión empresarial de 50.000 millones de euros.

Se declaró los Expedientes de Regulación de Empleo como figura clave en la crisis COVID, evitando la destrucción de puestos de trabajo y preservando capital humano y

¹⁸³https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/03072020_Reactivacion.pdf

¹⁸⁴ El proceso de desescalada fue un proceso de levantamiento de las restricciones tras la leve recuperación en mayo de los contagios y muertes provocados por el virus COVID-SARS-2.

tejido productivo. El documento aseguró que se ha demostrado «un éxito del Diálogo Social en la política laboral de nuestro país».

Las partes firmantes se comprometieron a lo siguiente:

- ⇒ Impulsar la reincorporación a las empresas de los trabajadores y trabajadoras afectados por ERTE derivados de la crisis del COVID 19. Así como la recontractación de personas con contrato temporal cuya relación laboral finalizó.
- ⇒ Desarrollar mecanismos eficaces para la formación y cualificación de los trabajadores para acceder a puestos de trabajo, en el ámbito digital, en sectores afectados por la crisis.
- ⇒ Acceder un marco adecuado para el trabajo a distancia y la adaptabilidad de la jornada laboral mejorando la productividad empresarial y la conciliación de la vida laboral y familiar.
- ⇒ Desarrollar un marco adecuado de contribución compartida para los ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. protegiendo el tejido productivo, el empleo y a los trabajadores y trabajadoras en un marco de mayor seguridad jurídica, menor vulnerabilidad y volatilidad y mayor contribución a la estabilidad económica.
- ⇒ Poner en marcha un Pacto por la industria que permita la reindustrialización, que diversifique, equilibre y modernice su estructura productiva.
- ⇒ Impulsar la transición “verde” del conjunto de sectores productivos y la economía circular, apostando por la colaboración público-privada y la inversión en la industria, la agricultura y en servicios competitivos.
- ⇒ Impulsar la digitalización de la economía.
- ⇒ Modernizar las políticas activas de empleo con el fin de reorientar los recursos correspondientes hacia un sistema eficaz de apoyo personalizado, formación y recualificación de las personas trabajadoras.
- ⇒ Apoyar el desarrollo de la economía social y el sistema de cuidados.
- ⇒ Apoyar a los autónomos, tanto en la superación de la crisis generada por la pandemia como en la reactivación de sus actividades profesionales.
- ⇒ Modernizar nuestro marco laboral a fin de minimizar el impacto sobre el empleo de crisis futuras.

- ⇒ Asegurar el reforzamiento de nuestros Servicios Públicos en los distintos niveles de la administración, especialmente en el servicio sanitario y el sistema de dependencia, así como en el servicio público de empleo.
- ⇒ Abordar las adaptaciones para el refuerzo y la garantía de sostenibilidad y suficiencia a largo plazo del sistema público de pensiones, protegiendo así su poder adquisitivo.
- ⇒ Impulsar medidas eficaces para aflorar la economía sumergida, luchando contra el fraude, la precariedad y la evasión fiscal.

Tras lo anterior, las partes acordaron reactivar las mesas de Diálogo Social ya constituidas e incorporar medidas tendentes a la creación de empleo y abordar los compromisos recogidos anteriormente.

El documento tuvo un carácter nulo en lo que a normativa se refiere. No obstante, el ensalzamiento del Diálogo Social y el compromiso de los interlocutores sociales de reactivarlo y llevarlo a cabo fue un punto de partida importante para posteriores leyes que se desarrollarían¹⁸⁵.

4.1.3 III Acuerdo Social para la Defensa del Empleo

El 29 de septiembre de 2020¹⁸⁶ se alcanzó el III Acuerdo Social para la Defensa del Empleo en el seno del diálogo social con los principales interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT). Este acuerdo se vio publicado por medio del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo¹⁸⁷.

Este acuerdo, como aseguraba la Exposición de Motivos del RDL, «impulsa de nuevo la adopción de medidas ante la crisis sanitaria para amortiguar los efectos socioeconómicos provocados por la pandemia y seguir salvaguardando el empleo, e incluye, asimismo, los mecanismos necesarios para ofrecer una protección que se adecue a diferentes escenarios y entornos de crisis, ya sea por la diferente afectación del sector de actividad, por el grado de impacto que en determinadas circunstancias pueden provocar las decisiones adoptadas

¹⁸⁵ Ejemplo de ello es la ley sobre trabajo a distancia publicada en septiembre.

¹⁸⁶ https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/290920-enlace_empleo.aspx

¹⁸⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/30/pdfs/BOE-A-2020-11416.pdf>

por razones sanitarias, o por el tránsito a causas de naturaleza distinta que fundamenten el mantenimiento de las medidas de suspensión o reducción de jornada».

Los artículos 1 y 3 del RDL 30/2020 fueron destinados a prorrogar los ERTes bien por causa de fuerza mayor descritos en el artículo 22 del RDL 8/2020 como los ERTes realizados por causas económicas, técnicas, productivas u organizativas descritos en el artículo 23 del mismo cuerpo legal, hasta el 31 de enero de 2021.

El artículo 2 se refirió a las exenciones de las cuotas de Seguridad Social. La regulación que se conforma es la siguiente:

En los casos que las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vieron impedido el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas por las autoridades, previa realización de la suspensión de contratos de trabajo, podían beneficiarse de¹⁸⁸:

- ⇒ El 100% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta hasta el 31 de enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ El 90% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta hasta el 31 de enero de 2021, cuando la empresa hubiera tenido 50 o más trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

Las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vieron limitado el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas, podían beneficiarse:

- ⇒ El 100 %, 90 %, 85 % y 80 % de la aportación empresarial y conjunta, en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2020 y enero de 2021, cuando la empresa tuviera menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ El 90 %, 80 %, 75 % y 70 % de la aportación empresarial y conjunta, en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2020 y enero de 2021 cuando la empresa tuviera 50 o más trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

¹⁸⁸ Mismo criterio y porcentajes para los ERTes de rebrote definidos en el apartado 2 de la D.A.1ª del RDL 24/2020.

⇒ En los casos de ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, únicamente tendrán exoneración, desde el 1 de octubre de 2020 a 31 de enero de 2021, los ERTEs vinculados a los CNAE y empresas del Anexo del RDL 30/2020.

El artículo 4 del RDL 30/2020 prorrogaron las limitaciones de los ERTEs a las empresas con sede en algún paraíso fiscal, así como el reparto de dividendos. Así como, el artículo 5 mantuvo vigente la cláusula de salvaguarda del empleo¹⁸⁹ de la Disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020 en los términos previstos en dicho precepto y por los mismos plazos.

Los artículos 2 y 5 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, quedaron prorrogados hasta el 31 de enero de 2021. Es decir, tanto la prohibición de despedir por causas Covid-19 como la interrupción del cómputo de los contratos temporales que se vean suspendidos por un ERTE.

En el artículo 7 se estableció la prórroga de la limitación por la cual las empresas no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de la actividad, ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, durante la aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere este artículo.

El artículo 8 fue relativo a las medidas extraordinarias de la protección por desempleo prorrogando las mismas en los términos del RDL 24/2020 hasta el 31 de enero de 2020. Ahora bien, con respecto a la medida de la no reposición de prestaciones (contador a cero) ésta se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2020, aunque no computaron las prestaciones consumidas desde esa fecha para quienes, antes de 1 de enero de 2022, accedieron a la prestación por desempleo por finalización de contrato de duración determinada por un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por un despido por cualquier causa declarado improcedente.

En este apartado, lo que realizaron los interlocutores sociales fue eliminar un elemento incentivador extraordinario de la prestación por desempleo que protegía a las personas trabajadoras que recibieran tal prestación (el contador a 0) pero manteniéndolo, por otro lado, únicamente cuando la persona trabajadora vuelva a verse en situación legal de

¹⁸⁹ Esta cláusula se recogió también en el artículo 6 del RDL 24/2020.

desempleo antes del 1 de enero de 2022. En el caso de que se compatibilizada una prestación por desempleo derivada de un ERTE con un trabajo a tiempo parcial no se dedujo de la cuantía de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado.

El artículo 9 prorrogó hasta el 31 de enero de 2020 la prestación extraordinaria para personas con contrato fijo discontinuo o que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas.

El artículo 11 declaró la compatibilidad de la prestación por desempleo y el trabajo a tiempo parcial mientras que el artículo 12 incluyó el derecho de todo trabajador o trabajadora a percibir una compensación económica cuyo importe será equivalente a lo dejado de percibir por la deducción efectuada, en el caso de que se dé dicha compatibilidad. Dicha compensación se abonó en un solo pago previa solicitud del interesado formalizada en el modelo establecido al efecto y se podrá realizar hasta el 30 de junio de 2021.

Esto último puede entenderse como una medida cuya finalidad fue la incentivación del empleo y la búsqueda de oportunidades para los trabajadores y trabajadoras más afectados por la crisis económica y social provocada por el covid-19. El tejido industrial no se ha visto afectado de la misma manera en esta crisis¹⁹⁰, por ello, los interlocutores sociales buscaron estimular el empleo compatibilizándolo con las prestaciones por desempleo recibidas a causa de los ERTE.

La Disposición Adicional 1ª fue relativa a empresas pertenecientes a sectores con una tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad considerándose tales aquellas empresas pertenecientes a sectores con más de un 15% de trabajadores y trabajadoras en ERTE y menos de un 65% de tasa de recuperación, y cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-09– previstos en el Anexo del RDL 30/2020¹⁹¹.

Esta previsión requirió que sean ERTEs ya existentes, los cuales, accederán a la exoneración de cuotas de la Seguridad Social sobre la base de que sea empresas integrantes de la cadena de valor, es decir, aquellas que durante 2019, hubieran generado

¹⁹⁰ Mientras que el sector de la hostelería es uno de los más afectados por la crisis, el sector de la construcción se define como mucho más ileso al respecto.

al menos un 50% de su facturación en operaciones realizadas de forma directa con las incluidas en alguno de esos CNAES o empresas indirectamente dependientes de otras incluidas en dichos CNAES.

La solicitud de declaración de empresa dependiente o integrante de valor debía presentarse entre los días 5 y 19 de octubre de 2020 ante la autoridad laboral que hubiera dictado resolución, expresa o tácita, del ERTE prorrogado.

La exoneración de las cotizaciones sociales se realizó en empresas con un ERTE por fuerza mayor prorrogado, que transitaron de un ERTE de fuerza mayor a un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o que tuvieran un ERTE por las anteriores causas y que vinieran prorrogándose conforme al II ASDE. Las anteriores debían estar incluidas en incluidas en los CNAES del anexo o integrantes de la cadena de valor o dependientes indirectamente de otras empresas integrantes de los CNAES.

La exoneración para personas trabajadoras activadas y trabajadores que permanecían en el ERTE, en igual porcentaje, es:

- ⇒ El 85% de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social de los meses de octubre, noviembre, diciembre y enero, en empresas de menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ 75% de la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social de los meses de octubre, noviembre, diciembre y enero, en empresas de 50 o más trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

El Diálogo Social amplió el abanico de protección a las empresas cuya relación indirecta con la crisis también les afectó por la crisis. Es decir, la protección debe de llegar a todas y cada una de las empresas que sufran pérdidas a causa del COVID-19.

La Disposición Adicional 2ª del RDL 30/2020 prorrogó la conformación de la Comisión Tripartita Laboral integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT) ya creada en el anterior II ASDE.

La Disposición Adicional 3ª del RDL 30/2020 reguló la formación de las personas afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo, estableciéndolas como

colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional. Para ello se adoptaron las siguientes medidas:

- ⇒ Adaptación, para su flexibilización, de la normativa reguladora, particularmente la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, en relación con la oferta formativa de las administraciones competentes y su financiación, y se establecieron las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.
- ⇒ Integración de estas personas como colectivo prioritario en las bases reguladoras de las diferentes iniciativas de formación profesional para el empleo.
- ⇒ Programación de planes específicos de formación adaptados a la realidad productiva de estas personas, con especial relevancia en aquellas iniciativas relacionadas con la adquisición de competencias para la transformación digital, así como en los planes de formación sectoriales e intersectoriales.

La Disposición Adicional 4ª prorrogó hasta el 31 de enero la prestación de cese de actividad compatible con el trabajo por cuenta propia y la prórroga de las prestaciones ya causadas al amparo del artículo 9 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

La lista de CNAEs que se incluyó en el RDL 30/2020 y negociada en sede de Diálogo Social es la recogida en el ANEXO 2.

4.1.4 IV Acuerdo Social para la Defensa del Empleo

El 27 de enero de 2021¹⁹² se publicaba un nuevo acuerdo, fruto del diálogo social e integrado en el Título I del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo¹⁹³.

¹⁹² Realmente, el acuerdo en la mesa del Diálogo Social se produjo el día 19 de enero de 2021.

¹⁹³ <https://www.boe.es/boe/dias/2021/01/27/pdfs/BOE-A-2021-1130.pdf>

El objetivo de este nuevo acuerdo no varió y se definió como continuista puesto que respondió a la idea conjunta de los interlocutores sociales de prorrogar las medidas en vigor hasta el momento dando así protección a la mayoría de trabajadores y trabajadoras y empresas.

La primera medida que se tomó fue la prórroga de los ERTEs por fuerza mayor, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por impedimento en el desarrollo de la actividad¹⁹⁴ del artículo 22 del RDL 8/2020 hasta el 31 de mayo de 2021. Las exoneraciones sociales de estos ERTEs son:

- ⇒ El 100% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta hasta el 31 de mayo de 2021 en empresas de menos de 50 trabajadores.
- ⇒ El 90% aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta hasta el 31 de mayo de 2021 en empresas de 50 trabajadores o más.

Se prorrogaron también los ERTEs por limitación al desarrollo normalizado de la actividad vigentes, es decir, aquellos que estén basados en el artículo 2.2 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, hasta el 31 de mayo de 2021. A éstos, le resultó aplicables las siguientes exoneraciones:

- ⇒ El 100%, 90%, 85%, 80% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta en los meses de febrero, marzo, abril y mayo respectivamente en empresas de menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ El 90%, 80%, 75%, 70% de la aportación empresarial y cuotas de recaudación conjunta en los meses de febrero, marzo, abril y mayo respectivamente en empresas de menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

En la Disposición Adicional 1ª y en cuanto a las empresas dedicadas a los CNAEs previstos y que hubieran optado por la suspensión de contratos de trabajo, en sectores donde se dieran los criterios de 15% de trabajadores y trabajadoras en ERTE y 70% de tasa de recuperación, las exoneraciones que se aplicaron a los trabajadores activados y a los trabajadores que permanecen en el ERTE son:

¹⁹⁴ Esta es una causa de ERTE que se permite de nuevo utilizar a las empresas hasta el 31 de mayo de 2021 y que habrá que tramitar ante la autoridad laboral. Así como también se permite iniciar un nuevo ERTE por limitación del desarrollo normalizado de la actividad.

- ⇒ El 85% de la aportación empresarial hasta el 31 de mayo en empresas de menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2021.
- ⇒ El 75% de la aportación empresarial hasta el 31 de mayo en empresas de 50 o más trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2021.

Ahora bien, las exoneraciones no se aplicaron a todas las empresas y sí a las siguientes:

- ⇒ Empresas a las que se prorrogue automáticamente el expediente de regulación temporal de empleo vigente, basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, según lo establecido en el artículo 1.1, y que tengan la consideración de pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad.
- ⇒ Empresas a las que se refiere el artículo 3.3, que transiten desde un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor basado en las causas del artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a uno de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción durante la vigencia de esta norma, cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas.
- ⇒ Empresas titulares de un expediente de regulación temporal de empleo basado en el artículo 23 del RDL 8/2020, a las que se refiere el artículo 4.2 del RDL 24/2020, cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades.
- ⇒ Empresas que, habiendo sido calificadas como dependientes o integrantes de la cadena de valor, transiten desde un expediente de regulación temporal de empleo por causas de fuerza mayor basado en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, a uno por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

El IV ASDE recogió el paso de ERTE por fuerza mayor de impedimento a ERTEs de limitación y viceversa por primera vez con el objetivo de permitir la flexibilidad en el concepto de fuerza mayor que permitía a las empresas entrar y salir del ERTE y no verse afectadas o maniatadas por las restricciones de movilidad y aforo impuestas. En estos casos, no era necesario tramitar un nuevo ERTE.

Las empresas que deseaban realizar lo anterior debían comunicar el cambio de situación, la fecha de efectos y los centros y personas afectados, a la autoridad laboral que hubiese aprobado el ERTE y a la representación legal de las personas trabajadoras. Debían presentar una declaración responsable a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal los cambios que se produjeron respecto de las personas afectadas por los ERTEs.

Con respecto a la prestación por desempleo, el artículo 8 extendió la misma, sin exigencia del periodo de carencia, hasta el 31 de mayo de 2021.

Los trabajadores y trabajadoras fijos-discontinuos o que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas siguieron teniendo acceso a la prestación extraordinaria. Así también, cuando se compatibilizaba una prestación por desempleo derivada de un ERTE con un trabajo a tiempo parcial no se deducía de la cuantía de la prestación la parte proporcional al tiempo trabajo.

El paquete de medidas de limitaciones y prohibiciones para empresas que se acogieron al nuevo paquete de exoneraciones se recogió en los artículos 4, 5, 6 y 7 prorrogándose hasta el 31 de mayo de 2021. Estas medidas fueron las mismas que se recogían en los anteriores ASDE como la cláusula de salvaguarda del empleo, la prohibición de despedir, la interrupción del cómputo de los contratos temporales suspendidos, la prohibición de repartir dividendos, realizar horas extras y nuevas externalizaciones o acogerse a ERTE en empresas cuyo domicilio social se encuentre en paraísos fiscales.

El RDL 2/2020 incorporó una serie de medidas o prórroga de las ya impuestas como acompañamiento al texto del ASDE. Así pues, se preveía una serie de medidas de apoyo a trabajadores y trabajadoras por cuenta propia y a las personas trabajadoras de temporada incorporados en el RETA como el acceso de los mismos a la prestación extraordinaria de cese de actividad.

EL IV ASDE recogió un nuevo listado de CNAEs que se acompaña en el Anexo del RDL 2/2021. La inclusión respondió a una necesidad de dar respuesta y facilidades a empresas que si en un principio no notaron la crisis pandémica abultadamente, poco a poco se vieron afectadas por restricciones que llevan a cabo las autoridades sanitarias y que impiden o limitan su actividad mercantil. En definitiva, amplió la protección y aumentó el número de empresas y personas trabajadoras. La lista de CNAEs recogida se encuentra en el ANEXO 3.

4.1.5. V Acuerdo Social en Defensa del Empleo

El día 28 de mayo de 2021 se publicó el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos que contuvo el V Acuerdo Social en Defensa del Empleo¹⁹⁵.

Las exoneraciones de cotizaciones sociales por conceptos conjuntos y por la aportación empresarial en ERTes por limitación al desarrollo normalizado de la actividad vigente, basados en el artículo 2.2 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre o el artículo 2.1 del RDL 2/2021, de 26 de enero, quedó de la siguiente manera:

- ⇒ 85% en los meses de junio y julio y 75% en los meses de agosto y septiembre, cuando la empresa tuviera menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ 75% en los meses de junio y julio y 65% en los meses de agosto y septiembre, cuando la empresa hubiera tenido 50 o más personas trabajadoras a fecha de 29 de febrero de 2020.

En el caso de ERTes por motivos distintos, se le vio aplicado las exoneraciones del anterior IV ASDE. Así también, las medidas extraordinarias en materia de protección de las personas trabajadoras fueron igualmente prorrogadas.

Las empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por expedientes de regulación temporal de empleo y una reducida tasa de recuperación de actividad se vieron modificados:

- ⇒ El 95% de la aportación cuando la empresa hubiera tenido menos de 50 trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.
- ⇒ El 85% de la aportación cuando la empresa hubiera tenido 50 o más trabajadores a fecha de 29 de febrero de 2020.

¹⁹⁵ <https://asecarco.org/wp-content/uploads/2021/05/CEOE-V-Acuerdo-Social-en-Defensa-del-Empleo.pdf>

El acuerdo no introdujo grandes modificaciones y se defendió principalmente como una prórroga, hasta el 30 de septiembre de 2021, de las condiciones y del escudo social establecido previamente.

4.2.EL DIÁLOGO SOCIAL COMO RESPUESTA A LA PANDEMIA

Los principales interlocutores sociales del país junto con el Ministerio de Trabajo, dieron respuesta a la crisis pandémica por medio del Diálogo Social y las repetidas negociaciones. Su capacidad cuasileisladora permitió que lo recogido en un acuerdo acabara convirtiéndose en ley.

La respuesta que se dieron puede definirse, a priori, como continuista, puesto que las medidas que prorrogan e incorporan ya estaban en vigor por medio del RDL 8/2020. Bien es cierto, que las prohibiciones y limitaciones sí fueron novedosas puesto que anteriormente no se había recogido la prohibición de repartir dividendos o poner barreras legales a los ERTes a aquellas empresas cuyo domicilio social se encuentre en paraísos fiscales.

Sin embargo, debemos de recordar que se publicó un documento¹⁹⁶ conjunto y por mutuo propio de los interlocutores donde se recogían una serie de propuestas de medidas (que acabarían convirtiéndose en diferentes RDL) y en el que se especificaba que se había «elaborado una serie de medidas extraordinarias para formular al Gobierno a fin de cubrir las posibles situaciones y contingencias derivadas del coronavirus», ya que los «escenarios en que pueden verse tanto las personas trabajadoras como sus empresas, no encuentran respuesta adecuada en la actual normativa laboral y de seguridad social». Es, por tanto, fruto del diálogo social la apuesta por los mecanismos de ERTE y la protección del empleo. Así pues, el Ejecutivo creyó en el diálogo social y permitió que fuera protagonista del mercado laboral fijando las reglas y medidas para hacer frente a una crisis económica, social y sanitaria.

Además, los interlocutores sociales fueron conocedores de la realidad que rodeó al mercado de empleo y, por ello, creyeron necesario abrir el concepto de fuerza mayor para que en el mismo se entendiera como la restricción de la actividad por las autoridades, así

¹⁹⁶ Hablamos del documento previo a la declaración del Estado de Alarma publicado aquí: <https://www.ccoo.es/es/publicaciones/laboral/documento-de-propuestas-conjuntas-de-las-organizaciones-sindicales-ccoo-y-ugt>

como el paso de un tipo de ERTE a otro sin necesidad de mayores trámites y facilitando el mismo.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su «Dictamen sobre la "Propuesta de Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros" (2020/C232/03)¹⁹⁷», aprobado el 7 de mayo y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 14 de julio de 2020, recogió que, para mejorar el mercado laboral hay que «desarrollar la capacidad de los interlocutores sociales en el dialogo social prever inversiones en estructuras para apoyar el dialogo social y promover procedimientos legislativos que fomenten este diálogo», insistiendo en que «en que el diálogo social debe estar presente en todos los Estados miembros e insta a todos los agentes políticos a escala nacional y europea a reforzar las estructuras de negociación colectiva a todos los niveles». Ello es, lo que se ha realizado en España.

La cumbre social que realizó la Organización Internacional del Trabajo en julio de 2020 sirvió para realizar una serie de propuestas para la mejora del mercado del empleo, siendo uno de ellos promover el diálogo social y la negociación colectiva. Éstos son instrumentos esenciales para encontrar soluciones reales y eficaces, pues los posibles acuerdos incrementan la legitimación de la acción de gobiernos y empresas, así como fortalecer la capacidad y la resiliencia de las personas empleadoras y trabajadoras y sus organizaciones. Sin duda, la negociación colectiva es la principal de las instituciones del mercado de trabajo (Perez Oriz, Viñas Apaolaza, Da Silva Bichara, & Heredero, 2019). El gobierno de conformación progresista¹⁹⁸ del Partido Socialista Obrero Español y Unidas Podemos apostó por el Diálogo Social antes de la crisis del coronavirus. Prueba es el «Acuerdo Social para el incremento del Salario Mínimo Interprofesional en 2020»¹⁹⁹ firmado el 30 de enero de 2020, que fija el SMI en 31,66 euros/día o 950 euros/mes²⁰⁰.

La voluntad evidente de aproximar las posiciones del Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, mediante el fomento del diálogo social, se manifiesta en la fijación de propuestas de desarrollo del mismo para la adopción de medidas conducentes a la superación de la presente crisis económica y social, tanto en las

¹⁹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020AE1835&from=EN>

¹⁹⁸ El acuerdo de gobierno llevaba el título de «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España».

¹⁹⁹ <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/300120-sanchez-smi.aspx>

²⁰⁰ Véase el Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero.

políticas de empleo y protección social, como, incluso, en las posibles reformas de la legislación laboral y de Seguridad Social (Cabero Morán).

En un ámbito inferior al estatal, también hubo acuerdos importantes. «El diálogo social autonómico ha sufrido un impulso a raíz de la necesidad de búsqueda de respuestas a la crisis del COVID-19. Además, en ciertos territorios el diálogo social siempre ha sido una referencia a la hora de elaboración de normas y leyes. En muchos casos, la concertación social autonómica se ha concretado en acuerdos que han abarcado múltiples materias: políticas de desarrollo económico del territorio, políticas sectoriales (por ejemplo, pactos por la industria), políticas de empleo y de relaciones laborales, políticas de igualdad, de protección social (por ejemplo, garantía de rentas mínimas), así como políticas educativas, de vivienda y otras»²⁰¹ (Consejo Económico y Social España, 2021).

El 25 de marzo de 2020, se firmó un acuerdo social en Castilla la Mancha que se cristalizaría en el Decreto-ley 2/2020, de 16 de abril, de medidas urgentes y extraordinarias para la protección de las personas y las empresas de Castilla y León frente al impacto económico y social del COVID-19²⁰². Se especificó en el preámbulo del mismo que «el Gobierno regional cuenta con un aliado de primer orden, el Diálogo Social. Desde el comienzo de la crisis se ha mantenido contacto permanente con los agentes sociales y económicos que una vez más han demostrado su compromiso con la Comunidad, que ha fructificado con la firma, el 25 de marzo de 2020, de un Plan de medidas extraordinarias para la protección a los trabajadores, a las empresas, a las familias y a las personas más vulnerables con motivo de la crisis del COVID-19». El objeto fue superar la crisis del coronavirus mediante la concertación social, el diálogo y la búsqueda de soluciones conjuntas entre los principales interlocutores sociales autonómicos y las autoridades.

En otras comunidades autónomas también se llegaron a acuerdos similares. En la comunidad autónoma de Cantabria se firmó el «Acuerdo en materia de protección social, apoyo a las personas, fomento del empleo y de la actividad económica» el 28 de abril de 2020.

²⁰¹ En algunos sitios, se ha creado el Consejo para el Diálogo Social, institucionalizando la participación en procesos de toma de decisiones. Es el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid que creó dicho organismo mediante la Decreto 21/2017 de 28 de febrero, por la que se crea el Consejo para el Diálogo Social de la Comunidad de Madrid. También se creó el Consejo de Diálogo Social de Castilla-La Mancha mediante la Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla La Mancha.

²⁰² <https://bocyl.jcyl.es/boletines/2020/04/18/pdf/BOCYL-D-18042020-1.pdf>

En la comunidad autónoma de las Islas Baleares se llegó a un acuerdo que llevó al Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19²⁰³ cuya exposición de motivos asegura que «la trascendencia e importancia del momento, y también las medidas para afrontarlo han llevado al Gobierno a buscar el consenso y pactar las medidas recogidas en este texto, consensuadas en la Mesa del Diálogo Social; por lo que la participación de los agentes económicos y sociales más representativos ha sido capital y supone una garantía del equilibrio entre el impulso económico y la protección social de los trabajadores».

En la comunidad autónoma de Murcia, el 16 de mayo de 2020, se llegó a acordar el pacto regional del dialogo social para la reactivación económica y social de la región de Murcia ante la pandemia del covid-19²⁰⁴. Acuerdo que fue sustrato del Decreto-ley 9/2020, de 23 de julio, de creación del programa de ayudas para personas trabajadoras por cuenta ajena con rentas bajas afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo a causa del COVID 19²⁰⁵, cuya finalidad es «la protección de los trabajadores y desempleados y sus familias, contemplándose en este sentido el establecimiento de ayudas económicas con la finalidad de reducir los efectos negativos que los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo tienen sobre las personas trabajadoras con rentas más bajas» (de la Exposición de Motivos).

En Asturias se elaboró el Acuerdo de Concertación para la Recuperación de Asturias (CREA)²⁰⁶. Este fue un acuerdo bastante amplio y que contiene una gran variedad de materias y basado principalmente en 5 ejes: reactivación Empresarial; impulso a la Industria; medidas sanitarias, educativas y sociales; medidas Laborales, de empleo y seguridad; igualdad entre mujeres y hombres.

En la mayoría de los acuerdos autonómicos (ANEXO 1) se previó la creación y funcionamiento de una comisión de seguimiento y valoración de la aplicación de lo

²⁰³ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/07/17/pdfs/BOE-A-2020-8011.pdf>

²⁰⁴ <https://portal.croem.es/Web20/CROEMPrevencionRiesgos.nsf/64EEACE06BF1457AC125856C0040371C/%24FILE/Pacto%20Regional%20del%20Di%C3%A1logo%20Social%20para%20la%20Reactivaci%C3%B3n%20Econ%C3%B3mica%20y%20Social%20de%20la%20Regi%C3%B3n%20de%20Murcia%20ante%20la%20Pandemia%20del%20Covid-19.pdf>

²⁰⁵ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BORM-s-2020-90315-consolidado.pdf>

²⁰⁶ https://www.socialasturias.es/servicios-sociales/planificacion-y-ordenacion/concertacion-recuperacion-de-asturias_522_1_ap.html

acordado que igualmente se encuentra integrada por los firmantes. Un punto importante es que en algunos se elaboraron propuestas de trabajo a futuro, lo que garantizó la continuidad de la concertación social. Varios de los acuerdos consistieron en documentos de propuestas, puntos o directrices para su traslación posterior a planes definidos y operativos, lo que exigirá la continuidad de las conversaciones para lograr una articulación que permita la aplicación de las medidas (Consejo Economico y Social España, 2021).

El Diálogo Social fue herramienta fundamental e irrefutable para hacer frente a la crisis económica, social y sanitaria que ha provocado el coronavirus. El instrumento de los ERTE ha evitado la destrucción de tejido productivo y de empleo, facilitando la hibernación total o parcial de las empresas y de las plantillas, y permitiendo la vuelta a la actividad mediante la incorporación del personal necesario a medida que lo han hecho posible la recuperación de la libertad de circulación, de reunión y de actividad social y económica (Consejo Economico y Social España, 2021).

Las primeras normas aprobadas para la lucha contra el coronavirus tenían el hándicap de no haber sido aprobadas mediante el diálogo social, y haberlo recuperado mejora la democracia social (Baylos A. , 2020) y «faculta la legislación concertada, experiencia, que es una más de las características de algunas normas laborales dictadas en tiempos de pandemia que dan cuerpo a un ordenamiento laboral de nuevo cuño por comparación con el de legislaturas anteriores» (Pérez Amorós, 2021).

«El diálogo social como método de gobierno se ha configurado como una regla constante en la gestión de la crisis declarada por la emergencia en el campo específico de las relaciones laborales y de Seguridad Social, es decir, se ha convertido en una práctica política de cooperación informal permanente entre el poder público a través de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Inclusión social y Seguridad Social y los sujetos colectivos que representan al empresariado y al conjunto de los trabajadores del país a través de la condición de mayor representatividad de sus respectivas organizaciones» (Baylos Grau, 2021).

4.3. REAL DECRETO-LEY 28/2020, DE 22 DE SEPTIEMBRE, DE TRABAJO A DISTANCIA

El teletrabajo fue la medida para la prevención del contagio de la enfermedad del coronavirus más implementada en las empresas. A lo anterior ayudó sin duda el carácter preferente del teletrabajo ante otras medidas de flexibilización interna como los ERTes. Por ello, se decidió aprobar el Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia²⁰⁷²⁰⁸ cuya finalidad fue crear «una regulación suficiente, transversal e integrada en una norma sustantiva única que dé respuestas a diversas necesidades, equilibrando el uso de estas nuevas formas de prestación de trabajo por cuenta ajena²⁰⁹ y las ventajas que suponen para empresas y personas trabajadoras, de un lado, y un marco de derechos que satisfagan, entre otros, los principios sobre su carácter voluntario y reversible, el principio de igualdad de trato en las condiciones profesionales, en especial la retribución incluida la compensación de gastos, la promoción y la formación profesional, el ejercicio de derechos colectivos, los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos de descanso, la igualdad de oportunidades en el territorio, la distribución flexible del tiempo de trabajo, así como los aspectos preventivos relacionados básicamente con la fatiga física y mental, el uso de pantallas de visualización de datos y los riesgos de aislamiento».

El teletrabajo es una forma de organización laboral que, para ciertas situaciones, requiere una regulación normativa detallada para evitar que el trabajador sufra mayores cargas (Lam Peña, 2021).

El Consejo Económico y Social de España emitió un dictamen²¹⁰ sobre el anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia. En él, el CES coincidía, entre otras cosas, en que era necesario dotar de seguridad jurídica las relaciones laborales y había que adaptar el marco normativo que atiende la demanda social y económica existente y que contribuya a aportar la necesaria seguridad jurídica a las correspondientes relaciones de trabajo.

«La nueva regulación del trabajo a distancia supuso la oportunidad de dotar a esta modalidad de organización del trabajo de un marco equilibrado capaz de aportar

²⁰⁷ <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/23/pdfs/BOE-A-2020-11043.pdf>

²⁰⁸ Posteriormente, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

²⁰⁹ Este RD es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena. Posteriormente, y también de elaboración mediante el Diálogo Social, se publicaría el Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

²¹⁰ Dictamen 2/2020 sobre el Anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia, aprobado en Pleno el 22 de julio de 2020: <http://www.ces.es/documents/10180/5231798/Dic022020.pdf>

confianza y certidumbre a empresas y personas trabajadoras. Ello, fundamentalmente, por tres razones: porque se apoyaba y hacía suyos los principios básicos del Acuerdo Marco alcanzado por los interlocutores sociales europeos hace dos décadas, y revisado en 2009, porque fue el resultado de un proceso de negociación y de un Acuerdo social entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de ámbito estatal y el Gobierno, y porque atribuye un papel relevante a la autonomía colectiva en la gobernanza del teletrabajo mediante llamadas a los convenios y los acuerdos colectivos para concretar y adaptar, en su caso, determinados aspectos clave de la regulación general» (Consejo Economico y Social España, 2021).

RECUADRO II-7. PRINCIPALES OBSERVACIONES DEL DICTAMEN CES 2/2020

El potencial de desarrollo del teletrabajo debería encauzarse a través de una regulación que aporte la claridad, la confianza, la seguridad jurídica y los equilibrios que demanda toda intervención heterónoma en las relaciones de trabajo, contribuyendo con estos elementos a una deseable estabilidad de la normativa que resulte, con vocación de permanencia.

Ese marco jurídico es deseable que se base en un consenso social amplio y sólido, para lo cual es imprescindible que se configure, desde el principio, a partir del diálogo autónomo tripartito del Gobierno con los interlocutores sociales, aflorando los espacios de consenso posibles y profundizando el diálogo en aquellos otros en los que persiste disenso.

Con base en el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, una parte de la negociación colectiva en España lleva años incorporando regulaciones autónomas sobre el teletrabajo y las condiciones de su prestación, lo que ha permitido a los representantes de empresas y trabajadores en las mesas de negociación acumular experiencia en este terreno que debería servir de referente para la futura regulación. Además, el CES considera que la regulación proyectada debería basarse en el reconocimiento de un papel central y protagonista de la autonomía colectiva en esta materia. Es, por ello, recomendable reforzar el papel de la negociación colectiva como el instrumento idóneo para adaptar un marco general flexible a la realidad y las necesidades de las relaciones de trabajo, especialmente en estas materias.

El CES considera que la intervención normativa que se lleve a cabo en esta materia debería apostar por el máximo respeto al espíritu y al fondo del Acuerdo marco europeo de referencia. Las líneas maestras y principios básicos que contiene sintetizan el consenso consolidado de las organizaciones sindicales y empresariales europeas, y de los interlocutores sociales nacionales, en un tema en el que convergen los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras y de las empresas, pero por extensión también del conjunto de la sociedad.

En el Acuerdo los interlocutores sociales europeos destacaron su consideración como una nueva forma de organización del trabajo y como medio de modernizar la organización del trabajo en las empresas y organizaciones de servicios públicos, sin que pueda enfocarse el trabajo a distancia como una medida de conciliación, ni pueda perpetuar una visión estereotipada de la conciliación o los cuidados.

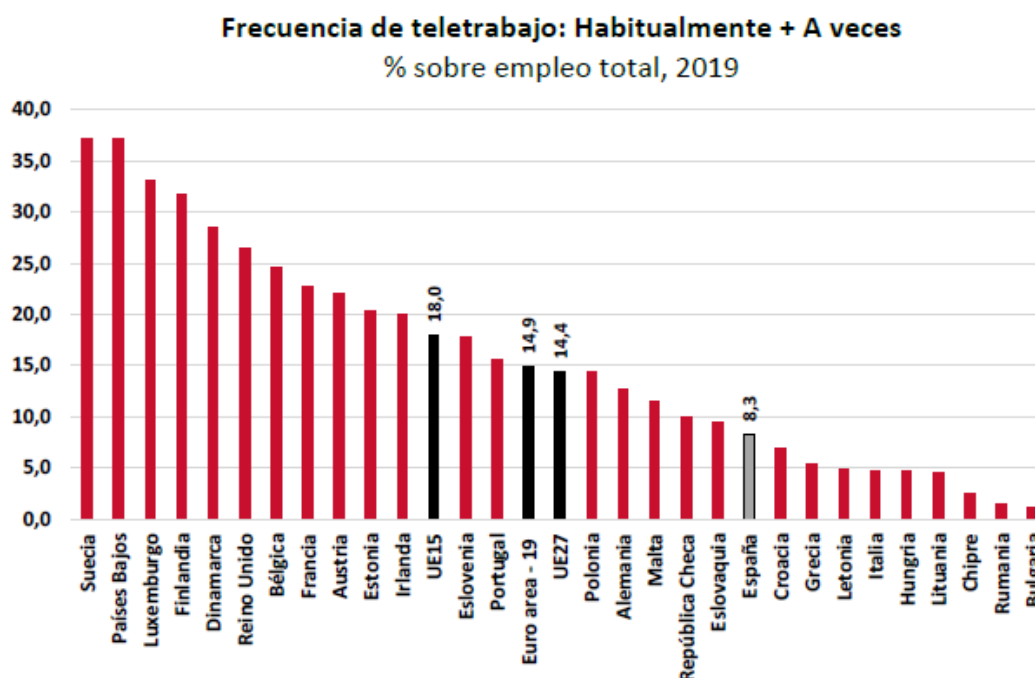
211

El teletrabajo pudo ofrecer a los trabajadores y trabajadoras la flexibilidad de realizar su trabajo en los horarios que les resultaran más convenientes, manteniéndose localizables durante el horario normal de trabajo de la organización. Esta flexibilidad fue esencial para que el teletrabajo fuera eficaz porque permitió a los teletrabajadores programar su trabajo remunerado en torno a sus responsabilidades personales, como el cuidado de los niños, de los padres de edad y de los miembros de la familia enfermos (OIT, 2020).

Con anterioridad al COVID-19, el porcentaje de personas que trabajaban desde casa en 2019 en la Unión Europea era del 5,4%, y quienes lo habían hecho en alguna ocasión era el 9%.

²¹¹ Cuadro obtenido de la Memoria Socioeconómica del CES de 2020.

En el caso de España, las personas que teletrabajaban eran tan solo un 4,8%, mientras que las que lo habían hecho en alguna ocasión suponía un 3,5%. Dicho de otra forma, el 91,7% de personas trabajadoras en España nunca había teletrabajado.



Fuente: Servicio de Estudios de la Confederación UGT con datos de Eurostat.

La pandemia y la necesidad de evitar el contacto con el mayor número de personas como formas más eficaces de reducir los contagios, obligaron a que el teletrabajo se implementase en España entre todos los empleos que pudieran desarrollarse desde casa. Según un estudio realizado a partir de una encuesta por Eurofound²¹², en España el teletrabajo se incrementó durante la pandemia hasta un 29,2% de los trabajadores y trabajadoras, mientras que la media europea fue de un 36,5%.

La experiencia del teletrabajo en cómputos general fue positiva. Ello genera pensar que el teletrabajo llegó para quedarse. El Banco de España, en el Boletín Económico 2/2020²¹³, considera que el 31% de las asalariadas y asalariados con contrato indefinido podrían trabajar desde casa, aunque apenas un 5% de lo hacían efectivamente en 2019. Es decir, el margen de implementación de esta nueva forma de prestar servicios es amplio.

Ante tal situación el Ministerio de Trabajo decidió abrir un proceso de Diálogo Social para crear una ley específica por la cual se regulase el trabajo a distancia. Así pues, de ese

²¹²https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef20059en.pdf

²¹³<https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/12361/1/be2002-art13.pdf>

acuerdo social salió el RDL 28/2020 cuyo ámbito de aplicación es efectivamente las relaciones de trabajo en las que concurren las condiciones descritas en el artículo 1.1 del ET que se desarrollen a distancia con carácter regular²¹⁴. Además, se fijó que se entenderá que se está ante trabajo a distancia, cuando se realice en un periodo de referencia del 30% de la jornada en un periodo de tres meses, o el equivalente en función de la duración del contrato de trabajo.

Como precedente legal, se encontraba el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo firmado por los interlocutores sociales europeos el 16 de julio de 2002²¹⁵. Norma de referencia durante todo el proceso de negociación y de la que se extrajeron ciertas ideas clave: igualdad de derechos, responsabilidad en materia de salud y seguridad, derecho de desconexión, etc.

La regulación de la normativa española no impuso criterios mínimos de empresas ni de trabajadores, como sí hacen las regulaciones de otros países. Es el caso por ejemplo de Países Bajos cuya regulación del teletrabajo es aplicable únicamente a empresas de 10 o más trabajadores y las personas trabajadoras deben haber prestado servicio durante al menos un año.

El artículo 2 del RDL 28/2020 definió una serie de conceptos²¹⁶ a los efectos de que queden las mínimas dudas posibles sobre la interpretación de la ley. Así pues, misma finalidad tiene que se hable de “regularidad” en el uso del trabajo a distancia ajustándose así en mayor medida a la definición que se contiene en el artículo 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, firmado por *Business Europe*, UEAPME, CEEP y la Confederación Europea de Sindicatos (CES)²¹⁷.

²¹⁴ La Disposición Adicional 2ª dispone que no es de aplicación el RDL 28/2020 en el ámbito de la Administración Pública.

²¹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>

²¹⁶ Art 2 RDL 28/2020: «A los efectos de lo establecido en este real decreto-ley, se entenderá por:

a) «trabajo a distancia»: forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular.

b) «teletrabajo»: aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

c) «trabajo presencial»: aquel trabajo que se presta en el centro de trabajo o en el lugar determinado por la empresa.»

²¹⁷ <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>

En este aspecto la ley se esforzó por generar «mayor seguridad jurídica y ampliar el espectro de personas trabajadoras a distancia amparados por la norma» (Hermoso Hernández, Padilla Pérez, Pérez Capitán, & Simancas Méndez, 2020).

El artículo 3 del RDL 28/2020 realizó una limitación al trabajo a distancia por la cual los contratos y para la formación y aprendizaje, así como los celebrados con menores solo cabrá un acuerdo de trabajo a distancia que garantice, como mínimo, un porcentaje del 50% de prestación de servicios presencial.

Especial relevancia tuvo el artículo 4 en el sentido de la igualdad de trato y de oportunidad y no discriminación. Este artículo es clave para salvaguardar los derechos de los teletrabajadores, los cuales no pueden sufrir, en sus derechos y condiciones de trabajo, diferencias de trato o discriminaciones en comparación con las personas que desarrollan su trabajo presencialmente. Así pues, dispone:

⇒ Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido considerando nula la decisión empresarial de suprimir los tickets comida a aquellos trabajadores y trabajadoras que desarrollasen sus servicios en régimen de teletrabajo (STS 18/11/21 [núm. 1132/2021]; SAN 22/09/2021 [núm. 196/2021]; SAN 9/12/2020 [núm. 114/2020]).

⇒ Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo. En este sentido la SAN 10/5/2021 [núm. 104/2021]

⇒ Las empresas están obligadas a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, particularmente por razón de sexo, de las personas trabajadoras que prestan servicios a distancia. Igualmente deben ser tenidas en cuenta a efectos de los planes de igualdad.

⇒ Las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y

corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar. En este sentido la STSJ Galicia 3/2/2022 (núm. 541/2022), STSJ Galicia 25/3/2021 (rec. 3687/2020), STSJ Madrid 22/3/21 (núm. 203/2021) o STSJ Aragón 21/9/2021 (núm.565/2021).

⇒ Las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

Como puede apreciarse, la norma estableció una serie de obligaciones empresariales en relación con la igualdad de género, el acoso, la violencia y la discriminación por razón de sexo y género, lo que lleva a concluir que el RDL 28/2020 tiene una perspectiva de género mayor que otras normas de nuestro ordenamiento laboral.

El artículo 5 incluyó el principio de voluntariedad del teletrabajo, principio fundamental y básico de esta forma de prestar servicios. Así pues, estableció el texto que: «el trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley, que podrá formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto en aplicación del artículo 41 del ET, todo ello sin perjuicio del derecho al trabajo a distancia que pueda reconocer la legislación o la negociación colectiva». El principio de voluntariedad alcanza también a la reversibilidad del acuerdo. Ello obedece una vez más al Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de 2002. Ahora bien, puesto que dicho acuerdo únicamente recoge la posibilidad de la reversibilidad cuando la descripción inicial del puesto de trabajo no incluyese el teletrabajo. EL RDL 28/2020 va un paso más allá que la norma europea ya segura la reversibilidad en todo momento y por cualquiera de las partes.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2012 (núm. 352/2020) anula la decisión unilateral de la empresa de convertir los dos días de teletrabajo de la persona en únicamente uno. La sentencia apunta que la reversibilidad no es unidireccional sino bidireccional.

En este sentido, la norma llama a la negociación colectiva asegurando que «los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona

que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en el presente real decreto-ley».

Por supuesto, la negativa del trabajador o trabajadora no puede justificar la extinción del contrato de trabajo. Así pues y en la misma lógica, el acuerdo para ejercer el trabajo a distancia es perfectamente reversible. Sigue la norma en este aspecto los criterios del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

La intención del legislador consistió en impedir que las personas trabajadoras a distancia sufran perjuicios por razón de su voluntad de llevar a cabo esta prestación de servicios y evitar que la misma sea justificación al despido o extinción laboral.

A pesar de la voluntariedad, las empresas pueden negarse a llevar a cabo el trabajo a distancia. El motivo que puede aducir es la imposibilidad técnica u organizativa de ponerlo en marcha. Ello sucede en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 921/2020 de 14 de julio del 2020 (rec. 24/2020) o la Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero del 2020 (rec. 5346/2019).

El artículo 6, 7 y 8 son los encargados de establecer la regulación del acuerdo del trabajo a distancia, tanto su obligatoriedad y contenido como la posible modificación y ordenación de prioridades²¹⁸. Es interesante la garantía que establece la norma asegurando que la empresa deberá entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia de todos los acuerdos de trabajo a distancia que se realicen y de sus actualizaciones, los representantes deberán firmar la entrega y se enviará a la oficina de empleo²¹⁹. Esta obligación debe cumplirse en 10 días desde su formalización y tiene la finalidad de garantizar el derecho de consulta y participación de los representantes de los trabajadores y trabajadoras en la empresa. Así pues, las funciones de control y vigilancia de los representantes de los trabajadores se encuentran algo líquidas debido a que es un control

²¹⁸ La inobservancia de la formalización por escrito de este acuerdo de trabajo a distancia se tipificó como como incumplimiento en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en virtud de la D.F.1ª del RDL 28/2020. Así también, se dispuso un procedimiento especial laboral para solventar los conflictos judiciales relativos al trabajo a distancia en la D.F.2ª.

²¹⁹ En el caso de que no hubiese representantes legales de los trabajadores, se deberá de realizar el mismo trámite y enviar las copias básicas a las oficinas de empleo.

a posteriori de que se alcanzase el acuerdo sin que la ley contemple la posibilidad de dar voz a tal representación.

