



Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto)

Cristóbal Molina Navarrete

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

Extracto

La catarata de leyes de emergencia dictadas para hacer frente a las necesidades de regulación de empleo está dejando un inmenso océano de problemas interpretativos y aplicativos, lo que genera una intensa conflictividad judicial y una extrema inseguridad para las empresas y para las personas trabajadoras. Tras los meses de protagonismo prácticamente exclusivo de los criterios de autoridad político-gubernativa, ahora llega el tiempo del control judicial de aquel actuar. En este trabajo se hace un repaso completo, expositivo y crítico de las primeras respuestas dadas, a menudo dispares, por la doctrina jurisprudencial y por la judicial a los puntos más críticos de las leyes de emergencia en materia laboral y de seguridad social.

Palabras clave: fuerza mayor; *factum principis*; COVID-19; permiso retribuido recuperable; despido nulo; prevención de riesgos laborales.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Las leyes de emergencia pandémica a juicio de los tribunales: entre avales (diálogo) y reveses (conflicto). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 161-210.





Pandemic emergency laws as judged by the courts: between endorsements (dialogue) and setbacks (conflict)

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

The cataract of emergency laws enacted to meet the needs of employment regulation is leaving an immense ocean of interpretive and application problems. These regulatory deficiencies are contributing to intense judicial conflict and extreme legal insecurity. This is the case for a short time since judicial solutions are foreseeable for companies and workers. After the months of practically exclusive domain of the criteria of political-governmental authority, now comes the time of judicial control of that emergency legislation. This study makes a complete review, with an expository and critical scope at the same time, of the first answers given, often with disparate interpretative criteria, also of jurisdictional social and economic policy, by jurisprudential doctrine and by the judicial one to the most critical points of the emergency laws on labor and social security.

Keywords: force majeure; *factum principis*; COVID-19; recoverable paid leave; null dismissal; occupational risk prevention.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Pandemic emergency laws as judged by the courts: between endorsements (dialogue) and setbacks (conflict). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 161-210.



Sumario

Prólogo. ¿Decisionismo de autoridad gubernativa vs. decisionismo de autoridad judicial?

1. ¿Qué recorrido judicial para el legalmente reinventado concepto jurídico de «fuerza mayor pandémica» en la regulación de empleo?
2. ¿Qué cabida tienen los ERTE/FM en el sector de la contratación pública? ¿Y en las empresas públicas?
3. ¿Es el ERTE la única medida de gestión flexible –y obligatoria– para afrontar la COVID-19?
4. ¿Es MSCT si deriva de una obligación de cumplir con reglas preventivas anti-COVID-19?
5. ¿Los periodos de baja vinculados a la COVID-19 (contagios, cuarentenas) están cubiertos por las mejoras voluntarias de la IT?
6. ¿Qué aceptación tiene en los tribunales de orden social la prevalencia del teletrabajo como una medida vinculada a la pandemia?
7. ¿Es realmente recuperable el permiso «retribuido recuperable»? ¿De qué manera?
8. ¿Son aplazables los días de confinamiento social que coincidieron con las vacaciones anuales?
9. ¿Identifica la doctrina judicial la «prohibición de despido» en los tiempos de la COVID-19 que la ley difumina?
10. ¿La jubilación de la empleadora excepciona el compromiso de seguridad en el empleo (disp. adic. sexta)? ¿Qué efectos tiene su incumplimiento?
11. ¿Cuál es la consecuencia para la persona trabajadora de no cumplir con las medidas de protección en el centro de trabajo previstas por las autoridades sanitarias?
12. ¿Cómo se debe calificar el despido de las personas trabajadoras a causa del contagio por COVID-19?

Epílogo. ¿De la «legalidad excepcional anti-COVID-19» al «derecho racional» por la mediación de la autoridad judicial?

Si alguna vez cuentan mi historia ¡que digan que caminé con gigantes!,
¡que digan que viví en los tiempos de Aquiles, el de los pies alados!, ¡que
digam que viví en la época de Héctor, domador de caballos!, porque los
hombres [las personas] se elevan y caen como el trigo en el invierno,
pero estos nombres nunca morirán [...].

Homero (*La Ilíada*)

En la modernidad líquida, la alegría de «deshacerse» de las cosas, que
se transforman de forma súbita de emblema de honor en estigma, de
arrojarlas al cubo de la basura, es la verdadera pasión de nuestro tiempo.

Z. Bauman (*Los retos de la educación en la modernidad líquida*)

Prólogo. ¿Decisionismo de autoridad gubernativa vs. decisionismo de autoridad judicial?