El teletrabajo parece tener una configuración legal como derecho individual del trabajador o trabajadora. Lo anterior es medianamente parecido a lo regulado por el Código de Trabajo portugués que establece que en el supuesto de que la persona trabajadora tuviera un hijo menor de hasta tres años o de que el trabajador o trabajadora fuera víctima de violencia doméstica, siendo el teletrabajo fórmula de prestación de servicios compatible con la actividad realizada y el empleador disponga de los medios y medios para ello, «el empleador no puede oponerse a la solicitud del trabajador» (art. 166²²⁰). En el caso de la reversión del acuerdo del teletrabajo, el Código de Trabajo portugués recoge la posibilidad de que se realice a instancia de cualquiera de las partes con un preaviso de 30 días (artículo 167.2²²¹).

No obstante, es importante tener en cuenta que el trabajo a distancia no sólo se regula como opción para mejorar la conciliación de la vida personal y laboral, sino que, por el contrario, se define como una forma de prestación de servicios autónoma y con plena independencia de las medidas de conciliación.

La ley deja abierta la posibilidad de que la negociación colectiva regule lo dispuesto en ella y sea el convenio colectivo la norma de referencia en cuanto al trabajo a distancia se refiere. La Ley de Teletrabajo se define «pródiga en llamadas institucionales y reenvíos regulatorios, con delegaciones al régimen de acuerdos y pactos individuales, llamadas a los convenios y la negociación colectiva, menciones a los usos sociales y de empresa, o emplazamientos a sectores de la administración pública» (Aleman Paez, 2022). Además, se incorporan nuevas redacciones como por ejemplo el artículo 34.8 ET, estableciendo el teletrabajo como medida conciliadora, el artículo 23.1 ET, estableciendo el derecho del trabajador a una preferencia a elegir turno de trabajo y a acceder al trabajo a distancia,

²²⁰ Art 166 Código do Trabalho: «1. Pode exercer a actividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho.

2. Verificadas as condições previstas no n.º 1 do artigo 195.º, o trabalhador tem direito a passar a exercer a actividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a actividade desempenhada.
3. Além das situações referidas no número anterior, o trabalhador com filho com idade até 3 anos tem direito a exercer a atividade em regime de teletrabalho, quando este seja compatível com a atividade desempenhada e a entidade patronal disponha de recursos e meios para o efeito.
4. O empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador nos termos dos números anteriores.»

²²¹ Art 167.2 Código do Trabalho: «Qualquer das partes pode denunciar o contrato referido no número anterior durante os primeiros 30 dias da sua execução».

para poder concurrir a exámenes. En los supuestos de víctimas de violencia de género, se modifica el 37.8 ET para dar la posibilidad del teletrabajo a estas personas.

El capítulo III del RDL 28/2020 fue relativo a los derechos de las personas trabajadoras a distancia enumerándose una serie de derechos que deben de tener en cuenta o, dicho de otra manera, no deben de excluirse por ser la realización del teletrabajo la forma de llevar a cabo la prestación de servicios en la empresa.

- ⇒ Derecho a la formación y promoción profesional: las empresas están obligadas a prestar formación a los trabajadores y trabajadoras a distancia tanto dedicada a la realización de su puesto de trabajo si se incluyesen modificaciones organizativas o técnicas. Así también, los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que las personas teletrabajadoras presenciales a los ascensos.
- ⇒ Derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos: las empresas deben dotar y mantener adecuado el equipo técnico de los teletrabajadores para poder realizar su prestación, así como sufragar o compensar los gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral.
- ⇒ Derechos en el tiempo de trabajo: la persona que desarrolla trabajo a distancia puede flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido. A la misma vez, el registro horario deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral.
- ⇒ Derecho a la prevención de riesgos laborales: las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en virtud de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ello se realizará mediante la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva del trabajo a distancia.
- ⇒ Derechos relacionados con el uso de medios digitales: se garantiza el derecho a la intimidad y a la protección de datos en la utilización de medios telemáticos y el control de la prestación laboral.

Con respecto a este apartado, «se garantiza la desconexión digital, uno de los derechos que más se solicitaba en vista de que la mayoría de personas trabajadoras a distancia durante el confinamiento desde marzo a junio de 2020 realizaron

mayores horas que venían realizando de costumbre o recibían comunicaciones laborales fuera del horario laboral. El fin de este derecho es evitar la prolongación de la jornada laboral, que impiden el disfrute de los descansos mínimos necesarios, imposibilitan la conciliación de la vida personal y familiar y aumentan el riesgo de padecer factores psicosociales relacionados con esta circunstancia» (Hermoso Hernández, Padilla Pérez, Pérez Capitán, & Simancas Méndez, 2020).

Se entiende como derecho de desconexión digital la «limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicable». Así pues, la negociación colectiva será la encargada de regular el derecho de desconexión en la empresa o sector.

⇒ Derechos colectivos: los trabajadores y trabajadoras a distancia tienen los mismos derechos colectivos y pueden ejercitarlos que los trabajadores presenciales. A este aspecto, también puede entrar a regular la negociación colectiva.

Se impone la obligación empresarial de suministrar a los representantes legales de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas²²² de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, así como asegurarse de que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales. Además, se garantiza la participación de las personas trabajadoras a distancia en las actividades organizadas o convocadas por los representantes de los trabajadores y trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones sindicales.

El artículo 19 es bastante completo a la hora de garantizar una serie de derechos colectivos básicos inherentes a todo trabajador y elimina la posibilidad de que el

²²² En la jurisprudencia, ha habido cierta controversia en este sentido. En líneas generales, la jurisprudencia ha dictaminado que la empresa debe de soportar el uso del email y otras formas de comunicación por parte de la representación legal y sindical de los trabajadores siempre y cuando ello no supongan un especial gravamen organizativo o económico para la misma. En este sentido STC 281/2005, de 7 de noviembre, STS 21/2/2019 (núm. 134/2019), STS 12/5/2012 (rec. 212/2011); STS 6/2/2001 (rec. 142/2001); SAN 6/2/2001 (núm. 17/2001).

trabajador a distancia sufra cualquier discriminación con respecto al trabajador o trabajadora que realiza su prestación de servicios de forma presencial.

Los artículos 20, 21 y 22 del RDL 28/2020 fijan las facultades de organización, dirección y control empresarial en el trabajo a distancia. Ello es, por ejemplo, la obligación de cumplir las instrucciones que haya establecido la empresa en el marco de la legislación sobre protección de datos, previa participación de la representación legal de las personas trabajadoras o las condiciones e instrucciones de uso y conservación establecidas en la empresa en relación con los equipos o útiles informáticos, dentro de los términos que, en su caso, se establezcan en la negociación colectiva.

La empresa puede adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales.

La Disposición Adicional 1ª del RDL 28/2020 fue relativa a la participación de la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo²²³. Las remisiones de la norma a la regulación convencional son constantes, dejando mucho espacio a que sean los interlocutores sociales quienes regulen el teletrabajo bien en el sector o bien en la empresa.

La Disposición Transitoria 1ª estableció un régimen por el cual, lo dispuesto en el RDL 28/2020 es aplicable a las relaciones de trabajo vigentes y que estuvieran reguladas, con anterioridad a su publicación, por convenios o acuerdos colectivos sobre condiciones de prestación de servicios a distancia, desde el momento en el que estos pierdan su vigencia o, de no ser así, resultará de aplicación en el plazo de 1 año. En ningún caso, se minorará las condiciones que vinieran rigiendo y se deberá de formalizar por escrito el acuerdo en el plazo de 3 meses desde la aplicación del RDL.

²²³ D.A.1ª: « 1. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular. 2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en el presente real decreto-ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión.»

Sin embargo y en contraposición a lo anterior, la Disposición Adicional 3ª asegura que «al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria». Ahora bien y en todo caso, la empresa debe dispensar equipo necesario para el trabajo a los teletrabajadores, así como se debe negociar en convenio colectivo la compensación de gastos de esta forma de trabajo a distancia.

El teletrabajo sirvió para hacer frente a la pandemia. El recurso al teletrabajo también aumentó de manera notable durante la pandemia. Según la OCDE, entre el 30 por 100 y el 60 por 100 del empleo, dependiendo del país, estaba teletrabajador a mediados del mes de abril (...). Se trata de cifras elevadas si se comparan con el periodo prepandemia. Así, en 2019 tan solo el 5,4 por 100 en el total de la Unión Europea teletrabajaba de manera habitual (Consejo Economico y Social España, 2021). No obstante, la fuerte alza del teletrabajo a raíz de la pandemia subrayó algunos riesgos para el futuro, al menos en el Conjunto UE-27. Entre otros, el incremento de la polarización de los empleos al apreciarse grandes diferencias entre sectores y perfiles ocupacionales para el paso a teletrabajo (habitual u ocasional), así como la reapertura de la brecha de género, por la asunción desigual de la carga de los cuidados y del trabajo doméstico que podría aparejar; en especial en la modalidad habitual o intensiva de prestación laboral desde el propio domicilio (Consejo Economico y Social España, 2021).

La amortiguación del desempleo se ha visto acentuada por la incorporación del teletrabajo a la mayoría de los sectores y puestos de trabajo. No obstante, esta amortiguación se debe ver a corto plazo, ya que las personas que no pueden recurrir al trabajo a distancia son personas con menos nivel de cualificación y que ante la destrucción de su puesto de trabajo tiene mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo.

Las diferencias o la desigualdad relacionada con el acceso al teletrabajo durante la crisis sanitaria, que permite evitar la destrucción de puestos de trabajo, tienen un impacto más a largo plazo con los puestos de trabajo de menor nivel formativo o educativo, así como con miembros de minorías étnicas e inmigrantes (Yasenov, Abril 2020) (Bell & Blanchflower, 2020).

Ahora bien, el trabajo a distancia también puede representar ventajas como una mayor autonomía en el trabajo, ahorro de tiempos de desplazamiento y mejores oportunidades de conciliar la vida laboral con la personal y familiar. Por parte las empresas, el teletrabajo supone nueva forma de organizar el trabajo que les puede reportar ahorro de costes fijos y ganancias de productividad, entre otros. Además, durante el año 2020 se redujo la siniestralidad laboral, algo provocado en parte por el trabajo a distancia impuesto en el RD 463/2020 (355.204 accidentes de trabajo menos; un 26,1 por 100).

En 2020, sin olvidar que se trata de datos de avance, el índice de incidencia total del trabajo asalariado descendió, poniendo fin a la tendencia antes mencionada, hasta los 2.668 accidentes por 100.000 personas trabajadoras, un 22,2 por 100 menos que el año anterior. Fue un descenso notable de este indicador que se explica porque, si bien el volumen total de accidentes con baja en jornada de trabajo y de población afiliada media en el año se redujo mucho en ambos casos, en términos proporcionales la segunda lo hizo en bastante menor medida, en lo que jugó un importante papel la puesta en marcha de los mecanismos de protección del empleo de los ERTE (Consejo Económico y Social España, 2021).

Además, es necesario adoptar medidas encaminadas a evitar y contener los problemas psicológicos que puedan derivarse del estrés generado por el teletrabajo, a lo que se sumaría el miedo generado la pandemia.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

Los derechos fundamentales se vieron trastocados por la respuesta del Gobierno a la crisis del coronavirus. Una respuesta que pasó por la declaración del estado de alarma como forma legal correcta para restringir diferentes aspectos de la vida cotidiana de los ciudadanos.

«El ejercicio del derecho de manifestación y de huelga por motivos laborales durante el estado de alarma por la pandemia actual, ha sido objeto de controversias en distintos foros» (Pérez Amorós, 2021).

La doctrina ya había reiterado anteriormente que, diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio (Alegre Ávila & Sanchez Lamela, 2020).

Por ello se da una «Crisis Constitucional» al suponer que el Ejecutivo debió de declarar, ante la crisis sanitaria y social provocada por el COVID-19, el estado de excepción y no el estado de alarma. Un planteamiento basado en la doctrina, pero también en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2016.

La clave para analizar sería la diferenciación entre suspensión o restricción del derecho fundamental. Para ello puede servirnos de ayuda las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los casos Guzzardi contra Italia de 6 de noviembre de 1980 y caso Amuur contra Francia de 25 de junio de 1996.

Concretamente y en la primera de estas sentencias, en el caso Guzzardi, se asegura que «para determinar si una persona ha sido “privada de su libertad” en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser la situación concreta, y se debe prestar atención a una serie de criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y la manera de implementación de la medida en cuestión». Es decir, la ponderación de intereses se hace necesaria para

conocer el motivo de la privación de libertad. En palabras del propio TEDH en la sentencia: «la diferencia entre una privación y una restricción a la libertad es meramente de grado o intensidad, y no de naturaleza o carácter sustancial».

Pero dicha ponderación de intereses deberá realizarla el Tribunal Constitucional cuando responda a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Real Decreto 463/2020.

A este respecto, la STC 11/1981, de 8 de abril, estableció dos caminos para fijar lo que se considera contenido esencial de los derechos fundamentales, que no son antitéticos sino complementarios, de forma que deben usarse ambos para determinar si se ha respetado ese núcleo en el dictado de la norma o resolución de que se trate. Esos dos caminos serán los siguientes: el primero se concretaría a partir de lo que se considera la naturaleza jurídica del derecho de que se trata: “el contenido esencial de un derecho subjetivo son aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose”. Para el segundo, se parte de los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos, y consistiría en «hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (Álvarez García, 2020).

Concretamente, nos centraremos en los derechos cuya incidencia recae, principalmente, en el ámbito del derecho laboral y en el ámbito de los derechos de los representantes de los trabajadores y trabajadoras como vertientes del derecho de libertad sindical.

1. EL DERECHO DE MANIFESTACIÓN Y SU SUSPENSIÓN *DE FACTO*

El derecho de manifestación se encuentra regulado en el artículo 21 de la CE de 1978²²⁴ reconociéndose el derecho democrático a reunirse pacíficamente sin necesidad de autorización previa y únicamente pudiéndose prohibir por razones fundadas de alteración

²²⁴ Art 21 CE: «1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

de orden público, con peligro para personas o bienes. Las manifestaciones o reuniones en lugares de tránsito público sí deben acompañarse de comunicación previa a la autoridad. El derecho de reunión es uno de los principales derechos fundamentales y merece especial protección, por ello, se encuentra ubicado en la Sección 1 del Capítulo 2, del Título 1.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 reconoce en el artículo 20, párrafo primero, que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación». También, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, recoge el derecho de manifestación en el artículo 18.

El Tribunal Constitucional ha interpretado este precepto definiéndolo como «una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo un cauce del principio democrático participativo (...)» (STC núm. 170/2008, de 15 de diciembre).

No obstante, el comité de Derechos Humano de las Naciones Unidas emitió la CCPR/C/128/2²²⁵ el 30 de abril de 2020 cuyo contenido avalaba que los Estados recurrieran temporalmente a las facultades excepcionales para hacer frente a la amenaza del contagio generalizado. Se asegura que «los Estados parte no deben suspender los derechos consagrados en el Pacto ni invocar una suspensión ya decretada cuando estén en condiciones de alcanzar sus objetivos de salud pública o de políticas públicas de otra índole invocando la posibilidad de restringir algunos derechos, como los consagrados en el artículo 12 (libertad de circulación), el artículo 19 (libertad de expresión) o el artículo 21 (derecho de reunión pacífica), con arreglo a las disposiciones del Pacto relativas a ese tipo de restricciones, o mediante la posibilidad de introducir limitaciones razonables a ciertos derechos, como los consagrados en los artículos 9 (derecho a la libertad personal) y 17 (derecho a la privacidad)». Es decir, y en vista de las extraordinarias dificultades, las Naciones Unidas avaló la suspensión de derechos fundamentales por parte de los Estados miembros.

²²⁵ <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>

Durante el estado de alarma decretado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, no se suspendió explícita y directamente el derecho de manifestación o reunión, pero teniendo en cuenta las restricciones a la circulación impuestas por el artículo 7 del propio RD, podemos decir que en la práctica o *de facto*, sí quedan prohibido el uso de tal derecho.

El derecho de manifestación se encuentra reglado vía la Ley Orgánica 9/1983 reguladora del derecho de reunión²²⁶. El artículo 8 de esta ley y el mismo cuerpo legal exigen que la celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deba ser comunicadas por escrito a la Autoridad Gubernativa correspondiente, haciéndose constar una serie de datos expuestos en el siguiente artículo²²⁷. En el caso de que puedan producirse alteraciones del orden público, el artículo 10 asegura que la autoridad correspondiente puede proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional asegura que el derecho de reunión pacífica en lugar de tránsito público puede verse eventualmente sometido a restricciones necesarias para preservar otros derechos o bienes constitucionales, como bien puede ser la salud pública (STC 195/2003, de 27 de octubre FFJJ 7 y 8; STC 193/2011, de 12 de diciembre, FFJJ 3 y 7). El problema deviene cuando esa reunión es realiza por partidos políticos o sindicales y su plus de seguridad jurídica por verse interconectados con otros derechos (libertad sindical, manifestación, huelga, etc.).

Tanto los partidos políticos como los sindicatos y asociaciones de empresarios con asociaciones de relevancia constitucional, tal y como acredita su plena libertad de organización, funcionamiento y acción no puede quedar afectada o disminuida bajo ningún estado de crisis (STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3 C)).

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de interpretar la necesidad de comunicación de la manifestación y no puede ser entendida como una solicitud de celebración sino como una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa que corresponda adopte las medidas pertinentes para posibilitar tanto el

²²⁶ <https://www.boe.es/buscar/pdf/1983/BOE-A-1983-19946-consolidado.pdf>

²²⁷ Art 9 LODR: «1. En el escrito de comunicación se hará constar: a) Nombre, apellidos, domicilio y documento oficial de identificación del organizador u organizadores o de su representante, caso de personas jurídicas, consignando también la denominación, naturaleza y domicilio de éstas. b) Lugar, fecha, hora y duración prevista. c) Objeto de la misma. d) Itinerario proyectado, cuando se prevea la circulación por las vías públicas. e) Medidas de seguridad previstas por los organizadores o que se soliciten de la autoridad gubernativa.»

ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros (STC 66/1995, de 8 de mayo). Es decir, la comunicación no puede ser entendida como solicitud pues no se conceptúa como un derecho de configuración legal, sino que se impone por su eficacia inmediata y directa, pero su falta determina la ilegalidad de la reunión o manifestación (STC 42/2000, 14 de febrero). De ahí que, «cualesquiera que sean las razones que expongan para cumplimentar el requisito del objeto de la reunión o manifestación, deberán ser siempre valoradas desde el único prisma de la preservación del orden público» (Narváez Rodríguez, 2002).

Además, el principio general «favor libertatis»²²⁸, que genera la aplicación directa e inmediata del ejercicio de este derecho, vincula al poder público haciendo que las manifestaciones o reuniones puedan ser limitadas en dos supuestos exclusivamente: cuando ésta no sea pacífica y sin armas o cuando su ejercicio provoque repercusiones en el orden público y en la seguridad ciudadana. La STC 24/2015, de 16 de febrero²²⁹, se sitúa en lo anterior asegurando que es muy restrictiva la posibilidad de prohibir una manifestación, y las razones de ello debe ser imperativas y convincentes. Ello lleva a que, la autoridad deba probar los motivos a la hora de restringir el derecho fundamental²³⁰. Es decir, la autoridad tiene la obligación de emitir una resolución expresa, fundada y motivada que explique los motivos de denegación y si ello generaría un grave peligro para el interés general. Asegura la STSJ Castilla y León, C-A, de 21 de mayo de 2020 (rec.358/20) que la autoridad gubernativa debe: «a) motivar la resolución correspondiente (STC 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse se producirá la alteración del orden público proscrita; y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el efectivo ejercicio del derecho fundamental».

La prohibición por parte de la autoridad de celebrar una manifestación o reunión es recurrible ante los tribunales del orden contencioso-administrativo²³¹ en las 48 horas siguientes a su notificación. Dando así cabida al examen judicial de las resoluciones que provoquen una coacción de derechos fundamentales.

²²⁸ En este sentido se encuentra la STC 66/1995 de 8 de mayo.

²²⁹ Otras anteriores son la STC 96/2010, de 15 de noviembre o STC 301/2006, de 23 de octubre o STC 170/2008, de 15 de diciembre.

²³⁰ Entre otras SSTSJ Navarra, C-A, 27 de junio 2006 (rec. 449/2006); Comunidad Valenciana, C-A, 29 de septiembre 2000 (rec. 1165/2000).

²³¹ En virtud del artículo 11 LODR y artículo 122 LJCA)

La interconexión de derechos que comentábamos reside en que el derecho de reunión y manifestación guarda una relación con otros derechos fundamentales como son el derecho de libertad de expresión (artículo 20 CE)²³² o el derecho de libertad sindical o de huelga (artículo 22 CE y 28 CE). En el último caso, el artículo 2 c) de LODR recoge la posibilidad de celebrar reuniones por sindicatos u organizaciones empresariales²³³ y la STC 91/1983, de 7 de noviembre, apuntaló que «forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible».

Todo lo anterior queda difuminado a la hora de aplicarlo bajo el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo y bajo la situación de crisis pandémica. Recordemos que el artículo 7 de este RD prohíbe la deambulación por lo que, indirectamente, se está suspendiendo el derecho de manifestación. No podemos asegurar que el derecho se haya suspendido de manera directa o principal como explicábamos anteriormente, pero es claro que en vía de las distintas restricciones a la movilidad impuestas por las autoridades, su ejercicio se dificulta^{234 235}.

La LO de estados de excepción regula, en su artículo 22²³⁶ que, cuando el estado de alarma lleve a una suspensión de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución

²³² La STC 195/2003, de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional estableció que, dada la conexión entre el derecho de reunión y el derecho de libertad de expresión, los organizadores son libres de disponer acerca de cuáles son los medios o instrumentos a través de los cuales tratan de realzar su mensaje.

²³³ Art 2 c) LODR: «Las que celebren los Partidos políticos, Sindicatos, Organizaciones empresariales, Sociedades civiles y mercantiles, Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones, Cooperativas, Comunidades de propietarios y demás Entidades legalmente constituidas en lugares cerrados, para sus propios fines y mediante convocatoria que alcance exclusivamente a sus miembros, o a otras personas nominalmente invitadas».

²³⁴ En la STSJ Aragón 30/5/2020, C-A (núm. 151/2020) se llegó a formular voto particular por el magistrado D. Javier Albar García en donde planteaba una cuestión de inconstitucionalidad frente al artículo 7 del RD 463/2020 con motivo de la supresión del derecho de manifestación vía estado de alarma.

²³⁵ Por ejemplo, en Suiza, el 28 de febrero de 2020 se aprobó una ordenanza destinada a luchar contra la COVID-19 por el Consejo Federal y se incluyeron diferentes disposiciones en las que, entre otras medidas, se prohibía la organización de manifestaciones públicas o privadas de más de mil personas y, siendo menos de ese número, se evaluaría los riesgos de desarrollarse. Puede leerse un desarrollo de la pandemia en Suiza aquí: https://es.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19_en_Suiza

²³⁶ Art 22 LOEE: «Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veintiuno de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones. Dos. También podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el párrafo anterior. Tres. Las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos sexto y séptimo de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa. Cuatro. Para penetrar en los locales en que tuvieran lugar las reuniones, la Autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización formal y escrita. Esta autorización no será necesaria cuando desde dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves

Española, la autoridad competente podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones.

La comunicación de manifestación a la autoridad es tal y no una petición o solicitud de permiso, pero bajo un estado de alarma sí se convierte en una petición de autorización, pudiendo prohibir tal celebración la autoridad que corresponda. Es decir, se da una inversión del orden establecido provocado por la declaración del estado de alarma.

No obstante, el artículo 22 de la ley de estados de excepción contiene una salvedad que consiste en que «las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos sexto y séptimo de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa». Por lo que debemos de entender que las reuniones cuyos organizadores, y en cumplimiento de sus fines, sean los anteriores no pueden verse prohibidas en ningún caso.

El problema es qué debe de entenderse por «reuniones orgánicas», ya que, puede entenderse en dos direcciones. En primer lugar, puede entenderse en el sentido de manifestaciones inherentes a las finalidades que persiguen; en el caso de los agentes sociales, la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. En segundo lugar, puede entenderse en el sentido de reuniones y celebraciones redactadas y estipuladas en los estatutos de las organizaciones con el objetivo de llevar a cabo acciones de organización interna o sustituir los órganos directores de los mismos.

La interpretación más correcta sería la de acorde con la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales y el principio de efectividad de los derechos fundamentales. Es decir, si se defendiese la tesis de que únicamente las reuniones internas de los sindicatos pueden ser permitidas, indirectamente estaríamos defendiendo la tesis de que, durante el estado de alarma, las manifestaciones con motivo sindical quedan prohibidas (algo que choca frontalmente con el artículo 55 CE). Así pues y en síntesis, debemos de entender por «reuniones orgánicas» aquellas que son efectuadas en función de los intereses y fines de las organizaciones sindicales. Además, una interpretación literal del precepto hace pensar que el legislador, al introducir la frase de «en cumplimiento de los fines que

del orden público constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito».

respectivamente les asignen los artículos sexto y séptimo de la Constitución» pensaba en la idea de proteger las manifestaciones.

En definitiva, la ley parece dar lugar a una interpretación mucho más restrictiva en cuanto a coartar o suspender el derecho de manifestación político-sindical.

Lo sucedido es que han sido los magistrados y magistradas los encargados de ponderar diferentes intereses y derechos a la hora de permitir el uso del derecho de reunión durante el estado de alarma puesto que «la interdicción de determinadas manifestaciones se ha sujetado a garantías judiciales que han permitido revisar las decisiones de la autoridad gubernativa» (Ituren Oliver & Esteve Segarra, 2020).

1.1.EL CASO DE LAS MANIFESTACIONES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

Bajo este contexto, el sindicato Central Unitaria de Trabajadores propuso realizar una caravana rodada en coches particulares el 1 de mayo de 2020 en la ciudad de Vigo con motivo del Día del Trabajador. Sin embargo, la Subdelegación de Gobierno prohibió tal reivindicación aduciendo que los desplazamientos en vehículos no estaban permitidos, asegurando además que «esta Subdelegación del Gobierno no puede trasladarle un criterio sobre su celebración y, menos aún, evaluar la repercusión que, sobre las alteraciones del orden público o de otra naturaleza con incidencia en la seguridad de personas o bienes, pudiera tener el desarrollo de la referida manifestación». Es decir que, en aplicación exclusiva del RD 463/2020, de 14 de marzo, y sin realizar ningún tipo de valoración de posibles alteraciones de orden público, la manifestación sindical convocada queda prohibida.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala Contencioso-Administrativa, de 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020) consideró la resolución prohibitiva ajustada a derecho, asegurando que el artículo 7 del RD 463/2020 prohíbe los desplazamientos o, en otros términos, únicamente los permite para determinadas finalidades. La propia sentencia usa la doctrina constitucional de la STC 83/2016, de 28 de abril, y defendía que el estado de alarma no puede suprimir o suspender derechos fundamentales sino limitarlos, concretamente la circulación o permanencia de personas o vehículos. Pero en lo que no recae la atención de la Subdelegación de Gobierno ni

tampoco la STSJ gallego es que lo que propone el sindicato no es un desplazamiento al uso o común, sino una manifestación rodada con motivos sindicales y reivindicativos, es decir, un uso del derecho de reunión del artículo 21 CE conjugando con los artículos 7 y 28 CE. La prohibición de la manifestación convocada por el sindicato CUT en virtud del RD que declara el estado de alarma significa que, indirectamente, se avala que bajo tal estado excepcional sea posible la suspensión de derechos fundamentales. Y esto último es, precisamente, lo que tanto la STC 83/2016, de 28 de abril como el artículo 55.1 CE y el artículo 22 de Ley Orgánica 4/1981 de estados excepcionales niegan²³⁷.

Otra argumentación que realiza la STSJ es que el derecho de reunión no es ilimitado y debe cohonestarse con bienes y derechos constitucionalmente reconocidos (STC 193/11), en este caso concreto, la medida prohibitiva va encaminada a evitar la propagación del virus. En otras palabras, el derecho a la vida y la salud pública pesó más que el derecho de manifestación sindical.

La sentencia apunta como antecedente jurídico y a nivel internacional que «en el ámbito internacional, el artículo 11.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (que ha de servir de pauta interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española), admite asimismo la restricción del ejercicio del derecho de reunión por razones de protección de la salud pública. En aplicación de dicho precepto, tal como advierte el Abogado del Estado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Cisse, de 9 de abril de 2002, consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes».

Se apunta también que se encuentra recogido en el propio texto constitucional, en el artículo 21.2 que asegura que la autoridad podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. A su vez, la LO de estados excepcionales reproduce tal posibilidad.

²³⁷ Además, supone un incumplimiento de la Exposición de Motivos del propio RD 463/2020, de 14 de marzo, que asegura que las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.

El sindicato interpuso recurso de amparo contra la anterior sentencia y la resolución de la Subdelegación de Gobierno junto con la petición de adopción de medidas cautelares con carácter urgente para asegurar la celebración de la manifestación el día previsto por la central sindical convocante. El sindicato aduce la vulneración del derecho fundamental de reunión y de libertad sindical, en dos dimensiones: porque el Real Decreto 463/2020, no suspende ni limita per se el ejercicio de derecho fundamental o libertad alguna de los mencionados en el artículo 55 CE y porque la resolución impugnada realiza un sobreesfuerzo de creación judicial para salvar la falta de motivación de la resolución administrativa impugnada.

El ATC 40/2020, de 30 de abril de 2020 viene a sacar de nuevo la doctrina de la STC 83/2016, de 28 de abril y la pone en relación con la reiterada jurisprudencia constitucional de los derechos de reunión y manifestación que lo define como un derecho limitado y afirma la posibilidad de prohibirlo siempre que concurran los motivos que la CE exige, y previa la realización del oportuno juicio de proporcionalidad. Asegura el auto que «todo ello se traduce en una labor de ponderación que han de realizar en cada caso los poderes públicos en función de las circunstancias concurrentes, de manera que si decidiera prohibirla, como es el caso, debe hacerlo motivada y fundadamente, y justificando la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para permitir el efectivo ejercicio del derecho, proponiendo, en su caso, las modificaciones que sean precisas, en función de la programación realizada por los promotores».

La doctrina constitucional asegura que «dejando a un lado lo relativo a la protección reforzada o no de la libertad sindical en este contexto por las razones que apuntamos en el fundamento primero, no podemos sino estar de acuerdo con el recurrente, como no se puede deducir de otro modo de la lectura del fundamento jurídico 8 de la Sentencia 83/2016, de 28 de abril: “A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; la práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias; la intervención y la ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier clase, con excepción de

domicilios privados; la limitación o el racionamiento del uso de servicios o del consumo de artículos de primera necesidad; la adopción de las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por una paralización de los servicios esenciales para la comunidad cuando no se garanticen los servicios mínimos; y, en fin, la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento, siéndole aplicable al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización. Previsiones, todas ellas, cuya entidad adquiere particular relevancia para el enjuiciamiento que ahora abordamos”».

El ATC de 2020 saca a relucir un supuesto similar conocido por el Tribunal Constitucional Federal (la Corte Constitucional Federal) de Alemania, dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20) cuyo fallo consiste en devolver el asunto a la autoridad administrativa para que, con una adecuada intelección del derecho de manifestación, adopte una decisión propositiva que permita compatibilizar el ejercicio del derecho de reunión en lugar de tránsito público y la garantía de la salud pública. No obstante, el Tribunal Constitucional no contempla esta opción puesto que la manifestación carecía de sentido si no se celebrara el 1 de mayo. «Resulta ciertamente decepcionante esta primera conclusión del Tribunal Constitucional español, pues en el ámbito de Derecho comparado el Tribunal Constitucional alemán ha resultado mucho más progresista en la interpretación de los derechos humanos» (Bello Paredes, 2020).

El Tribunal Constitucional, sobre la resolución de la Subdelegación del Gobierno, asegura que es abiertamente ambigua y no deja totalmente clara la prohibición, por lo tanto, no es motivación suficiente para suspender el derecho fundamental tal y como argumenta la doctrina constitucional en este punto. No obstante, la extensa fundamentación de la sentencia del TSJS de Galicia, subsana el defecto de motivación de la resolución administrativa. El Tribunal Constitucional se equivoca debido a que en ningún caso una fundamentación jurídica de una sentencia puede servir como excusa a un acto administrativo. Sino que, la jurisdicción contencioso-administrativa debe de velar por el buen funcionamiento de la administración y penalizar aquellos actos que vayan en contra de ello. Las sentencias no deben de suplir las deficiencias de la administración puesto que ello llevaría al empeoramiento del funcionamiento administrativo y al vaciado de funcionalidad y competencial de las resoluciones administrativas.

Una consideración importante de la resolución judicial es que precisa que no es la demanda de amparo el cauce procesal adecuado para que el Tribunal Constitucional efectúe un juicio de constitucionalidad sobre el RD 463/2020, de 14 de marzo, en razón de la hipotética suspensión que habría producido del derecho de manifestación (y del de libertad sindical) al limitar la libertad de circulación de las personas. En términos literales del auto: «La discusión sobre si el decreto de declaración del estado de alarma supone o no, de facto, y por derivación de la limitación de la libertad de ambulatoria del artículo 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación no puede ser abordada, ni siquiera a efectos dialécticos en este momento procesal, ni siquiera en este recurso de amparo».

Esta doctrina ya se pronunció en la STC 7/2020 donde se dejó claro que el acuerdo parlamentario que autoriza la prórroga del estado de alarma ostenta rango o valor de ley y, consiguientemente, no puede ser impugnada vía recurso de amparo sino por medio del recurso de inconstitucionalidad.

El fallo del auto consiste en inadmitir el recurso de amparo interpuesto por el sindicato debido a que, también para el TC, la garantía de la integridad física de las personas (artículo 15 CE) y la protección de la salud (artículo 43 CE) son limitaciones al derecho fundamental de manifestación sindical. En palabras de la sentencia «por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente».

El ATC 40/2020 confirma la limitación administrativa y judicial del derecho fundamental de manifestación constitucionalmente fundada en la salvaguarda de los valores constitucionales de la vida y la salud, pero sin decidirse a proseguir en el camino de la elaboración del concepto constitucional del orden público con peligro para las personas dando entrada a la salud pública, cuya alteración supone un peligro cierto para la integridad de las personas, máxime en una situación de pandemia antes desconocida que la ponía gravemente en esa situación de peligro sin, en su valoración *ad casum*, las medidas preventivas adecuadas para conjurar el riesgo sanitario (Casas Baamonde & Ángel Quiroga, 2020).

Con respecto al concepto de orden público, serían aplicable otros antecedentes del Tribunal Constitucional sobre la cuestión:

- ⇒ La STC 59/1990 aseguró que el concepto de orden público había adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978.
- ⇒ La STC 66/1995 precisó que el concepto de orden público constitucional no es un orden público «sin más» sino que debe de haber peligro para personas o bienes. En este procedimiento instado por el sindicato Unión General de Trabajadores, se prohibió la concentración estática en apoyo a la negociación colectiva ante la obstrucción de vías de circulación y el colapso circulatorio total. El concepto de orden público se fijó como límite específico al ejercicio del derecho de reunión o manifestación (artículo 21.2 CE).
- ⇒ La STC 301/2006 reconoció el derecho fundamental de reunión a la Asociación para la colaboración con los trabajadores y trabajadoras de Sintel para celebrar reuniones cuyo objetivo era apoyar el cumplimiento de los Acuerdos que posibilitaron el levantamiento del campamento del paseo de Castellana que organizaron los trabajadores y trabajadoras.
- ⇒ La STC 170/2008 avaló el amparo del Colectivo Autónomo de Trabajadores Mossos d'Esquadra y anuló las decisiones administrativas y judiciales que habían desautorizado la celebración de la manifestación convocada, por su posible incidencia en el proceso electoral próximo al Parlamento de Cataluña.
- ⇒ La STC 96/2010 declaró la vulneración del derecho fundamental de reunión y manifestación de la Plataforma «8 de marzo» de Sevilla debido a una resolución de la Junta Electoral Provincial que no autorizó la manifestación por el día internacional de la mujer y había propuesto la modificación de su fecha para impedir que coincidiera con la jornada de reflexión previa a las elecciones generales y autonómicas de 9 de marzo de 2008.

Durante el 2020 y con la pandemia de por medio, se dieron más pronunciamiento con respecto a manifestaciones o reuniones. El sindicato Provincial de Oficios Varios CGT del Corredor de Henares y Guadalajara interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, por la cual se prohíbe la manifestación rodada en vehículos particulares comunicada para el día 1 de mayo de 2020

dando lugar a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Contencioso-administrativa, de 30 de abril de 2020 (núm. 199/2020)²³⁸.

En esta ocasión, la resolución que prohíbe la manifestación del sindicato contiene mayor fundamentación y asegura que el RD 463/2020 «prevé diversas medidas que han sido desarrolladas por normas posteriores. Contiene una limitación del derecho de movilidad y libre circulación como regla general con excepciones para determinados supuestos. Por otra parte, el estado de alarma, efectivamente, no suspende derechos fundamentales (artículo 55 CE), aunque según el precedente de la STC 86/2020 puede limitar su ejercicio introduciendo restricciones, además de haber declarado que el Real Decreto tiene fuerza o valor de ley. Por tanto, en lo que aquí respecta, el derecho contenido en el artículo 21 CE no se encuentra suspendido por la declaración del estado de alarma». La STJS considera que la resolución administrativa se encuentra suficientemente motivada argumentando que se desprende que el recurrente ha conocido los motivos y ello le ha permitido poder oponerse adecuadamente al acto impugnado.

Finalmente, la sentencia desestima el recurso, en consonancia con el auto del Tribunal Constitucional, asegurando que «en las circunstancias actuales y ante las condiciones en que se pretende el ejercicio del derecho fundamental de reunión, cuya tutela se demanda, estima la Sala que dicho ejercicio entra en conflicto con bienes y valores constitucionales, como la salud pública y, más concretamente, la salud, la integridad física y la vida de las personas (artículos 15 y 43 CE), que deben prevalecer frente a aquel, al amparo de lo previsto en el artículo 21.2 CE y 11.2 CEDH, en relación con el artículo 10.3 CE, que establece el principio de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Sin embargo, no todas las sentencias que se produjeron son similares. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Contencioso-administrativo, de 30 de abril de 2020 (núm. 151/2020) y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Contencioso-

²³⁸ Otras sentencias en la misma línea se emitieron el 30 de abril por el TSJ Madrid (nº 195/2020, 199/2020, 197/2020 y 198/2020 - dictadas respectivamente en los procedimientos nº 306/2020, 307/2020, 308/2020 y 309/2020).

administrativo, de 30 de abril de 2020 (núm. 69/2020)²³⁹ estimaron los recursos de protección del derecho de reunión y revocaron la prohibición administrativa.

La primera aseguró que «el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en la redacción que ofrece el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, no afecta, porque nunca pudo, al libre ejercicio del derecho de manifestación, razón por la cual es innecesario a la hora de resolver sobre el fondo del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, lo cual hace, por idéntico motivo, que carezca de objeto resolver cautelarmente la cuestión». Además, aseguró que no se explica cómo pueden producirse contagios, si cada persona va en su coche y con motocicletas o bicicletas, puntualizando que la Delegación de Gobierno no ha dado alternativa de que sea sólo con automóviles o de que las motocicletas y bicis deban mantener una determinada distancia o sus conductores lleven un equipamiento específico. La sentencia resuelve que «cabrá la posibilidad de limitar los movimientos del ciudadano en mayor o menor medida, pero nunca para impedir el libre ejercicio del derecho de manifestación».

A la sentencia se le acompaña un voto discrepante que pone de relieve la necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 7.1 del RD 463/2020. Además, se sostiene en el voto particular que no se ha establecido como excepción a la prohibición general de libre circulación la de los desplazamientos necesarios para el derecho de reunión y manifestación. Por tanto, este derecho se ha suspendido de facto, aunque se niegue en las contestaciones a la demanda, imposibilitando su ejercicio, y por ello ha sido prohibido por la Delegación de Gobierno.

La segunda sentencia, perteneciente al STSJ de Navarra de 30 de abril de 2020 (núm. 69/2020), falla estimando el recurso contra la resolución de la Delegación de Gobierno prohibiendo una concentración que, en esta ocasión, es estática y cuya duración era de 40 minutos. Asegura la sentencia que el estado de alarma no ha desplazado ni suspendido la CE y, por lo tanto, no se comparte la idea de que el derecho de manifestación no pueda

²³⁹ Sin embargo, la misma Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Navarra, el 30 de abril de 2020 (rec. 134/2020) desestimaba el recurso interpuesto por el sindicato LAB para llevar a cabo una manifestación con motivo del 1 de mayo bajo la premisa de que «todo ello determina la prohibición de la manifestación solicitada dado en que la misma, por su características concretas ya expuestas, existen fundadas razones de alteración del orden público (entendido como ha hecho el TC como desorden material que impida la convivencia ciudadana con afectación de la integridad física o moral de las personas o bienes (STC 66/1995) con peligro actual para la salud de las personas (art 21.2 CE) derivada de la pandemia COVID-19 que padecemos».

ejercerse debido a la pandemia. Si hubiese peligro de contagio, se debe de justificar debidamente ponderando y valorando de modo suficiente las circunstancias concurrentes.

Por ello, la sentencia resolvió que «puesto que hay que partir del principio de efectividad de los derechos, y de que el de reunión no está suspendido, el factor “peligro de contagio” hay que coherenciarlo con las circunstancias que concurren y, en este caso, los promotores ofrecen un diseño de concentración del que se colige garantía de suficiente distanciamiento de seguridad entre los asistentes dado lo espacioso del lugar elegido puesto en relación con el número de participantes y, tratándose de un acto de breve duración, no más de 40 minutos, en el que van a participar, como máximo 6 personas, no más, con el compromiso de adoptar y seguir todas aquellas medidas de protección y en evitación de contagio que determinen las autoridades sanitarias de sobra conocidas, lo que hace que la decisión de prohibición no esté justificada ni adecuadamente adoptada. Parece obviarse, un dato, y es que, si nos atenemos a la realidad social y sanitaria actual, en no pocos centros de trabajo, o incluso en supermercados, se están produciendo concentraciones de personas tanto o más numerosas que las que en este caso se va a producir».

Con respecto a que la manifestación sea estática, encontramos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Contencioso-Administrativa, de 12 de mayo de 2020 (rec. 1/2020). La prohibición de la manifestación por parte de la Delegación de Gobierno fue fundada en motivos de salud pública considerando que la medida de limitar el número de personas (30) no es suficiente puesto que no se ostenta seguridad de que no se rebase tal número, favoreciendo una propagación indiscriminada del virus.

Sin embargo, varias manifestaciones sí que se permitieron tiempo después en atención al tiempo y modo de manifestación. Así pues, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de mayo de 2020 (rec. 319/2020) habilita una manifestación de 50 personas, con distancia de seguridad, mascarillas y guantes convocada el 23 de mayo de 2020.

La sala razona que «al no ser objeto del recurso contencioso administrativo el Real Decreto 463/2020, deben quedar fuera del debate todas las cuestiones aludidas por el recurrente referentes al mismo como, por ejemplo, la suspensión durante su vigencia del derecho fundamental reconocido en el art. 21 CE o las diferencias entre el estado de

alarma y el de excepción». Es decir, con objeto de no contradecirse con su sentencia de 29 de abril, no entra a valorar la cuestión de fondo que sigue siendo de vital importancia.

Con respecto al auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2020, la sala entiende que dicho auto no puede servir de guía absoluto en una situación de pandemia tan dinámica y cambiante. El TSJ tiene en cuenta la doctrina de la STC 301/2006, de 23 de octubre FJ 4, y la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5, que señalan «que para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -en este caso la protección de la salud pública y de los ciudadanos-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto». Con esta doctrina se fundamenta que el marco para juzgar el desarrollo del derecho de manifestación viene marcado por «la evolución de la pandemia». El inicio de la desescalada y la flexibilización de las medidas acordadas, inicialmente por razones de salud pública, por una parte, y la autolimitación del promotor, en atención a la situación de crisis sanitaria, proponiendo una concentración muy acotada y delimitada en todos sus términos, hace que el juicio de proporcionalidad sea distinto que la sentencia emitida el 29 de abril de 2020.

Por ello, la sentencia resuelve que «debemos notar en este punto que la Administración, al prohibir la concentración, ha decidido la limitación máxima del derecho de reunión, por lo que en las circunstancias expuestas todavía resulta más exigible una motivación expresiva de las razones en las que basar dicha incompatibilidad absoluta entre el derecho fundamental reconocido en el art. 21 CE y la salud pública». Por ello, revoca la prohibición de manifestación de la Delegación de Gobierno.

La ponderación o juicio de valorar que debe de hacer los magistrados para valorar si se permite o no el derecho de manifestación no puede depender de la situación pandémica sino del contexto legal en que nos situemos e, independientemente de la desescalada, el estado de alarma se encontraba activo y desplegando todos sus efectos.

En otras palabras, permitir o no una reunión o manifestación convocada bajo el artículo 21 CE no puede depender del número de contagiados por coronavirus sino de la situación legal excepcional que se encontraba el país en aquel momento. La cuestión de fondo sigue siendo si bajo el estado de alarma se puede permitir el uso del derecho de manifestación o no.

En otra ocasión, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Contencioso-Administrativa, de 22 de mayo de 2020 (rec.111/2020)²⁴⁰ permitiría una manifestación rodada con vehículos particulares convocada por el partido político VOX. La sala considera desproporcionada la prohibición del derecho de manifestación y decide permitir ésta.

La sentencia, en línea con lo pronunciado por el TSJ de Madrid, asegura que «las mismas razones de cambio de circunstancias justifican que la valoración del presente caso no deba estar necesariamente condicionada por lo resuelto por esta misma Sala en las sentencias nº 195/2020, 199/2020, 197/2020 y 198/2020, todas ellas de fecha 30 de abril de 2020 -dictadas respectivamente en los procedimientos nº 306/2020, 307/2020, 308/2020 y 309/2020-». Por ello, la valoración en tiempos de desescalada debe ser diferente a la realizada el 29 de abril.

La sentencia asegura que «nada indica que la manifestación en vehículos que pretende realizar el partido político VOX pueda traducirse en perjuicios significativos para la vida o la salud de las personas; y admitir una prohibición basada en meras conjeturas supondría una quiebra clara del derecho fundamental de reunión y manifestación pacífica, amén de un peligroso precedente».

La anterior fundamentación perfectamente se podía haber utilizado para aprobar las manifestaciones rodadas convocadas con motivo de la reivindicación del 1 de mayo de 2020 convocadas por distintos sindicatos. Como sí haría las sentencias del TSJ Aragón de 30 de abril de 2020 (rec. 112/2020) o TSJ Navarra de 30 de abril de 2020 (rec.133/2020) cuyo modo de llevarse a cabo era exactamente igual. Recordemos que únicamente han pasado veintidós días entre la convocatoria de una manifestación y otra. Los días suficientes, en opinión de los magistrados, para valorar de manera distinta el

²⁴⁰ Se emitieron otras con similar fundamentación jurídica por la misma sala (rec. 112, 113 y 119/2020).

desarrollo de las reuniones y ponderar el derecho de manifestación prioritariamente frente al derecho a la salud pública.

Otros pronunciamientos en la línea anterior son las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Contencioso-Administrativa, núm. 462, 463, 464, 465, 466, 468, 469 y 470/2020, de 21 de mayo de 2020 (rec. 357, 358, 359, 360, 363 y 365/2020). En esta ocasión, un argumento de la sentencia consiste en que la manifestación debe darse puesto que en la fecha de su celebración estaban permitidas otras actividades como las rebajas en centros comerciales o la asistencia a lugares de culto. Es decir, para el TSJ de Castilla y León, debe de permitir una manifestación de un partido político puesto que a las personas también se les permite acudir a comprar prendas a un centro comercial. Una argumentación muy pobre cuando hablamos de derechos fundamentales.

A la vista de las sentencias que han tratado el derecho de manifestación durante el estado de alarma, podemos decir que la dicotomía es enorme. Tal es la contradicción que, un mismo tribunal (Tribunal Superior de Justicia de Navarra), una misma sala (contencioso-administrativa), el mismo día (30 de abril) dicta dos sentencias por las cuales, se permite una manifestación el 1 de mayo (rec. 133/2020) y otra manifestación queda prohibida (rec. 134/2020) cuyos modos de llevarse a cabo eran similares.

⇒ En primer lugar, para muchos magistrados (STSJ Madrid o Galicia) el derecho de manifestación se doblega bajo el derecho a la salud pública y el objetivo de evitar los contagios por el virus COVID-19. Es decir, jurisprudencialmente, se ha entendido que el derecho a la integridad física (artículo 15 CE) y el derecho a la salud pública (43.2 CE) quedan priorizados sobre el derecho de reunión (artículo 21 CE) y de libertad sindical (artículo 28 CE). Sin embargo, es entendible que resulta de aplicación el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/1981 debe de aplicarse al asegurar que «las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos sexto y séptimo de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa».