La actualidad normativa manifiesta que no frena la incesante maquinaria de producción legislativo-gubernativa en los sucesivos estados de alarma y respecto del denominado «estado socioeconómico y laboral». Pero hoy, ese protagonismo del principio de autoridad ejecutiva en un escenario de emergencia-excepción se ve obligado a compartirlo con las manifestaciones, algunas de ellas generadoras de no menor perplejidad o inquietud jurídico-social y, en todo caso, aún más numerosas, del principio de autoridad judicial. Fuera de la llamada «rama social del derecho», pero con indudable incidencia en el ámbito de las relaciones de trabajo, no ya solo de las relaciones mercantiles (economía) y sociales (convivencia cívica), dos decisiones judiciales se han convertido en tendencia mediática (*trending topic*), con distinto signo, una de revés muy intenso, pues afecta a medidas determinantes de las autoridades sanitarias contra la pandemia, otra de aval.

De un lado, el difundido Auto del Tribunal Superior de Justicia (ATSJ) del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de febrero de 2021 (rec. 94/2021), firme por renuncia de la autoridad vasca a recurrir. Como es sabido, causando auténtico revuelo, ha dejado en suspenso, si bien cautelarmente, el cierre de bares en Euskadi, por considerarlo una medida desproporcionada para el riesgo real de contagio de COVID-19 que representaría realmente. Los despachos de abogacía se llenan en estos días de pretensiones de demanda en el mismo sentido. Esta decisión judicial ha alentado una genuina «rebeldión de la hostelería» contra el principio de autoridad gubernativa a través del principio de autoridad judicial.

No puede infravalorarse este impacto, de resultados hoy imprevisibles (como casi todo lo que se judicializa). Un efecto convulsivo del actual estado de cosas, más allá incluso del plano de las decisiones gubernativas, afectando al entero sector asegurador –primero tiembla, luego se prepara para neutralizarlo–, que podría aumentar de una forma notable de consolidarse la doctrina judicial de la Audiencia Provincial de Girona ([Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 59/2021, de 3 de febrero](#)). Esta ha condenado (es firme) a una entidad aseguradora a abonar una indemnización de 6.000 euros a una pizzería por la interrupción del negocio provocada por decisiones gubernativas de paralización de la actividad. La paralización de un negocio de restauración a consecuencia de la legislación estatal dictada por la pandemia está cubierta en el concreto seguro en litigio, porque de forma expresa habla de «paralización de actividad», sin especificar la causa¹. Entre los precedentes que se citan estaría la decisión de la Corte Suprema británica de hacer responsables a las entidades de seguro de una parte del coste de esta hecatombe (casi 2.000 millones de € deben pagar las aseguradoras británicas a las pymes, según la prensa británica reflejada en la sentencia).

Parecían las señales que esperaban en el sector para expresar su hartazgo. Los sectores de la hostelería y la restauración sufren pérdidas millonarias (cierres al inicio, las restricciones continuas, sin compensación ni ayudas directas significativas). A estas alturas de la hecatombe, pese a seguir recetándose (Real Decreto-Ley –RDL– 2/2021, de 26 de enero –[que analiza el profesor Jaime Cabeza en este número](#)–), ni el «analgésico laboral» de los –no milagrosos– expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor (ERTE/FM) ni «de Seguridad Social», para personas trabajadoras autónomas, resultan suficientes para reducir su «dolor» (económico y emocional). Por supuesto, estas atípicas resoluciones ([no son mayoritarias](#): la mayoría de tribunales superiores de justicia rechazan la paralización gubernativa de decisiones judiciales, pro apertura de los bares) de favor hacia la actividad mercantil frente al principio de prevención-precaución (favor hacia la salud pública), y pro indemnización, cuestionan algunos estados de cosas.

De otro, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3.ª, 1796/2020, de 17 de diciembre, confirmatoria (por tanto, crea jurisprudencia en sentido estricto) de otra precedente en la que se declara ajustada a derecho la obligatoriedad del uso de mascarillas durante la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ([Orden SND/422/2020, de 19 de mayo](#)). La restricción del derecho fundamental tendría suficiente rango normativo, pese a ser recogida en órdenes ministeriales (pues deriva de la norma que declara el estado de excepción) y no resultaría desproporcionada, porque el sacrificio es mínimo para un beneficio social elevado.

No son las únicas decisiones judiciales sobre cuestiones nodales de la crisis pandémica de gran interés mediático (y social, claro). La STS, Sala 3.ª, 1271/2020, de 8 de octubre (menos difundida que el auto judicial de medidas cautelares que la precedió), estima parcialmente el recurso que la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos interpuso contra la inactividad del Ministerio de Sanidad en los primeros meses de pandemia. De ahí que

¹ La cláusula dice: «Pérdida de beneficios/Paralización de la actividad» (200 €/día con un límite de 30 días).

concluya, tras un razonamiento jurídico detenido, que las personas profesionales sanitarias carecieron de los medios de protección individual (equipos de protección individual –EPI–) necesarios, creándose un serio riesgo para los derechos fundamentales ex [artículo 15](#) en relación con los artículos [43.1](#) y [40.2](#) de la Constitución española (CE). Por tanto, se reconoce que la autoridad sanitaria (entendida no solo como el Ministerio de Sanidad –único demandado en este procedimiento–, sino como conjunto del Sistema Nacional de Salud), aun en un contexto de crisis mundial que dificultó su compra y distribución nacionales, «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» (FJ 7.º).

De aquellos polvos, estos lodos: efectivamente se contagiaron muchos, bastantes fallecieron [la prevalencia de contagios de profesionales evidencia la vulneración del derecho fundamental –sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de [La Rioja 135/2020, de 1 de octubre](#), aprecia incumplimiento de medidas preventivas frente a la COVID-19 de personal de residencias, pero no deriva violación de su derecho fundamental–]. Eso sí, para prevenir de futuras demandas advierte que esta declaración no supone un juicio de imputación de responsabilidades (FJ 7.º), ni describiría el estado actual de cosas, ya normalizado (FJ 8.º), ni le competirá más conocer en primera instancia, pues ahora la gestión es autonómica (FJ 8.º). Pese al intento de poner coto a futuras demandas, los reveses judiciales –también para las autoridades autonómicas– suman y siguen. Así, el [Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 16 de febrero de 2021 \(rec. 12/2021\)](#), suspende el adelantamiento de la hora del «toque de queda» (a las 20:00, cuando la norma estatal la fija a las 22:00) en Castilla y León. Aunque, por ahora de efecto cautelar, es evidente que supone un nuevo aviso a navegantes de vulneración de derechos fundamentales en la gestión –autonómica ahora– de la pandemia, aun en aras de la precaución o prevención del riesgo de contagio.

Aunque aquí la significación económica es muy importante, también la cívico-social, no puede perderse de vista la política. Como sucediera también, aún más intensamente, con el auto que ordenó celebrar las elecciones autonómicas en Cataluña, suspendidas gubernativamente. Se trata del determinante [ATSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de enero de 2021 \(pieza separada de suspensión 17/2021\)](#), conforme al cual se mantenían las fechas previstas para hacer los nuevos comicios en Cataluña, ya celebrados (14F). En tal decisión judicial se han ponderado las razones y derechos en juego, primando otro derecho fundamental, el de sufragio, por encima del derecho fundamental a la vida e integridad psicofísica, por entender proporcionado el riesgo y prevalente el beneficio colectivo (recuperación de la normalidad democrática –algo ingenua, aun loable, la esperanza del alto tribunal autonómico–).

En este escenario crecientemente judicializado, ¿no hay espacio para que los demás órdenes judiciales, en especial –a nuestros efectos– el social, tengan también sus «minutos de gloria» en tiempos de leyes COVID-19, atendido que uno de los ámbitos más afectados es, precisamente, el de las relaciones de trabajo y de seguridad social? Por supuesto que sí y mucho, pero más para el control de la actividad de los sujetos obligados al

cumplimiento de esa legislación excepcional (las empresas), sin perjuicio del enjuiciamiento de la práctica administrativa de autorización de los ERTE/FM. De hecho, ya ha reivindicado mediáticamente un mayor protagonismo.

Semanas antes de que esté la sentencia (o sentencias), el Consejo General del Poder Judicial ha comunicado que la Sala Social del TS va a apreciar vulneración –como la Sala 3.^a– de los derechos fundamentales de las personas profesionales sanitarias del Servicio Vasco de Salud (así como de la policía autonómica vasca, la Ertzaintza) por la falta de equipos de protección contra la COVID-19. De este modo –no deja de ser protagonista la justicia vasca– se confirman sendas sentencias dictadas a tal fin por el TSJ del País Vasco (la [STS 217/2021, de 17 de febrero](#), también confirma otra de la sala vasca relativa al personal sanitario, pero en este caso asume que el Servicio Vasco de Salud sí cumplió con las normas preventivas, salvo en dos centros). En ellas se declaró que los empleadores públicos, sanitarios y de la policía autonómica, incurrieron en insuficiencia protectora, lesiva de derechos fundamentales. El TSJ del País Vasco ha sido señero en la estimación de demandas contra el Gobierno vasco por inobservancia de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales frente al riesgo cierto de contagio. En ese control garantista incluye el deber de practicar test suficientes al personal con una notable mayor exposición al riesgo de contagio de COVID-19², no solo al personal sanitario, que va de suyo, sino a otros colectivos.