Sin embargo, este análisis no ha sido sostenido por ningún magistrado del Tribunal Superior de Justicia ni tampoco por el Tribunal Constitucional. De haber sido así, las reuniones o manifestaciones convocadas con motivo de la celebración del 1 de mayo deberían de haberse celebrado y nunca debieron de haberse prohibido.

Las manifestaciones convocadas por los sindicatos gozan de mayor protección en el sistema jurídico debido a que se encuentran protegidas, al mismo tiempo, por el derecho de libertad sindical del artículo 28 de la Constitución Española debido a que las manifestaciones reivindican intereses económicos o profesionales conectados directamente con la acción sindical.

Los sindicatos han de poder defender sus intereses profesionales derivados de su posición y función constitucional (art. 7). Son instrumentos de representación democráticos recogidos en el texto constitucional y deben de poder hacer uso de los poderes que tal norma suprema y otras leyes del aparato jurídico le confiere.

Bien es cierto que, y esta argumentación es la más repetida entre las sentencias anteriores, el derecho de manifestación puede prohibirse en el caso de que «existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» (artículo 21 CE). Ahora bien, si ha de quedar prohibida una manifestación por estos motivos se deben de probar fehacientemente la existencia del riesgo en la resolución de la autoridad gubernamental. En el caso del TSJ de Galicia, la Subdelegación de Gobierno únicamente apuntaba al riesgo de manera sucinta y hacía referencia a la crisis pandémica que se vivía en el país. Es decir, denostaba una falta de motivación clara y debería de haberse anulado por ello.

En cuanto a las resoluciones de las Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno, ninguna de ellas hace uso del poder que les confiere el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983 que reza «si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación. La resolución deberá adoptarse en forma motivada, y notificarse en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la comunicación prevista en el artículo 8, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo». Las autoridades gubernativas han utilizado esta premisa legal para prohibir las manifestaciones convocadas durante el estado de alarma, pero no han propuesto modificaciones de fecha, lugar, duración o itinerario de las mismas. De haberlo hecho, el derecho de manifestación no hubiera quedado suspendido de facto y quizá sí se podría haber llevado a cabo el ejercicio de tal derecho fundamental.

⇒ En segundo lugar, otra corriente de sentencias (TSJ Aragón o Navarra) sí ha permitido llevar a cabo reuniones y manifestaciones cuyas medidas para evitar contagios eran adecuadas para evitar la propagación del virus. En definitiva, estas sentencias denotan una mayor sensibilización por el uso de los derechos fundamentales por parte de las organizaciones sindicales.

El hecho de que se aprobasen diferentes manifestaciones en fase de desescalada y no previamente es un error manifiesto puesto que, aunque las autoridades relajaran las medidas restrictivas en vista de la mejoría de la crisis sanitaria, el contexto legal y excepción de estado de alarma era igual. Por lo que debemos de entender que permitir una manifestación dependía del grado de incidencia del coronavirus y del número de contagiados. O dicho de otra manera, el derecho a la integridad física y a la salud pública tienen mayor o menor peso, con respecto al derecho de manifestación y libertad sindical, en función del número de personas contagiadas.

Lo anterior supone una nueva interpretación o definición del principio *favor libertatis*. Hasta ahora, se entendía que se debía elegir las limitaciones al derecho de manifestación que sea más favorable al ejercicio del derecho de manifestación. Pero en tiempos de pandemia, las manifestaciones deben de llevarse a cabo garantizando el ejercicio equilibrado de todos los derechos implicados (incluidos el de integridad física y de la vida). Es decir, las limitaciones al derecho de manifestación vienen impuestas por el modo de desarrollarse la misma, respetando las medidas elementales y recomendadas por las autoridades como el uso de mascarillas, guantes, respeto a la distancia de seguridad, etc...

Una pandemia mundial es igual a una limitación al derecho de manifestación. El paradigma aún no se ha percibido del todo. La conciencia crítica ha de situarse en que determinadas medidas sanitarias constituyen un presupuesto para el ejercicio de un derecho colectivo, entendiendo el derecho en un sentido amplio. Si bien, hay que ser plenamente conscientes de que es extremadamente difícil establecer un equilibrio entre derechos humanos fundamentales (Marruevos Rumí, 2020).

2. EL DERECHO DE HUELGA DURANTE LA PANDEMIA

El artículo 28.2 de la CE reconoce el derecho de huelga asegurando que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores y trabajadoras para la defensa de sus intereses. La

ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

Además, el derecho de huelga también aparece en el artículo 55 de la CE siendo un derecho que puede ser suspendido únicamente por vía del estado de excepción y, por ende, no puede serlo por vía de otros estados excepcionales como el estado de alarma.

Sin embargo, tras la declaración del RD 463/2020, la afectación del derecho de huelga y conflicto colectivo puede encontrarse en los siguientes aspectos:

⇒ Se impone prestaciones personales obligatorias y servicios extraordinarios. El artículo 13 del Real Decreto Ley 463/2020, de 14 de marzo, establece que el Ministerio de Sanidad, durante el estado de alarma podrá «imponer las prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de la crisis sanitaria». Ello debemos de ponerlo en relación con el artículo 1.3 b) del ET que asegura que las prestaciones personales obligatorias están excluidas del ámbito laboral²⁴¹. Debido a la falta del elemento de laboralidad, las personas que desarrollen este tipo de prestaciones no podrían hacer uso del derecho de huelga puesto que es un derecho reconocido a los trabajadores y trabajadoras.

Los servicios extraordinario derivan del artículo 9.1 de la Ley Orgánica 4/1981 que establece que «por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores y trabajadoras al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza».

Este artículo posibilita que, no sólo en los sectores ligados a la protección de la salud pública sea posible aplicar una imposición obligatoria sino también en distintos otros que estén bajo la Administración Pública. Es decir, bajo el paraguas

²⁴¹ Debe entenderse que sí estaría protegidas las personas trabajadoras que desarrollen una prestación personal obligatoria ante contingencias profesionales que pudieran derivarse de su realización en virtud del RD 2765/1976, de 12 de noviembre, sobre protección por la Seguridad Social de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidas con ocasión o consecuencia de prestaciones personales obligatorias.

del estado de alarma se puede imponer servicios extraordinarios por su duración o naturaleza a los funcionarios y trabajadores y trabajadoras de las administraciones públicas del territorio nacional.

No obstante, y planteando un hipotético caso de que se diese una huelga en un sector del cual se considere que dependa la salud pública durante la crisis del coronavirus (por ejemplo, la sanidad), el Ministerio de Sanidad tendría capacidad de imponer prestaciones obligatorias tanto a los trabajadores como a otras personas (personal militar, fuerzas y cuerpos de seguridad...). Es decir, la efectividad del derecho de huelga quedaría vaciada de contenido al ser posible un esquirolaje mediante la imposición de prestaciones personales obligatorias.

El Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo ha conocido de procedimientos basados en huelgas en servicios sanitarios y ha ponderado el establecimiento de servicios mínimos con el derecho de huelga regulado el artículo 18 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud²⁴². Las sentencias del Tribunal Supremo, Contencioso-Administrativa de 21/5/2015 (rec. 3898/2013), 28/5/2015 (rec.1148/2014) y 14/12/2015 (rec.989/2014) vienen a asegurar la imposibilidad de fijar unos servicios mínimos del 100%. Y una fijación de servicios mínimos al 100% es, en la práctica, igual que imponer prestaciones personales obligatorias o servicios extraordinarios. Bien es cierto, que el elemento de encontrarnos en un contexto de estado de alarma altera la disposición legal ordinaria. La afectación de los derechos de huelga y de conflicto colectivo en caso de estado de alarma no se juega en el campo de juego del sistema de fuentes tradicional (Ituren Oliver & Esteve Segarra, 2020).

A lo anterior, hay que sumar la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo artículo 10.1 asegura que «las comunidades autónomas podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los empleados públicos y trabajadores y trabajadoras al servicio de las mismas, cualquiera que sea su categoría profesional, servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». Es decir, esta orden habilita un poder casi absoluto

²⁴² «c) A la huelga, garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población».

de las Comunidades Autónomas para imponer condiciones de trabajo, lo que hace difícil que las personas trabajadoras tengan la posibilidad de secundar una huelga.

⇒ Movilización de determinado personal. Tanto los artículos 7²⁴³ y 14²⁴⁴ de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas como el artículo 12²⁴⁵ de la Ley Orgánica, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, prohíben recurrir a la huelga o conflicto colectivo a este personal. En el caso de que se movilizara a dicho personal, no cabría el rechazo de la prestación de trabajo en virtud de la huelga o presión sindical. Ya existe un precedente de lo anterior y es que precisamente fue lo que ocurrió en la crisis de los controladores aéreo en 2010. El personal huelguista fue militarizado en virtud del RD 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo²⁴⁶, que declaraba el estado de alarma, evitando así que el mismo realizara huelga y suspendiendo su derecho fundamental recogido en el artículo 28 CE. Teniendo en cuenta que la declaración del estado de alarma se dio con el RD 463/2020, una posible huelga en cualquier sector productivo necesario para la superación de la crisis pandémica hubiera llevado a la militarización del personal y la negativa absoluta de su derecho a poder secundar huelgas.

El artículo 13 del RD 463/2020 establece un amplio abanico de poderes que permiten adoptar diferentes medidas donde, aun no especificándose concretamente, la movilización de determinado personal podría tener cabida. El art 12.2 de la LO 4/81 habilita dicha movilización en los servicios intervenidos, es decir y en este caso concreto, los servicios de sanidad, farmacéutico y abastecimiento de mercado.

⇒ Suspensión de actividades en determinados sectores de actividad. En determinados sectores fue suspendido la apertura al público (art 10 y Anexo del

²⁴³ Art 7 LO 9/11: «Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas»

²⁴⁴ Art 14 LO 9/11: «Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos»

²⁴⁵ Art 12 LO 11/07: «Los Guardias Civiles no podrán ejercer el derecho de huelga ni realizar acciones sustitutivas o similares a la misma, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios»

²⁴⁶ No obstante, la situación de aquel entonces y la afectación de derechos tanto en cuantía como en importancia, no es comparable con la situación provocada por el coronavirus

RD 463/2020 y Anexo del RDL 10/2020) así como otras actividades donde se suspendieron desarrollarse como las educativas y formación (art 9 RD 463/2020). Teniendo en cuenta que la huelga implica dejar de prestar servicios, ello no tendría sentido en actividades y sectores cuya actividad se suspendió. Es decir, en sectores sin prestación laboral carece de contenido el derecho de huelga.

⇒ Mantenimiento de la actividad en determinados sectores a través de sistemas a distancia. Un problema que puede surgir es la huelga en sectores donde se ha dado mayoritariamente el teletrabajo. Es cierto que, teniendo en cuenta la huelga como la dejación de prestar servicios y que ello es posible por los teletrabajadores al igual que los trabajadores presenciales²⁴⁷, lo que no tendría cabida en este sistema es la realización de piquetes informativos. Es decir, secundar la huelga únicamente consistiría en dejar de producir, pero no otras actividades que acompañan la medida del conflicto colectivo. Se vacía el sentido reivindicatorio de la misma.

Los sindicatos mayoritarios del país llamaron a la responsabilidad destacando el momento inoportuno para plantear huelgas durante el estado de alarma y otros conflictos laborales. No obstante, otros sindicatos sí lo han hecho²⁴⁸. Y, la propia población ha asumido los planteamientos del carácter inoportuno de determinadas huelgas, pese a la posibilidad de realizarlas, como lo prueba un mensaje viral que ha aplaudido la posición sindical en el sector sanitario de no acudir a la huelga. El mensaje era el siguiente: «*Pudisteis hacer huelga y estáis al pie del cañón*» (Ituren-Oliver & Esteve-Segarra, 2020).

El Tribunal Constitucional, en la STC 83/2016, de 28 de abril, valoró una posible vulneración de varios derechos fundamentales en el caso de la huelga de más de 300 controladores. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional no valoró el texto

²⁴⁷ No reconocer el derecho a la huelga a trabajadores a distancia, se podría definir como un incumplimiento del principio de igualdad del art 15 CE con respecto a los trabajadores presenciales y el artículo 19 del RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

²⁴⁸ Destaca el auto del Juzgado de lo Social nº34 de Madrid, de 30 de marzo de 2020, proc. 1/2020, que señala que «*resulta sorprendente el goteo de solicitudes de medidas cautelarisimas que se está produciendo y que parecen carecer de cualquier objeto o mejor dicho que piden algo aparentemente razonable como es la disminución del riesgo de exposición al virus que padecen todos los colectivos que prestan servicios esenciales a la colectividad. Ha de reconocerse la importancia de esos equipos de protección que nadie niega, lo negativo que es que no haya suficientes, pero también que estamos en circunstancias excepcionálisimas y que por quien corresponde se esté intentando subsanar. Y sorprende igualmente que no sean los Sindicatos de clase mayoritarios del país (CCOO, UGT, CGT, CSIF...), los más representativos y aquéllos que posiblemente representen a más trabajadores en esta deficiente situación los que planteen tales medidas sino Sindicato, legítimos, "de franja" defensores de los intereses corporativos, alguno de ellos con unas cuotas de representación minoritaria en sus respetivos cuerpos funcionariales, otros con opciones ideológicas, igualmente legítimas, en clara oposición al color del Gobierno*».

normativo de declaración de estado de alarma ni la posible afectación del derecho fundamental de huelga por el mismo. Es decir, apenas arrojó luz y se limitó a reproducir el contenido del artículo 11 de la LO 4/1981 relativo a las medidas que en aplicación del estado de alarma pueden adoptar los poderes públicos. No se atrevió a adentrarse en un terreno ciertamente complejo, al objeto de establecer criterios interpretativos que ayudase a delimitar el alcance de la restricción de derechos (Carrillo López , 2020). Ello habría significado haber tenido un riguroso precedente a la hora de afrontar la crisis del coronavirus y no haber existido indefinición e inseguridad al respecto.

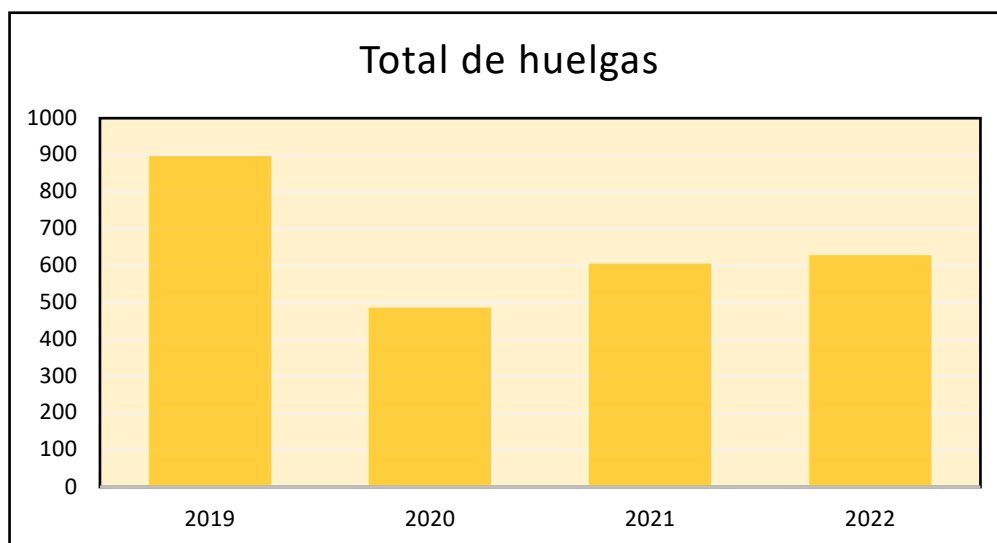
Bien es cierto que, no se han producido grandes huelgas que pusieran en jaque al estado de alarma activado. Previamente, sí se produjeron huelga, concretamente en el sector de limpieza del País Vasco, donde la autoridad competente fijó unos servicios mínimos para empresas contratistas de la Administración pública del 100% atendiendo a razones de salud pública. En todo caso, «la imposición de servicios mínimos totales privaba de efectos a la huelga, es decir, convertía el derecho fundamental en un derecho vacío de contenido por razones de salud pública o si se quiere de fuerza mayor incluso en un período donde no se había declarado aún el estado de alarma» (Ituren Oliver & Esteve Segarra, 2020). En cambio, en otros países sí se han realizado. En Hong Kong se llevó a cabo una huelga de personal sanitario que reclamaba medidas anticontagios más efectivas²⁴⁹.

Estadísticamente, consta en el Ministerio de Trabajo un total de 487 huelgas convocadas en el año 2020 frente a un total de 898 huelgas convocadas en el año 2019 y 606 huelgas convocadas en 2021 y 629²⁵⁰ en 2022. Durante los meses de duración del estado de alarma decretado por el DR 463/2020, se convocaron un total de 139 huelgas (en marzo 71, en abril 13, en mayo 22 y en junio 33) en el año 2020 frente a un total de 457 huelgas convocadas en 2019 en los mismos meses (en marzo 101, en abril 132, en mayo 122 y en junio 102). Es decir, similarmente hubo más huelga durante estos meses en el año 2019 que en total convocadas en el año 2020. Desgranando más los datos, los sectores económicos con más huelgas en 2020 fue la industria manufacturera (se convocaron 180); un sector con baja implementación del teletrabajo durante la pandemia. Si miramos las actividades sanitarias, se convocaron un total de 13 huelgas durante 2020 y durante los

²⁴⁹ https://www.abc.es/sociedad/abci-coronavirus-china-medicos-hong-kong-declaran-huelga-plena-crisis-coronavirus-202002030848_noticia.html

²⁵⁰ Dato provisional suministrado por la web del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

meses de marzo, abril, mayo y junio no se convocó ninguna; al igual que otros sectores relacionados con el anterior como la asistencia en establecimientos residenciales y actividades de servicios sociales sin alojamiento²⁵¹.



La tendencia en las últimas 4 décadas muestra una tendencia a la disminución (Consejo Económico y Social España, 2021). Las 487 huelgas realizadas en 2020 conllevaron la participación total de 151.496 personas trabajadoras y un total de 540.579 jornadas no trabajadas. Esto supone que los participantes en huelgas fueron un 71,5 por 100 menos que en 2019, mientras que las jornadas no trabajadas se vieron reducidas un 60,7 por 100. Datos que demuestran la consistente reducción de conflictividad laboral.

La sustancial disminución de las huelgas en 2020 se explica con las medidas impuestas durante el contexto de crisis sanitaria que se abrió en el mes de marzo, en particular el estado de alarma y las medidas de confinamiento, pesando a partir de entonces un panorama de suspensión de actividades no esenciales y de medidas de restricción y limitación para contener la transmisión de la enfermedad, así como un importante volumen de empresas y de personas trabajadoras inmersas en medidas de regulación temporal de empleo (ERTE) (Consejo Económico y Social España, 2021). Por mi parte, añadiría que el auto del Tribunal Constitucional 40/2020 ha afectado a la convocatoria de huelgas durante los meses de duración del estado de alarma. Los sindicatos se vieron coartados indirectamente al conocer dicho auto y al comprobar que el resto de Tribunales Superiores de Justicia autonómicos siguieron un criterio común en su mayoría.

²⁵¹ Datos obtenidos a partir de la web del Ministerio de Trabajo sobre estadística de huelgas y cierres patronales: <https://www.mites.gob.es/estadisticas/Hue/welcome.htm>

El Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje muestra datos²⁵² que siguen en la línea de lo dicho anteriormente. Se realizaron un total de 43 mediaciones realizadas previas a la convocatoria de huelga, mientras que en 2019 se llevaron a cabo 68 mediaciones y en 2018 se efectuaron 79. Esto represente un total de 11,2 por 100 del resto de expedientes presentados y con un total de 223.247 personas trabajadoras afectas.

Los datos no hacen más que demostrar la enorme reducción de la conflictividad laboral que se produjo durante el estado de alarma y durante el año 2020 en general.

La doctrina ha mantenido que el derecho de huelga no queda afectado durante la vigencia del estado de alarma. El derecho de huelga de los trabajadores y trabajadoras permanece inalterado, y esta medida de presión puede por consiguiente ser utilizada por los sindicatos, los representantes electivos en la empresa y los propios trabajadores y trabajadoras sin restricción legal alguna derivada de esta situación de excepción. Una conclusión que afecta fundamentalmente a los sectores industriales y de la construcción (Baylos A. , 2020).

En definitiva y a en el mismo sentido que en el caso de las manifestaciones, no se ha suspendido el derecho de huelga taxativamente en nuestro país, pero sí se ha dificultado su realización hasta puntos casi de la imposibilidad, así como se ha vaciado el sentido de su práctica en la mayoría de sectores suspendidos.

Se trata de resultados consistentes con el hecho de que las huelgas de 2020 fueron un 45,8 por 100 menos que las correspondientes a 2019, tuvieron un 42,7 por 100 menos de participantes, y supusieron un 37 por 100 menos de JNT. Y es coherente en un año de aguda crisis económica y del mercado de trabajo, que ha afectado a la mayoría de las actividades y a un elevado número de empresas, motivada por una situación de pandemia (Consejo Economico y Social España, 2021).

La actividad jurisdiccional social se ha visto drásticamente reducida durante el año 2020. Por primera vez desde la última década, el número de asuntos judiciales resueltos es de 282.153, así pues, se ha quedado por debajo de los 300.000 que era la tónica dominante en la última década. No obstante, los datos sobre conflictos colectivos aumentaron (131 más que en 2019; un 6,5% más) lo que se explicaría por medio de que la interrupción y suspensión de plazos contemplaba como excepción los conflictos colectivos. También,

²⁵² Estos datos pueden encontrarse en la página web de la Fundación SIMA: <https://www.fsima.es>

los conflictos colectivos admiten la impugnación de la figura laboral por excelencia de la pandemia: los ERTes. Ambos factores explicarían la subida.

Ello da muestras de que la regulación del derecho de huelga y conflicto colectivo resulta claramente disfuncional y se encuentra necesitada de reformas de calado que permitan una mayor seguridad jurídica y composición de sus elementos. Ello se hace más necesario en periodos de estados de excepción donde se encuentra en un limbo jurídico difícil de interpretar y realmente complicado de llevar a cabo. La creación de la Ley Orgánica de Huelga podría establecer la condición del derecho fundamental durante los estados de alarma, excepción y sitio.

2.1.EL CASO DEL DERECHO DE HUELGA EN PORTUGAL

El derecho de huelga es un derecho reconocido en el contexto normativo supranacional. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, podemos encontrarla dentro de lo regulado en el artículo 20 (derecho de reunión) y 23 (derecho de fundación de sindicatos y afiliación). Al igual que la anterior, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 tampoco prevé expresamente el derecho de huelga, pero sí de asociación, reunión y afiliación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, reconoce el derecho de huelga ejercicio de conformidad con las leyes de cada país en el artículo 8.1 d), lo que genera el compromiso de los Estados parte a garantizar tal derecho. También la Carta Social Europea, adoptada por el Consejo de Europa en 1961 y revisada en 1996, prevé «el derecho de los trabajadores y empleadores a la acción colectiva en caso de conflicto de intereses, incluido el derecho a huelga, con sujeción a las obligaciones derivadas de los convenios colectivos vigentes» (artículo 6).

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) destacan los convenios núm. 87 de 1948 (sobre la libertad sindical y protección del derecho de la Unión)²⁵³ y núm. 98 de 1949 (sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva)²⁵⁴ que defienden un derecho de huelga. Además, ya la Resolución

²⁵³ El Convenio nº 87 de la OIT asegura que las autoridades no pueden tener injerencia en la formulación de su programa de acción sindical.

²⁵⁴ El Convenio nº 98 de la OIT defiende no sólo el derecho de huelga, sino que va más allá y asegura que «los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo».

sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT, de 27 de junio de 1957, instaba a la adopción de una «legislación que asegure el ejercicio efectivo y sin restricción alguna de los derechos sindicales por parte de los trabajadores, con inclusión del derecho de huelga».

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en la cumbre de Niza de 7 de diciembre de 2000²⁵⁵, reconoce expresamente que «los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga» (artículo 28).

España, no es el único país que se ha visto en la situación de tener que activar sus mecanismos de excepción para superar la crisis pandémica. En Portugal²⁵⁶, se declaró el estado de emergencia optándose por la prohibición de huelgas durante la pandemia y emergencia sanitaria. El Decreto del Presidente de la República, número 14-A/2020, de 18 de marzo²⁵⁷, que declara el estado de emergencia estipula, en su artículo 4 que: «se suspende el derecho de huelga en la medida en que pueda comprometer el funcionamiento de infraestructuras críticas o unidades de salud, así como en sectores económicos vitales para la producción, abastecimiento y suministro de bienes y servicios esenciales a la población»²⁵⁸. Ello se realiza en disposición con lo recogido en el artículo 19.1 de la Constitución de la República Portuguesa que asegura que la suspensión de derechos, libertades y garantía únicamente pueden realizarse bajo estados de sitio o excepción.

El anterior precedente de suspensión del derecho de huelga en Portugal consta de Decreto No.13:138, de 15 de febrero de 1927. El Estado Novo²⁵⁹ y el Estatuto del Trabajador Nacional aprobado por Decreto 23:048, de 23 de septiembre de 1933. Se instauró la prohibición de desarrollar conflictos colectivos, así como la condena a los trabajadores y

²⁵⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=DE>

²⁵⁶ <http://www.izquierdadiario.es/Portugal-es-el-unico-que-ha-suspendido-el-derecho-de-huelga>

²⁵⁷ <https://dre.pt/application/conteudo/130399862>

²⁵⁸ «Fica suspenso o exercício do direito à greve na medida em que possa comprometer o funcionamento de infraestruturas críticas ou de unidades de prestação de cuidados de saúde, bem como em setores económicos vitais para a produção, abastecimento e fornecimento de bens e serviços essenciais à população».

²⁵⁹ Así es conocida la Segunda República portuguesa (1933-1974), gobernada de forma autoritaria por Antonio Oliveira Salazar.

trabajadoras que secundaran la huelga. Aseguraba el art 9 del ETN que es «un acto punible la suspensión o interrupción de actividades económicas»²⁶⁰. También se prohibió tal derecho en el sector público por medio del Decreto No.23: 870, de 18 de mayo de 1934 que aseguraba, en los artículos 13 y siguientes, que se sancionaría la huelga en «empresas de interés colectivo y cualquier otro, natural o colectivo, que tenga por objeto suministrar y satisfacción de las necesidades generales e imperativas de las poblaciones»²⁶¹. Por último, se modificaría el Código Penal (artículo 170 del Decreto Ley núm. 35105, de 15 de octubre de 1945) para incluir la prisión correccional hasta 6 meses en caso de ejercer el derecho de huelga.

El derecho de huelga se encuentra garantizado en Portugal por medio del artículo 57 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) que asegura que «se garantiza el derecho de huelga»²⁶². También se estipula en dicho artículo que corresponde al grupo de trabajadores y trabajadoras definir el alcance de los intereses a defender por medio del conflicto colectivo de huelga y que la ley no puede limitar dicho alcance. Bien es cierto, «que se deja espacio a la ley para definir los servicios necesarios para la seguridad y mantenimiento, así como el establecimiento de los servicios de los mínimos indispensables a efectos de «atender el imperativo de las necesidades sociales». Tal derecho es vinculante a todas las entidades tanto públicas como privadas (art 18 CRP). Es decir, con la despenalización de la huelga se da el reconocimiento de la autonomía colectiva y el asociacionismo sindical como mecanismos de protección de los intereses de trabajadores y la resolución de conflictos laborales» (Moreira Barbosa de Andrade, 2018).

Al igual que se hiciera en otros países, el derecho de huelga es reconocido constitucionalmente pero no es instaurado como un derecho ilimitado, sino que, deberá de integrarse con el ejercicio otros intereses y derechos. Ahora bien, el artículo 18 lo define como «directamente aplicable»²⁶³.

Una buena definición del derecho de huelga se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 4 de octubre de 1995 (proceso núm. 4218) que asegura que la huelga «puede definirse como la abstención de la prestación de trabajo por parte de un

²⁶⁰ Artigo 9 ETN: «ato punível a suspensão ou perturbação das atividades económicas »

²⁶¹ Artigo 13, 14, 15, 16: «empresas de interesse coletivo e quaisquer outras, singulares ou coletivas, que se destinem ao abastecimento e satisfação das necessidades gerais e impreteríveis das populações».

²⁶² Artigo 57.1:«É garantido o direito à greve»

²⁶³ «direito atual e eficaz»

grupo de trabajadores, como medio para lograr objetivos comunes; se trata, por tanto, de una omisión concertada de trabajo, promovida por las organizaciones sindicales representantes de los huelguistas, con el objetivo de obligar al empleador a satisfacer demandas profesionales (...))²⁶⁴.

Por otro lado, el Código de Trabajo Portugués también contiene la huelga como un derecho de los trabajadores y trabajadoras en el artículo 530²⁶⁵ definiéndolo como irrevocable²⁶⁶ y recayendo en los sindicatos la capacidad de su declaración²⁶⁷. La forma de ejercicio debe realizarse colectiva y concertadamente. Es decir, la huelga debe acordarse y declararse por una asociación sindical, y llevarse a cabo por un grupo de trabajadores y trabajadoras que reclaman pretensiones colectivas e intereses²⁶⁸.

En la realidad sindical portuguesa, «la mayoría y con muy pocas excepciones, se organizaron estructural y jerárquicamente, en federaciones, uniones y confederaciones (ítems b), c) y d) del párrafo 1 del art. 442 del CT) y que, a través de esta organización multinivel, están dotados de nuestra realidad actual, de una vasta experiencia en la huelga, traducida en un amplio poder legal y sobre todo social» (Bravo Dinis Tejo, 2019).

El artículo 537 del Código de Trabajo declara la necesidad de prestar servicios durante la huelga debiéndose garantizar la prestación de los servicios mínimos indispensables para satisfacer necesidades sociales imperiosas. Sin embargo, «cabe señalar que nunca podremos establecer de forma general y abstracta qué los intereses o derechos que siempre se pueden caracterizar como un interés verdaderamente esencial para la vida y organización de la comunidad social y, como tales, deben ser satisfechos en caso de huelga: básicamente, todo depende del “circunstancialismo” del caso concreto» (Arrábida Marques, 2018). El segundo apartado del mismo artículo enuncia, con carácter general, sectores donde se considera que se deben prestar tales servicios:

²⁶⁴ «Pode definir-se a greve como a abstenção da prestação do trabalho por um grupo de trabalhadores, como meio de realizar objectivos comuns; trata-se, assim, de uma omissão concertada de trabalho, promovida pelas organizações sindicais representativas dos grevistas, visando forçar a entidade patronal a satisfazer reivindicações de natureza profissional.

²⁶⁵ Artigo 530.1: «A greve constitui, nos termos da Constituição, um direito dos trabalhadores»

²⁶⁶ Artigo 530.3: «O direito à greve é irrenunciável».

²⁶⁷ Artigo 531.1: «O recurso à greve é decidido por associações sindicais».

²⁶⁸ No es necesario que los intereses estén vinculados a la defensa y promoción de condiciones laborales. Así pues, la sentencia del Tribunal de Apelación de Évora de 22 de junio de 2004 (exp 1115/04-02) asegura que «a la vista del texto constitucional (ya sea en la redacción de 1976 o en la que resultó de sus sucesivas revisiones) Ya no es necesario que el ejercicio del derecho de huelga esté vinculado a la defensa y promoción de los intereses profesionales colectivos de los trabajadores».

- Correos y telecomunicaciones
- Servicios médicos, hospitalarios y de medicación.
- Salud pública, incluido los funerales
- Servicio de energía y minería incluido el suministro de combustible;
- Abastecimiento de agua;
- Bomberos;
- Servicios de asistencia pública que aseguren la satisfacción de las necesidades esenciales, cuya prestación es responsabilidad del Estado;
- Transportes, incluyendo puerto, aeropuertos, estaciones de trenes y buses, relacionados con pasajeros, animales y alimentos perecederos y bienes de primera necesidad para la economía nacional, cubriendo las respectivas cargas y descargas;
- Transporte y seguridad de valores monetarios.

Al contrario de lo que se realizó en el seno de la OIT por parte del Comité de Libertad Sindical²⁶⁹, que redactó una lista de actividades que no deben considerarse como esenciales a efectos de instaurar servicios mínimos. Bien es cierto, que la aplicación de tal lista debe de ser a efectos interpretativos o deductivos, pero no de obligado cumplimiento. Es el caso de:

- Radio-televisión
- Sector del petróleo
- Sector de los puertos
- Los bancos
- Los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos
- Los grandes almacenes
- Parques de atracciones
- Metalurgia
- Sector minero
- Transportes, en general
- Las empresas frigoríficas
- Hotelería

²⁶⁹ El Comité de Libertad Sindical de la OIT se creó en 1951 con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes.

- La construcción
- La fabricación de automóvil
- La reparación de aeronaves
- Las actividades agrícolas
- Abastecimiento y distribución de productos alimentarios
- La Casa de la Moneda
- La agencia gráfica del Estado
- Monopolios estatales del alcohol, la sal y el tabaco
- Sector educativo
- Transportes metropolitanos
- Servicios de correos.

Un primer planteamiento de qué consecuencias lleva lo dispuesto en el Decreto 14-A/2020 con la denominación: «funcionamiento de infraestructuras críticas o unidades de salud, así como en sectores económicos vitales para la producción, abastecimiento y suministro de bienes y servicios esenciales a la población», es que se incluyan tales denominaciones en la lista aportada por el Código de Trabajo, pero ello sería un error. La norma enumera una serie de sectores donde deben darse servicios mínimos de por medio a la hora de declarar una huelga, pero en ningún caso se encuentra suspendido su derecho de huelga como sí lo está en esos otros sectores donde el decreto de declaración del estado de expresión ha considerado.

La declaración del derecho fundamental no se haría necesaria si tenemos en cuenta la ponderación de intereses que realiza el propio texto constitucional con respecto a los servicios mínimos esenciales para la satisfacción de necesidades sociales imperativas. Es decir, la superación de la crisis del coronavirus es una necesidad imperativa de la sociedad, por lo que, en aquellos sectores más delicados y encargados de la lucha contra la pandemia como la sanidad, podrían haberse instaurado unos altos servicios mínimos. Claramente, ello habría vaciado de contenido al derecho de huelga, pero en otros sectores productivos habrían tenido la capacidad de llevar a cabo conflictos colectivos.

El derecho de huelga se debe de ponderar en virtud de dos situaciones distintas:

- ⇒ La «obligación de prestar los servicios necesarios para la seguridad y mantenimiento de los equipos de instalaciones». Esto se hila muy directamente con dos disposiciones de la Constitución portuguesa las cuales son el derecho fundamental a la libre iniciativa económica (art 61 de la CRP²⁷⁰) y por el derecho de propiedad sobre los locales y quipos de la empresa (art 62 de la CRP²⁷¹). La «obligación de prestar servicios mínimos indispensable para la satisfacción de necesidades sociales imperativas». Es decir, los servicios mínimos sólo serían aplicables a servicios esenciales que desarrollan tareas socialmente indispensables²⁷². De esta manera, la base para la provisión de servicios mínimos por parte de los trabajadores y trabajadoras radica en la necesidad de salvaguardar los derechos e intereses de los usuarios de dichos servicios (Costa Henriques, 2011). En 1983, la Comisión de Expertos de la OIT, definió los servicios mínimos como «los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población; en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de *crisis nacional aguda* tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; o en *servicios públicos de importancia trascendental*». Esto debemos de entenderlo en el sentido restrictivo, pero no impeditivo. Es decir, la necesidad de instaurar servicios mínimos no impide el uso del derecho de huelga en estos sectores.
- ⇒ Con esta definición de «necesidades sociales imperativas», se debe considerar ampliamente los distintos sectores productivos como necesarios o mínimos a la hora de superación de la crisis pandémica. Sería el caso del sector sanitario²⁷³, farmacéutico o de investigación, por lo que, se impediría hacer huelga a estos sectores, pero no a los demás.

²⁷⁰ Art 61 CRP: «A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral».

²⁷¹ Art 62 CRP: « A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição».

²⁷² Los servicios mínimos son propuestos en la comunicación previa a la huelga salvo, si hubiese normativa colectiva que lo previese o se produjese acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empleador (534.3 y 534.4 CT).

²⁷³ Por ejemplo, la sentencia del TRL de 29 de mayo de 2007 entendió que «los trabajadores de una empresa de servicios de limpieza que trabaja en un hospital, están sujetos a la prestación de servicios mínimos (...) ya que satisfacen necesidades sociales imperativas». <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/8308b92a15dc84d980257301005268fe?OpenDocument>

«La instauración de servicios mínimos significa que éstos son la parte de la provisión laboral que no se puede interrumpir ni suspender, bajo pena de daño a los derechos fundamentales de los ciudadanos» (Fernandes Liberal, 2013). Es este caso, se identificaría como responsables a las organizaciones sindicales que convocaron la huelga.

El Decreto que declara el estado de excepción y que suspende el derecho de huelga olvida y saca fuera del sistema de huelga el principio de proporcionalidad de este por el cual, debe de ponderarse en cada caso concreto permitiendo el ejercicio del conflicto colectivo y la salvaguarda de los sectores productivos más necesarios. No sólo deben considerarse tal los descritos en el Código de Trabajo, sino que pueden interpretarse en un sentido amplio. Por ejemplo, la sentencia del TC núm. 289/92 asegura que «es esencial atender a la verificación del caso concreto, no hay mejor manera que la del examen necesario de las circunstancias y particularidades de cada situación teniendo en cuenta los intereses en juego y los posibles riesgos de situaciones de conflicto».

Un uso adecuado del principio de ponderación de derechos fundamentales habría llevado a la misma conclusión que suspender el derecho de huelga en sectores productivos fundamentales.

Sin embargo, la suspensión expresa del derecho de huelga, genera que ningún sector productivo pueda reclamar colectivamente sus intereses ni que se produzcan dejaciones de la producción. No obstante, ello podría contravenir la normativa supranacional en materia del derecho de huelga, definiéndose como una medida extrema a la hora de luchar frente a la pandemia debido a que se seccionan el derecho de huelga sin que sea necesario.

Podemos plantear la posibilidad de que los teletrabajadores, durante la pandemia, llevasen a cabo una huelga en el sentido de dejar de producir. Ello no tendría ninguna repercusión sobre el aumento de la incidencia del coronavirus en la sociedad portuguesa pero sí permitiría reclamar o promocionar sus intereses a la clase trabajadora o al conjunto de teletrabajadores.

El método para evitar huelgas en sectores productivos clave estaba instaurado previamente a la crisis del coronavirus. Y es que, ante un aviso de huelga, la entidad convocante debe de enviar un aviso al Ministerio cinco días antes, diez en algunos casos (art 534.1 CT)²⁷⁴. Si durante el estado de excepción se hubiese convocado alguna huelga

²⁷⁴ La falta de comunicación o la falta de algún requisito en la misma generaría la ilegitimidad de la huelga.

cuyos efectos podrían provocar problemas con respecto al COVID-19, el Ministerio hubiese sido capaz de suspender la efectividad de la misma. Además, el nivel de adhesión de los trabajadores y trabajadoras, teniendo en cuenta la situación excepcional y crítica que se vivió, hubiera sido muy bajo.

Ello es diferente con respecto a la normativa española en donde la instauración de los servicios mínimos en huelgas que afecten a la actividad esencial de la administración únicamente puede devenir de la autoridad gubernativa correspondiente (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 53/1986, de 5 de mayo; 233/1997, de 18 de diciembre; y 49/2004, de 13 de febrero; 296/2006, de 11 de octubre).

El artículo 538 del Código de Trabajo se permite la posibilidad de acudir al Tribunal de Arbitraje a efectos de fijar una cantidad o porcentaje de servicios mínimos. A este respecto, en el año 2019 se produjeron 34 procedimientos arbitrales mientras que en el año 2020 se produjeron únicamente 11²⁷⁵. Obviamente, no era posible establecer servicios mínimos puesto que en distintos sectores la huelga estaba suspendida.

No es óbice suficiente para suspender derechos fundamentales la situación pandémica puesto que no todos los derechos fundamentales deben de verse suspendidos o restringidos para superar la crisis. Los trabajadores y trabajadoras de sectores productivos que hayan instaurado el teletrabajo han tenido la posibilidad de secundar el derecho de huelga siempre y cuando no afectase a las estructuras productivas más críticas. Bien es cierto que, el Comité de Libertad Sindical admite la prohibición general de la huelga en «situaciones de crisis nacional aguda», algo que podría interpretarse que se produciría en el caso de convocar una huelga en un sector productivo delicado para la superación de la crisis del coronavirus²⁷⁶.

El artículo 57.2 CRP asegura que «corresponde a los trabajadores definir el alcance de los intereses a defender a través de la huelga, y la ley no puede limitar ese alcance»²⁷⁷. Puesto que el derecho de huelga se ha suspendido, se ha generado una intromisión del Estado en la definición de los intereses para hacer huelga envolviéndolos en la más

²⁷⁵ Datos obtenidos mediante la web del Conselho Económico e Social de Portugal: <https://www.ces.pt/index.php>

²⁷⁶ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*. Cuarta edición (revisada). Ginebra.

²⁷⁷ Art 57.2: « Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve, não podendo a lei limitar esse âmbito».

absoluta inutilidad. Es decir, no puede definir intereses para promover la huelga puesto que la misma está suspendida y se ha erradicado el principal medio de presión sociolaboral de las personas trabajadoras.

La idea de condicionar en cierta medida la legalidad de la huelga o grado de daño (daño moral o razonable), modelado en los principios de buena fe o la proporcionalidad de los sacrificios, equivale pues a someter el ejercicio del derecho a un límite inmanente o interno (el daño infligido a la empresa). «Independientemente de que la CRP no contempla ningún límite general que condicione la regularidad del paro colectivo del trabajo en una determinada dimensión del daño producido - por tanto, se puede decir que el régimen de derechos, libertades y garantías elimina cualquier límite basado en el principio de la correspondencia de los sacrificios» (Liberal Fernandes, 2010).

El «daño» o repercusión económica o social que se obtenga por medio de los conflictos colectivos laborales es proporcional a la probabilidad de victoria de las reivindicaciones político-sindicales. En otras palabras, los perjuicios de la huelga deben de soportarse puesto que lo contrario significaría una reducción de la fuerza sindical desproporcionada. Por ello, suspender el derecho de huelga y dejarlo en *stand by* durante la superación de la crisis del coronavirus supone dejar paradas todas las reivindicaciones de los trabajadores y trabajadoras y representantes que podrían haber realizado una huelga. Se evita así cualquier duda con respecto a llevar a cabo o plantear cualquier conflicto colectivo por las fuerzas sindicales y se silencia el principal altavoz de estas organizaciones.

Planteado un escenario hipotético, podría haberse realizado una huelga con un 90% de servicios mínimos cuya efectividad fuera más simbólica que dañina. Ante ello, difícilmente se hubiera podido negar el Ministerio y podría haberse llevado a cabo, permitiendo que los trabajadores y trabajadoras no se encontrasen sin un derecho fundamental laboral. Obviamente, la huelga podría significarse como ineficaz pero la posibilidad del planteamiento del conflicto colectivo es posible y no está coaccionada. Además, si los sindicatos no respetasen el cumplimiento de servicios mínimos, significaría que se secunda una huelga ilegal.

En definitiva, el Decreto 14-A/2020 suspende taxativamente el derecho de huelga en aquellos sectores productivos más delicados e importantes a la hora de hacer frente a la pandemia. Sin embargo y teniendo en cuenta la regulación de servicios mínimos en sectores vitales para la sociedad, no hubiese sido necesario si se realizase el juicio de

ponderación de intereses. Los servicios mínimos, por su definición, aseguran y deben asegurar la continuación de la actividad. No obstante, se prefirió cerciorar el derecho fundamental de huelga del conjunto de trabajadores y trabajadoras sectoriales, así como la principal herramienta de defensa de los intereses laborales de las personas trabajadoras, no dejando lugar a dudas de su prohibición.

Otra tesis para evitar los efectos perniciosos de una huelga en el sector sanitario podría ser el arbitraje obligatorio. Ello se permite por medio del Comité de libertad Sindical de la OIT que declaró que: «el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga sólo es aceptable *cuando lo han pedido las dos partes* implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la *función pública* respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los *servicios esenciales* en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población»²⁷⁸. Dicho de otro modo, «la legislación no puede imponer el arbitraje obligatorio con efectos vinculantes, como sustituto de la huelga, ni al inicio ni en el curso de un conflicto colectivo, salvo cuando se trate de un servicio esencial o cuando la interrupción de un servicio no esencial dure tanto que se ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en el conjunto o en una parte de la población» (Gernigon, Odero, & Guido, 1998).

Debemos tener presente también las prestaciones personales obligatorias que también recoge el Decreto N14-A/2020, de 18 de marzo, en su artículo 4.c) que regula, previamente a la suspensión del derecho de huelga, que «las autoridades públicas competentes podrán determinar que los empleados de entidades públicas o privadas, independientemente del tipo de empleo, se presenten al servicio y, de ser necesario, comiencen a desempeñar funciones en un lugar diferente, en una entidad diferente y en condiciones de trabajo y horarios diferentes a los que corresponden al vínculo existente, es decir, en el caso de trabajadores y trabajadoras de los sectores de salud, protección civil, seguridad y defensa, así como otras actividades necesarias para el tratamiento de los pacientes, la prevención y la lucha contra la propagación de la epidemia, la

²⁷⁸ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*. Cuarta edición (revisada). Ginebra.

producción, distribución y suministro de bienes y servicios esenciales, el funcionamiento de sectores vitales de la economía, el funcionamiento de redes e infraestructuras críticas y el mantenimiento del orden público y el estado democrático de ley»²⁷⁹.

Con respecto a las prestaciones personales obligatorias, la OIT defiende que el uso de la fuerza armada y la movilización de huelguistas con el fin de acabar con una huelga de reivindicaciones profesionales, salvo en el caso de los servicios esenciales o en circunstancias de la más alta gravedad, constituyen una violación grave de la libertad sindical (Gernigon, Odero, & Guido, 1998). Por el contrario, debemos de considerar posible la prestación de tales servicios en el caso de aquellos sectores importantes para la superación de la crisis del coronavirus.

Se produce que, las autoridades pueden obligar a prestar servicios a los trabajadores y trabajadoras fundamentales a la hora de superar la crisis sanitaria y, al mismo tiempo, se les retira el derecho fundamental de huelga. Se da, por lo tanto, una doble penalización. Sin libertad sindical, o, dicho con otras palabras, sin organizaciones de personas trabajadoras y de empleadores autónomas, independientes, representativas, y dotadas de los derechos y garantías necesarios para el fomento y defensa de los derechos de sus afiliados y la promoción del bienestar común, «el principio del tripartismo quedaría desvirtuado, cuando no convertido en letra muerta, y se atentaría gravemente contra las posibilidades reales de una mayor justicia social» (Gernigon, Odero, & Guido, 1998).

Ello no solo genera una contradicción, sino que también resulta innecesario. Hay mecanismos legales suficientes para la salvaguarda de la actividad en sectores prioritarios frente a la pandemia. La suspensión del derecho fundamental de huelga no es una medida necesaria frente a la lucha contra la pandemia.

3. STC 148/2021, DE 14 DE JULIO DE 2021

²⁷⁹ Art 4.c): «pode ser determinado pelas autoridades públicas competentes que quaisquer colaboradores de entidades públicas ou privadas, independentemente do tipo de vínculo, se apresentem ao serviço e, se necessário, passem a desempenhar funções em local diverso, em entidade diversa e em condições e horários de trabalho diversos dos que correspondem ao vínculo existente, designadamente no caso de trabalhadores dos setores da saúde, proteção civil, segurança e defesa e ainda de outras atividades necessárias ao tratamento de doentes, à prevenção e combate à propagação da epidemia, à produção, distribuição e abastecimento de bens e serviços essenciais, ao funcionamento de setores vitais da economia, à operacionalidade de redes e infraestruturas críticas e à manutenção da ordem pública e do Estado de Direito democrático».

Como comentamos anteriormente, el 28 de abril de 2020, más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso de los Diputados presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra diferentes disposiciones del RD 463/2020 y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo.

El Tribunal Constitucional resolvió en la sentencia de 14 de julio de 2021 (núm. 148/2021) publicada en el Boletín Oficial del Estado el 31 de julio de 2021 (núm. 182).

La sentencia fue muy mediática²⁸⁰ debido a que declaraba inconstitucional las medidas del artículo 7 del RD 463/2020 sobre la limitación de la libertad de circulación de las personas por suspender el derecho fundamental del artículo 19 CE sin la vigencia de un estado de excepción.