Este será el caso de la policía autonómica ([STSJ del País Vasco 705/2020, de 3 de junio](#)). Pero también del personal técnico del servicio de transporte sanitario en contacto, sea directo o indirecto, con pacientes de COVID-19 ([STSJ del País Vasco 688/2020, de 2 de junio](#)). No dejará de ser relevante en la práctica sociolaboral esta última referencia, y ello en la medida en que este colectivo (tampoco otros que trabajan presencialmente en centros sanitarios, como el servicio de limpieza) ha quedado expresamente fuera de la letra del [artículo 6 del RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), relativo a la calificación como originadas en una enfermedad profesional propiamente, no ya en accidente de trabajo –según prevé–, las prestaciones causadas por las personas profesionales de centros sanitarios y sociosanitarios que durante su servicio hayan contraído el virus SARS-CoV-2, esto es, en el ejercicio de su profesión. Podría ser «carne de cañón» judicial esta previsión excluyente, por más que sea evidente que no es el mismo riesgo de contagio de unos colectivos y otros aun dentro del mismo sector sanitario.

Como puede apreciarse, no dejan de existir espacios de concurrencia conflictiva, entre ambos órdenes jurisdiccionales. Piénsese, en primer lugar, que la declaración de obligatoriedad de las mascarillas ([STS, Sala 3.^a, 1796/2020, de 17 de diciembre](#)) incide de plano en las prevenciones de seguridad y salud en el trabajo frente al riesgo de contagio. La medida de higiene pública es también una obligación preventiva en los centros de trabajo ([Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la](#)

² *Vid.* Instrucciones sobre la realización de pruebas diagnósticas para la detección del COVID-19 en el ámbito de las empresas.

exposición al SARS-CoV-2, actualizado a 15 de febrero de 2021). Naturalmente, su aplicación (como otras tantas medidas, por ejemplo, la vacunación) no estará exenta de problemas individualizados, abriéndose a un nuevo foco de conflictos. La Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 6 de Santander, 24/2021, de 22 de enero, declara procedente el despido de una trabajadora que se encaró con una cliente que le había recordado su obligación de llevar la mascarilla.

En segundo lugar, y volviendo a la confirmación jurisprudencial de la doctrina judicial –garantista– de suplicación social vasca, la propia sala de casación evidencia una visión conflictiva con la Sala 3.^a sobre un mismo asunto. No por razones de fondo, sino procesales, en la medida en que ha aprovechado el comunicado de prensa para evidenciar su defensa del fuero, de la competencia material en estos asuntos. Se trata de cuestiones de prevención de riesgos laborales, por lo que la garantía corresponde al orden social (art. 2 e) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), incluso si se elige para la defensa la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales.

No será la única oportunidad que tendrá la sala de casación social para dejar su huella en la escritura (o reescritura) del derecho para los tiempos de COVID-19, confirmando o revisando las decisiones de autoridad gubernativa (leyes de excepción). También lo será –probablemente– a propósito de una nueva decisión de ese laboratorio jurídico en que lleva años instalado el TSJ del País Vasco. Me refiero ahora a la también muy mediática STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero (confirmada en la STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero, aunque en esta encontraremos un voto particular nada desdeñable).

Frente a las precedentes posiciones de doctrina de suplicación –y desde luego de la gran mayoría de la doctrina de instancia social–, que niegan la existencia de una genuina «prohibición de despedir» ex artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, en tiempos de COVID-19 (por causas asociadas a la pandemia), la mayoría de la sala de suplicación vasca deriva de su existencia la nulidad. Por supuesto, no desconoce ni la disparidad de criterios, tanto en sede de doctrina judicial como científica, ni la profunda deficiencia de técnica legal, al omitir la norma la calificación que ameritan los despidos en estos casos. Pero considera que puede integrarse la laguna jurídica tanto con las reglas de derecho común (la prohibición de fraude del art. 6.4 Código Civil –CC–) cuanto con los derechos constitucionales (la garantía de efectividad del derecho social al trabajo ex art. 35 CE, que es lo pretendido por la ley de excepción, no se lograría sin la nulidad).