Los Fundamentos de Derecho de la sentencia pasan por la diferenciación entre el estado de alarma y el estado de excepción, siendo posible en el primero la limitación de derechos fundamentales y no la suspensión, como sí es posible en el segundo (esto no es nuevo puesto que se dictó en la STC 83/2016). La lógica de esto consiste en el consentimiento que debe prestar el Congreso de los Diputados para la declaración del estado de excepción y la ausencia del mismo para el estado de alarma. Es decir, las suspensiones de derecho bajo un estado de excepción tienen más lógica puesto que se enfrentan a mayor control parlamentario.

Aseguró la sentencia que «el alcance y límites de las posibles constricciones al ejercicio de los derechos fundamentales en el estado de alarma quedan pues determinados en la Constitución por algunos rasgos básicos. En primer lugar, el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE). Por otra parte, esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE».

²⁸⁰ Muchos medios de comunicación se hicieron eco de la sentencia: <https://www.lavanguardia.com/politica/20210714/7596963/tribunal-constitucional.html> ; <https://confi legal.com/20210625-el-constitucional-retrasa-el-debate-en-torno-al-estado-de-alarma-que-declaro-el-confinamiento-ante-la-division/> o <https://elpais.com/espana/2021-07-14/el-constitucional-anula-el-estado-de-alarma-que-decreto-el-gobierno-para-frenar-la-primera-ola-del-virus.html>

En un intento de discernir ambos conceptos, el Tribunal Constitucional define la limitación como un concepto más amplio que el concepto de suspensión. «Toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación es una suspensión», asegura. Y, recordando el ATC 40/2020, de 30 de abril, declara que el alcance de la declaración del estado de alarma sobre los derechos fundamentales tiene menor intensidad respecto de los estados de excepción y sitio (Sanz Perez, 2022).

La diferencia es importante tanto en cuanto, las posibilidades de un estado de alarma y de excepción son distintas. Es decir, la suspensión de un derecho fundamental durante el estado de alarma sería inconstitucional. En palabras de la sentencia: «la suspensión de la vigencia de un concreto derecho fundamental es una de estas técnicas y resulta relevante en este momento porque el artículo 55.1 CE prevé que solo resulte practicable en los estados de excepción y de sitio, de modo que el juego combinado de los artículos 116 y 55.1 CE convierte en inconstitucional cualquier ejercicio de tal poder extraordinario que se hiciera con ocasión del estado de alarma».

La cuestión a discernir es clara: ¿el artículo 7 del RD 463/2020 contiene unas medidas tan severas como para considerar el derecho de circulación suspendido o, en cambio, sus medidas no son más que una limitación a tal derecho? Seis jueces del Tribunal Constitucional consideraron la primera opción y cinco la segunda opción.

Lo que viene a decir la sentencia del TC es que la disposición del RD 463/2020 «no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito, sino que suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas las personas y por cualquier medio. La facultad individual de circular libremente deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto».

Por lo anterior, y por ser necesario el estado de excepción y no siendo válido el estado de alarma, se declara inconstitucional los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del RD 463/2020.

La decisión contraria es la tomada para otros aspectos del RD 463/2020. En cuanto a la vulneración de los derechos previstos en el artículo 21 CE, el Tribunal Constitucional asegura que el derecho de reunión se ha visto dificultado por la necesidad de guardar un prudencial distanciamiento físico entre personas en aras de la protección de la vida, la integridad física y la salud, pero en ningún caso por la declaración del estado de alarma.

La argumentación del TC sigue en el mismo sentido que el ATC 40/2020 evitando contradecirse. Sin embargo, en mi opinión se contradice en la propia STC 148/2021 ya que, si se debió declarar el estado de excepción para restringir la libertad deambulatorio también debió de declararse el mismo para restringir el derecho de reunión y manifestación para el cual, es necesario desplazarse.

En el mismo sentido debería de ir la sentencia cuando habla de la vulneración de los artículos 6, 7 y 23 CE al acudir a reuniones orgánicas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales. Sin embargo, tampoco se aprecia la inconstitucionalidad.

Ninguna otra medida tomada es considerada inconstitucional excepto que el apartado 6 del artículo 10 del RD 465/2020, de 17 de marzo, habilita al Ministro de Sanidad para modificar, ampliar o restringir las medidas, lugares, establecimientos o actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine. Sin embargo, dichas modificaciones o ampliaciones únicamente pueden venir del Consejo de Ministros, lo cual, general la inconstitucionalidad del precepto en cuanto a los términos modificar y ampliar.

La sentencia del TC declara inconstitucional por el motivo de haberse debido declarar el estado de excepción en vez del estado de alarma. En ningún caso, se puede habilitar el estado de alarma como un estado por el cual suspender derechos fundamentales. Sin embargo, el TC no pone en cuestión la proporcionalidad de las medidas.

La discusión sobre las causas de declaración de ambos estados aparece tibiamente en el texto de la sentencia. Hay que considerar que la declaración de estado de alarma incluye las situaciones epidémicas y el estado de excepción no incluye estas situaciones (en parte porque es un estado excepción dedicado a la solución de problemas políticos). Así pues, a la hora de declarar uno y otro, no únicamente debe de estarse a las medidas necesarias para superar las situaciones controvertidas, sino también las causas que generan y habilitan la declaración de los estados excepcionales.

Al fin y al cabo, la discusión se reduce a la subjetividad de qué se considera por limitación o por suspensión de derechos fundamentales. De ahí la división del TC a la hora de sentenciar (cinco contra seis) y ello se hace valer en los votos particulares de los magistrados disidentes.

El factor común de los votos particulares que acompañan a la sentencia podría ser la enorme subjetividad en la que se ha basado la misma a la hora de considerar la diferencia entre los términos suspensión y limitación de derechos fundamentales al albor de la lectura del artículo 7 del RD 463/2020.

Además, los votos particulares resaltan lo contradictorio de la sentencia al declarar inconstitucional el artículo 7 RD 463/2020 por suspender el derecho de la libertad de movimiento, pero no por suspender el derecho de manifestación o reunión orgánica o política. Concretamente, el voto particular del magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón señala: «la sensación de que la construcción de la sentencia de la que discrepamos no es sino un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que dispusieron el denominado confinamiento domiciliario, se fortalece al constatar que la propia sentencia elude en buena medida llevar a sus últimas consecuencias la aplicación de su propia construcción cuando examina la constitucionalidad del resto de medidas adoptadas».

Por último, la magistrada del TC María Luisa Balaguer, que emitió un voto particular a la STC 148/2021, concedió una entrevista en EL PAIS que aseguraba que «en el derecho comparado no hay ni una sola sentencia de ningún tribunal que haya considerado excesivas medidas como las que contenía ese real decreto»²⁸¹.

Un último apunte más, el Consejo de Estado, en su dictamen de 25 de octubre de 2020 aprobó y avaló el estado de alarma decretado por el gobierno definiéndolo como absolutamente necesario para la superación de la pandemia y de la crisis ocasionada por la COVID-19²⁸².

4. EL CASO DEL DIÁLOGO SOCIAL CON PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Los interlocutores sociales tienen el derecho de participar de la elaboración de leyes puesto que es una vertiente del derecho de negociación colectiva y el derecho de

²⁸¹ <https://elpais.com/espana/2021-09-22/maria-luisa-balaguer-magistrada-del-constitucional-es-necesaria-una-ley-de-la-monarquia-parlamentaria.html>

²⁸² <https://elpais.com/espana/2021-09-29/el-consejo-de-estado-respaldo-por-unanimidad-los-seis-meses-de-estado-de-alarma-que-ahora-cuestiona-el-constitucional.html>

información consulta y participación²⁸³. En el panorama normativo español, dicho derecho se recoge en el artículo 28 CE.

Además, «el diálogo social es un instrumento que desde todos los ámbitos: organizaciones internacionales, instituciones comunitarias, interlocutores sociales y expertos, coinciden en señalar como más necesario e importante aún en época de crisis» (Consejo Economico y Social España, 2015).

El artículo 54.5 d) de la Constitución portuguesa establece el derecho de las organizaciones sindicales a participar en la elaboración de la legislación del trabajo y de los planes económicos sociales²⁸⁴. Es decir, se encuentra recogido en el texto constitucional el acceso de los sindicatos al Diálogo Social con las instituciones y coadyuvar a la legislación de intereses inherentes a su función.

Ahora bien, el Decreto nº17-A/2020 también suspende el derecho de participación de los sindicatos a la hora de formar parte de la creación de leyes²⁸⁵. Algo que choca frontalmente con lo realizado en España y otros países donde el Diálogo Social ha sido continuó durante la crisis y de manera posterior²⁸⁶.

La suspensión de la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en la creación de leyes supone un incumplimiento del precepto constitucional y que afecta directamente a la defensa de los principales intereses sociales y económicos de dichas organizaciones. De nuevo, ello es una suspensión innecesaria para combatir la crisis del coronavirus puesto que los interlocutores sociales pueden aportar y ayudar al legislador a dar una mejor respuesta a la misma. No sólo es que sea innecesario, sino que va en contra de las recomendaciones de las principales organizaciones internacionales.

²⁸³ Ello se ha recogido así en textos supranacionales como Directiva 2002/14/CE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32002L0014>

²⁸⁴ Art 54.5 d): «Participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respetivo sector».

²⁸⁵ Art 4.c): «Fica suspenso o direito das comissões de trabalhadores, associações sindicais e associações de empregadores de participação na elaboração da legislação do trabalho, na medida em que o exercício de tal direito possa representar demora na entrada em vigor de medidas legislativas urgentes para os efeitos previstos neste Decreto».

²⁸⁶ Prueba de ello son los sucesivos Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo alcanzados por los principales interlocutores sociales del país.

La Confederación Sindical Internacional y la Organización Internacional de Empresario²⁸⁷, han subrayado, conjuntamente²⁸⁸, la importancia de su participación en el diseño y la aplicación de las medidas, así como la OIT y otras organizaciones internacionales. Numerosos ejemplos demuestran que la consulta adecuada de los interlocutores sociales y el respeto por su autonomía han dado lugar a medidas oportunas, amplias, eficaces y justas²⁸⁹. Los ejemplos también ponen de relieve la necesidad de que la UE adopte un enfoque más solidario para dar voz a los sindicatos en la elaboración de las políticas de la UE en todos los ámbitos y garantizar la utilización del diálogo social como instrumento para la consecución de las prioridades de la UE en la fase de aplicación ((CES), 2020).

Las organizaciones europeas emitieron una declaración conjunta²⁹⁰ el 24 de marzo de 2020, instando a los Estados miembros a que adopten medidas a nivel europeo y nacional para apoyar a las personas trabajadoras y empresas, señalando que los Estados miembros deberían hacer participar a los interlocutores sociales en el diseño y aplicación de las medidas ((CES), 2020). Además, la CES indicó²⁹¹ que el Diálogo Social es el camino correcto para la vuelta al trabajo. Entre otras cosas porque «facilitará la puesta en práctica de cualquier medida el diagnóstico, información y exposición a la representación de trabajadores, en caso de existir, de las medidas ideadas y, en la medida de lo posible, consensuar las posibles actuaciones» (Arana, 2020).

La concertación social no significa otra cosa que la negociación de las entidades representativas de toda la ciudadanía. Es decir, es la confrontación de los diferentes intereses. Ello se envuelve de mayor importancia a la hora de afrontar una crisis como la desencadena a causa del coronavirus. Los sistemas de negociación colectiva coordinados y más centralizados limitan en corto plazo, el impacto del desempleo de las recesiones económicas (OCDE, 2017).

²⁸⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/genericdocument/wcms_739522.pdf

²⁸⁸ <https://www.etuc.org/en/document/statement-european-social-partners-etuc-businesseurope-cep-smeunited-covid-19-emergency>

²⁸⁹ Ello destaca la Nota Informativa de la CES de 8 de mayo de 2020, del Observatorio COVID-19: <https://www.ccoo.es/2dfa84a73877131eed82c331cbe92125000001.pdf>

²⁹⁰ <https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2020-03/20200324%20-%20Joint%20Statement%20of%20the%20Social%20Partners%20to%20EU%20Council%20on%20Covid%2019%20Emergency.pdf>

²⁹¹ <https://www.etuc.org/en/pressrelease/roadmap-falls-down-basic-principles-says-etuc>

La OCDE elaboró un documento en abril de 2020 titulado «Social Partnership in the times of the COVID-19 Pandemic» con la finalidad definir y significar el diálogo social en tiempos de pandemia. En palabras del texto: «Este informe destaca que el diálogo social tiene la capacidad de ayudar. Por ejemplo, dando forma a compromisos mediante los cuales los empleadores mantienen puestos de trabajo, los trabajadores aceptan jornadas laborales más cortas mientras los gobiernos proporcionan compensación, el diálogo social funciona como "cortacircuitos"».

El documento merece especial atención debido a que se significa como un documento cuya finalidad es ensalzar la importancia del Diálogo Social durante la crisis. Tanto es así que se asegura que «el diálogo social es clave para mitigar el impacto en la economía, las empresas y los trabajadores».

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo aseguró que el Dialogo social tripartito entre gobiernos y organizaciones de trabajadores y empleadores es una herramienta clave para desarrollar e implementar soluciones sostenibles, desde el nivel comunitario al nivel global. Esto requiere de las organizaciones de interlocutores sociales (OIT, 2020).

La CES defendió que «los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre las medidas adoptadas para proteger la seguridad y la salud en el trabajo y para garantizar que los trabajadores estén protegidos de condiciones de trabajo peligrosas o arriesgadas. Esto se aplica también a las medidas relativas al equipo de trabajo, la ropa de protección y los acuerdos de teletrabajo» (CES, 2020).

La concertación social «ha sido apoyo en diferentes países para afrontar la crisis de la mejor manera. Bien por la implementación de medidas de flexibilización interna o bien por la mejora de las mismas. La Comisión Europea²⁹² ha defendido reiteradamente al papel del diálogo social a la hora de abordar los complejos desafíos a los que se enfrenta Europa, especialmente en un año como 2020, en el que los efectos sociales y económicos generados por la pandemia del COVID-19 han exigido un mayor esfuerzo por parte de todos los actores, entre los que destaca la respuesta de los interlocutores sociales. Su rápida reacción ante la crisis generada ha servido también para reforzar el valor del

²⁹² El informe de la Comisión Europea titulado *No dejar a nadie atrás y esforzarse por más: la equidad y la solidaridad en la economía europea de mercado social*, contiene un capítulo entero (Capítulo IV) a destacar el papel del diálogo social y la negociación colectiva.

diálogo social en circunstancias difíciles, tal y como evidenciaron a través de diferentes propuestas y acuerdos» (Consejo Economico y Social España, 2021).

Ello puede resumirse en los diferentes acuerdos que se han llegado en países de nuestro entorno.

- Dinamarca: Se alcanzó un acuerdo con los interlocutores sociales el 15 de marzo de 2020 titulado el «Temporal Plan de compensación salarial»²⁹³ y cuyos efectos se extendieron 3 meses, hasta 3.100 €. En él se permite la compensación del 75% del salario de los trabajadores y trabajadoras de las empresas con la condición de que continúen pagando el habitual salario de los mismos y no se proceda a su despido. A cambio, las personas trabajadoras reducen su tiempo de descanso.
- Austria: el 14 de marzo²⁹⁴ se acordó la destinación de parte de fondos estatales a la incentivación de trabajos de corta duración. Los salarios se garantizaron entre un 80% y 90% pero, no se compensan por medio de la intervención estatal sino por medio del seguro de desempleo. Además, el empresario paga una pequeña parte. El método resulta más atractivo puesto que ni las empresas ni tampoco el estado deben desembolsar grandes cantidades para la amortiguación del desempleo.
- Alemania²⁹⁵: los interlocutores sociales apostaron por aumentar las prestaciones por desempleo (del 60% se pasó al 67%) y la desaparición de la obligación de contribución por las cotizaciones sociales de los trabajadores y trabajadoras con jornada reducida. Igualmente se garantizó el pago de salarios de las personas trabajadoras dispensadas de la obligación de trabajar por cuidado de menores. Esta medida se amplió para que afectara igualmente a los trabajadores y trabajadoras temporales. Anteriormente a la crisis, las medidas flexibilizadoras de este carácter tenían el requisito de que las empresas debían tener como máximo el 30% de trabajadores y trabajadoras con jornada reducida. Ante la crisis del COVID-19, este requisito se reduce al 10% para ampliar la protección al máximo número de empresas.

²⁹³ <https://www.copcap.com/covid-19-overview-of-relief-packages>

²⁹⁴ <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/2054380-Neues-Corona-Kurzarbeitsmodell-schon-ab-Montag.html>

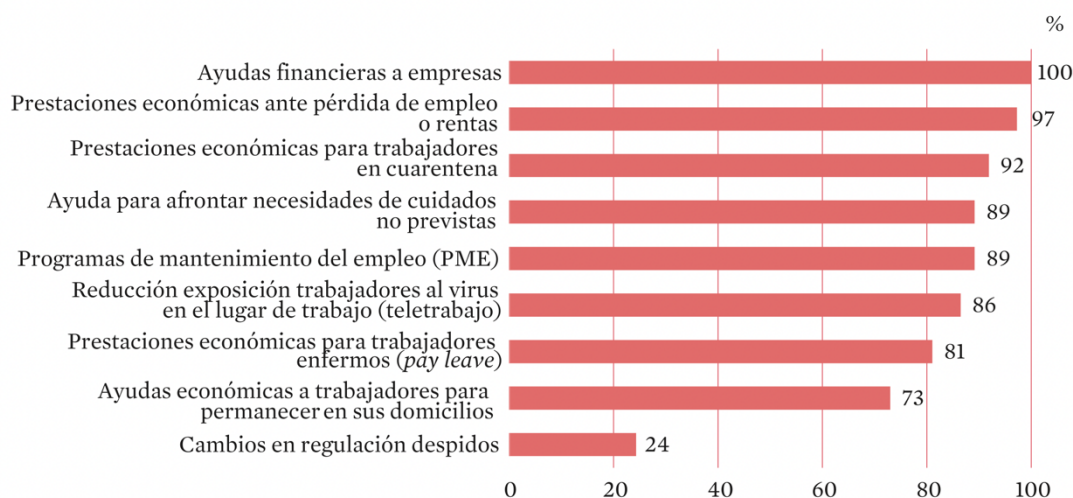
²⁹⁵ <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/sozialpartner-zum-coronagespraech-im-kanzleramt-streit-um-das-kurzarbeitergeld/25646370.html>

- Suecia²⁹⁶: se incorporó un sistema de tiempo de trabajo reducido donde el 75% de su coste era a cargo del empresario.
- Bélgica: la suspensión de contratos laborales se vio favorecida con un esquema similar al de España. El trabajador o trabajadora recibe del 70% de su salario al encontrarse en situación de desempleo. Para las personas trabajadoras autónomas, se estableció una cobertura de hasta 2.583,4€.
- Francia: en el país galo se apostó por la prohibición de despedir cuya duración fue de 2 meses y la medida de suspensión de contratos de trabajo como forma de evitar la destrucción masiva de puestos de empleo. Para los trabajadores autónomos se creó un «fondo de solidaridad» que les permitía seguir teniendo ingresos. Las personas trabajadoras en ERTE reciben la prestación por desempleo parcial.
- Italia: de nuevo, la medida por excelencia fue la suspensión de contratos de trabajo y asegurando el 80% de los sueldos por parte del Estado. Como mejora de la situación previa, los ERTEs se preveían únicamente para grandes empresas y determinados sectores. Ante la llegada de la pandemia, las medidas se ampliaron al conjunto empresarial y de actividades productivas (OECD, 2020). Destacar que, el 14 de marzo de 2020, las organizaciones de empleadores y los sindicatos a petición del Presidente del Consejo de Ministros, firmasen un protocolo conjunto para regular las medidas diseñadas para combatir y contener la propagación de COVID-19 en los lugares de trabajo.
- Reino Unido: el gobierno británico, aún sin contar en gran medida con los interlocutores sociales, apostó el programa original de protección laboral frente al coronavirus llamado *Coronavirus Job Retention Scheme* (CJRS), extendido hasta marzo de 2021. El empresario tiene una compensación del 80% del salario de los trabajadores y trabajadoras teniendo que seguir contribuyendo con las cuotas de la Seguridad Social. Los trabajadores autónomos pueden solicitar también el 80% de los beneficios del último año.

²⁹⁶ <https://www.government.se/press-releases/2020/03/crisis-package-for-swedish-businesses-and-jobs/>

GRÁFICO II-4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS PAÍSES DE LA OCDE DURANTE LA PANDEMIA PARA AYUDAR A PERSONAS TRABAJADORAS Y EMPRESAS*

(Porcentaje sobre el total de países de la OCDE)



* Hasta mayo de 2020.

Fuente: OCDE, *Employment Outlook 2020*.

Concepto	Alemania	España	Francia	Italia	R. Unido
Nombre	Kurzarbeit	Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs)	Chômage partiel/ activité partielle	Cassa Integrazione Guadagni	Coronavirus Job Retention Scheme
Existencia previa	SI	SI	SI	SI	NO
Mejora las condiciones ante COVID	SI	SI	SI	SI	NUEVO
% cobertura sobre el salario bruto (1) o neto (2)	60-87% (2)	70% (1)	70% (1); 84% (2)	80% (1)	80% (1)
Financiación pública del coste del programa	SI, hasta 100%	SI, hasta 100%	SI, hasta 100%	SI, hasta 92-96%	SI, excepto seguridad social (pensiones y seguro)
Cobertura de algún tipo de empleo atípico	SI	SI	SI	SI	SI
Prohibición de despidos	SI Sujeto a Negociación Colectiva	SI Prohibición despido, contratación, horas extras	SI Prohibición mientras dure el tiempo de STWS	SI Con la excepción de despidos colectivos	SI Prohibición despido individual, siempre que exista en el acuerdo

²⁹⁷ Cuadro de síntesis normativa europea sobre ERTEs, obtenido del artículo de uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis COVID-19 (Ruesga & Viñas Apaolaza, 2021) y elaborado a partir de OECD (2020); Müller y Schulten (2020); Blanchard, Philippon y Pisani-Ferry (2020); ETUC (2020).

Para superar la crisis por COVID-19, desde los organismos internacionales se recomendó a los estados el aseguramiento del empleo, la salud laboral y las prestaciones por desempleo, conviniendo a las organizaciones sindicales y empresariales practicar la negociación y el diálogo social actuando con responsabilidad (Pérez Amorós, 2021).

Una pandemia obliga a los gobiernos a tomar decisiones difíciles, lo que puede tener fuertes repercusiones no sólo en el sector de la salud sino también en los sectores de la economía y el trabajo. Como pilar fundamental en la respuesta a la crisis por COVID-19, la OIT señaló «buscar soluciones mediante el diálogo social a través del fortalecimiento de la capacidad y la resiliencia de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y trabajadoras, el fortalecimiento de la capacidad de los gobiernos y el fortalecimiento del diálogo social, la negociación colectiva y las instituciones y mecanismos de las relaciones laborales» (OIT, 2020).

El Diálogo Social ha servido no sólo para establecer los mecanismos de superación de la crisis sino también para elaborar una lista de “servicios esenciales”. En ocasiones denominados también actividades esenciales, éstos son aquellas actividades y sectores los cuales continúan funcionando a pesar de la paralización generalizada de la economía.

Pero hay que tener presente que la apuesta por el diálogo social y la importancia de la interlocución con los principales actores sociales no fue algo que haya aparecido a raíz de la crisis del coronavirus. La recomendación núm. 205 de la OIT²⁹⁹ de 2017 aseguró que, al responder a las crisis, los gobiernos, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y trabajadoras más representativas, deberían velar por que todas las medidas previstas se desarrollen o promuevan mediante un diálogo social. Esto resulta esencial para que las medidas sean eficaces y aplicables.

Las iniciativas gubernamentales se vieron, pues, completadas y fortalecidas por el diálogo social y la negociación colectiva, aportando respuestas consensuadas y ajustadas a la realidad de empresas y personas trabajadoras (Consejo Económico y Social España, 2021).

²⁹⁸ Gráfico obtenido de la Memoria Socioeconómica 2020 del Consejo Económico y Social España: http://www.ces.es/documents/10180/5258232/Memoria_Socioeconomica-CES-2020.pdf/0d4daa5c-46e5-e053-f35b-eb48c66fb37a

²⁹⁹ Puede encontrarse aquí: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R205

Tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo, hicieron hincapié en la necesidad de mantener el diálogo social adecuado a todos los niveles para hacer efectivo y aplicar el Plan de Recuperación de la Unión Europea, tal y como afirma la resolución de 22 de octubre de 2020, sobre políticas en materia social y de empleo en la zona del euro en 2020³⁰⁰.

El Consejo Económico y Social de Europa tituló la Resolución para la reconstrucción y la recuperación tras la crisis de la COVID-19³⁰¹ de la manera que «la UE debe guiarse por el principio de ser considerada como una comunidad con un destino común» y hacía especial incidencia en que los interlocutores sociales debían participar en la elaboración de medidas de apoyo necesarias para compensar la falta de actividad económica en muchos sectores.

Durante el año 2020 se produjo la redacción del Pilar Europeo de Derechos Sociales³⁰². Por este motivo, en el mes de junio de 2020 se realizó una consulta de alto nivel con los interlocutores sociales europeos sobre derechos mínimos y reforzamiento de la dimensión social del mercado único, a través de posiciones, análisis conjunto y acuerdos autónomos destinados al establecimiento de herramientas y legislaciones innovadoras de la Unión Europea. Durante la consulta en el periodo previo a este Plan de Acción, los interlocutores sociales de toda Europa hicieron hincapié en la necesidad de reforzar el diálogo social a nivel nacional, en especial, potenciar la participación en las medidas correspondientes y sus capacidades, así como mejorar su acercamiento a nuevos sectores, los jóvenes y aquellos que trabajan mediante plataformas (Consejo Económico y Social España, 2021).

Además, se redactó un Plan de Acción para aplicar el Pilar Europeo de Derechos Sociales³⁰³, donde estipula concretamente que «el diálogo social, la información, la consulta y la participación de las personas trabajadoras y de sus representantes a diferentes niveles (especialmente el nivel empresarial y sectorial) desempeñan un papel importante en la configuración de las transiciones económicas y el fomento de la innovación en el lugar de trabajo, en concreto con vistas a la doble transición en curso y los cambios en el mundo laboral. A escala de la Unión, un marco integral de Directivas

³⁰⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0284_ES.html

³⁰¹ <https://www.boe.es/doue/2020/311/Z00001-00018.pdf>

³⁰² https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

³⁰³ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-action-plan_es

sobre información y consulta de los trabajadores establece, tanto a nivel nacional como transnacional, normas para proteger sus derechos en los procesos de reestructuración. Las autoridades nacionales y los interlocutores sociales deben respetar estas normas».

Igualmente, durante el año 2020 se hicieron consultas a los interlocutores sociales en diferentes materias como seguridad y salud en el trabajo, transparencia salarial, garantía juvenil, plataformas digitales o igualdad de género.

5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y PROPUESTAS

Ante la enorme incertidumbre y las múltiples discusiones que se han llevado a cabo, es necesario la creación de una normativa, tanto a nivel nacional como a nivel supranacional, que proteja los derechos fundamentales de manifestación y huelga en su vertiente de libertad sindical durante los estados de alarma y excepción.

El conocimiento sobre el ejercicio de los derechos fundamentales durante la vigencia de un estado excepcional evita caer en la incertidumbre jurídica, la contradicción de interpretaciones judiciales y permite establecer reglas claras. Esto anterior conduce a vislumbrar una fragilidad del sistema de derechos que tiende a otorgar seguridad y bienestar social tanto a la ciudadanía como a otros colectivos, y en donde los derechos fundamentales individuales o colectivos cumplen un papel vital en sus vertientes del trabajo (Baylos Grau, 2021).

Bien es cierto que, la pandemia fue una emergencia o situación anteriormente desconocida y, en sede judicial y las resoluciones pronunciadas hasta ahora, ha pesado más el hecho de proteger la salud y seguridad de los ciudadanos que las protestas o reclamaciones de sindicatos y organizaciones. En conclusión, ha servido de freno al derecho de manifestación.

Puede que la suspensión del derecho en España no haya sido expresa, pero *de facto* se vació el contenido de los derechos fundamentales. Es decir, su expresión o ejercicio se ha dificultado o imposibilitado hasta punto que hacen que el ejercicio de manifestación o huelga, como contenidos del derecho sindical, sean papel mojado. Como asegura el Tribunal Constitucional: «si lo vacían de contenido, lo someten a limitaciones que lo hacen impracticable o dificultan su ejercicio más allá de lo razonable, lo desnaturalizan o resulta irreconocible como tal derecho» (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 37/1987, de 26 de

marzo; 161/1987, de 27 de octubre; 196/1987, de 11 de diciembre, y 204/2004, de 18 de noviembre).

Sin embargo, el estado de alarma no puede constituir un fundamento para alterar nuestro sistema normativo y, en particular, nuestro sistema de Fuentes del Derecho. 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 (Cruz Villalón , 2020).

Pero no sólo el Estado de alarma declarado en el RD 463/2020 suspende el derecho de facto, sino que también, las suspensiones de las huelgas convocadas por el 1 de mayo de 2020 hacen sentar precedentes para entender que, el derecho a la salud pública se encuentra por encima del derecho de huelga o manifestación y, por lo tanto, es condición *sine qua non* para su ejercicio. O dicho de otra manera, el derecho de manifestación no debe afectar al derecho de salud pública puesto que de hacerlo, no se podría ejercitar.

Y esta es la decisión que debería haber tomado el TC en su sentencia 148/2021 y no decidir la inconstitucionalidad y la necesidad de la declaración del estado de alarma para decretar restricciones a la libertad de movimiento, pero no declararla para el derecho de reunión o manifestación o reuniones orgánicas de organizaciones políticas, sindicales o empresariales.

A mi juicio, se trata de un debate verdaderamente estéril. Una controversia cuasi teológica. Sin fundamentos jurídicos solventes. Que no conduce a nada en lo inmediato, cuando el estado de alarma ya no existe. Pero que sienta unas bases preocupantes para afrontar futuras posibles epidemias de enfermedades contagiosas, porque obligará al gobierno de turno, en esos hipotéticos, a declarar el estado de excepción, de naturaleza política (...). Con ello, el TC conduce en la práctica a la abolición del estado de alarma previsto en la Constitución (artículo 116) y en la Ley Orgánica 4/1981. Esa devaluación del estado de alarma es grave, dado que está pensado precisamente para “crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación grave” (artículo 4 de la LO de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio) (Garrido, 2021).

Además, llama la atención que el TC no evalúe el derecho a la vida ni su integración constitucional cuando el debate versa sobre precisamente la limitación de derechos en pro

de dicha vida. El Estado de alarma se aprobó por y para proteger la salud de los ciudadanos.

Es extremadamente difícil establecer un equilibrio entre derechos humanos fundamentales, en este caso vida y libertad, lo que no se puede olvidar es de que se trata de derechos que se complementan, pues poco valor tiene la vida, si la misma no puede disfrutarse en plena libertad (Marrueco Rumi, 2020).

Además, es previsible que tras el estado de alarma, se someta la regulación predemocrática del derecho de huelga a tensiones evidentes, en un contexto de predecible desestabilización y fuerte incidencia en los tres terrenos donde los déficits estructurales de una mala regulación son más evidentes, a saber: el de la garantía de servicios esenciales; los derechos de los trabajadores en supuestos de externalización productiva y las medidas de conflicto de un colectivo, como el de los trabajadores autónomos, que carecen de este derecho. La regulación del derecho de huelga y conflicto colectivo resulta claramente disfuncional y está necesitada de una reforma que seguramente será más ineludible que nunca (Ituren-Oliver & Esteve-Segarra, 2020).

Recordemos que, «la anómala situación jurídica que deriva de la ausencia de Ley Orgánica que desarrolle el derecho fundamental de huelga, hace que el papel del Tribunal Constitucional siga siendo de especial relevancia, como sucede desde su temprana STC 11/1981, de 8 de abril» (García Rodríguez, 2018). Ello no funciona durante los estados excepcionales, donde se requiere mayor claridad legislativa.

El caso concreto de Portugal consiste en la suspensión expresa de derechos que puede considerarse suspendidos *de facto* en nuestro país. Por ello tiene una merecida mención. No obstante, en el ordenamiento previo ya existían mecanismos legales para salvaguardar la actividad de los sectores más delicados y más importantes para hacer frente a la crisis del coronavirus (servicios mínimos, prestaciones obligatorias personales...). Ello hace resultar totalmente innecesario la declaración de suspensión de derechos principales.

En cuanto al Diálogo Social y a la negociación colectiva, es necesaria su reivindicación por los interlocutores sociales como forma adecuada de superación de las crisis económicas, sociales y políticas. Todo acuerdo surgido de la concertación social se simboliza como un acuerdo mucho más fuerte y vigoroso. Es percibido, además, como un acuerdo producto del deseo de la paz social entre organizaciones sindicales y empresariales.

El diálogo social comunitario, constituirá eje en el futuro del empleo y la sostenibilidad económica y social de la Unión Europea (Consejo Economico y Social España, 2021). Además, su uso y servicio para hacer frente a la crisis sirvió para revitalizarlo y dotarlo de mayor fuerza. La senda de la recuperación económica debe venir de la mano de una confianza ciega en los interlocutores sociales.

Los organismos supranacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o la Confederación Europea de Sindicatos (CES) han declarado la importancia de la concertación social como forma de alcanzar acuerdos y llevar a cabo medidas con mayor aceptación en la sociedad.

CAPÍTULO III

EL PERSONAL SANITARIO DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19

La pandemia provocó diferentes crisis. Entre ellas, destaca la crisis sanitaria. El Servicio Público de Salud se vio en una situación de extraordinaria tensión y desbordamiento debido a la falta de personal y de recursos.

Desde antes de la pandemia, el sector sanitario ya se encontraba con limitaciones. La crisis del coronavirus no ha hecho más que visibilizar una fragilidad del sistema público de sanidad y falta de planificación.

Además, el personal médico fue el que más contagios ha sufrido «(Un 10 % de los contagios de COVID-19 en el mundo han sido de personal sanitario; en España, un 20 %)» (Médicos Sin Fronteras, 2020)³⁰⁴) y los que se han sometido a mayores situaciones de estrés y *burnout* debido a las altas probabilidades de contagio, las prolongadas jornadas de trabajo y la presión asistencial; entre otros motivos³⁰⁵.

Antes de la pandemia por la enfermedad COVID-19, los profesionales sociosanitarios estaban expuestos a diversos estresores psicosociales por sus tareas cotidianas; como: las altas cargas de trabajo, el bajo control, bajo apoyo social, demandas emocionales y físicas, desequilibrio entre esfuerzo y recompensa, liderazgo negativo, violencia laboral, falta de equipos y materiales, horarios y jornadas prolongadas, entre otros (Juárez García, 2020).

Por ello, «las consecuencias psicológicas de trabajar en medio de una situación de medicina de catástrofe, basada en la obligación de hacer elecciones éticas muy difíciles, haciendo triajes para priorizar y decidiendo a quién atender cuando los recursos

³⁰⁴ El Auto del Juzgado de lo Social de León de 6 de abril de 2020 [proc. 239/2020] cifra en un 11.5% aproximado del total de casos confirmados el contagio de personal sanitario (unos 15.000 profesionales) a fecha de la emisión del auto.

³⁰⁵ El 15 de julio de 2021, se realizó un acto homenaje a las víctimas del covid-19 y de reconocimiento a la labor del personal sanitario durante la pandemia:
https://www.lamoncloa.gob.es/multimedia/videos/presidente/Paginas/2021/150721-sanchez_homenaje_estado_covid19.aspx

disponibles apenas cubrían las enormes necesidades existentes» (Médicos Sin Fronteras, 2020).

La Organización Internacional del Trabajo nombró algunos factores concretos soportados por los trabajadores y trabajadoras y que pueden llevar a sufrir enfermedades mentales o traumas psicosociales como «el temor por el bienestar propio o de familia y compañeros, falta de equipo de protección personal, aislamiento, falta de apoyo social o de tejido social, tensión entre los protocolos de seguridad establecidos y el deseo de cuidar o ayudar a personas, dificultades para mantener estilos de vida saludables, aumento de exposición a la estigma social, discriminación e incluso violencia por otras personas» (OIT, 2020).

Los resultados preliminares de un estudio de la Universidad Complutense de Madrid, que entrevistó a 1.200 médicos en la capital y sus alrededores, indicaron que el 79,5% sufrieron ansiedad y el 40% sintieron agotamiento emocional tras la primera oleada de atención hospitalaria³⁰⁶.

Durante la pandemia, el personal sanitario se vio obligado a realizar jornadas laborales prolongadas. El RD 463/2020 que declara el Estado de Alarma impone las prestaciones personales obligatorias. Además, la ORDEN SND/232/2020 vino a adoptar medidas extraordinarias en materia de recursos humanos y medios para la superación de la crisis sanitaria del COVID-19.

Los Equipos de Protección Individual no fueron suficientes para el personal médico al inicio de la pandemia. De ello se hicieron eco los medios de comunicación y varias organizaciones sindicales iniciaron procedimientos judiciales con la pertinente petición de medidas cautelares para que las Administraciones suministren los EPIs necesarios para desarrollar su trabajo.

La falta de EPIs fue contraproducente para el control de la pandemia. No sólo debido a que el personal médico no podrá curar a los enfermos sino porque se crea una potente vía de propagación del virus³⁰⁷.

³⁰⁶ “Sanicovid-19: impacto emocional frente al trabajo por la pandemia del COVID-19 en personal sanitario”, investigación llevada a cabo por el Laboratorio de Psicología del Trabajo y Estudios de la Seguridad de la UCM.

³⁰⁷ Médicos sin Fronteras alertó de que el número de contagiados en España ascendió debido a que el personal sanitario no disponía de suficientes EPIs: <https://www.msf.es/actualidad/espana/la-falta-equipos-proteccion-y-pruebas-diagnosticas-contribuyo-la-alta-tasa>

Por último, comentar que la temporalidad del mercado de empleo sanitario es peligrosamente alta. En 2012, la tasa de temporalidad del empleo sanitario público era del 28,46%, mientras que en 2016 esta tasa alcanzaba el 32,43%. Tras la pandemia y viendo lo fundamental que ha resultado el trabajo de cada persona dedicada al sector, no se ha conseguido mejorar la situación con respecto a este tema, puesto que a pesar de haber más personal sanitario, la temporalidad se ha enquistado³⁰⁸.

La temporalidad choca frontalmente con que las funciones sanitarias, dentro una sociedad democrática y del Estado de Derecho, son una necesidad permanente. Es decir, con COVID-19 o no, el personal sanitario debe seguir cuidando y atendiendo a las personas enfermas. Uno de los problemas que debe señalarse es que las necesidades permanentes sanitarias se cubren erróneamente por medio de contrataciones temporales.

En multitud de países, «los servicios de salud probablemente se han visto obligados de contratar más personas para enfrentar los grandes desafíos que surgieron en el contexto de la pandemia. Es de suponer que por lo menos algunos de estos nuevos puestos de trabajo se mantendrán en el futuro, como respuesta a una renovada demanda social de una mejor calidad de estos servicios» (Weller, 2020).

En otras palabras, «los contratos eventuales que se celebran para cubrir necesidades permanentes, como los contratos de interinidad que se celebran para cubrir un puesto fijo de plantilla, carecen de una justificación objetiva que respalde la temporalidad, al cubrirse necesidades permanentes y estables con contratación temporal. Esta situación eterniza la precariedad laboral en contra de lo establecido en el Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, aprobado como anexo de la de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 29 de junio de 1999» (Herrero González, 2018).

1. EL DERECHO AL DESCANSO DEL PERSONAL SANITARIO

1.1.CONTEXTO NORMATIVO: MODALIDADES DE JORNADA LABORAL Y DESCANSOS

Las relaciones laborales ligadas al ámbito socio sanitario son consideradas como relaciones laborales especiales. Ello se debe a la singularidad de sus actividades

³⁰⁸ <https://elpais.com/economia/2021-07-01/el-numero-de-empleados-publicos-escala-al-maximo-durante-la-pandemia.html>

profesionales, las tareas encomendadas, o el objeto y finalidad del contrato. Así pues, a este colectivo profesional no se le integra en el ET ni tampoco en la legislación ordinaria del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ello se debe a que la creación de algunas relaciones laborales debe tener normas específicas para clarificar la situación jurídica de especiales colectivos así como también dotar de Derecho del Trabajo salvando las peculiaridades por las que son característicos (López Gandía, 2008).

Además, la ordenación del tiempo de trabajo en el sector sanitario debe velar por el descanso de los trabajadores como por el aseguramiento del servicio de salud a toda la población. La ordenación del tiempo de trabajo y descanso en el sector sanitario tiene una finalidad bifronte, es decir, además de velar por la seguridad y salud laboral de los trabajadores (art. 40.2 CE), debe preservar y garantizar que los centros y establecimientos sanitarios ofrezcan a los ciudadanos, de forma permanente y continuada, la atención sanitaria que precisen (art. 43.2 CE). En definitiva, lo específico de la relación laboral sanitaria es la conciliación del derecho al descanso adecuando junto con el derecho a recibir la prestación sanitaria de los ciudadanos durante las 24 horas del día, todos los días del año, lo cual, dicho sea de paso, no siempre resulta sencillo (Areta Martínez, 2011).

El artículo 40.2 de la Constitución Española asegura que los poderes públicos garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. Esto es aplicable a cualquier sector y actividad económica.

La ley de referencia que regula las condiciones laborales del personal sanitario es la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud³⁰⁹ mientras que, para regular la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud se aplica el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre.

El Estatuto Marco tiene un ámbito de aplicación amplio, siendo aplicable tanto al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral como a otro personal que desempeñe funciones en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las

³⁰⁹ Como norma subsidiaria, se aplicará el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

La Ley 55/2003 aun siendo la norma referente y básica de la regulación de las condiciones laborales, tales son susceptibles de desarrollo y de ejecución por parte de las Comunidades Autónomas y, además, se deja abierta la puerta a la mejora por medio de la vía de la negociación colectiva³¹⁰. La jornada de trabajo de este colectivo tiene la particularidad de que debe compaginarse los periodos de descanso de los trabajadores y trabajadoras y la imposibilidad de dejar el servicio desatendido.

El derecho de los trabajadores y trabajadoras sanitarias a los descansos necesarios, mediante la limitación de la jornada y las vacaciones periódicas retribuidas y permisos se encuentra recogido dentro del listado de derechos redactados en el artículo 17 del Estatuto Marco. Mientras que el deber de prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad y cumplir el régimen de horarios y jornada, atendiendo a la cobertura de las jornadas complementarias que se hayan establecido para garantizar de forma permanente el funcionamiento de las instituciones, es un deber recogido en el listado del artículo 19 del Estatuto Marco.

Lo último debe conectarse con el régimen disciplinario dispuesto en el Estatuto Marco, se encuentra recogido en el artículo 72.2 i) que negarse a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad es una falta muy grave.

El artículo 46 del Estatuto Marco tiene por objeto «el establecimiento de las disposiciones mínimas para la protección de la seguridad y salud del personal estatutario en materia de ordenación del tiempo de trabajo». Se entiende por tiempo de trabajo aquel periodo en el que el personal permanece en el centro sanitario a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones.

³¹⁰ Por ejemplo, en la Comunidad de Madrid destaca la Resolución de 27 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Madrileño de Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de jornada del personal en el ámbito del Servicio Madrileño de Salud; o en Asturias destaca la firma del Acuerdo de 24 de mayo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración del Principado de Asturias, sobre jornada en el ámbito de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 16 de mayo de 2019.

Para la consideración de la jornada de trabajo no es necesario encontrarse en el centro sanitario. Pueden considerarse jornada de trabajo los periodos fuera de los mismos siempre que se produzcan como consecuencia del modelo de organización asistencial o deriven de la programación funcional del centro.

En cambio, se define el periodo de descanso como todo aquel que no sea tiempo de trabajo. Esta definición va de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003³¹¹.

La jornada de trabajo puede dividirse en tres tipos: la jornada de trabajo ordinaria, la jornada complementaria, y la jornada de trabajo especial.

⇒ La jornada ordinaria se determinará en las normas, pactos o acuerdos, según resulte procedente en cada caso (artículo 47 Estatuto Marco). Así entonces, dicha jornada se cede en totalidad a las mesas sectoriales de negociación de cada servicio de salud. No obstante, los acuerdos surgidos deben respetar en todo caso las 12 hora máximas de jornada ordinaria con carácter general (artículo 51 Estatuto Marco), si bien se podrá establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales, debiendo en estos casos ampliarse los periodos mínimos de descanso ininterrumpido según se derive de los procesos de negociación con los representantes sindicales en el servicio de salud y con la debida progresividad para hacerlos compatibles con las posibilidades de los servicios y unidades afectados por las mismas.

⇒ La jornada complementaria es aquella que viene a sustituir al concepto de «guardias médicas». El artículo 48 del Estatuto Marco asegura que cuando se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, el personal de determinadas categorías o unidades de los mismos desarrollará una jornada complementaria en la forma en que se establezca a través de la programación funcional del correspondiente centro.

El tiempo de trabajo máximo, contando la jornada ordinaria y la jornada complementaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en

³¹¹ <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>

cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo.

Algunos Servicios de Salud de determinadas comunidades Autónomas han pactado en las correspondientes mesas sectoriales exenciones de las jornadas complementarias para determinados colectivos, como son las personas trabajadoras mayores de 55 años, mujeres en estado de gestación, personal con hijos menores de un año o discapacitados o por razones de enfermedad³¹².

«La ley deja claro que las horas complementarias no tienen la consideración o el *status* de horas extraordinarias. Es decir, las horas complementarias se determina por la propia dirección de los centros sanitarios, en su programación funcional, lo que conlleva que pueda ser objeto de negociación con lo representante del personal» (Ferradans Caramés, 2008).

El personal médico interno residente (MIR) regula su jornada complementaria por el RD 1146/20006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia tiene un límite de 37.5 horas semanales de promedio semestral, salvo que por acuerdo o pacto o convenio se establezca otro cómputo. Así mismo, el residente estará obligado exclusivamente a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente sin poder realizar más de siete guardias al mes.

⇒ La jornada especial: Cuando las previsiones de realización de jornadas complementarias no fueran suficientes para salvaguardar la atención continuada y permanente, y siempre que medien razones organizativas o esenciales que así lo justifiquen, puede superarse la duración máxima de la jornada ordinaria y la jornada complementaria (artículo 49 Estatuto Marco). También se establece un límite máximo al máximo³¹³ consistente en 150 horas al año.

Un requisito indispensable para llevar a cabo lo anterior consiste en que la persona trabajadora dé su consentimiento por escrito, de manera individualizada y libre. Los centros médicos son los encargados de establecer los requisitos para otorgar por parte del personal el consentimiento previsto en el apartado anterior.

³¹² Este es el caso por ejemplo del Servicio Andaluz de Salud. Puede encontrarse en el siguiente documento: https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/sites/default/files/sincfiles/wsas-media-mediafile_sasdocumento/2021/manual_diciembre_2020_0.pdf

³¹³ Permítanme la redundancia.

La jornada especial aparece con la finalidad de cubrir la posible insuficiencia de las otras dos clases de jornadas. «Sin duda esta incorporación de una jornada especial es el reflejo en la legislación española de la cláusula opt-out que posibilita la Directiva comunitaria, así es posible en el sector sanitario superarse el máximo de 48 horas semanales de promedio semestral» (Serrano Argüello, 2007).

La jornada especial puede llevarse a cabo siempre y cuando el centro sanitario asegure:

- Nadie sufra perjuicio alguno por negar su consentimiento a realizar jornadas especiales, sin que pueda ser considerado perjuicio un menor nivel retributivo derivado de un menor nivel de dedicación.
- El registro del personal que desarrolle la jornada especial, los cuales, debe estar a disposición de las autoridades administrativas y laborales competentes, que pueden prohibir o limitar tales jornadas por motivos de seguridad o salud de las personas trabajadoras.
- Los principios generales de protección de la seguridad y salud.

1.2.CONTEXTO NORMATIVO: PAUSAS DESCANSOS Y VACACIONES

La Carta Social Europea de 1989 reconoció el derecho al descanso semanal y a las vacaciones anuales retribuidas (artículo 7). Por otra parte, la Comisión presentó en 1990 una propuesta de directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo. La Directiva fue finalmente adoptada por el Consejo el 23 de noviembre de 1993 por mayoría cualificada, y posteriormente fue modificada por la Directiva 2000/34, de 22 de junio de 2000, que incluye determinados sectores y actividades anteriormente excluidos. Todo lo anterior, sería sustituido por la Directiva 2003/88, de 4 de noviembre de 2003, que es actualmente la principal fuente normativa de la Unión Europea en materia de ordenación del tiempo de trabajo y descansos.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en virtud del Tratado de Lisboa, estableció el derecho de todo trabajador o trabajadora a «la limitación de la duración máxima del trabajo, a períodos de descanso diarios y semanales y a vacaciones anuales retribuidas».

En el ámbito de la legislación nacional y, concretamente en el sector médico, el personal sanitario tiene un régimen de descanso diario de 12 horas interrumpido entre el fin de una

jornada y el inicio de la siguiente (artículo 51.2 Estatuto Marco). Lo anterior es comparable con el artículo 34.3 del ET que establece que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

Únicamente en dos supuestos puede reducirse el tiempo de descanso entre jornadas, cuando el personal cambie de equipo y cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, complementaria o especial. Tras la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, y de acuerdo con lo dispuesto en su art. 5.1. b). párrafo 2º, «la libranza posterior a la guardia es un descanso irrenunciable, que podrá alterarse en situaciones de emergencia asistencial, pero en tal caso, no podrá compensarse económicamente sino mediante el régimen de descansos alternativos del EMPE, que es igualmente irrenunciable» (Areta Martínez, 2011).

El descanso semanal tendrá una duración de 24 horas, que se adicionarán al descanso diario de 12 horas entre jornadas diarias, y será computado en un periodo de referencia de dos meses (art. 52 Estatuto Marco). La ley regula el caso de que este descanso semanal no pueda llevarse a cabo por el personal, se deberá de compensar a través de régimen de descansos alternativos. Es decir, se entenderá compensado, en cómputo trimestral, cuando se haya disfrutado un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos disfrutados y computando para ello todos los descansos de duración igual o superior a doce horas (artículo 54 Estatuto Marco).

El cómputo trimestral debe entenderse que es extensible al resto de casos en lo que puedan compensar los descansos de forma alternativa (Gonzalez del Rey & Menéndez Sebastián, 2006). La legislación considera que los periodos de descanso diario y semanal, a diferencia de la pausa entre jornadas, no tienen la consideración de tiempo de trabajo efectivo, ni podrán ser, en ningún caso, tomados en consideración para el cumplimiento de la jornada ordinaria de trabajo determinada.

Los arts. 17.2 y 17.3.c). i) de la Directiva 2003/88/CE admiten que pueda establecerse excepciones al disfrute de los tiempos mínimos de descanso semanal y diario cuando sean necesario garantizar el servicio sanitario (Areta Martínez, 2011).

En cuanto a las vacaciones, el Estatuto Marco fija 30 días naturales de vacaciones anuales retribuidas, siendo su duración inferior únicamente cuando sea reducida proporcionalmente en función del tiempo de servicio trabajo. Su compensación

económica se encuentra reducida al único supuesto que es el de la finalización de la relación laboral.

El régimen jurídico de las vacaciones exige un desarrollo en el ámbito autonómico, dada su parquedad. «Será habitual encontrar acuerdos autonómicos, en materia de vacaciones y permisos, que aborden cuestiones como la solicitud y fijación del calendario, o el régimen de fraccionamiento de las vacaciones» (Ferradans Caramés, 2008).

El artículo 59 del Estatuto Marco fija medidas especiales en materia de salud pública dando la posibilidad de suspender las disposiciones sobre jornadas de trabajo y periodos de descanso, cuando las circunstancias concretas que concurren en el centro imposibiliten el mantenimiento de la asistencia sanitaria a la población con los recursos humanos disponibles. En estos casos, la ley fija la elaboración de un plan urgente de captación de recursos humanos que permita restituir la normalidad en el mantenimiento de la asistencia sanitaria.

El anterior apartado no afecta al personal en permiso de maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia, algo que va en la línea de la única imposibilidad de aplicar prestaciones personales obligatorias.

La reducción de descanso solo puede deberse a un aumento de la jornada laboral como consecuencia de circunstancias especiales y en pro de asegurar, de forma permanente y continuada, la atención socio-sanitaria (Areta Martínez, 2011).

Sobre el régimen de fiestas y permisos, se fija que el personal tiene derecho a los establecidos en las comunidades autónomas, así como a los permisos y licencias establecidos para los funcionarios públicos (artículo 61 Estatuto Marco). Las mesas de negociación colectiva pueden fijar permisos retribuidos con otro tipo de motivo como la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud, al igual que para participar en programas de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud.

1.3.SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Durante los primeros meses de estado de alarma y los momentos más críticos de la pandemia, el personal sanitario se vio obligado a realizar jornadas de trabajo inobservando de los mínimos y máximos estipulados legalmente nacional e internacionalmente³¹⁴.

La carga de trabajo de los trabajadores de respuesta a la emergencia aumenta drásticamente, con el agravante de una probable reducción de personal, ya que algunos de estos trabajadores pueden caer enfermos o ser puestos en cuarentena. Muchos de estos trabajadores están en trabajos que, de por sí, ya conllevan niveles relativamente altos de estrés. Durante un brote a menudo se les exige que trabajen en turnos más largos y consecutivos que la típica semana laboral de 40 horas (OIT, 2018) (OIT, 2020).

«La epidemia del coronavirus puso a prueba la resistencia física del personal sanitario y no sanitario, que se enfrentó a jornadas maratónicas desde el primer momento y a un estrés sostenido nunca antes experimentado en el sistema» (Médicos Sin Fronteras, 2020).

La Organización Mundial de la Salud emitió un documento³¹⁵ en el que se señalaba al personal médico como el personal en primera línea debido, entre otros factores, al elevado número de horas de trabajo que realizaban con el consecuente cansancio y hastío que ello genera (OMS, 2020).

La Administración de Seguridad y Salud en el Trabajo (OSHA) de Estados Unidos asegura que los trabajadores de los servicios esenciales que ya se enfrentan un trabajo físicamente exigente, pueden tener que afrontar una duración mayor de la jornada laboral, una carga adicional de trabajo y una alta presión debido al mayor número de trabajadores ausentes (OSHA, 2020).

Por medio del artículo 8 de RD 463/2020 se impone las prestaciones personales obligatorias avaladas por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (artículo 11). Además, el artículo 12.1 del RD 463/2020 asegura que «todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y personas trabajadoras al servicio de las

³¹⁴ Diferentes medios se hicieron eco de la extenuación de los cansancio. Algunos ejemplos: <https://www.elcomercio.es/vivir/salud/diagnostico-sanitarios-extenuados-20201202185241-ntrc.html> ; <https://www.castelloninformacion.com/uji-rafael-ballester-ciencias-saludapoyo-psicologico-covid19-sanitarios-extenuados-epidemia/>

³¹⁵ https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-rights-roles-respon-hw-covid-19.pdf?sfvrsn=bcabd401_0

mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza».

La declaración del estado de alarma deja al personal médico, por ser el principal sector para la lucha contra la pandemia, en una posición de debilidad y a merced de las administraciones autonómicas y del Ministerio de Sanidad. Es decir, se les puede imponer cualquier tipo de obligación en cuanto a jornada y tiempo de trabajo se refiere, sin que les sea de aplicación ninguna norma laboral ordinaria.

El 14 de marzo se publicó la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El apartado décimo reza que «las comunidades autónomas podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los empleados públicos y trabajadores al servicio de estas, cualquiera que sea su categoría profesional, servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». También se afecta la movilidad funcional y geográfica puesto que se asegura que «las medidas que se adopten podrán ir dirigidas a la encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad, así como medidas de movilidad geográfica».

Prácticamente se da total libertad a las administraciones para que se organicen frente a la pandemia y cumplan con el servicio sanitario de la mejor manera posible. Recordemos que, durante los meses de marzo, abril, mayo y junio se sufrió una saturación de los hospitales y centros médicos que ponía de manifiesto la falta de personal sanitario para atender pacientes. La respuesta del legislador fue clara: aumentar horas de trabajo.

No obstante, la Orden SND/232/2020 introdujo una limitación de tiempo de trabajo consistente en «la suma de los descansos que deban tener lugar en el conjunto de una semana no sea inferior a setenta horas, con un promedio de descanso entre jornadas de trabajo de diez horas». El Estatuto Marco fija un régimen de descanso diario entre jornadas de 12 horas y un descanso semanal de 96 horas. El aumento de tiempo de trabajo es claro.

Es necesario explicar que el artículo 59.1 del Estatuto Marco fija la posibilidad de que «las disposiciones de esta sección relativas a jornadas de trabajo y períodos de descanso podrán ser transitoriamente suspendidas cuando las autoridades sanitarias adopten

medidas excepcionales». Es decir, la habilitación de determinadas medidas excepcionales ya estaba prevista en el régimen general y quizá no hubiese sido necesaria la Orden SND 232/2020.

El estado de alarma habilita las prestaciones personales obligatorias, pero en cuanto al personal médico, el régimen general ya habilitaba la modificación de su ordenación del tiempo de trabajo y descansos sin necesidad de la aprobación del estado excepcional. Las prestaciones personales obligatorias estarían enfocadas al personal militar o similares, tal y como sucedió con el caso de controladores aéreos.

El propio Estatuto Marco recoge el deber de todo el personal médico y sanitario de «prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad» (artículo 19 f)). Redacción donde perfectamente es encuadrable una pandemia mundial.

Y para cerciorarse de que lo anterior se cumple y debe cumplirse. El régimen disciplinario recogido en el Estatuto Marco señala como falta muy grave «la negativa a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad». Redacción donde, igualmente, es encuadrable una pandemia mundial (artículo 72.2 i)).

Con lo anterior, se dificulta muy y mucho la posibilidad de denunciar el excesivo número de horas trabajadas o las largas jornadas de trabajo que se realizaban. Ya que, quien lo hiciera se enfrentaba a una falta muy grave. No obstante, diferentes representantes del mundo médico sí han denunciaron esta situación³¹⁶, así como también algunos medios de comunicación³¹⁷.

Pero España no fue el único país que ha introducido mecanismos derogatorios de la materia de descansos para sectores críticos en la lucha contra la pandemia. En Francia, el Título II de la ley 2020-290 encomendó a una reglamentación del gobierno la tarea de derogar la legislación vigente en materia de jornada, de descanso semanal y vacaciones

³¹⁶ El Secretarios General de CESM: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-medicos-trabajan-mucho-rinden-poco-descoordinacion--5769>

³¹⁷ Puede leerse aquí algunas noticias relacionadas: https://as.com/diarioas/2020/06/24/actualidad/1592998415_574270.html Y https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/atencion-emergencia-covid-19-derechos-sociales_129_5980995.html y <https://blogs.iadb.org/salud/es/desafios-personal-salud-coronavirus/>

para las empresas en sectores especialmente necesarios para la Seguridad de la Nación o para la continuidad de la vida económica y social.

En Alemania, «con la ley para la simplificación del acceso a la seguridad social y para la seguridad de los proveedores de servicios sociales en el contexto de la epidemia de coronavirus, se introdujeron excepciones con respecto a las horas de trabajo a nivel nacional para garantizar el desempeño de las actividades necesarias para el mantenimiento de la seguridad y el orden público. En particular, el art. 8 modifica el apartado 14 de la Ley sobre el tiempo de trabajo de 6 de junio de 1994 añadiendo un cuarto párrafo en virtud del cual «el Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con el Ministerio Federal de Sanidad y sin la aprobación del *Bundestag* , puede, mediante *Decreto*, permitir excepciones durante un período de tiempo limitado de las actividades de los trabajadores en situaciones de emergencia excepcionales con implicaciones a nivel nacional, en particular en situaciones epidémicas de importancia nacional de conformidad con el artículo 5, apartado 1, de la Ley de protección contra las infecciones, que van más allá de las excepciones previstas en la presente Ley y en las resoluciones dictadas en virtud de la presente Ley y en los convenios colectivos. Estas actividades deben ser necesarias para el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos, la asistencia sanitaria y de enfermería, la prestación de servicios públicos o el suministro de bienes esenciales a la población» (Nogler, 2021).

La regulación de la Orden SND/262/2020 tiene especial consideración con las trabajadoras embarazadas ya que asegura que «todas las medidas deberán adoptarse con el fin de contribuir a la correcta prestación asistencial o de los dispositivos de prevención, control o seguimiento y su aplicación se realizará con carácter gradual, utilizando de manera racional los recursos humanos disponibles y no será de aplicación a las mujeres que se encuentren en estado de gestación» (apartado décimo).

La no aplicación de estas medidas bien puede ser por la correcta aplicación del artículo 25 y 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales relativos a trabajadores y trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos y a la protección de la maternidad, así como al artículo 59.3 del Estatuto Marco que fija la imposibilidad de aplicar las medidas excepcionales al personal en situación de permiso por maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural.

La enfermedad del COVID-19 tiene una mayor incidencia en personas embarazadas. Es decir, estas personas tienen mayor riesgo de estar en estado grave si son contagiadas del COVID-19. Además, las personas embarazadas con COVID-19 tienen mayor probabilidad de parto prematuro (dar a luz al bebé antes de las 37 semanas), y podrían ser más propensas a sufrir otras consecuencias negativas relacionadas con el embarazo en comparación con las personas embarazadas sin COVID-19 ³¹⁸³¹⁹.

Lo anterior lleva a que, tal y como dispone el artículo 26 de la LPRL, la evaluación de riesgos debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Al comprobar que tales riesgos son mayores para las personas embarazadas, el empresario debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada³²⁰.

En conclusión, se puede decir que gozan de mayor protección estas personas trabajadoras debido a un mayor riesgo de su salud frente al COVID-19 y, por ende, no se les aplican las medidas en materia de tiempo de trabajo que al resto de personal sanitario sí se les aplica.

Bien es cierto que, como se dijo anteriormente, quizá se eche de menos una mayor extensión de la especial protección laboral frente al COVID-19 a otros grupos de riesgo como son los trabajadores y trabajadoras con cardiopatías o problemas respiratorios.

Recordemos que el Ministerio de Sanidad emitió un documento relativo al procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-COV-2 donde se define los grupos de riesgo frente al COVID-19 y se incorpora

³¹⁸ Puede leerse la información aquí: <https://espanol.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/pregnant-people.html>

³¹⁹ El Ministerio de Sanidad emitió un documento relativo a las mujeres embarazadas en situación de confinamiento relativo a su posible contagio: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Pautas_mujeres_embarazadas.pdf

³²⁰ La aplicación del artículo también afecta a las personas trabajadoras en periodo de lactancia natural si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, en virtud del artículo 26.4 LPRL.

un Anexo con una guía de actuación para la gestión de la vulnerabilidad y el riesgo en el ámbito sanitario y sociosanitario.

Grupos vulnerables	Patología controlada				Patología descompensada				Comorbilidad ≥ 2 aspectos			
	NR1	NR2	NR3	NR4	NR1	NR2	NR3	NR4	NR1	NR2	NR3	NR4
Exposición laboral												
Enfermedad cardiovascular/HTA	1	1	2	2	1	3	3	3	1	3	3	3
Diabetes	1	1	2	2	1	3	3	3	1	3	3	3
Enfermedad pulmonar crónica	1	1	2	2	1	3	3	3	1	3	3	3
Enfermedad hepática crónica severa	1	1	2	2	1	3	3	3	1	3	3	3
Insuficiencia renal crónica	1	1	2	2	1	3	3	3	1	3	3	3
Inmunodeficiencia	1	3	3	3	1	4	4	4	1	4	4	4
Cáncer en tratamiento activo	1	4	4	4	1	4	4	4	1	4	4	4
Mayores de 60 años	Sin patología				Patología controlada				Patología descompensada			
	1	1	2	2	1	3	3	3	1	4	4	4
Obesidad mórbida (IMC>40)	Sin patología añadida				Patología añadida controlada				Patología añadida descompensada			
	1	1	2	2	1	3	3	3	1	4	4	4
Embarazo	Sin complicaciones ni comorbilidades				Con complicaciones o comorbilidades							
	1	3	3	3	1	4	4	4				

NR1 (Nivel de riesgo 1): Similar a riesgo comunitario. Tareas en áreas no COVID, tanto asistenciales como de soporte estratégico.

NR2 (Nivel de riesgo 2): Entrada en zonas COVID, tareas con pacientes sospechosos o confirmados, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre el paciente, por ejemplo, reparto de comida, limpieza, traslado del paciente, etc.

NR3 (Nivel de riesgo 3): Entrada en zonas COVID con asistencia directa a pacientes o intervención directa con casos sospechosos o confirmados, con EPI adecuado y sin mantener la distancia de seguridad, incluida la movilización de pacientes y aseo.

NR4 (Nivel de riesgo 4): Profesionales, sanitarios o no sanitarios, que deben realizar maniobras generadoras de aerosoles (RCP, intubación, extubación, etc.).

1	No precisa ni adaptación ni cambio de puesto, permanece en su actividad laboral habitual.
2	Continuar actividad laboral. Puede realizar tareas con exposición a pacientes sospechosos o confirmados por COVID 19, con EPIs adecuados. No puede realizar maniobras generadoras de aerosoles en pacientes COVID+.
3	Continuar actividad laboral en zona NO COVID.
4	Precisa Cambio de Puesto de Trabajo y, de no ser posible, tramitar IT como Trabajador Especialmente Sensible o PREL.

IT: Incapacidad temporal. PREL: prestación riesgo embarazo lactancia.

Act
..

A pesar de lo anterior, la legislación excepcional para asegurar la atención sanitaria que modifica la normativa general de ordenación del tiempo de trabajo no incorporó a mayores grupos de riesgo que a las personas trabajadoras embarazadas ni tuvo una especial sensibilidad con otras personas trabajadoras.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO SOCIO SANITARIO

2.1.CONTEXTO NORMATIVO: LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL TRABAJO

La seguridad y salud en el trabajo es un derecho recogido en diferentes textos normativos supranacionales. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 31, asegura que todo trabajador o trabajadora tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. También, la Carta Social Europea, en su artículo 3, recoge el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un mandato claro a las partes a instaurar políticas nacionales cuyo objetivo sea «la mejora de la seguridad y la higiene en el trabajo y la prevención de accidentes y de daños a la

salud derivados o relacionados con el trabajo o que se produzcan en el curso del mismo, en particular minimizando las causas de los riesgos inherentes al entorno de trabajo».

La Organización Internacional del Trabajo ha redactado tres Convenios de vital importancia en la materia (Alli , 2002). Estos son el Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981³²¹, el Convenio núm. 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de 1985³²², y el Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006³²³.

Sin embargo, en nuestro modelo constitucional el derecho a la seguridad y salud en el trabajo no se recoge como un derecho fundamental sino como un principio rector de la política social y económica. Concretamente, el artículo 40.2 asegura que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y el artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud.

«Puede resultar paradójico que, en el plano internacional, se considere la salud en el trabajo como un derecho fundamental, cuando no merece esa calificación en ordenamientos jurídicos como el español, sino la de principio rector de la política social» (Gil y Gil, 2021). No obstante, debemos de entender el derecho a la seguridad y salud en el trabajo como un mandato constitucional que conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores y trabajadoras mediante la prevención de los riesgos derivados de su actividad profesional.

En el caso concreto del personal sanitario, la inacción de la Administración Pública puede conllevar a que se infrinja el artículo 15 CE relativo a la integridad física y a la salud. Más si cabe, cuando nos encontramos bajo el contexto de pandemia mundial y el personal

³²¹ Asegura el Convenio núm. 155 que «una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo» teniendo por objeto «prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo».

³²² El Convenio núm. 161 redacta que los miembros «compromete a establecer progresivamente servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas. Las disposiciones adoptadas deberían ser adecuadas y apropiadas a los riesgos específicos que prevalecen en las empresas».

³²³ Por última, el convenio núm. 187 obliga a los Estados a «promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores».

sanitario esté llamado a salvar vidas. Esto pone en cuestión la «fundamentalidad constitucional» entre la salud laboral y el derecho a la vida (Monereo Perez J. , 2021).

Es innegable que el fondo del asunto va más allá de una reclamación en torno al deber de todo empleador de proteger la salud y seguridad laborales, pues se trata también de proteger a la ciudadanía, del deber del Estado de proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos, siendo estrictamente necesario para ello la protección del personal sanitario que también ve afectada su salud laboral, debiendo protegerles también para proteger la vida e integridad física de sus familias (Martín Guardado, 2020).

La LPRL de 1995 contiene un ámbito de aplicación extenso y no solo resulta aplicable a las relaciones laborales reguladas por el ET, sino que, además se aplica a las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo.

El artículo 10 de la LPRL es relativo a las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria, correspondiendo a las propias Administraciones:

- ⇒ El establecimiento de medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de prevención actuantes. Para ello, se establecen las pautas y protocolos de actuación a los que deberán someterse los citados servicios.
- ⇒ La implantación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores y trabajadoras, así como hacer posible un rápido intercambio de información.
- ⇒ La supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados.
- ⇒ La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores y trabajadoras.

El artículo 14 de la LPRL es el encargado de establecer una doble acción. Por un lado, redacta el derecho de todos los trabajadores y trabajadoras a una protección eficaz en

materia de seguridad y salud en el trabajo. Y, por otro lado, señala al empresario como quien tiene el deber de cuidar la salud y seguridad de las personas trabajadoras. Además, ese deber es igualmente aplicable a las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

El artículo 17 LPRL regula que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras al utilizarlos, siendo él mismo quien debe aportarlos. A este respecto, veremos que se ha abierto un frente de reclamaciones judiciales interesantes.

El texto normativo de la LRPL recoge la situación de riesgo grave e inminente (artículo 21). Tanto los trabajadores y trabajadoras como los representantes legales de los mismos tienen el derecho de interrumpir la actividad. Concretamente, los representantes legales de los trabajadores³²⁴, por mayoría, paralizarán la actividad y lo pondrán en conocimiento de la empresa y la Autoridad Laboral. Lo anterior no puede ser de justificación para llevar a cabo represalias contra las personas trabajadoras o sus representantes.

La misma posibilidad tiene la ITSS por medio del artículo 44 LPRL. Dicha medida será comunicada a la empresa responsable, que la pondrá en conocimiento inmediato de las personas trabajadoras afectadas, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal. «En relación con la distribución de información sindical en papel el tribunal entiende que el derecho a difundir información de los representantes de los trabajadores y trabajadoras sólo podría verse limitado por las medidas de seguridad que la empresa puede legítimamente imponer si fueran idóneas, razonables y proporcionadas al fin pretendido» (Cámara Botía, 2021).

Ante el riesgo grave e inminente, el empleador deberá procurar:

- ⇒ Informar lo antes posible a todos los trabajadores y trabajadoras afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que deban adoptarse en materia de protección.

³²⁴ La ley se refiere concretamente a los representantes legales. Habría que descartar a los representantes sindicales si éstos no ocuparan puestos en el comité de empresa u otros órganos similares. También tienen esta posibilidad los Delegados de Prevención.

- ⇒ Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores y trabajadoras puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo. En este supuesto no podrá exigirse a las personas trabajadoras que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente.
- ⇒ Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores y trabajadoras o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

El artículo 25 LPRL asegura y aumenta la protección a aquellas personas trabajadoras que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. El artículo 26 lleva un paso más esta protección a la hora de proteger la maternidad.

Un punto importante es el referido a la responsabilidad. El artículo 42 LPRL entiende que «el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento». Por correlación, el empleador en el personal médico será la Administración Pública correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Concretamente y sobre Equipos de Protección Individual, destaca el Real Decreto 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores y trabajadoras de equipos de protección individual cuya publicación se enmarca en la LPRL.

Se definen los equipos de protección oficial como «cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan

amenazar su seguridad o su salud, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin»³²⁵.

La ley impone al empresario diferentes obligaciones con respecto a los EPIs (artículo 3). El cual, no solo debe proporcionarlos a las personas trabajadoras, sino que debe elegirlos en función de los riesgos y velar por su utilización y mantenimiento.

Los EPI deben ser eficaces frente a los riesgos que motivan su uso, sin suponer por sí mismos u ocasionar riesgos adicionales ni molestias innecesarias. En caso de riesgos múltiples que exijan la utilización simultánea de varios equipos de protección individual, éstos deberán ser compatibles entre sí y mantener su eficacia en relación con el riesgo o riesgos correspondientes.

Los EPIs no sólo deben ser eficaces sino también adecuados. El empleador debe de llevar a cabo una serie de actuaciones para elegir los EPIs necesarios:

- ⇒ Analizar y evaluar los riesgos existentes que no puedan evitarse o limitarse suficientemente por otros medios³²⁶.
- ⇒ Definir las características que deberán reunir los equipos de protección individual para garantizar su función, teniendo en cuenta la naturaleza y magnitud de los riesgos de los que deban proteger, así como los factores adicionales de riesgo que puedan constituir los propios equipos de protección individual o su utilización.
- ⇒ Comparar las características de los equipos de protección individual existentes en el mercado con las definidas³²⁷.

Por último, comentar los derechos de información y formación de los trabajadores y trabajadoras sobre las medidas que hayan de adoptarse. En materia de agentes biológicos, se publicó el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de las personas

³²⁵ Se excluyen de la definición: a) La ropa de trabajo corriente y los uniformes que no estén específicamente destinados a proteger la salud o la integridad física del trabajador. b) Los equipos de los servicios de socorro y salvamento. c) Los equipos de protección individual de los militares, de los policías y de las personas de los servicios de mantenimiento del orden. d) Los equipos de protección individual de los medios de transporte por carretera. e) El material de deporte. f) El material de autodefensa o de disuasión. g) Los aparatos portátiles para la detección y señalización de los riesgos y de los factores de molestia.

³²⁶ En el caso de una pandemia, la identificación de los riesgos es clara. Además, la OMS ya advertía del necesario uso de los EPIs por parte de los sanitarios al ser las personas más expuestas.

³²⁷ Uno de los problemas que trajo la pandemia es sobre la calidad de las mascarillas, ya que, muchas de ellas eran de una escasa calidad y las hacía inservibles. El propio Ministerio de Consumo elaboró un documento informando sobre aspectos esenciales a tener en cuenta a la hora de la adquisición de mascarillas: https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/030520_GUIA_COMPRA_MASCARILLAS.pdf.

trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo cuyo ámbito de aplicación se enmarca dentro de la LPRL.

El artículo 7 del texto normativo asegura que en todas las actividades en las que exista riesgo para la salud o seguridad de los trabajadores y trabajadoras como consecuencia del trabajo con agentes biológicos, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para proveer a las personas trabajadoras de prendas de protección apropiadas o de otro tipo de prendas especiales adecuadas. El artículo 12 es relativo a la información y formación de las personas trabajadoras.

La ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, también se refiere en distintos apartados a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras.

No es un tema baladí cuando se recoge que el personal sanitario tiene el derecho individual a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como sobre riesgos generales en el centro sanitario o derivados del trabajo habitual y a la información y formación específica en esta materia conforme lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 17.1 d) Estatuto Marco).

Mismo derecho se recoge en el RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación especialistas en Ciencias de la Salud, en el artículo 4.1 ñ) que asegura que los pertenecientes a este colectivo tienen el derecho a contar con la misma protección en materia de salud laboral que el resto de los trabajadores y trabajadoras de la entidad en que preste servicios.

Algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional van en la línea anterior. La STC 35/1996, de 11 de marzo, asegura que si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (doctrina repetida en SSTC 5/2000, de 14 de enero, FJ 3, y 119/2001, de 14 de mayo). También indica el Tribunal Constitucional en la resolución 220/2005, de 14 de octubre, que una actuación infractora sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada

en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta". Más recientemente, la sentencia 56/2019, de 6 de mayo, reitera y establece que: «la intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al "riesgo relevante" de sufrirlos, esto es, a un "peligro grave y cierto" para la integridad personal». Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a «la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control», pudiendo bastar «la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma»³²⁸.

2.2.SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El COVID-19, si bien surge como un problema de salud pública general, sus repercusiones afectaron otros ámbitos, incluyendo los riesgos para la salud de los trabajadores y trabajadoras, especialmente en sectores con mayor contacto interpersonal, así como los riesgos para la salud pública en los centros de trabajo (Consejo Económico y Social España, 2021).

Durante la pandemia, la situación se vio enormemente alterada sobre todo al comienzo de la lucha contra el COVID-19. Hay dos temas o puntos importantes: el primero es la alteración de responsabilidades que puede conllevar el RDL 463/2020 y el segundo en la disposición de equipos personales individuales del personal sanitario.

El RD 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en su artículo 12 establece lo siguiente: «todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y personas trabajadoras al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». Ahora bien «sin perjuicio de lo

³²⁸ Teniendo en cuenta la palmaria comunicación que hicieron los medios para denunciar la situación de trabajo del personal sanitario, podría considerarse como cierto y probado la falta de EPIs durante el inicio de la pandemia.

anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio».

Esto no quiere decir que se provoque una ruptura de lo dispuesto en el artículo 148.1. 21º CE durante la vigencia del estado de alarma y sea el Ministerio de Sanidad quien asume la figura de empleador del personal sanitario, sino que, únicamente será así cuando sea necesario para la protección de personas bienes y lugares. Debe entenderse que la posición de empresario sigue siendo las Administraciones públicas autonómicas y locales tal y como viene haciéndose en situaciones normales.

Con respecto a lo anterior, la STS, Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 2020 (Rec. 91/2020) vino a asegurar que «la incapacidad se ha de predicar del Sistema Nacional de Salud en su conjunto y no sólo de la Administración General del Estado o del Ministerio de Sanidad aunque, dirigiéndose la demanda solamente contra el Ministerio de Sanidad , no podamos extender nuestro pronunciamiento más allá (...), todo ello sin contar con que, en todo caso, esas pretensiones, de tener fundamento actual, tendrían que dirigirse, principalmente, a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas ya que el estado de alarma expiró el 21 de junio de 2020 y, en ese momento, desapareció la dirección que sobre ellos asignó al Ministerio de Sanidad el Real Decreto 463/2020 y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas recobraron desde entonces la plenitud de sus competencias».

No obstante, el artículo 13 del RD 463/2020 asegura que el Ministerio de Sanidad se encuentra capacitado para: «a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública. b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico. c) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria».

Desde una óptica puramente logística, el Ministerio de Sanidad tenían unas facilidades para abastecerse de EPIs y otorgárselo al personal sanitario que no ostentan las administraciones autonómicas. «Por tanto, hay que admitir que la capacidad de abastecimiento de material sanitaria por parte de las demandas dependió a partir de 14 de marzo de las directrices del Ministerio de Sanidad» (STSJ Aragón de 30 de octubre de 2020 [núm. 497/2020]). Pero esto no quiere decir que el Ministerio de Sanidad adquiriera la condición de empleador, que seguirá siendo perteneciente a las CCAA³²⁹.

La cuestión es que, al inicio de la pandemia la falta de equipos de protección individual³³⁰ como mascarillas, gafas de seguridad o vestimenta apropiada obligaba al personal sanitario a desarrollar su trabajo inobservando todas las medidas en materia de seguridad y salud en el empleo. Ello ponía en jaque a muchísimas personas trabajadoras del sector³³¹.

A través de la Recomendación (UE) 2020/403 de la Comisión, de 13 de marzo de 2020, relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-19, «la Comisión invitaba a todos los agentes económicos de toda la cadena de suministro, organismos notificados y autoridades de vigilancia del mercado a poner en marcha todas las medidas a su disposición para apoyar los esfuerzos destinados a garantizar el suministro de equipos de protección individual (EPI) y productos sanitarios en todo el mercado de la Unión Europea» (Consejo Economico y Social España, 2021).

«El sistema sanitario no estaba totalmente preparado para atender con la eficacia requerida el impacto de un tsunami como el que ha provocado la enfermedad de la COVID-19, y durante todo este período, pero en particular durante los estadios más duros de la pandemia, se han visto en medios de comunicación y se han trasladado a través de las redes sociales las quejas de los profesionales que han tenido que combatir la

³²⁹ Auto del Juzgado de lo Social de León de 6 de abril de 2020 [proc. 239/2020]: «en definitiva, la declaración del estado de alarma, efectuado por el RD 463/2020 y su prórroga, no convierte al Ministerio de Sanidad en el empleador del personal sanitario (estatutario) de la Junta de Castilla y León, continuado el mismo bajo la dependencia, ámbito organizativo y retributivo de la Gerencia de Salud de dicha Administración autonómica».

³³⁰ Diferentes medios de comunicación se hicieron eco de la situación que se vivía: https://www.vozpopuli.com/sanidad/sanitarios-equipos-proteccion-gobierno-contagios-coronavirus_0_1348066087.html

³³¹ La OMS lo denunció de la siguiente manera: <https://www.who.int/es/news/item/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide> y <https://elpais.com/sociedad/2020-03-04/la-oms-alerta-de-que-la-falta-de-equipos-de-proteccion-pone-en-riesgo-a-los-sanitarios.html>

propagación de la epidemia en primera línea, en especial, el personal sanitario, de la falta de material protector imprescindible para minimizar el riesgo de contagio de la enfermedad y evitar someter a una mayor presión al sistema sanitario español» (Fernández Fernández, 2020).

La Organización Mundial de la Salud elaboró el documento Prevención y control de infecciones durante la atención sanitaria de casos en los que se sospecha una infección por el nuevo coronavirus (nCoV) el 25 de enero de 2020³³².

El documento recogió como medida para controlar contagios que «el personal sanitario deberá utilizar mascarillas médicas (para conocer las especificaciones, sírvase consultar la referencia 2); deberá protegerse los ojos (con gafas de seguridad) y la cara (con una pantalla facial) para evitar que se contaminen las mucosas; también deberá llevar una bata de manga larga limpia y no estéril; deberá utilizar guantes; no es necesario que utilice botas, mono y delantal para las tareas rutinarias de cuidados». Es decir, el personal sanitario debe de disponer de los equipos de protección individual adecuados.

Concretamente y relacionado con las medidas administrativas destinadas a este personal se dispuso que se deberá proporcionar una formación adecuada, velar por una adecuada relación paciente-personal, establecer un proceso de vigilancia de las infecciones respiratorias agudas entre el personal sanitario causadas presuntamente por el nCoV, asegurarse de que el personal sanitario y el público comprende la importancia de solicitar atención médica con prontitud, comprobar que el personal sanitario sigue las precauciones habituales y proporcionar mecanismos de mejora, según sea necesario.

El 3 de febrero de 2020, la OMS publicaría el Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la comunidad internacional³³³ para ayudar a proteger a las naciones que tienen sistemas de salud más débiles, en el que se establece que las medidas de prevención y control son absolutamente esencial para garantizar que los trabajadores y trabajadoras sanitarias están protegidos. Además, se pidió a todos los países que hicieran acopio de materiales de protección para profesionales sanitarios.

Y tres días más tarde, el 6 de febrero de 2020, la OMS publica el documento de Requerimientos para uso de equipos de protección personal (EPP) para el nuevo

³³² Puede encontrarse aquí: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330685/9789240001114-spa.pdf>

³³³ Puede encontrarse aquí: <https://www.paho.org/es/documentos/plan-estrategico-preparacion-respuesta-para-enfermedad-por-coronavirus-2019-covid-19>

coronavirus (2019-nCoV) en establecimientos de salud³³⁴ asegurando el número suficiente y adecuado de Equipos de Protección Oficial (como batas, guantes, mascarillas, etc...) que debe de tener en los centros de salud con el fin de proteger a las personas trabajadoras.

El 13 de febrero, la Organización Internacional de Salud y la Unión Europea (en el marco del Consejo de Sanidad) pidieron vigilar el desabastecimiento mundial del material sanitario antes de que fueran demasiado tarde. El 27 de febrero, «la OMS volvió a dar alerta y advirtió de que, sin protección adecuada para los profesionales sanitarios ni respiradores suficientes (entre otras necesidades urgentes), los países tenían una brecha que iba a facilitar que “que el virus explotara”» (Médicos Sin Fronteras, 2020).

La OMS emitiría un comunicado el 3 de marzo de 2020 cuyo título rezaba que la escasez de equipos de protección personal pone en peligro al personal sanitario en todo el mundo³³⁵. En él, se podía leer que la grave y creciente interrupción del suministro mundial de quipos de protección personal (causada por el aumento en la demanda y por las compras, el acaparamiento y el uso indebido de esos productos como consecuencia del pánico) está poniendo vida en peligro ante el nuevo coronavirus y otras enfermedades infecciosas. La consecuencia de lo anterior es que «profesionales médicos, de enfermería y otros trabajadores de primera línea estén peligrosamente mal equipados para atender a los pacientes de COVID-19».

Asegura el comunicado de la OMS que «los trabajadores de la atención sanitaria dependen del equipo de protección personal para protegerse a sí mismos y a sus pacientes y evitar infectarse o infectar a otras personas». Ocho días más tarde, recordemos, se declaró la COVID-19 pandemia a nivel mundial.

El Ministerio de Sanidad elaboró una serie de documento a lo largo de la lucha contra la pandemia, relativos al tema de la protección del personal sanitario. La finalidad era el establecimiento de pautas a seguir durante la atención sanitaria extraordinaria causada por el COVID-19. El 24 de enero de 2020 publica el Procedimiento e Actuación frente a

³³⁴ Puede encontrarse aquí: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51976/OPSPHEIHMCovid1920003_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³³⁵ Puede encontrarse aquí: <https://www.who.int/es/news/item/03-03-2020-shortage-of-personal-protective-equipment-endangering-health-workers-worldwide>

casos de infección por el nuevo coronavirus (2019-nCoV)³³⁶, el cual, se actualizaría en diferentes ocasiones a lo largo de la evolución de la pandemia.

El documento establece la pauta de que «el personal sanitario que atienda a casos de infección por SARS-CoV-2 o las personas que entren en la habitación de aislamiento (por ejemplo familiares, personal de limpieza...) deben llevar un equipo de protección individual para la prevención de infección por microorganismos transmitidos por gotas y por contacto que incluya bata, mascarilla (quirúrgica o FFP2 si hay disponibilidad y siempre asegurando la existencia de stocks suficientes para las situaciones en las que su uso esté indicado de forma más priorizada), guantes y protección ocular antisalpicaduras».

En este sentido, se especifica que en los procedimientos que generen aerosoles, el personal debe disponer de «una mascarilla autofiltrante FFP2 o FFP3 si hay disponibilidad. - Protección ocular ajustada de montura integral o protector facial completo. - Guantes. - Batas de manga larga (si la bata no es impermeable y se prevé que se produzcan salpicaduras de sangre u otros fluidos corporales, añadir un delantal de plástico)».

El 20 de febrero de 2020 el Ministerio de Sanidad elaboró el documento técnico denominado Prevención y control de la infección en el manejo de pacientes con COVID-19³³⁷, dicho documento se vería modificado con actualizaciones posteriormente.

La pauta es clara cuando en la página 9 del documento se fijó que «el personal que atienda al paciente, tome las muestras clínicas, traslade a casos en investigación, probables o confirmados o cualquier persona que entren en la habitación de aislamiento, deberán llevar un equipo de protección individual para prevenir la transmisión de la infección de acuerdo con el riesgo de exposición».

El 5 de marzo de 2020, también por parte del Ministerio de Sanidad, se elaboró procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a

³³⁶ Puede encontrarse aquí http://www.aeemt.com/web/wp-content/uploads/2020/04/Procedimiento_COVID_19-11042020.pdf

³³⁷ https://chguv.san.gva.es/documents/184412/1387104/14-04-2020+v.2+Prevencion+y++Control_Infeccion+en+manejo+pacientes+COVID-19.pdf/147ec67c-aa23-44d4-847b-36c6cb017e61?version=1.0

la exposición al Sars-Cov-2³³⁸. En él se asegura que cualquier medida de protección debe garantizar que proteja adecuadamente al trabajador o trabajadora de aquellos riesgos para su salud o su seguridad que no puedan evitarse o limitarse suficientemente mediante la utilización de medios de protección colectiva o la adopción de medidas de organización del trabajo. La información y la formación son fundamentales en la protección de las personas en contacto en casos de investigación o confirmados y en aquellos que presentan riesgo de exposición al virus.

La previsión de la falta de los EPIs necesarios ya era prácticamente una realidad el 17 de marzo de 2020. El Ministerio de Sanidad envió a los profesionales sanitarios el documento sobre las medidas excepcionales ante la posible escasez de EPI: estrategias alternativas en situación de crisis³³⁹. El documento reza que se «plantea alternativas y posibles estrategias ante la escasez de equipos de protección individual (EPI) en situación de crisis (...). La forma óptima de prevenir la transmisión es usar una combinación de todas las medidas preventivas, no solo EPI. La aplicación de una combinación de medidas de control puede proporcionar un grado adicional de protección, incluso si una medida falla o no está disponible».

Médicos Sin Fronteras elaboró un Informe sobre la protección del personal sanitario durante la COVID-19 en España³⁴⁰. En él se ponía de relieve que uno de los principales fallos detectados ha sido la dificultad para asegurar la adecuada protección de este colectivo profesional en el ejercicio de sus funciones (Médicos Sin Fronteras, 2020).

Consecuencia de lo anterior es que el número de profesionales sanitarios contagiados por coronavirus desde el inicio de la crisis es de «52.746 hasta el 17 de julio, lo que supone que más del 20 por ciento de las personas infectadas en nuestro país pertenece a este colectivo, uno de los más vulnerables, al situarse en la primera línea de actuación contra la pandemia. Sin embargo, otras fuentes apuntan a un mayor número de contagios en el sector. Según un estudio del Sindicato de Enfermería (SATSE) realizado en este colectivo, 74.000 profesionales tuvieron síntomas de COVID-19 (tres de cada diez), de los cuales 5.500 tuvieron síntomas graves» (Médicos Sin Fronteras, 2020).

³³⁸ Puede encontrarse aquí: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf

³³⁹ https://www.matiafundazioa.eus/sites/default/files/alternativas_escasez_epis_ministerio.pdf

³⁴⁰ <https://www.msf.es/sites/default/files/documents/msf-informe-covid19-proteccion-web01.pdf>

The British Medical Journal realizó un estudio sobre la situación de nuestro país³⁴¹ identificando otros factores específicos que han influido en la tasa de contagio de los profesionales sanitarios como:

- ⇒ La fragmentación del sistema sanitario en 17 comunidades autónomas
- ⇒ La falta de adecuación a la situación de la estructura del Ministerio de Sanidad, debido a la transferencia de responsabilidades a las autonomías.
- ⇒ Escasa inversión en salud, por debajo de la media europea.
- ⇒ Inexistencia de una estrategia proactiva de seguimiento de contactos y casos, al situarse además los expertos de salud pública como asesores en lugar de salir “al terreno”.
- ⇒ Respuesta inadecuada de la industria e insuficiente inversión en I+D, que limitamos la adaptación en un entorno complejo.
- ⇒ La insuficiencia de los equipos de protección individual.
- ⇒ Falta de pruebas a todos los profesionales de la salud, ni a los que tenían síntomas leves, ni a quienes no presentaban síntomas, a pesar de la posibilidad de transmisión por individuos asintomáticos.
- ⇒ Los contactos de los casos positivos de COVID-19 no fueron sometidos a pruebas sistemáticas ni a cuarentenas de al menos 14 días, y nunca se recomendó la realización de pruebas al personal de salud en contacto con casos confirmados.
- ⇒ Los hospitales no adoptaron el modelo de triaje fuera de sus estructuras, a pesar de que este ha demostrado ser eficaz para reducir las tasas de infección intrahospitalaria y de contagios en el personal sanitario. (The British Medical Journal , 2020)

Tanto el Ministerio de Sanidad como las Comunidades Autónomas³⁴² comenzaron a hacer acopio de material profesional necesario para proteger la salud a los profesionales. Sin incluir a las autonomías, el Ministerio de Sanidad publicó que la Administración Central ha distribuido más de 211,7 millones de unidades de materiales sanitarios desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 18 de junio de 2020³⁴³. Concretamente, se repartieron:

³⁴¹ Disponible en: <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/06/01/widespread-covid-19-infection-among-spanish-healthcare-professionals-did-not-occur-by-chance/>

³⁴² El 10 de marzo de 2020, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 6/2020 por el cual permitiría la compra centralizada de productos sanitarios, aunque el Ministro de Sanidad matizará días más tarde que las Comunidades Autónomas también podían comprar tales productos en el mercado internacional.

³⁴³ Según la comparecencia del 24 de junio de 2020 del Ministro de Sanidad Salvador Illa. Disponible aquí: <https://www.mscbs.gob.es/gabinetePrensa/notaPrensa/pdf/COMPA240620161804652.pdf>

135,7 millones de mascarillas; 64,3 millones de guantes; 5,8 millones de kits de diagnóstico rápido; 1,5 millones de PCRs; 1 millón de soluciones hidroalcohólicas; 952 miles de kits de extracción; 914 miles de buzos; 895 miles artículos de protección distintos; 353 miles batas desechables; 253 miles de gafas de protección; 49 mil hisopos y torundas; 4 mil dispositivos de ventilación mecánica y 2 mil ventiladores no invasivos.

«El factor clave posiblemente fue la nula preparación de un plan de prevención durante la pandemia. Un seguimiento continuo de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y la realización de evaluaciones de riesgo apropiadas garantizarán que las medidas de control contra el riesgo de contagio se adapten a los procesos en evolución, las condiciones de trabajo y las características específicas de la fuerza laboral durante el periodo crítico de contagio y posteriormente, para prevenir la recurrencia» (OIT, 2020).

La Organización Internacional del Trabajo publicó en 2020 un informe sobre «Garantizar la seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia»³⁴⁴. En él se recuerda los convenios número 155 y 164 sobre seguridad y salud de los trabajadores y trabajadoras: derechos, funciones y responsabilidades.

Estos convenios son aplicables a las administraciones públicas y en ningún momento durante la pandemia han sido observados por las mismas para aplicarse en los Servicios Públicos de Salud autonómicos.

Por fijar una apartado incumplido, el artículo 16 del Convenio número 155 asegura que se «deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores y que los agentes y las sustancias químicas, físicos y biológicos que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas. Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud».

El problema aparece en el momento en el que falta un plan para gestionar la seguridad y salud en el trabajo durante situaciones de emergencia sanitaria. Son necesarias

³⁴⁴ Disponible aquí: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742732.pdf

instrucciones claras de prevención y control de los riesgos, incluyendo «procedimientos claros sobre la preparación para casos de emergencia y la planificación de respuestas para diferentes escenarios» (OIT, 2020).

El informe de la OIT asegura que el riesgo de contagio es mayor para algunos trabajadores y trabajadoras, en particular aquellos en primera línea de respuesta a la emergencia, los dedicados a servicios esenciales, o los que se encuentran muy concentrados en espacios limitados. Las medidas de control de riesgos deben adaptarse específicamente a las necesidades de los diferentes trabajadores (OIT, 2020). Por ello, debemos de entender que la extrapolación de un plan de prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo privados no serviría para los Servicios Públicos de Salud.

Entre otras medidas que se pueden aplicar para reducir el riesgo de contagio entre las personas trabajadoras sanitarias, la OIT asegura que pueden aplicarse: «medidas administrativas destinadas a prevenir los comportamientos de riesgo. Incluyen recursos adecuados para las medidas de prevención y control de las infecciones, como una infraestructura apropiada, la elaboración de políticas claras al respecto, la facilitación del acceso a las pruebas de laboratorio, el triaje y la colocación adecuados de los pacientes, una proporción adecuada de personal por paciente y la formación del personal para» (OIT, 2020).

La ITSS elaboró una especial Unidad de Gestión de la crisis sanitaria del coronavirus con funciones que se dirigían a actuar en materia de la prevención de riesgos, asegurando los derechos de los trabajadores y trabajadoras sin que éstos resultaran ignorados o limitados como consecuencia de la pandemia (Consejo Economico y Social España, 2021). También se llevó a cabo una campaña de Prevención de riesgos laborales y competencias asumidas en materia de COVID-19 que dio como resultado un total de 26.012 actuaciones, 14,521 requerimientos y 493 infracciones. En total, la ITSS llevó a cabo 280.164 actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales durante el año 2020.

En definitiva, la prevención y el cuidado de la salud de las personas trabajadoras es un derecho fundamental. A comienzos de la lucha contra la pandemia, se produjo tanto una inexistencia de planes de prevención como de equipos de protección individual, afectando al derecho de seguridad y salud en el trabajo y al derecho a la integridad física de los trabajadores y trabajadoras del sector sanitario.

2.3.JURISPRUDENCIA SOBRE LA AUSENCIA DE EPIS EN EL PERSONAL SANITARIO DURANTE LA PANDEMIA

Desde finales de marzo, hubo un clamor generalizado en sindicatos, asociaciones, colegios oficiales, sociedades médicas y de enfermería y otras entidades, que solicitaban más equipos de protección (Médicos Sin Fronteras, 2020). Las entidades sindicales representantes del personal sanitario (como la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos) se plantearon y llevaron a cabo la impugnación judicial y decidieron acudir a los tribunales para solicitar que en todos los centros hospitalarios, centros asistenciales de atención primaria, servicios de emergencia, servicios de asistencia rural, centros con pacientes institucionalizados así como cualquier otro centro asistencial del territorio nacional, con independencia de su naturaleza pública o privada, y cualesquiera otras dependencias habilitadas para uso sanitario, la puesta a disposición del personal médico que presta servicios en los mismos de batas impermeables, mascarillas FFP2 y FFP3, gafas de protección, calzas específicas y contenedores de grandes residuos³⁴⁵.