En suma, ha pasado el tiempo del adormecimiento de la Justicia, e incluso la fase cauterar, para abrirse un tiempo de control pleno judicial de la actividad desplegada, por autoridades y sujetos privados, en esta –duradera– pandemia. Consecuentemente, dejando de lado las –numerosas– causas penales (en relación con la –pésima– gestión de las residencias de mayores; también las fronteras entre las conductas de inobservancia administrativa y la penal frente a las restricciones gubernativas de la movilidad), en estado apenas embrionario (y que se aventuran largas en la instrucción), e incluso civiles, que crecerán, es

buen momento para un primer balance, sucinto pero ilustrativo, sobre la interpretación y aplicación por el orden social de los principales aspectos (puntos más críticos) de las leyes de emergencia sanitaria.

Para una mayor fluidez y operatividad del comentario se ha elegido, en vez del formato más habitual de selección de un reducido número de decisiones judiciales de especial relevancia (*case law*), sobre las que reconstruir el estado del arte jurisprudencial y judicial en materia, otro en el que las diferentes cuestiones se agruparán en torno a las instituciones más determinantes de las «leyes de excepción laboral» para la pandemia. En su seno, tratará de responderse de una forma directa y ágil, básica también, lógicamente, a las principales cuestiones jurídicas abiertas en su interpretación y aplicación. De ahí que, por lo general, utilicemos la fórmula de pregunta, si bien la respuesta no siempre será tan directa y clara, aunque se procurará, en lo posible, dado que, en efecto, la gran mayoría de las mismas están pendientes de un criterio unificador, sin que la doctrina judicial ofrezca siempre la deseada (y deseable) univocidad de posiciones, por lo que es todavía pronto para adquirir los niveles de certeza y previsibilidad esperables en las soluciones jurídico-laborales.

1. ¿Qué recorrido judicial para el legalmente reinventado concepto jurídico de «fuerza mayor pandémica» en la regulación de empleo?

1.1. ¿Discute la autoridad judicial el criterio dominante de autoridad gubernativa, según el mandato legal, o tiende a su confirmación, aun expansiva y flexible?

Frente a la política laboral promovida en la crisis precedente, y plasmada en la norma común u ordinaria vigente, pendiente el debate sobre la contrarreforma laboral, que sitúa el eje de la regulación en la flexibilidad externa (despidos), la política laboral abanderada para afrontar la honda crisis de empleo derivada de la pandemia acentúa la gestión adaptativa (y resiliente) basada en la flexibilidad interna (suspensión de contrato, reducción del tiempo de trabajo). La jungla normativa diseñada conoce dos vías básicas para esta regulación conservativa (suspensiva o novatoria) sobre la extintiva, la del [artículo 22](#) (ERTE/FM) y la del [artículo 23](#) (expedientes temporales de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ERTE/ETOP–) del RDL 8/2020, de 17 de marzo (y sucesivas modificaciones y prórrogas). Pero la más relevante es aquella.

Todo el enjambre regulador y de gestión (no pretendemos ahora volver sobre ello, bastante conocido; puede verse una visión autorizada –muy personal, por lo tanto, discutida y discutible– en el sugerente [estudio del profesor Jaime Cabeza](#), incluido en este

número), incluido el arsenal –menguante– de exoneraciones de cuotas y situaciones de protección por desempleo, depende de un concepto legal «fabricado» o «inventado» para tan excepcional –esperemos– crisis: relativo a la fuerza mayor pandémica. La voluntad legislativa es clara, en orden a reservarse el contenido para la palabra legal, de ahí que lo califique como «concepto legal» (pese a que la fuerza mayor es un concepto jurídico arraigado ex [art. 47 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–: suceso extraordinario externo a la empresa, imprevisible o inevitable, que tiene como efecto la imposibilidad, temporal o definitiva, de trabajar) y de concreción operativa por la autoridad laboral (estatal y autonómicas). Ahora bien, siendo obligado el control judicial, la última palabra no será legal ni gubernativa (pese a su activismo en forma de criterios interpretativos, no vinculantes, por doquier, tanto de oficio como por la infinidad de consultas promovidas en la materia ante la incertidumbre extrema de la regulación y su extrema inestabilidad). No obstante, un primer balance arroja un significativo seguidismo jurisdiccional de la palabra legal y de la hermenéutica gubernativa laboral.