«Con semejante realidad como pórtico, no puede extrañar la avalancha de demandas³⁴⁶ presentadas ante los Tribunales de Justicia, tanto del orden contencioso-administrativo como del social, demandando la salvaguarda de la vida y salud del personal sanitario y poner a su disposición tanto medidas de naturaleza colectiva como equipos de protección individual destinados a resguardar la integridad física de los mismos con el más alto nivel de protección posible» (Fernández Fernández, 2021).

³⁴⁵ Peticiones similares se realizaron en otros sectores públicos. Ejemplo de ello es el ATS de 6.4.2020 (rec. 2/2020) cuyo peticionario era el Sindicato Unificado de Policía y reclamaban la declaración e colectivo de exposición de riesgo y el suministro de EPIS o la STSJ de 14.7.2021 (núm. 921/2020) cuyo peticionario es el sindicato LAB sobre el personal de la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

³⁴⁶ A título ejemplificativo: Social, número 31, Madrid de 25 de marzo de 2020 (Proc. 348/2020); número 1, Ávila de 26 de marzo de 2020 (Rec. 320/2020) y de 7 de abril de 2020 (Rec. 164/2020); número 2, Ciudad Real de 26 de marzo de 2020 (Proc. 229/2020); número 3, León de 26 de marzo de 2020 (Proc. 234/2020); número 10, Valencia de 26 de marzo de 2020 (Proc. 320/2020); número 1, Guadalajara de 27 de marzo de 2020 (Proc. 235/2020); número 1, León de 27 de marzo y de 6 de abril de 2020 (Proc. 239/2020 y 239/2020); número 1, Segovia de 27 de marzo de 2020 (Proc. 222/2020) y de 6 de abril de 2020 (Proc. 222/2020); número 2, Toledo de 27 de marzo de 2020 (Proc. 338/2020); número 1, Zamora de 27 de marzo de 2020 (Proc. 160/2020); número 2, Albacete de 30 de marzo de 2020 (Proc. 250/2020); número 8, Las Palmas de Gran Canaria de 30 de marzo de 2020 (Proc. 339/2020); número 1, Vitoria de 30 de marzo de 2020 (Proc. 184/2020); número 3, Plasencia de 1 de abril de 2020 (Proc. 148/2020) y de 8 de abril de 2020 (Proc. 148/2020); número 1, Soria de 1 de abril de 2020 (Proc. 112/2020) y de 8 de abril de 2020 (Proc. 112/2020); número 2, Badajoz de 2 de abril de 2020 (Proc. 305/2020); número 2, Logroño de 20 de abril de 2020 (Proc. 153/2020); número 1, Segovia de 4 de mayo de 2020 (Proc. 248/2020) y núm. 1, Alicante de 18 de mayo de 2020 (Proc. 315/2020). Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 1, Tarragona de 27 de marzo de 2020 (Proc. 37/2020) y 3 de abril de 2020 (Proc. 39/2020).

Las reclamaciones se realizaron mediante la solicitud de medidas cautelosísimas vía *inaudita parte* fundándose en lo establecido en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en el artículo 79 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, «continuando en muchos casos los procesos analizando la virtualidad de aplicar medidas cautelares o, finalizando, algunos con sentencia definitiva» (Fernández Fernández, 2021). El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2021 (núm. 502/2021) aseguró que: «en línea con lo que ha sostenido la STS/3a de 8 marzo 2018 (rec. 810/2015), de haberse ejercitado una acción tendente a reclamar por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la competencia para conocer hubiera correspondido al orden social de la jurisdicción»³⁴⁷.

Algunas resoluciones, frente a la solicitud de medidas cautelosísimas, resuelven a favor del solicitante dando un plazo de 24 horas para que la entidad demandada entregue y cumpla todas las medidas de prevención requeridas por la parte actora, «pues las mismas se consideran absolutamente necesarias para que los médicos y titulares sanitarios puedan desarrollar sus funciones de atención y cuidado del paciente con unas mínimas condiciones de seguridad, con el fin de evitar el riesgo de ser contagiado o de incrementar más el contagio» (Autos de Juzgados de lo Social de Madrid de 25 de marzo de 2020 [proc. 348 y 362/2020]; Juzgado de lo Social de Valencia de 26 de marzo de 2020 [proc. 320/2020]; Juzgado de lo Social de León de 6 de abril de 2020 [proc. 239/2020]; y sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 7 de julio de 2020 [núm. 866/2020]).

De esta manera, se declaró como hecho público y notorio, la situación de precariedad en las medidas de seguridad individual de los sanitarios de todo el país por carencia de EPIS adecuados y suficientes, y pese al esfuerzo de las CC.AA. y el Ministerio de Sanidad, el esfuerzo de muchas empresas que han adecuado su producción para desarrollar productos relacionados con la lucha contra el COVID-19, los poderes públicos han sido incapaces de dar una respuesta eficaz a las necesidades sanitarias del país³⁴⁸.

³⁴⁷ En consonancia también con las: STS (4a) 544/2018, 17 de mayo de 2018 (rcud 3598/2016), STS (4a) 903/2018, 11 de noviembre de 2018 (rcud 2605/2016), auto de la Sala de Conflictos de Competencia de este TS núm. 12/2019, 6 de mayo de 2019 (conf. 22/2018), STS (Pleno 4a) 483/2019, 24 de junio de 2019, Sala 4a de 6 de abril de 2020 (proc. 2/2020)

³⁴⁸ Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Logroño de 31 de marzo de 2020 (Proc. 153/2020).

A la hora de seguir realizando su labor, los profesionales sanitarios trabajaron con batas permeables, chubasqueros, bolsas de basura, sus propias gafas, gafas de buceo y aquellos otros medios que se les ocurre agudizando su ingenio para protegerse frente al COVID-19 y evitar la propagación de la enfermedad ante la pasividad de la Administración³⁴⁹.

Sin embargo, las necesidades llevaban al uso de mascarillas FFP2 para el personal sanitario que pueda estar en contacto a menos de 2 metros con casos en investigación o confirmados, y las FFP3 en los casos en que de la evaluación de riesgos derive que en el desarrollo de la actividad se realizan procedimientos asistenciales en los que se pueden generar aerosoles; en cuanto a la ropa de trabajo es necesaria la protección del uniforme de la posible salpicadura de fluidos biológicos o secreciones de pacientes confirmados o en investigación al que se examina o trata; se debe utilizar protección ocular cuando haya riesgo de contaminación de los ojos a partir de salpicaduras o gotas (STSJ La Rioja de 1 de octubre de 2020 ([rec. 121/2020])).

Lo anterior se produce sin que el RD 463/2020 constitutivo del estado de alarma, ni la legislación derivada del mismo, excepcionan la vigencia del derecho fundamental a la vida y a la integridad física de las personas, ni consta se haya suspendido la vigencia del ET y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las disposiciones concernidas en esta materia³⁵⁰ (ATSJ País Vasco de 23 de abril de 2020 [rec. 5/2020])).

Además, el personal sanitario «ha de estar dotado de las máximas protecciones posibles para su propia salud, evitando la afectación de su integridad física o moral, o incluso de su propia vida (art 15 CE³⁵¹), derechos fundamentales básicos de cualquier persona en un Estado de Derecho como el nuestro, que no ha de verse afectado ni restringidos, en modo alguno, por la declaración del estado de alarma» (Auto Juzgado de lo Social de 6 de abril de 2020 [proc. 239/2020])).

³⁴⁹ Así se reconoció en diferentes autos y sentencias. Por ejemplo, Auto del Juzgado de lo Social, número 10, Valencia de 26 de marzo de 2020 (Proc. 320/2020).

³⁵⁰ Habría que añadir en este apartado que tampoco queda suspendida la legislación supranacional como son la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989; artículo 31.1, en relación con los artículos 2.1 y 3.1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el artículo 3, en relación con el artículo 5, de la Carta Social Europea Revisada de 1996.

³⁵¹ El Tribunal Constitucional asegura que no todo riesgo en el trabajo supone una vulneración del art 15 CE, pero sí aquel que se considera grave y cierto (SSTC 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007, de 2 de julio y 118/2019, de 16 de octubre). Es decir, el artículo 40.2 CE se liga con el 15 CE al ser un riesgo potencial y grave.

La Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo dictó una sentencia el 9 de octubre de 2020 (rec. 91/2020) de especial relevancia. No obstante, ya hubo tres precedentes importantes (ATS del 31 de marzo de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2425A] y dos ATS del 20 de abril de 2020 [ECLI:ES:TS:2020:2447A y ECLI:ES:TS:2020:2446A]³⁵²).

Los magistrados del Tribunal Supremo conocen de la importancia del trabajo sanitario durante la pandemia. Así pues, aseguran que son «consciente de la decisiva labor que han realizado —que siguen realizando— con el mayor de los empeños y gran generosidad los profesionales de la salud en la lucha contra la pandemia y también sabe de las consecuencias que para la vida y la salud de muchos ha supuesto su esfuerzo. Es patente el general reconocimiento hacia ellos —y hacia todos los que están haciendo posible afrontar la enfermedad— existe en la sociedad y la Sala, como parte de ella, se suma a él».

En los primeros párrafos de los Fundamentos de Derecho de la sentencia se realiza una explicación de los requisitos previos exigidos para demandar a la Administración por falta de inactividad de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la Ley 29/1998 recordando la obligatoriedad de presentar reclamación administrativa previa ante el poder público afectado.

La cuestión de fondo consiste en la afectación del derecho fundamental a la salud y a la protección de la seguridad y salud en el trabajo del personal sanitario debido a que «quienes estaban en la obligación de proveer de los medios de protección imprescindibles al personal sanitario y, al no ser facilitados los mismos, es evidente que la integridad física y la salud de estos profesionales estuvieron sometidos a un riesgo importante» (STS 9 de octubre de 2020 [rec. 91/2020]).

La Sala asume que las circunstancias fueron críticas y la dimensión de la problemática de una pandemia global no se había dado en nuestra sociedad desde hacía 100 años. Sin embargo, lo relevante para el enjuiciamiento es que los medios disponibles no fueron los suficientes en los momentos iniciales para proteger debidamente al personal sanitario y, por tanto, la Sala reitera que esa insuficiencia (admitida por las partes también) y la relaciona con los derechos fundamentales afectados.

³⁵² Cuestión interesante es que los precedentes no conceden las medidas cautelarísimas, pero en la sentencia final asumen la vulneración derechos fundamentales. La explicación o argumentación de la no concesión de las medidas es que éstas sean *inaudita parte*.

La sentencia resuelve que «no puede considerarse que haya habido una diligencia necesaria en la correcta gestión, canalización y/o distribución en la práctica de todos los medios y recursos sanitarios que en teoría podrían presentarse como susceptibles de paliar a un nivel aceptable los efectos de la COVID-19 [...] diligencia rigurosamente imprescindible (que no abarcaría una presunta falta de formación preventiva de los facultativos en PRL pues por formación académica conocen perfectamente que es y qué riesgos posee un coronavirus como tal independientemente del particular SARS-CoV-2 cuyo extremo poder de contagio y alta letalidad era también noticia diaria en los medios de comunicación tras aparecer los contagios en Wuhan a finales de 2019, con las intervenciones de la OMS y respecto de Italia a finales de enero 2020 y por lo tanto qué era necesario en cuanto a medios para protegerse) para evitar, como ha sucedido, que se haya ido "de las manos" el número de contagios y cuarentenas entre el personal facultativo sanitario por la cantidad y calidad de material que en la práctica o bien no llegó a sus manos o bien lo hizo pero tarde y en cantidad inferior y/o de menor entidad cualitativa para protegerse del extremo riesgo de contagio y letalidad de la enfermedad».

Es decir, la sala del Tribunal Supremo constata y da por clarificado la vulneración de derechos fundamentales del personal sanitario³⁵³. Sin embargo, las consecuencias o virtualidad práctica (Fernández Fernández, 2021) es nula o escasa. No son necesarios ya los requerimientos de suministrar tales EPIs en comparación con la insuficiencia de material sufrida los meses de marzo, abril y mayo de 2020³⁵⁴. Únicamente responde ahora decidir si es reprochable a las Administraciones y al Servicio Nacional de Salud la inactividad antijurídica de no haber suministrarlos con anterioridad³⁵⁵.

³⁵³ ·En el mismo sentido se sitúa la STSJ Aragón de 30 de octubre de 2020 (núm. 497/2020): «en el comienzo del impacto de la pandemia, el Ministerio de Sanidad, aunque también el conjunto de Administraciones Públicas con responsabilidades en lo que el artículo 44 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, llama Sistema Nacional de Salud, que integran "el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas", no fue capaz de dotar a los profesionales de la salud de los medios precisos para afrontar protegidos la enfermedad y que así corrieron el peligro de contagiarse y de sufrir la enfermedad, como efectivamente se contagiaron muchos y entre ellos hubo numerosos fallecimientos».

³⁵⁴ La virtualidad es nula cuando se resuelve la sentencia, pero no lo hubiera sido quizás cuando el TS resolvió las medidas cautelares en el mes de marzo.

³⁵⁵ El sindicato demandante emitió una nota de prensa congratulándose por la decisión del Tribunal Supremo: <http://www.cesm.org/2020/10/08/cesm-se-congratula-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-que-admite-que-se-puso-en-riesgo-a-los-profesionales/>

La sentencia del Tribunal Supremo supone la validez de la presentación de reclamaciones por parte de los empleados públicos que hayan visto lesionados su derecho a la vida y a la integridad física. Ello debido a la inobservancia de las normas preventivas.

Ahora bien, a fin de que la presentación de tales reclamaciones prospere deben darse diferentes requisitos «1º que se haya ocasionado a un ciudadano una lesión, entendida como daño antijurídico, ¿en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber de soportarlo; 2º que exista una actividad administrativa, entendida como la propia del giro o tráfico de las competencias que tiene atribuidas, que puede manifestarse por una acción o una omisión; 3º una relación causal entre aquel daño y estas prestaciones de servicios; y 4º que la reclamación se efectúe antes del año en que se haya ocasionado el daño» (STS Contencioso-Administrativo, de 28 de septiembre de 2020 [rec. 123/2020]).

Resulta fundamental que se dé una antijuricidad del daño causado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración (STSJ, contencioso-Administrativo, Murcia de 5 de junio de 2020 [rec. 63/2019]). Es decir, únicamente son indemnizable aquellas actuaciones que se entienda que el particular no tenga el deber jurídico de soportar.

El artículo 34.1 de la Ley 40/2015 asegura que, además, «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos».

En el caso de una pandemia mundial, el precepto es muy interpretable. La previsibilidad de una pandemia mundial es excesivamente relativa y, de hecho, las argumentaciones de la Administraciones Públicas giran en este sentido. Con todo y con ello, hay resoluciones judiciales que no aceptan tal argumentación. Por ejemplo, el auto Juzgado de lo Social, número 1, León de 6 de abril de 2020 (proc. 239/2020) que asegura: «tras la declaración por la OMS del brote de nuevo coronavirus 2019 (COVID-19) como Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) efectuada el 30 de enero de 2020; así como a la vista del informa de la OMS de 3 de febrero de 2020, sobre preparación estratégica y plan de respuesta al COVID-19; y, de otra parte, por la propia evolución de la enfermedad en otros países –China e Italia, sobre todo, a que ya nos hemos referido–, que razonablemente anticipaba el resultado en los demás países incluida España [...] y que, hubiera debido servir para incrementar dichas previsiones de protección del personal sanitario».

El anterior auto se encuentra argumentado por las previsiones legales que recogen el deber de previsión de riesgo para la salud y seguridad establecidos en la normativa de materia sanitaria. Tales como:

⇒ La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, contiene algunos enunciados con respecto a la previsibilidad:

- Su exposición de motivos recoge que «el objeto de esta ley es dar una respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución Española y, en consecuencia, tratar de alcanzar y mantener el máximo nivel de salud posible de la población».
- Art. 19: «La prevención tiene por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de esta ley. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias: a) Dirigirán las acciones y las políticas preventivas sobre los determinantes de la salud, entendiendo por tales los factores sociales, económicos, laborales, culturales, alimentarios, biológicos y ambientales que influyen en la salud de las personas...».
- Art. 20.1: «A los efectos de esta ley se entiende por cribado aquellas actividades orientadas a la detección precoz de la enfermedad, su diagnóstico y tratamiento temprano, que se ofrecen activamente al conjunto de la población susceptible de padecer la enfermedad, aunque no tenga síntomas ni haya demandado ayuda médica».

⇒ Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica:

- Su exposición de motivos: «El Tratado de la Unión Europea ha generado una dinámica orientada a la armonización de las legislaciones nacionales tendente a la creación, en el espacio europeo, de un marco legal que posibilite, entre otras, las actividades para preservar y promover la salud de la población, tal y como se contempla en el artículo 129 del citado Tratado, mediante actividades de coordinación e intercambio de información entre los países miembros, en lo que constituirá una red de vigilancia epidemiológica de ámbito europeo orientada, inicialmente, a las

enfermedades transmisibles. La aprobación de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados miembros 92/ C 326/01, de 13 de noviembre, y de la Directiva 92/117/CEE del Consejo de 17 de diciembre, marcan el inicio de este proceso».

- Los arts. 28 a 30, englobados bajo el título común de «Sistema centinela», donde el último de los preceptos que se acaban de mencionar acuerda: «Cuando sobre un territorio definido se produzca la presencia de un riesgo específico para la salud de sus habitantes, ya sea por circunstancias accidentales o estructurales, se podrá calificar, por la autoridad sanitaria competente, a ese territorio como centinela, estableciéndose una vigilancia para detectar la presencia de casos nuevos de las enfermedades trazadoras relacionadas con los citados riesgos para la salud, de incidencia e interés nacional o internacional»

⇒ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Art. 53.1: «El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá un sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre las Administraciones sanitarias. Para ello en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se acordarán los objetivos y contenidos de la información".
- Art. 54: «Red de comunicaciones del Sistema Nacional de Salud. El Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la utilización preferente de las infraestructuras comunes de comunicaciones y servicios telemáticos de las Administraciones públicas, pondrá a disposición del Sistema Nacional de Salud una red segura de comunicaciones que facilite y dé garantías de protección al intercambio de información exclusivamente sanitaria entre sus integrantes... A través de dicha red circulará información relativa al código de identificación personal único, las redes de alerta y emergencia sanitaria, el intercambio de información clínica y registros sanitarios, la receta electrónica y la información necesaria para la gestión del Fondo de cohesión sanitaria, así como aquella otra derivada de las necesidades de información sanitaria en el Sistema Nacional de Salud».

- Art. 56: «Intercambio de información en salud entre organismos, centros y servicios de Sistema Nacional de Salud. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá un procedimiento que permita el intercambio telemático de la información que legalmente resulte exigible para el ejercicio de sus competencias por parte de las Administraciones públicas».

A la anterior regulación, habría que añadir la Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, la cual, señala que el objetivo de promover tales mejoras requieren la prevención de los riesgos profesionales, la protección de la seguridad y la salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, la formación de los trabajadores y trabajadoras y de sus representantes, así como las líneas generales para la aplicación de dichos principios.

«Como vemos, no hay duda del deber establecido a nivel normativo sanitario sobre establecimiento de un sistema de detección precoz de enfermedades, así como del deber de poner en marcha los mecanismos de coordinación precisos de todas las administraciones competentes para la eficaz lucha contra enfermedades infecciosas» (STSJ Aragón de 30 de octubre de 2020 [núm. 497/2020]).

«Ahora bien, hay que atender a lo principal: el problema de estos litigios es su tremenda casuística y la gran carga probatoria que asiste al reclamante, quien debe ir armado de una cuidadosa crónica de los sucesos y en su caso, informes periciales que avalen la fuente de responsabilidad y la cuantía de la indemnización reclamada» (Chaves García, 2020). El peso probatorio que recae en los reclamantes, provoca una dificultad excesiva a la hora de demostrar que sufrieron un perjuicio por un mal funcionamiento de la administración sin tener motivo para hacerlo.

La ilegalidad de la inexistencia de EPIs y la vulneración del derecho fundamental a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, así como a la salud conllevaron también una quiebra de las normas morales y éticas puesto que, las personas trabajadoras que deben salvarnos de la pandemia no tienen todos los medios suficientes para salvarse a sí mismos. La OIT ya aseguró en su informe de 2004 *Working paper: SARS. Practical and*

*administrative responses an infectious disease in the workplace*³⁵⁶ que «sería éticamente injustificado pedir a los trabajadores sanitarios que atiendan a los pacientes infectados sin las medidas adecuadas de seguridad y salud en el trabajo, incluido los equipos de protección personal apropiados» (OIT, 2004).

El Juzgado de lo Social N^o5 de Alicante en su sentencia de 22 de octubre de 2020 (núm. 279/2020) avaló la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de la Conselleria y abrió la puerta de nuevo a todos los sanitarios a la acción por responsabilidad patrimonial de la Administración por el anormal funcionamiento de la misma. Para ello deben acudir a la jurisdicción contencioso-administrativo debido a que «la juzgadora estima como la procedente para las indemnizaciones exigibles por la responsabilidad patrimonial que en el resultado dañoso de la pandemia y para los facultativos sanitarios».

El mismo suceso se produjo no sólo con personal sanitario sino con personal de cuerpos y fuerzas del estado. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia del País Vasco de 3 de junio de 2020 (núm. 696/2020) trata sobre el derecho a los EPIs y otras medidas del personal trabajador de la Ertzaintza³⁵⁷ debido a una demanda interpuesta por el sindicato interpuesta por el sindicato Ertzaintzaren Sindikatu Abertzale Nazionala (ESAN). La sentencia resolvió a favor de la obligación de aquella Consejería de suministrar a todos los efectivos de la Ertzaintza determinados medios preventivos de protección frente a la COVID-19. Tal resolución fue recurrida en casación dando lugar a la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de febrero de 2021 (núm. 502/2021) que desestima el recurso de casación interpuesto por la Letrada del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

La Sala de lo Social consideró que «parten de que estaban en juego, al mismo tiempo, la salud, integridad física y hasta la vida de los profesionales implicados en aquella resoluciones, con consecuencias indubitadamente graves para muchos de ellos, siendo notorias -así se afirma- las carencias de medios de protección que hubo especialmente en

³⁵⁶ Puede encontrarse aquí: https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/resources-library/publications/WCMS_108546/lang--en/index.htm

³⁵⁷ En este caso concreto, debemos de añadir al parangón legal que manejamos la publicación de 15 de marzo de 2020 de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

los momentos iniciales de la pandemia por las relevantes dificultades que existieron para proveerse de aquellos medios en los mercados internacionales» (Monereo Perez J. , 2021). Y resolvió denegando el recurso de casación y obligando a la administración a dispensar de los EPIs necesarios a los miembros de la Ertzaintza.

En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de lo Social N°3 de Albacete en su sentencia de 3 de mayo de 2021 (núm. 175/2021) con respecto a la Policía Local del Ayuntamiento de Albacete.

Sin embargo, sí se permitió el despido de un trabajador por mantener una discusión acerca de su negativa de llevar mascarilla correctamente puesta, así lo concluyó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de mayo de 21 (rec. 241/2021).

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y PROPUESTAS

El personal de la salud se encontró en primera línea frente a la pandemia y se vio obligado a asumir riesgos innecesarios debido a la falta de medidas adecuadas de protección. La exposición del virus sin estas medidas no solo ha puesto en riesgo al personal de la salud, sino también a los pacientes, a otros trabajadores y trabajadoras y a sus familias, al convertirse en un posible vector de contagio. Este colectivo ha afrontado también un exceso de horas de trabajo, cansancio y angustia psicológica, provocada en parte por el alto grado de exposición al que se vio expuesto (Médicos Sin Fronteras, 2020).

Los lugares de trabajo son plataformas eficaces en las que los empleadores y los trabajadores, juntos, pueden difundir información y sensibilizar sobre la seguridad y salud en el trabajo, en particular sobre las medidas de prevención y protección para reducir la propagación de las enfermedades infecciosas (OIT, 2020).

El aumento de tiempo de trabajo del personal sanitario debería haberse sustituido por una mayor contratación de recursos humanos. «La crisis sanitaria obliga a “flexibilizar” la contratación pública en aras a la mejor atención de los ciudadanos (aunque habría que reflexionar si se cumplieron los estándares adecuados de anticipación de aprovisionamiento) pero no, nunca, a sacrificar las exigencias de transparencia y de rendición de cuentas» (Gimeno Feliu, 2020).

Prevenir el cansancio o hastío en el personal médico también es una manera de luchar contra la pandemia puesto que el desarrollo efectivo del trabajo es igual de importante que el propio desarrollo del trabajo. Se requiere un replanteamiento de los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud ya que la pandemia ha visibilizado la escasez de personal que había previo a la pandemia. La sanidad pública tiene el reto fundamental consistente en garantizar la atención sanitaria salvaguardando sus plantillas y así mantener el futuro de un sistema de salud público creado a lo largo de los últimos 60 años (SNS) (Serrano Argüello, 2007).

En ocasiones, «la necesidad de garantizar la atención continuada a la población conlleva un incremento de la jornada laboral del personal, con la consiguiente disminución/interrupción de los tiempos mínimos de descanso y la subsiguiente aplicación de las reglas de descanso alternativo. Por ello, es muy importante delimitar las causas y circunstancias que en un momento determinado permiten limitar el derecho de los profesionales a la seguridad y salud laboral mediante un descanso adecuado con el fin de garantizar y preservar el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud mediante la organización de centros y establecimientos sanitarios que oferten atención socio-sanitaria de forma permanente y continuada» (Areta Martínez, 2011).

En una encuesta que realizó por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), sobre cómo la crisis del COVID-19 repercutió en el ámbito de la prevención en las condiciones laborales y la calidad del empleo: el 44 por 100 de los empleados de la UE-27 que participaba en la encuesta realizada declaró estar en riesgo de contraer la enfermedad debido a su trabajo. Y únicamente el 53 por 100 de los encuestados declaró estar obligados a usar EPI para evitar la propagación. Lo anterior pone de manifiesto las diferencias en la materia de prevención entre Estados europeos. Resulta fundamental una mayor unificación de los criterios seguridad y salud en el trabajo a nivel europeo. Poco a poco, se sustituirán las directivas de seguridad y salud por reglamentos avanzando hacia la uniformidad e identidad de requisitos, exigencias y elementos, con el fin de alcanzar mayor grado de protección sin diferencias entre un Estado y otro (Alzaga Ruiz, 2018).

La pandemia debe considerarse como urgencia nacional, al mismo tiempo que regular la protección de las personas trabajadoras durante las mismas. En la dirección va la Comisión de la Unión Europea que el 3 de junio de 2020 incluyó el coronavirus como agente biológico entre los patógenos humanos conocidos en el listado de la Directiva

2000/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre del 2000. «Esta incorporación tiene como fin garantizar una protección continua y adecuada de la salud y la seguridad de los trabajadores en el trabajo» (Perona Mata, 2021).

Ante la crisis sanitaria vivida y el colapso sanitario, se hace necesario la reforma del Estatuto Marco para la inclusión de las posibles urgencias sanitarias que puedan darse y generen situaciones parecidas. La nueva regulación debe enfocarse en la facilitación de la contratación de mayor personal médico y la prohibición del aumento del tiempo de trabajo del personal médico haciendo su descanso un derecho inalterable.

El artículo 59.2 del Estatuto Marco que prevé la modificación del régimen de descansos y jornadas de trabajo debe de ser, al mismo tiempo, protector con los derechos fundamentales al descanso y a la salud de las personas trabajadoras. Así como también, la revisión y actualización de la LPRL debe de ir encaminadas a asegurar la efectividad de las normas preventivas. Se hace absolutamente necesario eliminar la noción empresarial de «falsa prevención» o «prevención de papel» que hace que las empresas se consideren seguras por el mero hecho de mantener «los papeles en orden» (Martínez Barroso, 2018).

Así también, se requiere una regulación especial en el Estatuto Marco sobre los equipos de protección individual adecuados en situaciones de emergencia sanitaria y la posible paralización de la actividad médica ante la insuficiencia de los mismos³⁵⁸. El derecho fundamental a la vida del artículo 15 debe de ligarse a la protección adecuada de los sanitarios frente a epidemias o situaciones similares.

La modificación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud que hemos hablado, debería también ir encaminada a incluir sistemas de gestión de la seguridad y salud durante situaciones de emergencia sanitaria nacional, incluido el brote de pandemias, para asegurar y garantizar, como explicamos, los derechos fundamentales del artículo 40 y 15 CE a todo el personal de los servicios de salud.

³⁵⁸ Esta posibilidad ya está en la LPRL que resulta de aplicación. No obstante, una normativa mucho más protectora de los derechos fundamentales del personal médico debe incluir esta posibilidad en su ley laboral de referencia.

CAPÍTULO IV

LA PROTECCIÓN DE DATOS Y EL COVID-19

La aparición de la pandemia hizo que se suscitaran muchas dudas con respecto diferentes materias, tal y como estamos viendo. La protección y tratamiento de datos relacionados con el COVID-19 en el ámbito de las relaciones laborales hicieron surgir innumerables cuestiones.

La conservación del derecho a la salud y la salud pública deben ser siempre una finalidad a todo tratamiento de datos y su protección. Este es el sentido que se le tiene que dar a cualquier tratamiento de datos empresarial. El hecho de que la salud sea un dato personal con categoría especial viene a implicar que su tratamiento tenga más garantías (Tarabini-Castellani Aznar, 2021).

La pandemia provocada por el patógeno COVID-19 ha puesto sobre la mesa las virtudes y carencias del modelo europeo de protección de datos personales. «Este modelo se caracteriza por ofrecer un marco altamente tuitivo en la garantía del derecho fundamental a la protección de datos, particularmente funcional para la garantía de este derecho, pero también por un planteamiento proactivo que implica un compromiso de responsables y encargados en la garantía del derecho fundamental» (Martínez Martínez, 2020).

1. CONTEXTO LEGAL DE LOS DATOS DE SALUD

Los derechos protegidos por la normativa de protección de datos son aquellos que emanan del artículo 18 de la Constitución Española. Trayendo de vuelta la reflexión realizada en anteriores páginas, en ningún momento estos derechos fundamentales han estado suspendidos o restringidos por el estado de alarma.

El derecho a la protección de datos personales es un derecho autónomo que deriva del artículo 18.4 CE, de modo que ni tan siquiera en los estados de excepción y sitio cabe su suspensión; mucho menos, pues, en el estado de alarma (Domínguez Álvarez, 2021).

El ordenamiento legal sitúa a las autoridades de protección de datos en una posición también especialmente sensible y que en algunas ocasiones se sitúa como juez en algunos conflictos que pudieran sucederse.

La interpretación del Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, resulta importante ya que viene a decir que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionan a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos».

El enfrentamiento entre los derechos fundamentales de la protección de la salud (artículo 43 CE), la vida (artículo 15 CE) y la seguridad (artículo 17 CE) vuelve a ponerse de manifiesto. La SSTC 11/1981; 2/1982; 110/1984; entre otras, aseguran que «que solo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales». Lo anterior pone de manifiesto que el derecho fundamental a la protección de datos no es un derecho absoluto y se hace necesario su equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad» (De Val Tena, 2021).

La ponderación de derechos fundamentales vuelve a ser un instrumento primordial para interpretar qué actuación debe llevarse a cabo en casos fortuitos. El régimen constitucional, política y jurídicamente es considerado como deliberado, ponderado y

armonizado con los diferentes derechos fundamentales entre sí y otros bienes (Cotino Hueso, 2020).

La protección de datos y el tratamiento de los mismos bajo la pandemia del COVID-19, generó que sean los estados miembros los que apliquen su legislación propia y condiciones. El Comité Europeo de Protección de Datos, aseguró que «las condiciones y el alcance de dicho tratamiento varía en función de las disposiciones legislativas promulgadas en cada Estado miembro»³⁵⁹.

La salvaguarda de los derechos comentados se encuentra en el Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Hay que tener en cuenta también el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016. Como hemos puesto de manifiesto en anteriores capítulos, el empresario tiene la obligación de preservar la salud y seguridad de las personas trabajadoras. Además, hay que mencionar el artículo 22 que menciona que «el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo».

El Considerando 46 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, asegura terminantemente que «el tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano».

Un apunte es que, el tratamiento de datos debe realizarse siempre con respeto a la intimidad y dignidad del trabajador y trabajadora. Además, si las medidas entrañan una

³⁵⁹https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchhcovid19_es.pdf

alta invasión en la esfera privada de la persona trabajadora, el responsable del tratamiento de datos evaluará el impacto relativo a la protección de datos (35 RGPD).

El artículo 4 del Reglamento General de Protección de Datos define como tratamiento «cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción». A ello hay que sumarle que el artículo 4.15 indica que «los datos relativos a la salud son datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud».

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su resolución R/0235/2009, de 9 de diciembre de 2009, «analizó este apartado interpretándolo de forma amplia y entendiendo que comprenden la información de todos los aspectos, tanto físicos como psíquicos, de la salud de una persona» (Ramón Díaz, 2020).

Teniendo en cuenta lo anterior, los datos de salud, de cualquier índole, son datos especiales según lo dispuesto en el artículo 9 RGPD junto con otro tipo de datos que revelan la etnia o raza, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas o afiliaciones sindicales. Y su tratamiento tiene una consideración especial frente a otro tipo de datos.

Por ello, y para tratar este tipo de datos, se requiere una serie de situaciones concretas para llevarse a cabo sin el consentimiento expreso del titular (artículo 9). Podría resultar de aplicación las siguientes situaciones o circunstancias:

- ⇒ Las relaciones laborales quedan salvadas puesto que en la letra b) se dispone que «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado». Es decir, el empresario está avalado para el tratamiento de datos.

Resulta conveniente definir el derecho de la protección de datos como una dimensión inseparable del mundo laboral (Cámara Botía, 2021).

- ⇒ La letra g) del mismo artículo 9 RGPD asegura que no es necesario el consentimiento por razones de interés público esencial.
- ⇒ El artículo 9.2 h) RGPD también asegura que «para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social».
- ⇒ Así como, en la letra i) dice «el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios».

En definitiva, el RGPD avala y protege el tratamiento de datos en situaciones de pandemia en las relaciones laborales (según las letras b, g, h, i) siempre que el fin sea la protección de la salud pública y en el ámbito tanto de las relaciones laborales como en otro tipo de contextos médicos o sanitarios. En este sentido apunta el Considerando 46 del propio RGPD³⁶⁰.

Un pequeño apunte, en el ámbito educativo y teleasistencia de alumnos, sí se pidió el consentimiento de los profesores y maestros para que quedasen grabadas sus clases y pudieran distribuirse entre los alumnos. Si el profesor se negaba, el departamento debía pedirle permiso para hacer la grabación (Perona Mata, 2020).

Es necesario considerar igualmente la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

³⁶⁰ *El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.*

El artículo 9 de la anterior ley regula que sólo podrán tratarse estos datos si se hace de manera anónima, o previo consentimiento de los usuarios o abonados, en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación de un servicio con valor añadido. No obstante, el artículo 15 del mismo cuerpo legal asegura que «una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas».

La anonimización es esencial no únicamente para el tratamiento de datos correcto, sino para la elaboración de políticas de transparencia desde el sector público y para la confianza en las instituciones, empresas y otros interventores. Es decir, la Directiva de 2002 y el Reglamento General siguen una misma senda de protección y de excepción a las medidas generales establecidas por causas públicas inexcusables.

«El derecho al secreto de las comunicaciones protege, de manera implícita, su libertad; de forma explícita, su reserva frente a la interceptación por cualquier sistema o su conocimiento antijurídico por personas ajenas. De este modo, garantiza su carácter impenetrable por terceros, tanto respecto de su contenido, como de la identidad de los comunicantes, así como de otros aspectos externos, con independencia de su carácter íntimo y mientras el proceso de comunicación esté abierto» (Fernández Domínguez, 2021).

El artículo 22 de la LPRL camina en el mismo sentido que lo anterior asegurando que «la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad». Es decir, se reconoce que la crisis pandémica entraría dentro de este enunciado que se podría recabar y tratar datos médicos del personal de la empresa.

Además, la norma también fija la posibilidad de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores y trabajadoras en el caso de que se establezca en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En conclusión, ante la crisis pandémica vivida, el empresario tiene herramientas legales suficientes para obligar a los trabajadores y trabajadoras a realizar exámenes médicos en aras a evitar infecciones y focos de contagio en centros de trabajo.

Los datos recogidos deben ser exactos y actualizados y deben adaptarse todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos. Así lo dispone el artículo 5.1 RGPD y 4 LOPD. Para ello, los equipos de medición o comprobación de la salud médica de los trabajadores y trabajadoras deben ser adecuados y exactos.

Resulta interesante decir que los datos de salud de las personas trabajadoras no deben conservarse en el tiempo más de lo necesarios. Cuando hablamos de la pandemia, los datos en principio deberían conservarse hasta la desaparición de ésta. Ello se liga a la necesidad de salud pública de controlar la pandemia, una vez ésta sea contenida, los datos recabados para este fin no podrán conservarse.

Debemos prestar especial atención a la cuestión de la confidencialidad debe ser exagerada en el tratamiento de datos relacionados con la pandemia. La AEPD en el documento sobre preguntas frecuentes especifica que esta información debería proporcionarse sin identificar a la persona afectada a fin de mantener su privacidad, pero informando a posibles contagiados o personas de relación estrecha con la persona contagiada.

Ahora bien, la confidencialidad se rompe una vez el empresario conoce el motivo de la baja de la persona trabajadora. Es decir, una vez dado el positivo en COVID-19 y tramitarse la baja laboral el empresario conoce que la persona trabajadora se ha contagiado de la enfermedad. Esto puede ser una quiebra de la confidencialidad en el tratamiento de datos y sería preferible que la tramitación de las bajas de enfermedad no pusiese el motivo del contagio del COVID-19 o del posible contagio. Pero se entiende que, a efectos de la lucha contra la pandemia y salvaguarda de la salud pública, no tendría tanta efectividad si esto no se hiciese así.

Para ello y para salvaguardar la confidencialidad, es recomendable que los servicios de prevención ajenos o los delegados de prevención utilicen el tratamiento de datos o trasladen la información a terceros en sitios o lugares privados del resto de personas. Sería oportuno la habilitación de estancias en los centros de trabajo para este tipo de procedimientos.

Concretamente, debemos de tener presente que la confidencialidad es un principio básico y que sirve de guía a la interpretación de la normativa de protección de datos (Pedrosa Alquezar, 2018)

Una cuestión importante es sobre lo dispuesto en el Real Decreto 664/1997 sobre la protección de los trabajadores y trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo que asegura que debe elaborarse una lista de personas trabajadoras expuestas a los agentes biológicos, la cual, debe conservarse 10 años después de la exposición al virus. Este plazo se ampliará en los casos:

- Debida a agentes biológicos con capacidad conocida de provocar infecciones persistentes o latentes.
- Que no sea diagnosticable con los conocimientos actuales, hasta la manifestación de la enfermedad muchos años después.
- Cuyo período de incubación, previo a la manifestación de la enfermedad, sea especialmente prolongado.
- Que dé lugar a una enfermedad con fases de recurrencia durante un tiempo prolongado, a pesar del tratamiento.
- Que pueda tener secuelas importantes a largo plazo.

No podemos pasar por alto un dato absolutamente relevante en este apartado y es el deber de información del trabajador o trabajadora. Las personas trabajadoras deben de informar al empresario de sus contagios o de sus posibles contagios. De no ser así, también debe hacerlo a sus delegados de prevención.

Esto último tiene una doble incidencia. Por un lado, los trabajadores y trabajadoras son las figuras llamadas a la transmisión y cesión de datos sobre su salud a la empresa o delegados de prevención y, por otro lado, el empresario no está habilitado para el uso de aplicaciones relacionadas con el control de la COVID-19 y a informar de sus resultados. Es decir, el empresario no puede perseguir a los trabajadores buscando conseguir sus datos específicos, sino que son ellos los que deben transmitirlos. Tampoco es posible que las autoridades sanitarias se lo cedan a las empleadoras.

Cuestión importante es que, la persona trabajadora no tiene obligación de decir el motivo por el que adquiere la IT, pero en casos de COVID-19 sí habría obligación de decir puesto que el interés general del resto de personas trabajadora se encuentra en juego.

En caso de cuarentena preventiva o estar afectado por el coronavirus, «el trabajador tiene que informar a su empleador de forma expresa, ya que aunque la persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene obligación de informar sobre la razón de la baja a su empresa, ese derecho individual cede frente a la defensa de otros derechos, como es el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia» (Perona Mata, 2021).

Los encargados de realizar el tratamiento de datos es el personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada (art 22.6 LPRL y 9.2 RGPD). Ahora bien, hay determinados datos de salud que se obtienen que no parecen ser necesarios que los recabe personal sanitario. Es el caso de la toma de temperaturas.

Los trabajadores y trabajadoras, por contra, tienen el derecho a ser informados (artículo 4 ET y 22.4.2ª LRPL) por ello, deben de ser informados de los posibles contagios que haya podido sufrir en el desarrollo de su trabajo. La información puede darse individualmente a cada trabajador y por medio personales o por medios abiertos con una política de privacidad específica para ese tratamiento o texto informativo (Ribas, 2020). Así también, los delegados de prevención, también tendrían acceso a la información y documentación debido a sus deberes de colaboración con la empresas y siempre en el ejercicio de sus funciones con la limitaciones de la confidencialidad (Pedrosa Alquezar, 2018).

2. SITUACIÓN DURANTE LA PANDEMIA

Durante la pandemia, la mayoría de Estados emitieron nuevas legislaciones que afectaban directamente a las garantías de protección de datos. La Directiva 2002/58/CE de privacidad y comunicaciones permite precisamente que los Estados puedan adoptar decisiones legales como «medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional».

Ahora bien, tanto la anterior directiva como la 2002/58/CE, aseguran que es necesario la protección de los derechos y las libertades fundamentales y de los intereses legítimos en el sector de las comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, este debe ser el eje de cualquier decisión política o legal en la materia.

Tampoco se permite la «conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación» (STUJE, 21 de diciembre de 2016, asuntos C-203/15 y 698/15). Esto se recoge también en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

La Orden/404/2020, de 11 de mayo, de medidas de vigilancia epidemiológica de la infección por SARS-CoV-2 durante la fase de transición hacia una nueva normalidad, otorgó una especial transcendencia a la enfermedad del coronavirus debido a que hace obligatoria la declaración urgente por parte de todos los servicios sanitarios. Esto incluye también a los servicios de prevención ajenos.

El artículo 4 de la normativa, así como los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, facilitó a la autoridad pública que corresponda todos los datos para el seguimiento y vigilancia epidemiológica de la COVID-19 que le sean requeridos.

El Procedimiento de Actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, de 6 de julio de 2020, señaló la colaboración de las empresas con las autoridades sanitarias mediante los servicios de prevención ajenos. Estos servicios de prevención ajenos, mediante su personal sanitario, son agentes fundamentales en la lucha contra la pandemia y se les otorga todos los mecanismos necesarios para la detección, investigación y seguimiento de los casos y contacto estrechos en el ámbito de sus competencias, de forma coordinada con las autoridades de salud pública. Además, son llamados a participar en la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

La Agencia Estatal de Protección de Datos, ante la incertidumbre que se vivía, emitió el informe 0017/2020³⁶¹, que indicaba textualmente que «en aplicación de lo establecido en la normativa de prevención de riesgos laborales, y de medicina laboral, los empleadores podrán tratar, de acuerdo con dicha normativa y con las garantías que estas normas establecen, los datos de sus empleados necesarios para garantizar la salud de todos sus empleados, lo que incluye igualmente al resto de empleados distintos del interesado, para

³⁶¹ <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>

asegurar su derecho a la protección de la salud y evitar contagios en el seno de la empresa y/o centros de trabajo».

El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) aseguró el 16 de marzo³⁶² que «la normativa de protección de datos no es un obstáculo para las medidas adoptadas en la lucha contra la pandemia del coronavirus» (Ribas, 2020). Ello es debido a que la CEPD entiende que la pandemia es una situación legal prevista por las normas de protección de datos y permite el tratamiento del mismo en situaciones pandémicas.

Situación distinta se ha dado en algunos países de nuestro alrededor. En Italia, la autoridad encargada del tratamiento de datos aseguró que no era posible recopilar, a priori y de manera sistemática y generalizada, información sobre la presencia de cualquier síntoma de gripe de la persona trabajadora y sus contactos más cercanos. La premisa era que solo los trabajadores y trabajadoras de salud y de cuerpos civiles son los responsables de garantizar el cumplimiento de salud pública y quienes recopilan información con los síntomas del coronavirus y posibles contagios.

La Autoridad Francesa de Protección de Datos³⁶³, la Comisión Nacional de Informática y de las Libertades vino a situarse en el mismo sentido que Italia asegurando que los datos de salud son delicados y tienen especial protección y los empleadores no pueden violar la privacidad de las personas. Por ello, no es posible implementar medidas de sistema de lectura de temperatura a los empleados en los centros de trabajo.

Además, se destaca en Francia la regulación del tratamiento de datos frente a la COVID-19 y su admisibilidad por el Consejo Constitucional el 11 de mayo de 2020. El conflicto deviene de la posible inconstitucionalidad de la una novedosa regulación de tratamiento de datos para hacer frente a la pandemia. Sin embargo, los magistrados y magistradas encargados de la interpretación de la carta magna rechazan esta tesis y se posiciona favorablemente a la nueva regulación.

El Comisionado Federal de Protección de Datos y Libertad de Información de Alemania aceptó, en cambio, la posible recogida de datos de salud por los empleadores respecto de

³⁶² https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-edpb-chair-processing-personal-data-context-covid-19-outbreak_es

³⁶³ <https://www.cnil.fr/fr/covid-19-questions-reponses-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles-sur-le-lieu-de-travail>

la infección de sus trabajadores y trabajadoras por coronavirus. Es decir, la respuesta fue en el mismo sentido que la Agencia Española de Protección de Datos.

«Por una parte, en relación con el ámbito del trabajo, algunos ordenamientos internos (Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Irlanda, Lituania y Polonia) permiten que los empleadores puedan solicitar a sus trabajadores y trabajadoras información personal sobre síntomas o infecciones si se demuestra que dicha recopilación es necesaria (por ejemplo, para diseñar planes de contingencia en caso de contagio). Por contrapartida, otros ordenamientos lo prohíben salvo expresa y voluntaria aceptación de las personas trabajadoras (Bélgica, Estonia, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Países Bajos). Algo similar sucede con la recopilación de datos personales sobre viajes recientes de los empleados: mientras que unos consideran que se puede solicitar información a los trabajadores y trabajadoras sobre sus estancias en «zonas de riesgo» (Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo y Polonia), otros solo permiten la recopilación de datos voluntariamente cedidos (Bélgica, Finlandia, Hungría, Italia y Países Bajos) (Sevilla Duro, 2021).

La AEPD también redactó un documento sobre preguntas frecuentes³⁶⁴ que va en la misma dirección al asegurar que «con independencia de que las autoridades componentes, en particular las sanitarias, establezcan estas medidas por una cuestión de Salud Pública y que así lo comuniquen a los centros de trabajo, los empleadores tienen la obligación legal de proteger la salud de las personas trabajadoras y mantener el lugar de trabajo libre de riesgos sanitarios, por lo que estaría justificada la solicitud de información a los empleados y visitantes externos sobre síntomas o factores de riesgo sin necesidad de pedir su consentimiento explícito (RGPS y LPRL)».

En definitiva, la normativa sobre protección de datos no impide tratar los mismos para salvaguardar la salud pública en casos de pandemia. Pero sí advierte que, ante pandemias, los datos hay que tratarlos con sumo cuidado debido a la protección especial que gozan los datos de salud.

El exclusivo ámbito de la normativa de protección de datos personales permite requerir al responsable del tratamiento decisiones necesarias para la salvaguarda de los intereses de las personas físicas, el cumplimiento de obligaciones legales o la protección de

³⁶⁴ https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf

intereses esenciales en la salud pública, siempre con el respeto al contenido esencial del derecho a la protección de datos (Domínguez Álvarez, 2021).

Los artículos 33 y 34 del RGPD impone a los responsables de tratamiento la obligación de comunicar a las autoridades de control (en 72 horas) o los interesados (sin dilación indebida) «la existencia de una violación de seguridad que entrañe un riesgo (autoridad de control) o alto riesgo (interesados) para los derechos y libertades de las personas físicas» (Muñoz Aguirreurreta, 2020).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de junio de 2020 (núm. 2335/2020)³⁶⁵ resulta interesante ya que analiza la posibilidad de que una empresa adopte la medida de que los vigilantes de seguridad tomen la temperatura a los trabajadores y trabajadoras en el acceso al centro de trabajo. Los magistrados consideran adecuada la medida teniendo en cuenta el contexto en el que se encuentra el país y lo permite la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Dice el texto de la sentencia que «la función encomendada tiene en este momento pleno encaje en las funciones legales, convencionales y contractuales atribuidas a los vigilantes de seguridad».

A la hora del seguimiento e instauración de medidas de prevención ante el COVID-19, la Orden 404/2020, en su artículo 5, aseguró que «se considerará caso sospechoso de COVID-19 a cualquier persona con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de aparición súbita de cualquier gravedad que cursa, entre otros, con fiebre, tos o sensación de falta de aire. Otros síntomas atípicos como la odinofagia, anosmia, ageusia, dolores musculares, dolor torácico, diarreas o cefaleas, entre otros, podrán ser considerados también síntomas de sospecha de infección por SARS-CoV-2 según criterio clínico».

Tanto el RDL 21/2020, artículo 7, como la Orden SND 458/2020, artículo 4, impusieron la obligación de que, si un trabajador o trabajadora empezase a tener síntomas relacionados con el virus, debe de ponerse en contacto con los servicios de salud de la comunidad autónoma y, en su caso, con los servicios de prevención de riesgos laborales. Incumplir este deber por parte de las personas trabajadoras entraña un grave riesgo para la salud del resto de los trabajadores y trabajadoras y para la salud pública.

³⁶⁵ En el mismo sentido se mostró la STSJ Canarias de 30.6.2020 (ECLI:ES: TSJICAN:2020:2009) considerando que las medidas de toma de temperatura tienen la finalidad de evitar contagios y entra dentro de las funciones de control de acceso encomendadas a los vigilantes.

El criterio de proporcionalidad y razonabilidad es especialmente importante a la hora de implementar medidas que reduzcan los contagios. Recordemos que toda restricción de un derecho fundamental debe de ser proporcional y aquí, se encuentran inmersos varios derechos fundamentales como hemos comentado anteriormente.

«Las medidas limitadoras del derecho a la protección de datos personales sanitarios están condicionadas al cumplimiento de cuatro requisitos para ser válidas: primero, deben estipularse en normas de rango legal; segundo, deben respetar el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales³¹; tercero, deben respetar el principio de proporcionalidad³²; y cuarto, deben responder al objetivo de interés general de protección frente a la COVID-19» (Sevilla Duro, 2021).

La STC 186/2000, de 10 de julio, asegura que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad³⁶⁶. Esto debe ser una tónica constante en la instauración de medidas para evitar contagios del virus COVID-19. La SJS de Móstoles, de 29 de diciembre de 2020 (AS 2021/1532) avaló la exigencia de una PCR negativa al personal artístico y técnicos que participarían en un rodaje. La sentencia considera que la medida es «proporcional a la finalidad pretendida ya que entraña una fiabilidad que no puede lograrse con otros medios».

Tampoco tendría sentido ni cumpliría lo requisitos de minimización la circulación de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad (AEPD, 2020).

La base legal para su instauración residiría en el artículo 6.1 del RGPD que asegura que el tratamiento de datos es lícito siempre y cuando tenga las siguientes condiciones:

- ⇒ el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
- ⇒ el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
- ⇒ el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

³⁶⁶ En el mismo sentido STC 196/2004, de 15 de noviembre o STS 10.6.2015 [rec. 178/2014].

- ⇒ el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
- ⇒ el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
- ⇒ el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

La AEPD emitió un comunicado en relación a la toma de temperatura en comercios, centros de trabajo y otros establecimientos³⁶⁷. Asegura que «entre estas medidas, se incluye, aparentemente de forma generalizada y en muy variados entornos, la toma de temperatura de las personas para determinar la posibilidad de acceso de estas a centros de trabajo, comercios, centros educativos u otro tipo de establecimientos o equipamientos, actuaciones que se están realizando sin el criterio previo y necesario de las autoridades sanitarias».

Los datos de temperatura solo pueden obtenerse con la finalidad específica de detectar posibles personas contagiadas y evitar su acceso a un determinado lugar y su contacto dentro de él con otras personas (Martín San Cristóbal, 2021). La lógica asegura que este tipo de datos obtenidos mediante técnicas sencillas no es necesario personal médico para ello. La STSJ Valencia de 22 de junio de 2020 (núm.2335/2020) resuelve en este sentido.

Bien es cierto que, al albor literal de la norma sí sería necesario, pero en la práctica no parece serlo. Además, no tendrían gran efectividad en la rápida respuesta que se debe de dar en la lucha contra la pandemia.

Además, hay especificar qué temperatura comportaría un riesgo para la salud. Es decir, a partir de cuántos grados centígrados se consideraría que un trabajador puede ser un posible contagio. El Ministerio de Sanidad y la comunidad médica refieren la existencia de fiebre únicamente cuando se supere la temperatura de 38 grados centígrados (Ribas, 2020).

³⁶⁷ <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>

Recordemos que la LPRL asegura en el artículo 22 que las medidas deben de ser proporcionales y deben de ser las que causen las mínimas molestias posibles al trabajador o trabajadora. Esto es la minimización de todas las medidas que consistan en la vigilancia de la salud. A la hora de elegir, la empleadora deberá de elegir por las medidas menos invasivas posibles.

En cuanto al COVID-19, esto tiene relevancia puesto que medidas como la toma de temperatura es menos invasivo que la realización indiscriminada de PCR o test serológicos en poco tiempo. Es decir, únicamente se procede a la realización de reconocimiento médicos obligatorios para detectar el COVID-19 cuando no haya otros medios posibles que determinen el riesgo para el trabajador o terceros (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2021).

Además, no sólo significa elegir la media menos invasiva posible, sino que también significa utilizar el menor número de medidas posible. No tendría sentido la realización de PCR continuamente y sumada a otras medidas si ya con ella es suficiente. La ley pretende constantemente el menor perjuicio para el trabajador o trabajadora.

«No cabe duda de que realización de pruebas PCR o de detección de antígenos constituye una medida eficaz para detectar posibles personas contagiadas; ahora bien, el que esas medidas sean eficaces no permiten su imposición obligatoria. Solo cuando sea estrictamente necesario realizar dichas pruebas porque no existan otras alternativas para evitar el riesgo de infección del trabajador o de terceros. Para precisar estas situaciones en las que la realización de reconocimientos médicos con el fin de detectar la COVID-19 deviene imprescindible la aplicación de los protocolos elaborados por el Ministerio durante el transcurso de la pandemia. De acuerdo con estos protocolos, la realización de pruebas PCR o de antígenos procede en los casos sospechosos, esto es, en personas con síntomas compatibles con la enfermedad. Se prevé, asimismo, que se puedan realizar pruebas en casos probables, considerando estos como aquellos casos sospechosos, de personas con síntomas, y que no tienen una prueba concluyente. De acuerdo con el protocolo de los servicios de prevención, las pruebas para la detección de una infección activa son las RADT o test de antígenos y la RT-PCR, que detecta el ARN viral. También la Estrategia de Detección precoz, vigilancia y control de COVID-19 recoge los tipos de pruebas que se deben realizar y los criterios para su aplicación» (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2021).

A lo anterior hay que sumar que el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2, estableció que, una vez detectado un caso sospechoso, se iniciarán las actividades de identificación de los contactos estrechos, de quienes se recogerán los datos identificativos y de contacto y a los que se informará. Por lo tanto, a la hora de la continua vigilancia de los contagios de COVID-19 los servicios de prevención ajenos tenían el deber de identificar el foco o focos donde se haya producido. La Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de la COVID-19³⁶⁸ situó a los servicios de prevención ajenos en un apartado especialmente importante para la lucha contra la pandemia.

En el informe 017/2020 de la AEPD, «hace referencia a la posibilidad de tratar los datos personales de salud de determinadas personas físicas por los responsables tratamientos de datos personales, cuando, por indicación de las autoridades sanitarias competente, es necesario comunicar a otras personas con las que dicha persona física ha estado en contacto la circunstancia del contagio de esta, para salvaguardar tanto a dichas personas físicas de la posibilidad de contagio (intereses vitales de las mismas) cuanto para evitar que dichas personas físicas, por desconocimiento de su contacto con un contagiado puedan expandir la enfermedad a otros terceros (intereses vitales de terceros e interés público esencial y/o cualificado en el ámbito de la salud pública)» (Tarabini-Castellani Aznar, 2021).

Un último apunte, la OIT recordó que el Convenio 190, sobre la violencia y el acoso, de 2019, pretende la eliminación de la violencia también en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación. España ratificó dicho convenio en marzo de 2020³⁶⁹.

3. LA POSIBLE DISCRIMINACIÓN A CAUSA DEL COVID-19

³⁶⁸https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf

³⁶⁹ Se realizaron varias recomendaciones a los interlocutores sociales sobre ciberacoso: 1. En los convenios colectivos se podría regular la recogida y el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y el uso de las herramientas de las TIC para la gestión de la fuerza de trabajo a fin de asegurar que ello no dé lugar a conductas inaceptable. 2. En los convenios colectivos se podría incluir a los supervisores, a los directivos y, en lo posible, a los empleadores en el alcance de las disposiciones contra conductas inaceptables en el mundo del trabajo. 3. En los convenios colectivos se podría incluir disposiciones que traten del hostigamiento y el acoso, incluido el ciberacoso, en el mundo del trabajo.

Con motivo del COVID-19, se presentó la idea de utilizar los datos de salud de las personas trabajadoras con fines distintos como la discriminación por haberse contagiado de la enfermedad o la inmunidad ante la misma.

La jurisprudencia puso esto de manifiesto en diferentes ocasiones (SJS Mataró 1/2/21 [rec. 363/20]; SJS Murcia 10/12/20 [rec. 275/20]; entre otras).

«La vinculación entre consentimiento y necesidad para la ejecución de un contrato conduce a calificar de ilegal el tratamiento de datos relativos a la inmunidad frente a la COVID-19» (Tarabini-Castellani Aznar, 2021). No es extraño que, en procesos de selección, se descarte u opten por personas vacunadas o no, o que hayan pasado la enfermedad o no. Este tipo de conductas, de demostrarse, serían totalmente ilegales.

En la línea de lo anterior, la AEPD emitió un comunicado el 18 de junio de 2020³⁷⁰ sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo. Obviamente, la prueba radica en la demostración de la influencia de estos factores en el proceso de candidaturas.

Asegura la AEPD: «solicitar información sobre el estado de inmunidad frente a la COVID-19 iría más allá de las obligaciones y derechos específicos que impone a la empresa la legislación de Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en particular del deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales».

El artículo 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 prohíbe el tratamiento de datos con fines discriminatorios. Además, el artículo 22.4 de la LPRL prohíbe el uso de datos de salud de los trabajadores y trabajadoras con los mismos fines. Es decir, la enfermedad COVID-19 no puede ser una vara de discriminación a los empleados y, por ende, excusa para llevar a cabo acciones sancionatorias.

Utilizar este tipo de datos en procesos de selección significaría que se podría dar lugar a una infracción muy grave de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art 16.1c) con multas desde 6.251 € hasta 187.515 €. «Es más que evidente que cualquier método de selección de trabajadores, de una u otra forma, tratan datos de carácter personal

³⁷⁰ <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-AEPD-covid-19-oferta-busqueda-empleo>

de los demandantes de empleo si se atiende a la definición de los mismos dada en el RGPD y, por tanto, deben cumplir las premisas legales para no contravenir ni perjudicar a los demandantes de empleo» (García Coca, 2021).

Tampoco tendría cabida legal alguna las medidas sancionatorias de la empresa por la negativa de los trabajadores y trabajadoras a vacunarse. Ello se debe a que el elemento discriminatorio continúa siendo el COVID-19. Ahora bien, el artículo 8.3 del Real Decreto 664/1997 asegura que deberán de ponerse a disposición de los trabajadores las vacunas necesarias, pero no establece ninguna obligación de vacunarse, sino que deja al arbitrio de ellos la posibilidad de vacunarse o no, incluidos los trabajadores sanitarios. Ahora bien, a estos últimos puede imponerse medidas disciplinarias proporcionales en el caso de no vacunarse (Georgina, 2021).

Los despidos, la medida disciplinaria por excelencia, tampoco tendrían cabida por motivo de que el trabajador o trabajadora no quiera vacunarse y no puede obligársele. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, únicamente asegura que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Pistas de lo anterior viene a darnos la STSJ 14 de noviembre de 2022 que declara improcedente un despido disciplinario cuya causa era la negativa del trabajador a portar el Pasaporte COVID. Además, fue preguntado, anteriormente al despido, sobre su vacunación.

Además, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de octubre de 2021 (rec.1/2020) declara la nulidad de un despido al estar casualizado por el COVID-19. El despido se produjo durante el período de prueba del contratado y tras la comunicación de la posible infección de la enfermedad, se produjo el despido. La sentencia declara que el despido encubre la quiebra de un derecho fundamental, el derecho a la igualdad y no discriminación.

En el mismo sentido se encuentra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Madrid de 17 de marzo de 2021 (rec. 55/21) que califica como nula la

rescisión del contrato de trabajo durante el periodo de prueba unilateralmente por el empresario, previo contagio de la trabajadora por COVID-19.

Si la base legal de toda medida discriminatoria por motivo COVID-19 es el artículo 14 CE, es importante destacar la STC 62/2008, de 26 de mayo, en la que se señala que la salud no puede ser un dato discriminatorio y se encuentra subsumible en el artículo 14 CE.

Los magistrados y magistradas que han tenido ocasión de conocer del asunto, han emitido sentencias en el mismo sentido que comentamos. La SJS Murcia de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:JP:2019:1288)³⁷¹ declaró la nulidad de un despido de una trabajadora tras comunicar su contagio del COVID-19 asegurando que «la empresa habría decidido despedir a la trabajadora por temor a las consecuencias que podrían derivarse del hecho de que una de las empleadas de atención al público en la sección de carnicería estuviera infectada por una enfermedad altamente contagiosa y que estaba (y está) generando una gran alarma social. El verdadero motivo del despido es el hecho de que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa».

No es viable tampoco la remoción de los trabajadores o trabajadoras por tener la condición de especialmente vulnerables. La SJS Barcelona de 14 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:JSO:2020:5286) deriva sobre una trabajadora de riesgo que había solicitado a la empresa el certificado de riesgos relacionado con la COVID-19, y la empresa no había optado por ello. Finalmente, obtuvo la incapacidad temporal. La sentencia concluye que se ha producido «vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación, en atención a la situación especialmente sensible de la trabajadora como paciente de riesgo frente al COVID-19».

No sólo por la situación de ser trabajador de riesgo puede vulnerarse el principio de igualdad. También puede vulnerarse por la edad que tenga el trabajador. En este sentido se pronunció la SJS de Orense de 5 de octubre de 2020 (ECLI:ES:JSO:2020:2673).

«La falta de adopción por el empresario de las medidas de adaptación o reubicación del puesto para las personas especialmente sensibles a la COVID-19 y la consiguiente

³⁷¹ En el mismo sentido la SJS Mataró de 1/2/2021 (AS 2021/146).

extinción del contrato atenta contra la prohibición de discriminación por circunstancias personales» (Rodríguez Sanz de Galdeano, 2021).

En definitiva, la COVID-19 no puede ser un elemento discriminatorio ni utilizarse como eje o excusa para llevar a cabo acciones contra las personas trabajadoras. «La pandemia ha evidenciado el carácter intolerable de la desigualdad de las personas por su enfermedad y podría así haber acelerado el proceso de incorporación de la enfermedad como causa de discriminación prohibida legalmente» (Saez Lara, 2021).

En cuanto a la posible vacunación obligatoria, en el momento de redacción de esta tesis parece que todo apunta a que no sería posible la misma. Ni la Ley 33/2011 de salud pública ni tampoco la Ley 41/2002, de autonomía del paciente o contemplan la vacunación como obligatoria. Además, el Tribunal Constitucional en el auto de 21 de julio de 2021 acordó mantener la suspensión del apartado 38.2 b) de la Ley de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, debido a que considera que la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente en la Ley Orgánica 3/1986.

Es difícilmente defendible la posibilidad de que el empleador obligue a la vacunación a los trabajadores y trabajadoras debido a que el propio legislador no ha contemplado esta posibilidad mediante una normativa expresa amparada en la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud pública (Cruz Villalón, 2021).

4. REFLEXIONES FINALES

Los servicios de prevención ajenos han sido aliados en la lucha contra la pandemia. Quizás, no hubiera sido necesario la elaboración de leyes u Órdenes para que esto fuese así, bastaría con recordar que el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en su artículo 38 establece una colaboración de los servicios de prevención con los sistemas de salud públicos.

Concretamente, se establece que «con las Administraciones sanitarias competentes en la actividad de salud laboral que se planifique, siendo las unidades responsables de salud pública del Área de Salud, que define la Ley General de Sanidad, las competentes para la coordinación entre los servicios de prevención que actúen en esa Área y el sistema sanitario. Esta coordinación será desarrollada por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias». Además, se especifica que «el servicio de prevención

colaborará en las campañas sanitarias y epidemiológicas organizadas por las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria».

La AEPD dictó la forma de hacerse los tratamientos de datos mediante informes y documentos colgados en su web. Es decir, se ha dictado la forma correcta de proceder mediante informes y no mediante la publicación de títulos jurídicos. Esto es correcto, debido al ya número basto contexto legal en el que nos hemos movido durante la COVID-19.

Además, debemos comentar el Rastreo de Proximidad Paneuropeo con Preservación de Privacidad. Este es un proyecto que ofrece una solución abierta y única para poder recabar datos móviles en los países de la Unión Europea, respetando la normativa y los principios europeos de privacidad y protección de datos de carácter personal. España se sumó a esta iniciativa el 13 de abril de 2020 mediante la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (IA) y cuenta ya con más de 130 miembros de 8 países europeos incluyendo científicos y expertos en la materia.

El proyecto no es otra cosa que abrir una vía para el intercambio de datos de manera conjunta en todos los países europeos usando aplicaciones móviles. Puede definirse como llevar un paso más allá la norma de protección de datos y adaptarlo a los tiempos más actuales. Sobre esto, se publicó en la SND7297/2020, de 27 de marzo, y su finalidad no era otra que atajar los posibles contagios por medio de la ayuda de una aplicación móvil. El resultado fueron diferentes apps como *AsistenciaCOVID-19*³⁷² (al final se denominó Radar COVID-19) y *Hispatbot-Covid19*³⁷³.

Resulta aterrador, la estigmatización de las personas contagiadas por COVID-19. La pandemia generalizada y las medidas de las autoridades han derivado que no se mire de la misma manera a aquellas personas que se contagiaron. En las relaciones laborales deriva a medidas totalmente discriminatorias. Los magistrados y magistradas han anulado cualquier medida empresarial que tenga como eje los contagios de las personas

³⁷² <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/asuntos-economicos/Paginas/2020/060420-asistencia-Covid19.aspx>

³⁷³ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/asuntos-economicos/Paginas/2020/080420-consulta.aspx>

trabajadoras por la enfermedad. La base legal para ello es muy clara y es el artículo 14 de la CE.

La orden SND/404/2020 instauró políticas que deben prevalecer dentro de nuestra normativa. Se echa en falta una absoluta diligencia con el derecho de los trabajadores y trabajadoras. Al igual que esta orden se utiliza para la forma de proceder oportuna de los servicios de prevención (entre otras cosas), también podría haber recordado el derecho de información de los trabajadores y trabajadoras y su alcance que a que los mismos conozcan los contagios producidos en sus centros de trabajo y empresas.

La protección de datos es una materia cuya afectación de la pandemia es enorme pero que se ha mantenido invariable debido a que la norma incluía el contexto de pandemia como situación de urgencia. No obstante, incluso en tiempo convulsos y donde los operadores desconocían la buena aplicación de la norma, se tenía claro que los datos había que protegerlos y que era necesario garantizar la protección de los datos personas de los interesados.

Como posibles propuestas creo que, aparte de la anterior, pueden realizarse principalmente dos a nivel supranacional. En primer lugar, sería interesante la modificación del artículo 8 CDFUE para una mayor concreción delimitadora de restricción y permisos del tratamiento colectivo de datos geolocalización. En segundo lugar, sería oportuno la creación de protocolos por parte de todas las autoridades de protección de datos europeas para conocer el modo de actuación comunitario ante crisis o situaciones traumáticas como epidemias, desastres, etc...

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las suspensiones del contrato de trabajo ha resultado el instrumento más utilizado por la mayoría de país para superar la pandemia y las consecuencias de esta en los mercados de trabajo. Diferentes organismos internacionales apostaron por buscar políticas equilibradas que favorecieran la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del tejido productivo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) al igual que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha pronunciado sobre la importancia vital de proteger los derechos de las personas a la salud y al empleo, estableciendo la necesidad de buscar o alternativas viables para adaptar las relaciones sociales y laborales cotidianas ante la amenaza que ha significado la pandemia ara la vida humana como algunos autores han destacado abriendo el debate sobre una circunstancia excepcional que puede repetirse en el futuro.

Los Expedientes de Regulación de Empleo del artículo 47 ET han sido un mecanismo poco utilizado en nuestro país hasta la llegada de la pandemia. Únicamente en algunos casos excepcionales³⁷⁴, sin duda, la medida preferente ante las diferentes crisis que afectan a las relaciones laborales ha sido la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, la pandemia provocó que los titulares de las relaciones laborales hicieran uso del instrumento de flexibilidad referido a la suspensión de los contratos de trabajo. En nuestra opinión, esta situación supone una duermevela de las relaciones contractuales laborales pero no la destrucción del nexo laboral fundamentalmente porque puede ser el «*estand by*» adecuado para la superación de dificultades temporales.

Junto con los ERTes, se puso de manifiesto el valor de las prestaciones por desempleo como forma de asegurar los ingresos de las familias y como solución óptima a las crisis temporales. La importancia de seguros de desempleo para la protección de las personas trabajadoras, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y la necesidad de un mayor desembolso de recursos públicos, con el fin de instaurar un «*punte*» seguro para mantener relaciones laborales hasta sea posible retomar proceso productivo y normalizar.

³⁷⁴ Como es el ejemplo del incendio producido en la fábrica de Campofrío en Burgos. Enalce: https://elpais.com/politica/2014/11/16/actualidad/1416132346_070920.html

Ambas situaciones: los ERTE y las prestaciones por desempleo o cese de actividad, tienen y deben ir de la mano cuando se producen imposibilidades temporales o pasajeras. Entendemos que la situación de suspensión de contratos sin el aseguramiento de recursos para las familias sería una medida política de poco calado o utilidad. Al igual con la reducción de costes salariales para las empresas, es decir, no serviría la suspensión de los contratos de trabajo si ésta situación supusiera el mismo coste para las empresas que el mantenimiento en activo de las personas trabajadoras.

SEGUNDA.- Es necesario la continuación del estudio del Derecho como perspectiva crítica para la apuesta clara de creación de un marco jurídico y legal y saber responder a las próximas catástrofes naturales que se produzcan. La mirada e intención siempre será la protección de las personas trabajadoras y la evitación de la destrucción del tejido productivo.

Nunca se había enfrentado el Estado Social y de Derecho a una pandemia u otra catástrofe natural de tal tamaño e importancia. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico encontrábamos pocas normas o reglamentos que regularan la situación de pandemia o catástrofe natural. Bien es cierto que, en las normas más modernas sí se ha previsto tales situaciones, como es la normativa de protección de datos pero, sin embargo, nada se prevé en los marcos legales laborales del personal médico y enfermero.

La nueva normalidad a la que están convocados los Estados y los ordenamientos jurídicos deben realzar las concepciones del Estado Social ante futuras crisis y brindar protección a trabajadores y trabajadoras y sus familias. En nuestra opinión, la construcción de nuevas sociedades debe venir por medio de mecanismos laborales que permitan el respeto a los derechos laborales y una protección social suficiente.

De nuevo, opinamos que las catástrofes naturales, por norma general, conllevan un aumento de atenciones médicas y, por ello debemos de revisar los periodos de trabajo y descanso del personal médico y blindar los recursos económicos y humanos de todos los Servicios Médicos, entre otros servicios fundamentales.

TERCERA.- La pandemia demostró la debilidad de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y su interpretación, también, frente a catástrofes globales. Es necesaria

la incorporación de este tipo de casuísticas para estar mejor preparados legalmente ante nuevos sucesos.

La salud y seguridad en el trabajo debe de ser fortalecida, dando vigor al derecho fundamental, y evitando que la siniestralidad ascienda ante riesgos derivados de la actividad profesional. En el caso concreto del personal sanitario, la respuesta debe de darla el legislador desde el presente y evitar que se vuelvan a producir imágenes de trabajadores y trabajadoras sin los correspondientes EPIs o llevando a cabo jornadas prolongadas de trabajo.

Nuestra Ley de Prevención de Riesgos Laborales fue pionera en el momento de su publicación y puesta en marcha (1995). Sin embargo y ante los avances en el mundo digital y tecnológico, ésta puede describirse hoy en día como no adaptada a la realidad. Por ello, debe producirse el debate sobre la construcción de un nuevo sistema de protección de la seguridad y salud en el trabajo que prevea las situaciones de catástrofes y, además, se incorpore la protección ante nuevos empleos y economías.

Además, existe un debate que no podemos ignorar y es el relativo a la protección de la salud mental en las personas trabajadoras. Este debate, al igual que los anteriores, debe verse reflejado en nuevas medidas.

CUARTA.- En ningún caso la pandemia ni ninguna otra situación extraordinaria debe de servir como excusa para cerciorar los derechos laborales de las personas trabajadoras ni de sus representantes.

La sociedad ha sido consciente de la excepcionalidad que es una pandemia mundial y su importancia. No obstante, nuestra normativa debe estar preparada para hacer frente a dicha excepcionalidad sin que ello suponga al restricción de derechos a los ciudadanos y ciudadanas. Concretamente, el paradigma que supuso la pandemia hizo que nos enfrentáramos a la necesidad de revisar y reordenar nuestras relaciones laborales haciendo compatible el cuidado de la salud y el mantenimiento del empleo.

Prueba de ello es lo sucedido con los derechos de manifestación que fueron suspendidos de facto en España, o bien la imposibilidad de plantear conflictos laborales durante la pandemia ha sido nula. El derecho a la salud y a la sanidad pública ha estado por encima.

El Tribunal Constitucional sigue avanzando en la jurisprudencia interpretativa de la Constitución Española de 1978 y, en nuestra opinión, podemos extraer dos nuevas

interpretaciones del estado de alarma que resultan fundamentales: la primera y más importante, el derecho a la salud pública se encuentra absolutamente incuestionable por otros derechos como el derecho de manifestación; la segunda, el derecho de circulación de la ciudadanía únicamente es posible suspenderlo mediante el Estado de Excepción y mediante el estado de alarma.

Es posible que la STC 148/2021 se contradice en si misma puesto que, únicamente declara inconstitucional las medidas enfocadas a la limitación de la libertad deambulatoria y no el resto de medidas impuestas bajo el Estado de Alarma. En consecuencia que si se debió declarar el estado de excepción para restringir la libertad deambulatorio también debió de declararse el mismo para restringir el derecho de reunión y manifestación.

QUINTA.- El marco legal actual en situaciones de estados excepcionales se encuentra regulado de una manera que puede resultar tibia, por ello la importancia de la interpretación del Tribunal Constitucional quien ha establecido cierto marco mediante sus últimos pronunciamientos.

Indudablemente esto nos lleva a que sería conveniente una revisión de las normas de estados excepcionales para la clarificación de criterios y actuación por parte de las Administraciones Públicas y sujetos sociales en situaciones de catástrofes naturales y otras. Por supuesto, esa revisión debe de pasar por la preservación de derechos constitucionales durante dichos momentos excepcionales.

Lo anterior supondría refuerzo importante al Estado Social y Democrático que se vería fortalecido en un apartado que, a pesar de suceder pocas ocasiones, las posibilidades de que se produzcan existen.

Las catástrofes naturales han aumentado en los últimos tiempos y así ratifican los expertos que se seguirá produciendo³⁷⁵. En esta ocasión, nos hemos enfrentado a una pandemia pero hay situaciones que también requerirían el uso de estados excepcionales como erupciones de volcanes o temporales atmosféricos que generan desastres e impiden, de

³⁷⁵ <https://www.rtve.es/noticias/20210728/desastres-naturales-aumentan-dramaticamente-desde-2019/2140861.shtml>

una manera clara, la realización de trabajos y, además, suponen un coste dinerario para el Estado³⁷⁶.

Un sistema de estados excepcionales constitucionales permitiría enfrentarnos a situaciones complicadas de una manera más clara, y no sería necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la instauración de alguno de estos estados. Por todo ello sería bueno un debate constitucional sobre esta materia.

SEXTA.- De la misma forma sería bueno revisar la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud y afianzar los derechos de descanso y jornadas máximas del personal sanitario en casos de pandemia o catástrofes de tales magnitudes. Esta cuestión, es sumamente debatida dentro del Tribunal Superior de Justicia Europea. Tal es así que se emitió por la Comisión Europea una Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo³⁷⁷.

El personal de hospitales, centros de salud y parecidos no queda exento de los derechos de los que son titulares como personas trabajadoras, al punto que la reducción de derechos laborales no debe de producirse y debe de asegurarse la búsqueda de otras soluciones como son la contratación de mayor personal, o la movilidad funcional dentro de los trabajadores y trabajadoras en activo, entre otras medidas.

Por ello, y tal y como reclaman ciertas organizaciones internacionales de médicos, se requiere un plan específico para la seguridad y salud de los profesionales sanitarios en situaciones de emergencia sanitaria surgidas a partir de catástrofes naturales o por cualquier otra índole.

Dada la conexión entre países y la globalización, sería adecuada avanzar y dar un paso más referido a la revisión e instauración de una nueva normativa internacional sobre el descanso y la limitación de trabajo, contemplando las situaciones de emergencia, para los profesionales médicos debe venir también, de las instituciones internacionales y europeas.

³⁷⁶ Durante el año 2021, el coste de las catástrofes naturales sufridas fue de 3.600 millones de euros: <https://elpais.com/economia/2022-11-23/las-catastrofes-naturales-en-espana-tuvieron-un-coste-de-3600-millones-de-euros-en-2021.html>

³⁷⁷ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0324\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0324(01)&from=ES)

Las competencias en cuanto a Sanidad y la reorganización de los recursos sanitarios penden de las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1.21ª. Esto puede suponer una vertebración del sistema sanitario enorme cuando se produzcan desastres naturales como la pandemia. Por ello, la revisión de la norma estatal del Estatuto Marco del personal sanitario debe prever una pautas correctas y únicas que supongan un plano de actuación ante este tipo de situaciones.

SÉPTIMA.- La protección de datos se ha visto igualmente afectada pero no en tanta medida como otros derechos fundamentales. Ello es porque en la creación de la norma se previó la posibilidad de una catástrofe natural de la magnitud de una pandemia y se dejó la puerta abierta a la traslación de datos e información entre Administraciones Públicas y otros actores en pro de la salud pública y el bienestar de la ciudadanía.

El ejemplo de la modernización de la legislación con perspectiva de las catástrofes naturales perfectamente se encuentra en el Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 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. Tal es así que en su considerando especifica que ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.

No obstante, la revisión de la norma en profundidad para la creación y establecimiento de mayor seguridad jurídica es totalmente necesario. La coordinación para ello de las principales agencias de protección de datos europeas será de gran importancia puesto que, en un mundo globalizado económica y socialmente, pocos problemas son nacionales y la gran mayoría afectan a varios países de un mismo continente.

Tengamos en cuenta que, por muy clara que fuera la ley en este sentido, la Agencia Oficial de Protección de Datos emitió un informe especificando la valide de la transmisión de dato dada la situación epidemiológica en la que nos encontrábamos. También, el Comité Europeo de Protección de Datos emitió un informe en el mismo sentido. Es decir, la claridad de la norma no conlleva su interpretación única, pero si una interpretación generalizada que ayuda al conjunto de actores.

OCTAVA.- La sociedad se ha visto ante un desafío olvidado históricamente, un problema que llevaba sin aparecer entorno a 100 años: una pandemia mundial. Obviamente, las características del mundo en que vivimos son muy diferentes a las que se conocían en aquel entonces.

El Estado del Bienestar construido durante el Siglo XX en la mayoría de países desarrollados se ha visto amenazado por el COVID-19. Una vez superado éste, y habiendo puesto el mayor número de vidas posibles a salvo, estamos obligados a reflexionar sobre lo sucedido y mejorar las estructuras principales de los Estados en búsqueda de que no vuelvan a repetirse los mismos problemas. Como en repetidas ocasiones se dijo durante los días de la pandemia y en el confinamiento: saldremos mejores.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, F. J. (2020). Estado de alarma o estado de excepción . *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL.
- Álvarez-Maldonado, P. D. (2011). Límite del derecho de huelga: mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 4/2011*.
- AAVV, Cerdeira Braco de Mansilla, G. (. , & García Mayo, M. (. (2020). *Medidas laborales individuales frente a la crisis sanitaria por COVID-19*. Madrid: Reus.
- AEPD. (2020). *FAQ sobre COVID-19*. Obtenido de Agencia Española de Protección de Datos: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf
- Alegre Ávila, J., & Sanchez Lamela, A. (2020). Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica . *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* .
- Aleman Paez, F. (2022). El trabajo a distancia en la postpandemia . *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia núm. 230*, 8-31.
- Alfonso Mellado, C. L. (2016). Flexibilidad interna: análisis y propuestas . *Derecho de las relaciones laborales. Francis Lefebvre Ediciones 3/2016*.
- Alli , B. (2002). *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Colección Informes de la OIT, núm. 83.
- Alonso Arana, M. (2020). Prestacion IT por accidente a afectados por coronavirus (Análisis normativo del RDL 6/2020, de 10 marzo). *Aranzadi digital núm. 1/2020 parte Estudios y Comentarios*.
- Alonso Timón, A. (2020). La revisión judicial de las medidas limitativas de derechos en el marco de la covid-19. . *Icade. Revista de la Facultad de Derecho nº110*.
- Alvarez Velez, M. (2021). *Alarma y pandemia: problemática juridico-constitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional* . *Revista De Las Cortes Generales* .
- Alzaga Ruiz, I. (2018). La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Derecho del trabajo, núm. 138*, 60-86.
- Arana, M. A. (2020). Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral. *Aranzadi digital num. 1/2020*.
- Arenas Gómez, M. (2020). *OtroBlogMás* . Obtenido de https://miguelonarenas.blogspot.com/2020/03/aspectos-en-materia-de-seguridad-social.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+OtroblogmsPeroEsteEsElMo+%28otroblogm%C3%A1s%2C+pero+este+es+el+m%C3%A1s%21%21%21%21%29

- Areta Martínez, M. (2011). El ámbito de aplicación del régimen sobre descansos alternativos regulado en el estatuto marco del personal estatutario.
- Arrábida Marques, S. (2018). Del derecho de huelga y la obligación de prestar servicios mínimos: un intento de delimitación . Lisboa, Portugal: Universidad de Lisboa. Facultad de Derecho. .
- Arranz, A. P. (2021). Breves notas a la STC declarativa de la inconstitucionalidad parcial del Estado de Alarma. *Aranzadi digital num. 1/2021*.
- Baamonte, M. E. (22 de Abril de 2020). El Derecho del Trabajo en la emergencia del Covid-19. *El País*.
- Barrios Baudor, G. (2021). Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte. *Aranzadi digital núm. 3/2021*.
- Baró, M. Á. (2021). Resumen de normas reguladoras de medidas de urgencia ante el covid-19 afectantes al derecho del trabajo y la seguridad social . *Revista Ciudad del Trabajo. Actualidad Iuslaboralista*.
- Baylos Grau, A. (2021). Emergencia sanitaria, legislación laboral de crisis y diálogo social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, núm. 149, 15-34*.
- Baylos, A. (11 de 5 de 2020). *El valor político de la firma del acuerdo social para la defensa del empleo*. Obtenido de <https://baylos.blogspot.com/>
- Baylos, A. (26 de Marzo de 2020). *Nueva Tribuna* . Obtenido de <https://nuevatribuna.publico.es/articulo/actualidad/trabajo-laboral-coronavirus-huelga-estadodealarma/20200326165602172689.html>
- Bell, D., & Blanchflower, G. D. (2020). *US and UK Labour Markets before and during the Covid-19 Crash*. National Institute Economic Review.
- Bello Paredes, S. A. (2020). Covid-19 y Estado de Derecho: España. *Revista internacional de filosofía y teoría social, 25 - 32*.
- Betancourt Lidia Oxana, R., & Yadira De Las Cuevas, P. (2021). La protección de los derechos laborales en Cuba ante la pandemia de la COVID-19. Respaldo normativo . *Crítica y Derecho. Revista Jurídica. Vol 2 (3)*.
- Blázquez Agudo, E. M. (2021). Gestión y aplicación empresarial de las exigencias sobre protección de datos Personales. *Revista del Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social. Núm. 148/2021*.
- Blázquez Agudo, E. M. (2021). Otra vez con los ERTES: la transición hacia la época post.Covid. *Revista Capital Humano 365/2021*.
- Blaquez Agudo, E. M. (2022). La Cláusula de salvaguarda del empleo . *Revista Trabajo y Derecho Núm. 89/2022*.
- Bravo Dinis Tejo, M. (2019). De protagonistas y gestores a responsables civil. *El prósito de la huelga ilícita y responsabilidad de piquetes y sindicatos* . Oporto, Portugal: Facultad de Derecho de Escual de Oporto .

- Cámara Botía, A. (2021). Recogida y tratamiento de datos personales en el contexto del contrato de trabajo. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Derecho del trabajo*, núm. 148, 113-142.
- Cabero Morán, E. (Noviembre 2020). Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del Coronavirus. *Trabajo y Derecho, Monográfico 12/2020*.
- Cairos Barreto, D. M. (2021). El papel y alcance de la negociación colectiva en la nueva regulación del trabajo a distancia. *Trabajo y Derecho*.
- Carrillo López, M. (2020). Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 60 - 93.
- Casadevante Mayordomo, P. (2020). Un estado de alarma inconstitucional. *Aranzadi digital num. 1/2020 parte Estudios y comentarios*.
- Casas Baamonde, M. E., & Ángel Quiroga, M. (2020). Derecho de manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia del COVID-19. *Revista de Jurisprudencia Laboral* 5/2020.
- Casas Baamonte, M. E., Rodríguez Piñero, & Bravo Ferrer, M. (2020). *Nuevas medidas laborales y de Seguridad Social, extraordinarias y temporales, tras la finalización del estado de alarma y el proceso de 'desescalada'*. *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*. Lefebvre.
- CES. (2020). *Información, consulta y participación de los trabajadores*. Notas Informativas.
- (CES), C. E. (2020). *COVID-19: Evolución del diálogo social*.
- Chaves García, J. R. (2020). El reverdecimiento de la responsabilidad sanitaria tras el COVID-19. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 962.
- Consejo Economico y Social España. (2015). El Diálogo Social y las relaciones laborales en el contexto de recuperación. *Cuadernos del Consejo Económico y Social* núm. 30, 45 - 55.
- Consejo Economico y Social España. (2021). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral 2020*.
- Costa Henriques, J. (2011). La fijación de Servicios Mínimos: Arbitrajes en el ámbito del CES sobre el sector del transporte. *Estudios de Derecho Laboral, Coimbra Editora, Wolters Kluwer*, 275.
- Cotino Hueso, L. (2020). *Inteligencia artificial, big data y aplicaciones contra la COVID-19: privacidad y protección de datos*. *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 31.
- Cruz Villalón, J. (2019). Balance y retos del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Seguridad Social*, núm. 144, 103-122.
- Cruz Villalón, J. (2020). 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*, 11-41.

- Cruz Villalón, J. (2021). *Despido por negativa a vacunarse*. Obtenido de <https://www.rivistalabor.it/nulidad-del-despido-por-negativa-vacunarse-y-por-contagio/>
- De la Puebla Pinilla, A. (2020). Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género. *Labos*.
- De las Heras García, A. (2020). Análisis de la nueva regulación del trabajo a distancia. *Trabajo y Seguridad Social. CEF. 452*, 171 -193.
- De las Heras García, A. (2021). Análisis de los convenios colectivos al encuentro de la ley del trabajo a distancia. En E. (. Atienza Macías, & J. (. Rodríguez Ayuso, *El marlo legal del teletrabajo en España* (págs. 139-158). Wolters Kluwer.
- De las Heras Garcia, A. (2021). el contenido y la modificacion del acuerdo de trabajo a distancia a la espera de la negociacion colectiva. *Trabajo y Derecho. Wolters Kluwer*.
- De las Heras García, A. (2021). *El trabajo a distancia y el teletrabajo. Análisis crítico de normas y prácticas convencionales. El trabajo a distancia y el teletrabajo*. . Estudios Financieros.
- De las Heras Garcia, A., & Landeta Echeberria, A. (2020). Teletrabajo e innovación tecnológica durante el COVID 19. Prospectica, sistemática y nuevos marcos referenciales del conocimiento. *Tirant lo Blanch*.
- De Val Tena, Á. L. (2021). Categorías especiales de datos personales en el ámbito de la relación de trabajo. *Revista del Ministerio de Trabajoy Economía Social, Derecho del trabajo, núm. 148*, 143-186.
- Domínguez Álvarez, J. (2021). La tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en el horizonte post COVID-19. Nuevos compromisos para las Administraciones públicas. *Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías num.55/2021*.
- El modelo de derecho de participación, la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y sus vías de reparación: la cultura de la participación y la cultur. (2020). *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 184 - 217.
- EUROFOUND. (2021). *COVID-19: Implications for employment and woking life*. Luxemburg: Publications Office of the European Union.
- EUROPEA, C. (2021). *Recomendación UE 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo eficaz para el empleo tras la crisis COVID-19*.
- EUROSTAT. (2020). *Total labour market slack up to 14%*. Newsrelease 150/2020.
- Falguera Baró, M. A. (2020). Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. *Bomarzo*, 96.
- Fernández de Casadevante Mayordomo, P. (2020). Un estado de alarma inconstitucional. *Aranzadi digital núm. 1/2020*.
- Fernández Dominguez, J. J. (2021). El derecho a la protección de datos personales: configuración y relación con otros derechos de la persona. *Revista del Ministerio de Trabajoy Economía Social, Derecho del trabajo, 148*, 65-96.

- Fernández Domínguez, J., & Rodríguez Escanciano, S. (2021). Las garantías de protección de datos en la negociación colectiva. En AAVV, J. (. Cruz Villalón, E. (. González-Posadas Martínez, & M. (. Molero Marañón, *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales* (págs. 539 - 554). Albacete: Bomarzo.
- Fernández Fernández, R. (2020). Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF núm. 451*, 41.
- Fernández Fernández, R. (2021). La protección del personal sanitario durante la pandemia tras la reciente doctrina del Tribunal Supremo: ¿se ha abierto la puerta para solicitarla responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias? *Trabajo y Derecho 73/2021. Editorial Wolters Kluwer*.
- Fernandes Liberal, F. (2013). *La obligación de servicios mínimos comotécnica de regulación de huelgas en servicios esenciales*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Ferradans Caramés, C. (2008). La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario: un apunte específico sobre el servicio andaluz de salud. *TEMAS LABORALES núm. 97/2008*, 63 - 96.
- Ferrando Garcia, F. M. (2021). Los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada derivados del COVID-19. Estudio de las medidas de ajuste temporal orientadas al objetivo prioritario de mantenimiento del empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 149*, 71-98.
- Fuertes Lopez, F. J. (2021). Del estado de alarma: anuncio y declaración (a propósito del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo). *Aranzadi digital num. 1/2020 parte Estudios y comentarios*.
- Gala Duran, C. (2020). Las medidas adoptadas en materia de Seguridad Social y conciliación de la vida laboral y familiar en relación con la crisis del coronavirus Covid-19. *Aranzadi Práctica núm. 5/2020*.
- García Coca, O. (2021). Protección de datos personales y procesos de selección de trabajadores. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Derecho del trabajo, núm. 148*, 187-212.
- García González, G., & Garrigues Giménez, A. (2015). *Manual de Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Rodríguez, B. (2018). *Jurisprudencia Constitucional en materia sociolaboral (2006-2017)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado .
- García, R. G. (2020). Medidas en el ámbito laboral derivadas de la situación provocada por el Covid-19. Visión crítica. *Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, 103 - 132.
- García-Muñoz Alhambra , M. A. (2020). Covid-19 and labour law . *European Labour Law Journal Vol. 11(3)* , 319–323.
- Garrido, D. L. (30 de Agosto de 2021). El Constitucional se olvidó del derecho a la vida. *El País* .

- Garrigues Giménez, A. (2009). El empleador y su deber de prevención (III). Obligaciones instrumentales: Servicios de Prevención y otras formas de organización técnico-preventiva. En *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales* . Bomarzo.
- Garrigues Giménez, A. (2017). Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género. *Derecho de las Relaciones Laborales* .
- Garrigues Giménez, A. (2021). Disposiciones y medidas preventivas y de seguridad social adoptadas en España frente a los riesgos laborales derivados del SARS-CoV-2: balance y propuestas desde un análisis gender sensitive. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*.
- Garrigues Giménez, A. (2021). La dimensión preventiva de la Covid-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión –o no- de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia. En AAVV, & J. (. Monereo Pérez, *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*. Aranzadi-Thomson Reuters.
- Garrigues Giménez, A., & Rivas Vallejo, P. (2013). *Prevención de riesgos laborales, Materiales prácticos y recursos didácticos para la enseñanza del derecho del trabajo y las políticas sociolaborales*. Tecnos .
- Georgina, A. (2021). La vacuna contra la COVID-19 y la Protección de Datos. *Aranzadi Digital* núm. 1/2021.
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (1998). Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*.
- Gil y Gil, J. L. (2021). *Cielo Laboral*. Obtenido de <http://www.cielolaboral.com/la-seguridad-y-salud-laboral-como-principio-y-derecho-fundamental-en-el-trabajo/>
- Gil, M. B. (2011). Controlador aéreo; extinción del contrato por voluntad del trabajador, jubilación forzosa y libertad sindical. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 4/2011.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020). LA CRISIS SANITARIA COVID-19. REFLEXIONES SOBRE SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS SOLUCIONES APORTADAS. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 11/2020 parte Estudios.
- González, J. C. (2020). Derechodemia laboral y COVID-19: diques de contención ¿provisionales? frente a un desbordamiento oceánico. *Trabajo y Derecho* nº 66. Editorial Wolters Kluwer.
- González, J. C. (Mayo 2020). Estado de alarma por la COVID-19 y su impacto en el marco normativo laboral español. *Trabajo y Derecho* 65/2020.
- Gonzalez del Rey, I., & Menéndez Sebastián, P. (2006). La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del sistema Nacional de Salud. *Relaciones Laborales* nº20, pag. 513.
- Goñi Sein, J. L., Gonzalez Labrada, M., Sierra Hernaiz, E., & Llorens Espada, J. (2020). Seguridad y salud en el trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo* .

- Goñi Sein, J. L., Gonzalez Labrada, M., Sierra Hernaiz, E., & Llorens Espada, J. (2021). Seguridad y salud en el trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*.
- Goñi Sein, J., Gonzalez Labrada, M., Sierra Hernaiz, E., & Llorens Espada, J. (2022). Seguridad y salud en el trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*.
- Gorelli Hernandez, J. (2011). Flexibilidad interna y reorganizacion de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010. *Revista: Actualidad laboral*, 404 - 421.
- Gorelli Hernandez, J. (2013). Crítica a la flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social nº16*, 51 - 82.
- Gratiela-Florentina, M. (2020). LA TRANSFORMACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA EMERGENCIA SANITARIA DEL COVID-19. *IUS Labor 3/2020*, 4 - 22.
- Guindo Morales, S. (2022). *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico laboral*. Laborum.
- Guindo Morales, S. (2022). *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en el nuevo derecho del trabajo garantista*. Laborum.
- Gutiérrez, A. A., & Marañón Gomez, R. (2021). *El Poder y la función legislativa en los tiempos del coronavirus*. Madrid: Dykinson.
- Hermoso Hernández, M., Padilla Pérez, A., Pérez Capitán, L., & Simancas Méndez, I. (9 de octubre de 2020). *Servicio de Estudios de la Confederación de UGT*. Obtenido de <https://servicioestudiosugt.com/la-nueva-regulacion-del-teletrabajo-rdl-28-2020/>
- Herrero González, E. (2018). El personal sanitario. *Presupuesto y Gasto Público 93/2018. Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales*, 77-92.
- Iglesias, R. L.-T. (2014). Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga. *Revista Española de Derecho del Trabajo num. 164/2014*.
- Ituren Oliver, A., & Esteve Segarra, A. (2020). El derecho de huelga en tiempos del estado de alarma por el COVID-19. *Trabajo y Derecho 65/2020. Wolters Kluwer*.
- Ituren Oliver, A., & Esteve Segarra, A. (2020). El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19. *Trabajo y Derecho, Monográfico 12/2020, Nº 12. Wolters Kluwer*.
- Ituren-Oliver, A., & Esteve-Segarra, A. (2020). El derecho de huelga en tiempos del estado de alarma por el COVID-19. *Trabajo y Derecho, núm. 65*.
- Juárez García, A. (2020). Síndrome de burnout en personal de salud durante la pandemia COVID-19: un semáforo naranja en la salud mental. *Salud UIS*, 432 - 439.
- Juan, T. (2021). La incapacidad temporal por COVID-19 no genera derecho al complemento de Convenio derivado de accidente de trabajo. *Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 971/2021*.
- Lam Peña, R. J. (2021). Derechos laborales y COVID-19. La experiencia de Cuba. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*.