Cierto, la creciente conflictividad judicial que muestran, al respecto, los repertorios judiciales (más de dos centenares las sentencias, la mayoría de instancia) manifiesta un extremo casuismo. El relato fáctico impone su ley del caso. Es complicado, pues, hacer una valoración general, a fin de alcanzar conclusiones generales.

No obstante, sí que pueden vislumbrarse orientaciones de doctrina judicial no estrictamente coincidentes. Unas muestran visiones más extensivas del concepto legal, y de la práctica administrativa, y otras, en cambio, una comprensión más restrictiva y servil respecto del uso legal-gubernativo (por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional –[SAN- 97/2020, de 30 de octubre](#) –que asume literalmente la decisión de rechazo del ERTE/FM presentado por una empresa gestora de *parking*, copiando lo fundamental de la resolución–). En cualquier caso, domina el favor, mediante interpretaciones flexibles y finalistas (también se traduce en la mayor informalización comunicativa de los efectos del ERTE/FM, en virtud de la adaptación a la realidad de crisis –[SAN 59/2020, de 29 de julio](#): bastará con las telemáticas–), hacia la utilidad del ERTE/FM para que la conservación del empleo hoy, aun adormecido (suspensión) o novado (reducción), evite la destrucción mañana.

En algunos casos, tras marcar las diferencias de régimen entre el ERTE/FM y el ERTE/ETOP, así como entre su regulación de excepción y la ordinaria, resaltando más los puntos en común que las «especialidades», por lo general para agilizar los trámites (una síntesis de doctrina hallamos en la [SAN 109/2020, de 30 de noviembre](#)), se toma conciencia de la creciente desvinculación de esta regulación respecto del estado de alarma. Un complejo marco regulador nacido con una vocación temporal y transitoria, pues, termina prolongándose.

Al respecto, muy interesante es el intento de sistematización de los elementos dogmáticos y operativos del concepto de fuerza mayor pandémica a efectos de regulación de empleo, de la doctrina de suplicación de la sala vallisoletana (por ejemplo, últimamente

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 4 de noviembre de 2020, rec. 1388/2020). Frente a la corriente que mantiene más asociada la dinámica del ERTE/FM al estado de alarma (SAN 97/2020, de 30 de octubre), la doctrina ahora de referencia enfatiza la existencia de un concepto más «amplio y genérico», que abre un campo de actuación, al artículo 22 del RDL 8/2020, más extenso que las causas derivadas de la declaración del estado de alarma (anexo Real Decreto –RD– 463/2020, de 14 de marzo). En suma, esta «desconexión» o «desvinculación» del concepto-procedimiento de ERTE/FM respecto del estado de alarma se concretaría en que:

- a) la fuerza mayor queda vinculada, no al estado de alarma, sino a la crisis sanitaria;
- b) las medidas de ajuste no se condicionan por la naturaleza de la actividad (sector), sino por la concurrencia de circunstancias involuntarias, perentorias y obstativas resultantes de dicha crisis (efectos impositivos o limitativos). En suma, se trata de *numerus clausus*;
- c) entre las medidas laborales (suspensiva, reducción de jornada) y las causas externas (las pérdidas de actividad) debe existir «una relación de causalidad directa e inmediata». Se establece, así, una doble vinculación: las medidas son consecuencia de la pérdida de actividad y esta, en sus distintas modalidades, es, a su vez, consecuencia de la COVID-19;
- d) la pérdida puede ser parcial, objetiva (actividad) o subjetivamente (plantilla).

Siendo pronto para contar con un suficiente recorrido jurisprudencial (la única decisión de este tipo conocida –STS 83/2021, de 25 de enero– orilla toda hermenéutica de concreción, limitándose a reproducir la definición legal), a fin de calibrar qué alcance tiene este intento de doctrina sistematizadora, en lo que sí hay una suficiente certeza es en la vinculación que se hace del nuevo concepto legal con el precedente concepto de fuerza mayor impropia o *factum principis*. Una asimilación o encuadramiento que no obsta, sin embargo, a que, en ocasiones, se considere que el nuevo concepto legal de fuerza mayor ex artículo 22 del RDL 8/2020 en relación con el artículo 47 del ET se aproxima más que a una medida de excepción del *pacta sunt servanda* (lo que se pacta obliga), liberando del cumplimiento de la obligación contractual (laboral) previa, a una técnica de adaptación del pacto contractual al contexto de crisis pandémica ex artículo 3 del CC. Esto es, se asemejaría más a una cláusula *rebus sic stantibus ex lege*, más operativa que la interpretación y consideración de la fuerza mayor (SAN 97/2020, de 30 de octubre, FJ 4.º).

En el presente caso, la demandante se dedica a prestar servicios auxiliares en *parkings*, tanto públicos como privados, y no se considera una actividad esencial y, como tal, excluida de la paralización de actividades a las que se refiere el artículo 10 y el anexo del RD 463/2020. Por tanto, su continuidad posibilitada impediría considerarla en una situación de fuerza mayor.

1.2. ¿Un establecimiento de servicios estéticos, que incorpora tratamientos a ejecutar por profesionales de la medicina, es un establecimiento sanitario a efectos de ERTE/FM?

Sí, para la autoridad laboral, con criterio cicatero, no para la autoridad judicial. Existente el evidenciado casuismo extremo en esta materia, podemos ilustrar el relativo contraste entre la posición –más restrictiva– de la autoridad laboral y la –algo más extensiva– de la autoridad jurisdiccional con ciertos ejemplos relevantes. Así, la [STSJ de Madrid 809/2020, de 27 de octubre](#), desautorizará la resolución que negó el ERTE/FM a una empresa dedicada a servicios estéticos, por tenerlo como establecimiento sanitario –sin actividad suspendida–. La empresa probó que realizaba tratamientos estéticos (6 empleadas: masajes, corporales y faciales, limpiezas de cara, hidratación, etc.).

Ni la omisión de este tipo de establecimientos en la suspensión ordenada por la declaración del estado de alarma ni la constatación de que algunos de ellos requieren titulación médica (bótox, infiltraciones de ácido hialurónico y otros) fueron argumentos determinantes para la sentencia. Al contrario, lo relevante era el efecto del estado de alarma en sus servicios (claramente obstativo) y los servicios mayoritariamente prestados (estéticos, no de salud).

1.3. ¿La restricción de la movilidad social, incluida la de las personas trabajadoras, aunque la actividad productiva continúe abierta, puede constituir causa para un ERTE/FM?

En esta misma línea de perplejidad de ciertos criterios de autoridad gubernativa laboral de rechazo de la concurrencia de fuerza mayor ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), merece reseña la [STSJ de Madrid 995/2020, de 11 de noviembre](#), que refleja más que una visión más «generosa» más «razonable». En este asunto, la instancia anuló la resolución de la autoridad laboral que rechazó el ERTE/FM para 65 personas trabajadoras (desde el 30 de marzo al 9 de abril) pese a que no pudieron acudir al centro por no ser actividad esencial, paralizándose la fabricación de ventiladores centrífugos y de sistemas de ventilación. La sala de suplicación, tras expresar una comprensión más flexible del concepto legal de fuerza mayor pandémico que el de la precedente jurisprudencia social («ni la imprevisibilidad ni la evitabilidad pueden exigirse con carácter absoluto y rigorista»), recuerda que sin desplazamientos al centro de las personas trabajadoras no hay actividad (fabricación de sistemas de ventilación), integrando la relación laboral misma. Invocará una aplicación analógica del [artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#) (carácter laboral del accidente sufrido en las idas y vueltas al, y del, trabajo).

A veces, la comprensión estrecha del concepto de fuerza mayor respecto a las restricciones de movilidad y su impacto en la actividad de las empresas no lo exhibe la autoridad –que reconoce la causa de fuerza mayor–, sino el sujeto sindical, que se opone al

ERTE/FM. La defensa del concepto expansivo ha de hacerse en la impugnación que se efectúa de estas decisiones (o de sus efectos suspensivos o de reducción). Es el caso de la [STSJ de la Comunidad Valenciana 2825/2020, de 21 de julio](#) (ERTE/FM de suspensión de 58 contratos de empresa de transporte de combustibles, Ayora Gea Transportes Petrolíferos, SA, que distribuye en exclusiva para las estaciones de servicio de Repsol). Para la visión sindical, la empresa no solo continuaba su actividad, sino que, en ocasiones, promovía horas extras. Por lo tanto, a lo sumo, procedería un ERTE/ETOP (causa económica y productiva). En cambio, la empresa, que no niega que pueda continuar y que, para cumplir ciertos pedidos urgentes, se hagan horas extras, considera que la limitada movilidad impide ofrecer el servicio en idénticas condiciones, sufriendo una drástica pérdida de actividad al ser Repsol su único cliente (50 %, incluso hasta un 72 %).

Para la sala de suplicación, la empresa probó, a través de los gráficos de actividad, que el ser servicio esencial no impidió esta drástica reducción, de modo que la pérdida de actividad no fue total, pero sí muy significativa. La notable pérdida de clientela, y por lo tanto de facturación, en las estaciones de servicio, con la disminución del consumo de combustible, traería causa de la crisis sanitaria y sus medidas de contención. Entonces, a su juicio, la causa es de ERTE/FM, no de ERTE/ETOP, como demandaba la parte sindical.