- Lanzadera Arencibia, E. (2020). El derecho a la desconexión digital: delimitación y análisis: Aplicación práctica en la Administración Pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*.
- Larraz, B., Pavía, J. M., Roig, R., & Moyano, E. (2021). Desigualdad, brecha salarial y de género en la Comunitat Valenciana 2018. Impacto de la COVID-19. *Série Estudis Econòmics. Núm. 11. Generalitat Valenciana*.
- Liberal Fernandes, F. (2010). *Obligación de servicios mínimos como técnica para regular las huelgas en servicios esenciales*. Wolters Kluwer y Coimbra Editora.
- Lozano Cutanda, B. (2020). Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma. *La LEY. Editorial Wolters Kluwer*.
- López Gandía, J. (2008). *Las relaciones laborales especiales*. Albacete: Bomarzo.
- Marín Alonso, I. (2011). El conflicto laboral de los controladores aéreos: regulación heterónoma de condiciones de trabajo versus autonomía colectiva. *Revista de Derecho Social nº 55*.
- Marín Alonso, I. (2012). Flexibilidad y mantenimiento del empleo versus adaptación de conceptos y flexibilidad de salida en el sector público. *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*. Madrid.
- Marrueco Rumi, M. E. (2020). Incidencia del COVID-19 en el derecho humano fundamental a la libertad deambulatoria. *Revista de Ciencias Sociales, Vol. XXVI, No.2, 13 - 15*.
- Marruecos Rumí, M. E. (2020). Incidencia del Covid-19 en el derecho humano fundamental a la libertad deambulatoria. *Revista de Ciencias Sociales (RCS) Vol. XXVI*.
- Martín Guardado, S. (2020). *La protección de los sanitarios ante el coronavirus como interés público: reflexiones más allá del derecho a la seguridad y salud en el trabajo*. Obtenido de Cielolaboral.
- Martín Rodríguez, O. (2022). Influencia de las corrientes flexibilizadoras en el Derecho del Trabajo: ¿qué hay de la flexiseguridad en tiempos de Covid-19? 275-304.
- Martín San Cristóbal, A. (2021). Cómo afecta la crisis sanitaria por el COVID-19 a la normativa sobre Protección de Datos. *Aranzadi digital núm. 1/2021*.
- Martín Valverde, A. (1994). Concertación social y diálogo social. Especial referencia al papel del Consejo Económico y Social. *Relaciones Laborales*.
- Martínez Barroso, M. d. (2018). Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Derecho del trabajo, núm. 138, 20-59*.
- Martínez Martínez, R. (2020). *Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública*. Diario La Ley, Nº 9601, Wolters Kluwer.
- Martínez Moreno, C. (2017). El marco jurídico de la ordenación de la prevención de riesgos laborales en España: organización y gestión. *Ergonomía y psicología aplicada a la prevención de riesgos laborales*.

- Mata, C. P. (2021). La protección de los derechos del trabajador en tiempos de pandemia. *Revista vLex 201/2021*.
- Médicos Sin Fronteras. (2020). *Informe sobre la protección del personal sanitario durante la COVID-19 en España*.
- Menéndez Sebastián, P., & Rodríguez Cardo, I. (2021). Límites al despidos por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda. *Trabajo y Seguridad Social* núm 454, 17 - 55.
- Miñarro Yanini, M. (2021). La huella psicosocial de la COVID-19 en la población trabajadora: conclusiones y aprendizajes”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*.
- Molero Marañón, M. L. (2020). Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente. *Revista de Derecho Social*, 44.
- Molina Navarrete, C. (2020). La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible del estrés legislativo al colapso interpretativo . *Trabajo y Seguridad Social*.
- Molina Navarrete, C., Miñarro Yanini, M., & García Jiménez, M. (2016). *Guía. Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.L. Razones para una necesaria reforma*. UGT-CEC.
- Monereo Pérez, J. (. , Gorelli Hernández, J., & y Almendros González, M. (. (2022). *Medidas de Flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista*. Granada: Comares.
- Monereo Perez, J. (2021). Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19. *Revista de Jurisprudencia Laboral 3/2021*.
- Monereo Perez, J. L., Gorelli Hernandez, J., & Almendros Gonzalez, M. A. (2022). Medidas de Flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista. *Comares. Colección: Trabajo y Seguridad Social, núm. 137*.
- Monereo Pérez, J., & Ortega Lozano, P. (2019). *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Monereo Pérez, J., & Ortega Lozano, P. (2022). Flexibilidad interna y estabilización: El Macanismo RED como instrumento real de “flexiseguridad” garantista. En J. G. MONEREO PÉREZ, *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*., Granada: Comares.
- Monereo Perez, J., & Ortega Lozano, P. (2022). Los modelos de flexibilidad empresarial y jurídico-laboral. En J. Monereo Perez, J. Gorelli Hernández, & M. Almendros gonzález, *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo garantista. Estudio de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J., & Ortega Lozaon, P. (2020). Procedimientos de regulación de empleo en el Derecho de la emergencia actual: Despidos económicos por crisis empresarial derivada de la Pandemia COVID-19. *Derecho de las relaciones laborales*.

- Monereo Pérez, J., (dir.), Vila Tierno, F. (.), & (dir), M. E. (2021). *Definición y delimitación del trabajo a distancia: El teletrabajo, Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*. Árbol Académico.
- Monereo Pérez, J., Vila Tierno, F., Esposito, M., Perán Quesada, S. (.), & Ruiz Santamaría, J. (. (2021). *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*.
- Moraru, G. F. (2020). La transformación de las relaciones de trabajo en la emergencia sanitaria del COVID-19. *IUSLabor*.
- Moreira Barbosa de Andrade, J. A. (2018). Derecho de las relaciones laborales en la Administración Pública . *Centro de Estudios Judiciários*, 791 - 817.
- Moreno Vida M.N. (2021). El trabajo a distancia: un análisis del nuevo régimen jurídico y de la negociación colectiva. En AAVV, *XI Certamen Laboralista malagueño* (págs. 17 -118). Laborum.
- Moreno Vida, M. (2016). Medidas de flexibilización del mercado de trabajo: la "flexiseguridad" en el ordenamiento europeo e interno. En M. P. J.L(dir.), & A. (. Márquez Prieto, *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*.
- Moreno Vida, M. (2021). Despidos colectivos y ERTes por causas económicas o de reorganización en el empleo público. En J. (. García Murcia, *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las administraciones públicas*.
- Muñoz Aguirreurreta, D. (2020). COVID-19 Relaciones laborales y protección de datos. *Aranzadi digital núm. 1/2020*.
- Narváez Rodríguez, A. (2002). Derechos de reunión y manifestación; perspectiva constitucional . *Aranzadi del Tribunal Constitucional 9/2002*.
- Navas, F. J. (2021). ESTADO DE ALARMA Las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020. *La Administración Práctica num. 9/2021. Aranzadi* .
- Nogler, L. (2021). Las funciones históricas de la regulación del tiempo de trabajo y la naturaleza excepcional de la legislación derogatoria debido a la epidemia del coronavirus SARS-CoV-2. *Trabajo y Derecho 13/2021*.
- Obispo Triana, C. (2020). Garantizar la protección social de los trabajadores y el abastecimiento de material sanitario: primeras medidas urgentes ante el COVID-19 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. *Aranzadi digital núm. 1/2020*.
- OCDE. (2017). *Perspectivas del empleo de la OCDE 2017* .
- OECD. (2020). *Has COVID-19 distorted international comparability of unemployment rates?* The Statistics Newsletter .
- OECD. (2020). Job Retention Schemes During the Covid.19 Lockdown and Beyond. *Tackling coronavirus COVID-19. Contributing to a Global Effort*.

- OIT. (2004). *Working paper: SARS. Practical and administrative responses an infectious disease in the workplace.*
- OIT. (2018). *Ocupational safety and health in public health emergencies: A manual for protecting health workers and responders.* Ginebra.
- OIT. (2020). *Claves para un teletrabajo eficaz durante la pandemia de la COVID-19.*
- OIT. (2020). Covid-19 y el mundo del trabajo: Impacto y respuestas políticas.
- OIT. (2020). *Frente a la pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo.* Ginebra.
- OIT. (2020). Frente a la Pandemia: Garantizar la Seguridad y Salud en el Trabajo. 20.
- OIT. (2020). *Observatorio de la OIT: La COVID-19 y el mundo del trabajo. Sexta edición.* Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_755917.pdf
- Olaechea, F. J. (2011). La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo. *Revista Aranzadi Doctrinal num. 9/2011.*
- Olmeda, A. P. (2020). Un intento de sistematización de la responsabilidad de los profesionales sanitarios ante la crisis de la COVID-19. *Revista vLex de Derecho Administrativo .*
- OMS. (2020). *CORONAVIRUS DISEASE (COVID-19) OUTBREAK: RIGHTS, ROLES AND RESPONSIBILITIES OF HEALTH WORKERS, INCLUDING KEY CONSIDERATIONS FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH.* Obtenido de https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-rights-roles-respon-hw-covid-19.pdf?sfvrsn=bcabd401_0
- Ortega Lozano, P. (2021). ¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos. *Nueva revista española de Derecho del Trabajo, 161-192.*
- Ortega Lozaon, P. (2021). *Medidas de flexibilidad externa colectiva en la reestructuración de empresas consecuencia del COVID-19.* Comares.
- OSHA. (2020). *Guidance on Preparing Workplaces for COVID-19.* Departamento de Trabajo de los Estados Unidos.
- Pedrosa Alquezar, S. I. (2018). Vigilancia de la salud laboral y protección de datos. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Derecho del trabajo, núm 134, 164-187.*
- Pérez Amorós, F. (2021). Unas reflexiones para el debate sobre el Derecho del Trabajo y la Covid-19: por una realidad más justa. *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO .*
- Pérez Capitán, L., & del Pozo, A. (2020). *Comentarios y exposición de las medidas económicas y de empleo aprobadas para hacer frente a la crisis del coronavirus en España. Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia.* Lefevre.
- Perez Oriz, L., Viñas Apaolaza, A. I., Da Silva Bichara, J., & Heredero, M. I. (2019). Instituciones del mercado de trabajo y crisis en la UE15. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Economía y Sociología, núm. 141, 83-112.*

- Perona Mata, C. (2020). La protección de datos en la enseñanza a distancia en tiempos de COVID-19. *Revista de Derecho VLEX, núm 198*.
- Perona Mata, C. (2021). La protección de los derechos del trabajador en tiempos de pandemia. *Revista de Derecho vLex - Núm. 201, Febrero 2021*.
- Perona Mata, C. (2021). La protección de los derechos del trabajador en tiempos de pandemia. *Revista de Derecho VLEX, núm. 201*.
- Poquet, R. (2013). Servicios esenciales y derecho de huelga. *Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 3/2013*.
- Prassi, A., Aloisi, A., Countouris, N., & De Stefano, V. (29 de Abril de 2020). *EU Court of Justice's decision on employment status does not leave platforms off the hook*. Obtenido de <http://regulatingforglobalization.com/2020/04/29/eu-court-of-justices-decision-on-employment-status-does-not-leave-platforms-off-the-hook/?doingwpcron=15889>
- Ramón Díaz, A. (2020). Estudio sobre la protección de datos personales en la acción de vigilancia de la temperatura corporal de personas durante el estado de alarma sanitaria. *Diario LA LEY nº 9635*.
- Reche Tello, N. (2020). El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España. *e-Revista Internacional de la Protección Social (Vol. V, Nº1)*.
- Rey, J. P., & Moran, H. (2020). El acuerdo social en defensa del empleo: un acuerdo fruto de la responsabilidad de Estado. *Bomarzo*.
- Ribas, X. (2020). Control de la temperatura del trabajador: opinión sobre el comunicado de la AEPD. *Aranzadi digital núm. 1/2020*.
- Ribas, X. (2020). COVID-19 y protección de datos en el ámbito laboral. *Aranzadi digital núm. 1/2020*.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva. *Revista Galega de Dereito Social, núm. 11,, 39 - 104*.
- Rodríguez Escanciano, S. (2021). El contagio por SARS-CoV-2 en el medio laboral. Entre el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. *Medicina de Familia. SEMERGEM, núm. 21*.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2021). Discriminación por motivos relacionados con la covid-19 en las relaciones laborales . *Jurisdicción Social núm.225, 5 - 22*.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (s.f.). *El pape de la negociacion colectiva. Contenidos a afrontar, aparicion de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo*. Sevilla.
- Rojo Torrecilla, E. (marzo de 2020). *Un primer análisis de las medidas laborales contenidas en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*. Obtenido de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/03/un-primer-analisis-de-las-medidas.html>

- Rojo Torrecilla, E. (2021). Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal. *Revista del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 149, 37 - 69.
- Royo, E. S. (14 de abril de 2020). Limitar derechos fundamentales durante la pandemia. *Agenda Pública*.
- Ruesga Benito, S., & Viñas Apaolaza, I. (2021). Desempleo y ERTes: un dilema para España ante la pandemia covid-19. *Economía UAM*, nº 52, 87-106.
- Ruesga, S. M., & Viñas Apaolaza, A. I. (2021). El uso de medidas de flexibilidad interna ante la crisis Covid-19. Impacto sobre la temporalidad y el desempleo en España. *Temas Laborales* núm. 157/2021, Págs. 245-264.
- Ruiz, I. B. (2020). *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* . Obtenido de <https://ignasibeltran.com/>
- Ruiz, P. P. (2010). La huelga en los servicios esenciales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* num. 9/2010.
- Saez Lara, C. (2021). Impacto discriminatorio de la crisis COVID-19 y protección de las personas trabajadoras vulnerables. *Revista del Ministerio de Trabajo y de Economía Social*, núm. 149, 181 - 207.
- Sagardía, E. U. (2020). Estado de alarma en España por el Covid 19. Medidas del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. *Aranzadi digital* num. 1/2020 .
- Sala Franco, T., Martín Pozuelo, A., & Martín Pozuelo López, A. (2020). *El Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sanguinetti Raymond, W. (2020). La noción jurídica de teletrabajo y el teletrabajo realmente existente. *Trabajo y Derecho*.
- Sanz Perez, A. L. (2022). *La cuestión competencial en la gestión del estado de alarma*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.
- Sempere Navarro, A. V. (2022). Sobre el concepto “tiempo de trabajo” desde la perspectiva comunitaria: una saga peculiar. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2022.
- Serrano Argüello, N. (2007). DOS DESAFÍOS PARA LA SANIDAD PÚBLICA: EL MANTENIMIENTO DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LA DELIMITACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO. *Lan Harremanak* , 235-274.
- Sevilla Duro, M. (2021). Las medidas de contención de la COVID-19 frente al derecho a la protección de datos personales sanitarios de la CDFUE. *Revista de Internet, Derecho y Política* .
- Sospedra Navas, F. J. (2021). Estado de alarma. La autorización judicial de medidas sanitarias limitativas o restrictivas de derechos fundamentales. *La Administración Práctica* num. 8/2021. *Aranzadi* .
- Tarabini-Castellani Aznar, M. (2021). Vigilancia de la salud de los trabajadores con motivo de la crisis COVID-19 y protección de datos. *Trabajo y Derecho*.

- Tascón López, R. (2020). El teletrabajo como forma de presente y de futuro de prestación laboral de servicios. Experiencias en la negociación colectiva. En AAVV, & J. Fernández Domínguez, *Nuevos escenarios y nuevos contenidos de la negociación colectiva* (págs. 575-610). Madrid : Ministerio de Trabajo y Economía Social / CCNCC.
- Teresa Juan. (s.f.).
- The British Medical Journal . (1 de junio de 2020). *Widespread covid-19 infection among Spanish healthcare professionals did not occur by chance*. Obtenido de <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/06/01/widespread-covid-19-infection-among-spanish-healthcare-professionals-did-not-occur-by-chance/>
- Uguina, J. M. (2020). Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos . *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*.
- Vicente Andrés , R. (2020). Las medidas cautelarísimas dirigidas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores más expuestos a la COVID-19. *Trabajo y Derecho Monográfico 12/2020*.
- Vila Tierno, F. y. (2022). Los expedientes temporales de regulación de empleo. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social Nº 161*, 281-304.
- Vila Tierno, F., & Castro Medina, R. (s.f.). La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna. Panorama tras el RDL 32/2021. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*.
- Vila Tierno, F., & Castro Medina, R. (s.f.). Negociación colectiva en la flexibilidad interna de la empresa. En VV.AA, *Medidas de reestructuración interna empresarial desde la perspectiva jurídico-laboral (las relaciones de trabajo post-covid-19*. Laborum.
- Villalón, P. C. (17 de abril de 2020). La Constitución bajo el Estado de Alarma. *El País*.
- Vitoria, I. G. (2020). El estado de alarma, los derechos fundamentales y los derechos laborales. *Trabajo y Derecho, Monográfico 12/2020, nº20*.
- VV.AA., M. P., Almendros González, M., Ortega Lozaon, P., & Marín Alonso, I. (2022). *Las medidas de flexibilidad interna en el concurso*. Granada: Comares.
- Weller, J. (2020). *La pandemia del COVID-19 y su efecto en las tendencias de los mercados laborales*. Santiago (Chile): Publicación de las Naciones Unidas.
- Yasenov, B. (Abril 2020). *Who Can Work from Home?* . IZA Institute of Labor Economics.

ANEXO 1. EXPOSICIÓN AL RIESGO EN FUNCIÓN DEL TRABAJO

Tabla 1. Escenarios de riesgo de exposición al coronavirus SARS-CoV-2 en el entorno laboral

EXPOSICIÓN DE RIESGO	EXPOSICIÓN DE BAJO RIESGO	BAJA PROBABILIDAD DE EXPOSICIÓN
<p>Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende un caso confirmado o en investigación sintomático.</p> <p>Técnicos de transporte sanitario, si hay contacto directo con el paciente trasladado.</p> <p>Tripulación medios de transporte (aéreo, marítimo o terrestre) que atiende durante el viaje un caso sintomático procedente de una zona de riesgo.</p> <p>Situaciones en las que no se puede evitar un contacto estrecho con un caso sintomático (p. ej. reuniones de trabajo).</p>	<p>Personal sanitario cuya actividad laboral no incluye contacto estrecho con el caso confirmado, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Acompañantes para traslado. – Celadores, camilleros, trabajadores de limpieza. <p>Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico.</p> <p>Personal no sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados</p> <p>Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.</p>	<p>Trabajadores sin atención directa al público, o a más de 2 metro de distancia, o con medidas de protección colectiva que evitan el contacto, por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Personal administrativo. – Técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto directo con el paciente. – Conductores de transportes públicos – Personal de seguridad – Policías/Guardias Civiles – Personal aduanero – Bomberos y personal de salvamento
REQUERIMIENTOS		
<p>En función de la evaluación específica del riesgo de exposición de cada caso: componentes de EPI de protección biológica y, en ciertas circunstancias, de protección frente a aerosoles y frente a salpicaduras.</p>	<p>En función de la evaluación específica del riesgo de cada caso: componentes de EPI de protección biológica.</p>	<p>No necesario uso de EPI.</p> <p>En ciertas situaciones (falta de cooperación de una persona sintomática):</p> <ul style="list-style-type: none"> – protección respiratoria, – guantes de protección.

ANEXO 2. ACUERDOS DEL DIÁLOGO SOCIAL AUTONÓMICO

Los principales acuerdos que se han elaborado autonómicamente a raíz de la aparición de la pandemia COVID-19 son:

CCAA	Denominación	Firma
Andalucía	Acuerdo para la reactivación económica y social de Andalucía ³⁷⁸	30 de julio de 2020
	Acuerdo Andaluz de Medidas Extraordinarias en el marco de la reactivación económica y social ³⁷⁹	22 de marzo de 2021
Aragón	Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica ³⁸⁰	Junio de 2020
Asturias	Concertación para la Recuperación de Asturias (CREA) ³⁸¹	Agosto 2020
Baleares	Pacte per a la Reactivació i la Diversificació Econòmica i Social de les Illes Balears ³⁸²	Julio 2020

³⁷⁸ <https://www.cea.es/wp-content/uploads/2021/03/ACUERDO-ANDALUZ-REACTIVACION-ECONOMICA-Y-SOCIAL.pdf>

³⁷⁹ <https://www.cea.es/wp-content/uploads/2021/03/ACUERDO-ANDALUZ-REACTIVACION-ECONOMICA-Y-SOCIAL.pdf>

³⁸⁰ <https://www.aragonexterior.es/informacion-institucional/estrategia-aragonesa-de-recuperacion-economica-y-social/>

³⁸¹ <https://www.socialasturias.es/servicios-sociales/consejeria-de-derechos-sociales-y-bienestar-del-principado-de-asturias/concertacion-para-la-recuperacion-de-asturias-crea-2268-0-0-0-1-10979-0-in.html>

³⁸² <https://www.caib.es/pidip2front/jsp/adjunto?codi=2454770&idioma=ca>

Canarias	Pacto para la Reactivación Social y Económica de Canarias ³⁸³	29 de mayo de 2020
Cantabria	Acuerdo del diálogo social de Cantabria ante el COVID-19: Acuerdo en materia de rotación social, apoyo a las personas, fomento del empleo y de la actividad económica ³⁸⁴	28 de abril de 2020
	II Acuerdo del diálogo social en Cantabria COVID-19. Medidas en materia de empleo ³⁸⁵	31 de marzo de 2021
Castilla-La Mancha	Plan de Medidas Extraordinarias para la recuperación económica de Castilla-La Mancha con motivo de la crisis del COVID-19 ³⁸⁶	4 de mayo de 2020
Castilla y León	Plan de Medidas Extraordinarias para la protección a los trabajadores/as, a las empresas, a las familias y a las personas vulnerables	25 de marzo de 2020

383

[https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/wp-content/uploads/2020/05/DOC Pacto Reactivacion Social Economica De Canarias 30052020_SF.pdf](https://www3.gobiernodecanarias.org/noticias/wp-content/uploads/2020/05/DOC_Pacto_Reactivacion_Social_Economica_De_Canarias_30052020_SF.pdf)

384

https://www.cantabria.es/web/gobierno/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_DETALLE/16413/13551803

³⁸⁵ https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/10L2000-0008-5_firmado.pdf

386

<https://www.castillalamancha.es/gobierno/economiaempresasyempleo/estructura/sgecoempreemple/actuaciones/plan-de-medidas-extraordinarias-para-la-recuperación-económica-de-castilla-la-mancha-con-motivo-de>

	con motivo de la crisis del COVID-19 ³⁸⁷	
	Acuerdo del Consejo de Diálogo Social de Castilla y León por el que se aprueba el Plan de Choque para favorecer el empleo y el mantenimiento de las empresas y de los puestos de trabajo más afectados por la crisis COVID-19 (Plan de Choque para el Empleo) ³⁸⁸	11 de noviembre de 2020
Cataluña	Acord Nacional de Bases per a la Reactivació Econòmica amb Protecció Social ³⁸⁹	20 de julio de 2020
Comunidad Valenciana	Acuerdo ³⁹⁰	9 de abril de 2020
Extremadura	Plan de Medidas Extraordinarias para la Recuperación Social y Económica de Extremadura con motivo de la crisis del COVID-19 ³⁹¹	Junio de 2020

³⁸⁷ <https://www.ceoecyl.es/areas-de-trabajo/dialogo-social/acuerdos/plan-de-medidas-extraordinarias-para-la-proteccion-los>

³⁸⁸ <https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/plan-choque-para-favorecer-empleo.html>

³⁸⁹ https://treball.gencat.cat/web/.content/13_-_consell_relacions_laborals/distribuidora/l listes/destaquem/2a_col/documents/Acord_Nacional_Bases_REPS_20072020.pdf

³⁹⁰ [https://datos.portalemp.com/datos-agencias/centro-emprendedor-paterna/files/Acuerdo_Diálogo_Social_Jueves_9_abril.cas_\(1\).pdf](https://datos.portalemp.com/datos-agencias/centro-emprendedor-paterna/files/Acuerdo_Diálogo_Social_Jueves_9_abril.cas_(1).pdf)

³⁹¹ <https://extremadura.ccoo.es/a878f34bf695226c95bfcdbd8a26d74b000068.pdf>

Navarra	Acuerdo del Consejo del Diálogo Social de Medidas para la protección de las personas y las empresas ³⁹²	16 de junio de 2020
La Rioja	Acuerdo para la Reconstrucción Económica y Social de La Rioja ³⁹³	Junio 2020

³⁹²

https://www.navarra.es/documents/48192/0/2020_06_17+Acuerdo+del+Consejo+del+Diálogo+Social.pdf/e86fe0f6-3aa6-db62-5853-0dfdac3da291?t=1592311658222

³⁹³ <https://ckan.larioja.org/dataset/6e35bb06-a6eb-4db7-bde3-637bd31760ed/resource/08f12ff8-f462-46f5-be52-8a78389f14fc/download/acuerdo-de-reconstruccion-economica-y-social.pdf>

ANEXO 3. LISTA DE CNAEs DEL III ASDE

CENAE	ACTIVIDAD
0710	Extracción de minerales de hierro
2051	Fabricación de explosivos
5813	Edición de periódicos
2441	Producción de metales preciosos
7912	Actividades de los operadores turísticos
7911	Actividades de las agencias de viaje
5110	Transporte aéreo
1820	Reproducción de soportes grabados
5122	Transporte espacial
4624	Comercio al por mayor de cueros y pieles
7735	Alquiler de medios de transporte aéreo
7990	Otros servicios de reservas y actividades relacionadas con los mismos
9004	Gestión de salas de espectáculos
7729	Alquiler de otros efectos personales y artículos de uso doméstico
9002	Actividades auxiliares a las artes escénicas
4741	Comercio al por menor de ordenadores, equipos periféricos y programas informáticos en establecimientos especializados
3220	Fabricación de instrumentos musicales
3213	Fabricación de artículos de bisutería y artículos similares
8230	Organización de convenciones y ferias de muestras
7722	Alquileres de cintas de vídeo y discos
5510	Hoteles y alojamientos similares
3316	Reparación y mantenimiento aeronáutico espacial
1811	Artes gráficas y servicios relaciones con las mismas
5520	Alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia
4939	Tipos de transporte terrestre de pasajeros n.c.o.p
5030	Transporte de pasajeros por vías navegables interiores
1812	Otras actividades de impresión y artes gráficas
9001	Artes escénicas
5914	Actividades de exhibición cinematográfica
1393	Fabricación de alfombras y moquetas
8219	Actividades de fotocopiado, preparación de documentos y otras actividades especialidades de oficina

9321	Actividades de los parques de atracción y los parques temáticos
2431	Estirado en frío
5223	Actividades anexas al transporte aéreo
3212	Fabricación de artículos de joyería y artículos similares
5590	Otros alojamientos
5010	Transporte marítimo de pasajeros
7711	Alquiler de automóviles y vehículos de motor ligeros
4932	Transporte por taxi
2670	Fabricación de instrumentos de óptica y equipo fotográfico
9601	Lavado y limpieza de prendas textiles y de piel
9329	Otras actividades recreativas y de entretenimiento

ANEXO 4. LISTA DE CNAEs IV y V ASDE

CNAE	ACTIVIDAD
710	Extracción de minerales de hierro
1419	Confección de otras prendas de vestir y accesorios
1812	Otras actividades de impresión y artes gráficas
1820	Reproducción de soportes grabados
2051	Fabricación de explosivos
2441	Producción de metales preciosos
3212	Fabricación de artículos de joyería y artículos similares
3213	Fabricación de artículos de bisutería y artículos similares
3316	Reparación y mantenimiento aeronáuticos y espacial
4624	Comercio al por mayor de cueros y pieles
4634	Comercio al por menor de bebidas
4637	Comercio al por mayor de café, té, cacao y especias
4932	Transporte por taxi
4939	Tipos de transporte terrestre de pasajeros n.c.o.p
5010	Transporte marítimo de pasajeros
5030	Transporte de pasajeros por vía navegables interiores
5110	Transporte aéreo de pasajeros
5223	Actividades anexas al transporte aéreo
5510	Hoteles y alojamientos similares
5520	Alojamientos turísticos y otros alojamientos de corta estancia
5530	Camping y aparcamientos para caravanas
5590	Otros alojamientos
5610	Restaurantes y puestos de comida
5630	Establecimientos de bebidas
5813	Edición de periódicos
5914	Actividades de exhibición cinematográfica
7420	Actividades de fotografía
7711	Actividades de automóviles y vehículos de motor ligeros
7722	Alquiler de cintas de vídeo y discos
7729	Alquiler de otros efectos personales y artículos de uso doméstico
7735	Alquile de medios de transporte aéreo
7911	Actividades de las agencias de viajes

7912	Actividades de los operadores turísticos
7990	Otros servicios de reservar y actividades relacionadas con los mismos
8219	Actividades de fotocopiado, preparación de documentos y otras actividades especializadas de oficina
8230	Organización de convenciones y ferias de muestras
9001	Artes escénicas
9002	Actividades auxiliares a las artes escénicas
9004	Gestión de salas de espectáculos
9104	Actividades de los jardines botánicos, parques zoológicos y reservas naturales
9200	Actividades de juegos de azar y apuestas
9321	Actividades de los parques de atracciones y los parques temáticos
9329	Otras actividades recreativas y de entretenimiento
9601	Lavado y limpieza de prendas textiles y de piel
9604	Actividades de mantenimiento físico

ANEXO 5. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

- STJUE 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-203/15)
- STJUS 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-698/15)

- STC 27 de octubre de 2021 (STC 183/2021)
- STC 14 de julio de 2021 (STC 148/2021)
- STC 29 de febrero de 2020 (STC 7/2020)
- STC 16 de octubre de 2019 (STC 118/2019)
- STC 31 de mayo de 2016 (STC 83/2016)
- STC 15 de febrero de 2015 (STC 24/2015)
- ATC de 13 de enero de 2012 (ATC 7/2012)
- STC 11 de enero de 2012 (STC 193/2011)
- STC 12 de diciembre 2011 (STC 193/2011)
- STC 15 de noviembre de 2010 (STC 96/2010)
- STC 26 de mayo de 2008 (STC 62/2008)
- STC 15 de diciembre de 2008 (STC 170/2008)
- STC 2 de julio de 2007 (STC 160/2007)
- STC 27 de marzo de 2007 (STC 62/2007)
- STC 23 de octubre de 2006 (STC 301/2006)
- STC 11 de octubre de 2006 (STC 296/2006)
- STC 10 de octubre de 2005 (STC 244/ 2005)
- STC 7 de noviembre de 2005 (STC 281/2005)
- STC 21 de diciembre de 2004 (STC 196/2004)
- STC 18 de octubre de 2004 (STC 175/2004)
- STC 13 de febrero de 2004 (STC 49/2004)
- STC 27 de octubre de 2003 (STC 195/2003)
- STC 30 de noviembre del 2000 (STC 29/2000)
- STC 10 de julio de 2000 (STC 186/2000)
- STC 16 de mayo de 2000 (STC 831/2000)
- STC 14 de febrero de 2000 (STC 42/2000)
- STC 8 de mayo de 1995 (STC 66/1995)
- STC 4 de mayo de 1990 (STC 59/1990)

- STC 18 de diciembre de 1997 (STC 233/1997)
 - STC 5 de mayo 1986 (STC 53/1986)
 - STC 24 de mayo de 1985 (STC 67/1985)
 - STC 7 de noviembre de 1983 (STC 91/1983)
 - STC 16 de julio de 1982 (STC 36/1982)
 - STC 24 de febrero de 1982 (STC 5/1981)
 - STC 8 de abril de 1981 (STC 11/1981)
 - ATC 30 de abril de 2020 (ATC 40/2020)
 - ATC 11 de febrero de 2012 (STC 7/2012)
-
- STS 16 de mayo de 2022 (núm. 238/2022)
 - STS 16 de marzo de 20202 (núm. 238/2022)
 - STS 17 de febrero de 2022 (núm. 161/2022)
 - STS 27 de enero de 2022 (núm. 78/2022)
 - STS 27 de enero de 2022 (núm. 77/2022)
 - STS 24 de enero de 2022 (núm. 58/2022)
 - STS 20 de enero de 2022 (núm. 56/2022)
 - STS 17 de diciembre de 2021 (núm. 1282/2021)
 - STS 16 de diciembre de 2021 (núm. 1274/2021)
 - STS 18 de noviembre de 2021 (núm. 1134/2021)
 - STS 2 de noviembre de 2021 (núm. 1069/2021)
 - STS 27 de octubre de 2021 (núm. 1059/2021)
 - STS 22 de septiembre de 2021 (núm. 927/2021)
 - STS 3 de junio de 2021 (núm. 788/2021)
 - STS 17 de marzo de 2021 (núm. 330/2021)
 - STS 24 de febrero de 2021 (núm. 788/2021)
 - STS 18 de febrero de 2021 (núm. 502/2021)
 - STS 25 de enero de 2021 (núm. 83/2021)
 - STS, C-A, 28 de septiembre de 2020 (rec. 123/2020)
 - STS, C-A, 9 de octubre de 2020 (rec. 91/2020)
 - STS, C-A, 8 de octubre de 2020 (rec. 91/2020)
 - STS 9 de septiembre de 2020 (rec. 13/2018)
 - STS 21 de febrero de 2019 (núm. 134/2021)

- STS, C-A, 8 de marzo de 2018 (rec. 810/2015)
 - STS 7 de febrero de 2018 (núm. 22/2018)
 - STS 21 de abril de 2017 (núm. 342/2017)
 - STS 8 de noviembre de 2016 (núm. 929/2016)
 - STS, C-A, 14 de diciembre de 2015 (rec. 989/2014)
 - STS, C-A, 28 de mayo de 2015 (rec. 1148/2014)
 - STS 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014)
 - STS, C-A, 21 de mayo de 2015 (rec. 3898/2013)
 - STS 12 de mayo de 2012 (rec. 212/2011)
 - STS 8 de julio de 2008 (rec. 1857/2007)
 - STS 26 de noviembre de 2001 (rec. 1141/2001)
 - ATS 4 mayo de 2020 (rec.99/20)
 - ATS 20 abril del 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2447A y ECLI:ES:TS:2020:2446A)
 - ATS 31 marzo de 2020 ((ECLI:ES:TS:2020:2425A)
 - ATS 10 febrero de 2011 (rec.553/11)
-
- SAN 13 de diciembre de 2021 (núm. 259/2021)
 - SAN 14 de julio de 2021 (rec. 122/2021)
 - SAN 22 de septiembre de 2021 (núm. 196/2021)
 - SAN 20 de septiembre de 2021 (núm. 192/2021)
 - SAN 10 de mayo de 2021 (núm. 104/2021)
 - SAN 6 de mayo de 2021 (núm. 98/2021)
 - SAN 9 de diciembre de 2020 (núm. 114/2020)
 - SAN 26 de febrero de 2021 (núm. 30/2021)
 - SAN 28 de octubre de 2020 (núm. 91/2020)
 - SAN 29 de junio de 2020 (núm. 43/2020)
 - SAN 1 de abril del 2020 (rec. 96/2020)
 - SAN 26 de noviembre 2012 (rec. 8/2012)
 - SAN 6 de febrero de 2001 (núm. 17/2001)
-
- STSJ Extremadura 4 febrero de 2022 (núm. 71/2022)
 - STSJ Galicia 3 de febrero de 2022 (núm. 541/2022)

- STSJ Madrid 19 de enero de 2022 (núm. 53/2022)
- STSJ Cantabria 14 de enero de 2022 (núm. 10/2022)
- STSJ Madrid 13 enero de 2022 (núm. 18/2022)
- STSJ Galicia 12 enero de 2022 (núm. 204/2022)
- STSJ Asturias 28 diciembre de 2021 (núm. 2748/2021)
- STSJ Cantabria 21 de diciembre de 2021 (núm.873/2021)
- STSJ Asturias 21 diciembre de 2021 (núm. 2699/2021)
- STSJ Madrid 17 diciembre de 2021 (núm. 1156/2021)
- STSJ Madrid 16 de diciembre de 2021 (núm. 831/2021)
- STSJ Asturias 7 diciembre de 2021 (núm. 2591/2021)
- STSJ Castilla y León 30 de noviembre de 2021 (rec. 2000/2021)
- STSJ Castilla-La Mancha 26 de noviembre de 2021 (núm. 1782/2021)
- STSJ Andalucía 22 noviembre de 2021 (núm. 2940/2021)
- STSJ Asturias 16 de noviembre de 2021 (núm.2373/2021)
- STSJ País Vasco 9 de noviembre de 2021 (núm. 1766/2021)
- STSJ Madrid 8 de noviembre de 2021 (núm. 785/2021)
- STSJ Cantabria 22 octubre de 2021 (núm. 693/2021)
- STSJ Canarias 21 octubre de 2021 (núm. 979/2021)
- STSJ Aragón 14 octubre de 2021 (núm. 620/2021)
- STSJ Castilla y León 14 de octubre de 2021 (núm. 501/2021)
- STSJ Galicia 7 de octubre de 2021 (núm. 3734/2021)
- STSJ Asturias 5 de octubre de 2021 (núm. 1938/2021)
- STSJ Valencia 23 de septiembre de 2021 (núm. 2730/2021)
- STSJ Castilla y León 22 de septiembre de 2021 (rec. 1614/2021)
- STSJ Andalucía 16 de septiembre de 2021 (núm. 1578/2021)
- STSJ País Vasco 19 de octubre de 2021 (rec. 1/2020)
- STSJ Madrid 30 de septiembre de 2021 (núm. 838/2021)
- STSJ Canarias 24 de septiembre de 2021 (núm. 593/2021)
- STSJ Aragón 21 de septiembre de 2021 (núm. 196/2021)
- STSJ Asturias 27 de julio de 2021 (núm. 14/2021)
- STSJ Castilla y León 19 de julio de 2021 (rec. 1182/21)
- STSJ País Vasco 5 de julio de 2021 (núm. 1103/2021)
- STSJ País Vasco 2 de julio de 2021 (rec. 1384/21)
- STSJ Navarra 24 de junio de 2021 (rec. 198/2021)

- STSJ Madrid 18 de junio de 2021 (núm.612/21)
- STSJ Madrid 3 de junio de 2021 (núm. 405/2021)
- STSJ País Vasco 1 de junio de 2021 (núm. 937/2021)
- STSJ Castilla y León 21 de mayo de 2021 (núm. 863/2021)
- STSJ Madrid 20 de mayo de 2021 (núm. 370/2021)
- STSJ País Vasco 11 de mayo de 2021 (núm. 828/2021)
- STSJ Andalucía 5 de mayo de 2021 (rec. 663/21)
- STSJ País Vasco 4 de mayo 2021 (núm. 772/2021)
- STSJ Asturias 26 de mayo de 2021 (rec. 843/2021)
- STSJ Cantabria 11 de mayo del 2021 (rec. 241/2021)
- STSJ País Vasco 4 de mayo de 2021 (núm. 772/2021)
- STSJ Andalucía 29 de abril de 2021 (rec. 284/2021)
- STSJ Galicia 26 de abril de 2021 (AS 2021/1470)
- STSJ Castilla y León 19 de abril de 2021 (rec. 303/2021)
- STSJ Galicia 25 de marzo de 2021 (rec. 3687/2020)
- STSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (núm. 2265/2021)
- STSJ Asturias 23 de marzo de 2021 (núm. 7/2021)
- STSJ Madrid 22 de marzo de 2021 (núm. 203/2021)
- STSJ Valencia 22 de marzo de 2021 (núm. 870/2021)
- STSJ Madrid 17 de marzo de 2021 (rec. 55/2021)
- STSJ País Vasco de 16 de marzo de 2021 (núm. 510/2021)
- STSJ Galicia 9 de marzo de 2021 (rec. 24/2021)
- STSJ País Vasco 9 de marzo del 2021 (rec. 183/2021)
- STSJ País Vasco 2 de marzo de 2021 (núm. 385/2021)
- STSJ Castilla y León 1 de marzo de 2021 (AS 2021/896)
- STSJ Castilla y León 25 de febrero de 2021 (AS 2021/865)
- STSJ País Vasco 24 de febrero de 2021 (rec. 200/2021)
- STSJ Aragón 15 de febrero de 2021 (rec. 679/20)
- STSJ Galicia 1 de febrero de 2021 (rec. 4081/20)
- STSJ Andalucía 27 de enero de 2021 (núm. 199/2021)
- STSJ País Vasco 26 de enero de 2021 (rec. 1583/20)
- STSJ Castilla y León 25 de enero de 2021 (rec. 1386/2020)
- STSJ Castilla y León 15 de enero de 2021 (núm. 8/2021)
- STSJ Cataluña 11 de diciembre de 2020 (núm. 66/2020)

- STSJ Madrid 25 de noviembre de 2020 (núm. 1036/2020)
- STSJ Aragón 30 de octubre de 2020 (núm. 497/2020)
- STSJ Asturias 26 de octubre de 2020 (núm. 18/2020)
- STSJ Madrid 8 de octubre de 2020 (núm. 128/2020)
- STSJ Castilla y León 9 de octubre de 2020 (núm. 247/2020)
- STSJ La Rioja 1 de octubre de 2020 (rec. 121/2020)
- STSJ Valencia 29 de septiembre de 2020 (núm. 3324/2020)
- STSJ País Vasco 14 de julio de 2020 (rec. 24/2020)
- STSJ País Vasco 7 de julio de 2020 (núm. 866/2020)
- STSJ Valencia 22 de junio de 2020 (núm.2335/2020)
- STSJ País Vasco 3 de junio de 2020 (núm. 696/2020)
- STSJ, C-A, Murcia, 5 de junio de 2020 (rec. 63/2019)
- STSJ Aragón, C-A, 30 de mayo de 2020 (núm. 151/2020)
- STSJ Cataluña, C-A, 22 de mayo de 2020 (rec. 111/2020)
- SSTSJ Castilla y León, C-A, de 21 de mayo de 2020 (núm. 462, 463, 464, 465, 466,468, 469 y 470/2020,)
- STSJ Castilla y León, C-A, 21 de mayo de 2020 (rec. 358/2020)
- STSJ Madrid 21 de mayo de 2020 (núm. 352/2020)
- STSJ Madrid, C-A, 21 de mayo de 2020 (rec. 319/2020)
- STSJ Extremadura, C-A, 12 de mayo de 2020 (rec. 1/2020)
- STSJ Madrid, C-A, 30 de abril del 2020 (núm. 199/2020)
- STSJ Aragón, C-A, 30 de abril del 2020 (núm. 151/2020)
- STSJ Navarra, C-A, 30 de abril del 2020 (núm. 69/2020)
- STSJ Navarra, C-A, 30 de abril del 2020 (rec. 134/2020)
- STSJ Galicia, C-A, 28 de abril de 2020 (rec. 152/2020)
- STSJ Galicia 28 de enero del 2020 (rec. 5346/2019)
- STSJ Navarra, C-A, 27 de junio de 2006 (rec. 449/2006)
- STSJ La Rioja 6 de octubre de 2005 (núm. 191/2005)
- STSJ País Vasco 13 de septiembre de 2005 (núm. 2069/2005)
- STSJ Navarra 3 de octubre de 2002 (núm. 6244/2002)
- STSJ Valencia, C-A, 29 de septiembre de 2000 (rec. 165/2000)
- ATSJ País Vasco 23 de abril de 2020 (rec. 5/2020)

- SJSO N°4 Sevilla 18 de abril de 2022 (núm. 199/2022)
- SJSO N°1 León 21 de marzo de 2022 (núm. 169/2022)
- SJSO N°6 Murcia 13 diciembre de 2021 (núm. 343/2021)
- SJSO N°3 Badajoz 1 de diciembre de 2021 (núm. 491/2021)
- SJSO N°2 Avilés 26 de noviembre de 2021 (núm. 405/2021)
- SJSO N°1 Salamanca 24 de noviembre de 2021 (núm. 485/2021)
- SJSO N°2 Pamplona 12 de noviembre de 2021 (núm. 345/2021)
- SJSO N°3 Barcelona 27 de septiembre de 2021 (núm. 340/2021)
- SJSO N°3 Talavera de la Reina 15 de octubre de 2021 (núm. 351/2021)
- SJSO N°1 Segovia 3 de septiembre de 2021 (núm. 395/2021)
- SJSO N°5 Valladolid 16 de junio de 2021 (núm. 177/2021)
- SJSO N°3 Talavera de la Reina 21 de mayo de 2021 (núm. 187/2021)
- SJSO N°3 Albacete 3 de mayo de 2021 (núm. 175/2021)
- SJSO N°2 Guadalajara 30 de abril de 2021 (núm. 175/2021)
- SJSO N°2 Burgos 22 de marzo de 2021 (núm. 80/2021)
- SJSO N°9 Murcia 18 de marzo de 2021 (AS 2021/891)
- SJSO N°1 Menorca 4 de marzo de 2021 (proc. 156/2020)
- SJSO N°16 Barcelona 26 de febrero de 2021 (núm. 68/21)
- SJSO N°9 Murcia 18 de febrero de 2021 (AS 2021/807)
- SJSO Mataró 1 de febrero de 2021 (rec. 363/2020)
- SJSO N°5 Valladolid 26 de enero de 2021 (núm. 17/2021)
- SJSO N°3 Córdoba 30 de diciembre de 2020 (AS 2021/607)
- SJSO Móstoles 29 de diciembre de 2020 (AS 2021/1532)
- SJSO N°3 Burgos 29 de diciembre de 2020 (núm. 211/2020)
- SJSO N°3 Pamplona 21 de diciembre de 2020 (núm. 304/2020)
- SJSO N°1 Barcelona 15 de diciembre de 2020 (núm. 283/2020)
- SJSO Barcelona 14 de diciembre de 2020 ((ECLI:ES:JSO:2020:5286)
- SJSO Murcia 10 de diciembre de 2020 (rec. 275/2020)
- SJSO N°6 Oviedo 10 de noviembre de 2020 (rec. 338/2020)
- SJSO N°3 Burgos 5 de noviembre de 2020 (núm. 511/2020)
- SJSO Gijón 4 de noviembre de 2020 (núm. 237/2020)
- SJSO Gijón 3 de noviembre de 2020 (autos 316/2020)
- SJSO N°5 Alicante 22 de octubre de 2020 (núm. 279/2020)
- SJSO N°6 Oviedo 22 de octubre de 2020 (rec. 305/20)

- SJSO Salamanca 21 de octubre de 2020 (núm. 221/2020)
- SJSO Oviedo 19 de octubre de 2020 (núm. 297/2020)
- SJSO Valladolid 14 de octubre de 2020 (núm. 197/2020)
- SJSO Ponferrada 9 de octubre de 2020 (autos 225/2020)
- SJS Orense de 5 de octubre de 2020 (ECLI:ES: JSO:2020:2673)
- SJSO Palencia 1 de octubre de 2020 (núm. 146/2020)
- SJSO N°1 León 1 de octubre de 2020 (autos 253/2020)
- SJSO Ciudad Real 29 de septiembre de 2020 (núm. 286/2020)
- SJSO Guijón 18 de septiembre de 2020 (núm. 194/2020)
- SJSO N°1 Soria 8 de septiembre de 2020 (autos 216/2020)
- SJSO Mieres 4 de agosto de 2020 (núm. 187/2020)
- SJSO N° 26 Barcelona 31 de julio de 2020 (núm. 170/2020)
- SJSO N°29 Barcelona 28 de julio de 2020 (núm. 180/20)
- SJSO Valladolid 21 de julio de 2020 (núm. 42/2020)
- SJSO N°26 Barcelona 10 de julio de 2020 (AS 2020/2053)
- SJSO Palma de Mallorca 5 de julio de 2020 (núm. 95/2020)
- SJSO Sabadell 6 de julio de 2020 (núm. 93/20)
- SJSO Ponferrada 24 de junio de 2020 (núm. 129/2020)
- SJSO Palma de Mallorca 31 de agosto (autos 304/2020)
- SJSO León 6 de abril de 2020 (proc. 239/2020)
- SJSO Ourense 3 de abril del 2020 (rec. 173/2020)
- AJSO N°39 Madrid 1 de abril de 2020 (proc. 370/2020)
- SJSO Valencia 26 de marzo de 2020 (proc. 320/2020)
- AJSO N°1 León 6 de abril de 2020 (proc. 239/2020)
- AJSO N°2 Logroño de 31 de marzo de 2020 (proc. 153/2020)