Con todo, este tipo de casos y otros muchos ponen de manifiesto que no siempre es fácil la delimitación de fronteras entre la fuerza mayor pandémica y las causas ETOP en un contexto de pandemia, pese a ser tan diferentes los procedimientos y los efectos. Así, si en un supuesto de transportes la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de octubre de 2020 \(rec. 1207/2020\)](#) justifica el ERTE/FM, con exclusión expresa del ERTE/ETOP, la [SJS número 1 de Segovia 194/2020, de 23 de octubre](#), rechaza que una empresa dedicada al transporte haya acreditado que concurren las circunstancias para reconocer un ERTE/FM. En este supuesto también se abre la vía a un ERTE/ETOP.

1.4. ¿La suspensión de plazos procesales –y la parálisis de la justicia– fue equiparable a una suspensión de actividad jurídica habilitadora de un ERTE/FM?

Precisamente, este conflicto de fronteras entre una vía y otra (más privilegiada y ágil una que la otra para las empresas) constituyó el centro del debate jurídico de la [STSJ de Madrid 820/2020, de 12 de noviembre](#). Una vez más, la autoridad laboral negó el ERTE/FM, en el asunto, solicitado por un despacho especializado en derecho mercantil. Para la autoridad laboral, ni la parálisis judicial fue total ni un despacho jurídico se dedica solo a la abogacía contenciosa.

No hizo la misma valoración la instancia judicial, anulando la resolución administrativa. En el caso, habría quedado probado que el estado de alarma no solo supuso una drástica pérdida de facturación del despacho (pasó de facturar más de 100.000 € en el primer trimestre

de 2019 a prácticamente la mitad en ese mismo trimestre de 2020), sino una parálisis radical (desde el 15 de marzo de 2020 no facturó servicio alguno). Además, tratándose de un despacho dedicado al asesoramiento de la gestión empresarial, la drástica reducción de la actividad económica impactará en aquella actividad profesional. En consecuencia, reconoce causa suficiente para un ERTE/FM (reducción de jornada de una abogada, suspensión de los dos contratos del personal de gestión administrativa del despacho). Sin embargo, para la sala, no existiría una conexión directa o inmediata entre la situación creada por la COVID-19, con las medidas de restricción de movilidad derivadas, y la pérdida de facturación del despacho.

Ni su actividad fue suspendida (arts. 9 y 10, así como [anexo RD 463/2020](#)), ni la suspensión de plazos procesales es equiparable a la suspensión de actividades, porque prevé excepciones, ni la actividad procesal es la única de un despacho jurídico. Al contrario, la catarata de disposiciones derivadas de la pandemia incrementó la necesidad de asesoramiento extraprocésal que, además, cabe prestar telemáticamente³, por lo que las restricciones de movilidad dificultarán el servicio, pero no lo impiden ni obstaculizan de forma significativa. Otra cosa es que, claro está, la notable pérdida de facturación evidenciada abra la vía de un ERTE/ETOP ex [artículo 23 del RDL 8/2020](#) (causa económica y causa productiva), línea que es la dominante para estas empresas (por ejemplo, [SJS núm. 1 de Zamora 101/2020, de 27 de abril](#)).

En cambio, la reducción del asesoramiento (contabilidad y gestión de empresas) prestado habitualmente en los centros de las empresas cliente que ven cerradas sus instalaciones, por la pandemia, sí justificará un ERTE/FM ([STSJ de Castilla y León/Valladolid de 24 de septiembre de 2020, rec. 1132/2020](#)). El profundo (e incómodo, para la previsibilidad de las decisiones futuras en casos análogos, pero no idénticos) casuismo de esta cuestión, ya reseñado, se refleja en la autorización que sí reciben los despachos de procuraduría, al entender que su actividad sí que se vincula básicamente a la acción procesal. Por lo tanto, suspendida, o muy reducida esta, debe entenderse existente una causa directa de la pérdida de actividad del despacho con la COVID-19 y sus medidas gubernativas. No, tampoco la autoridad gubernativa suele ser proclive a esta vía, promoviendo la del ERTE/ETOP, pero la autoridad judicial sí (por ejemplo, [STSJ de Madrid 834/2020, de 27 de octubre](#), y la [SJS núm. 1 de Ávila 130/2020, de 28 de mayo](#) –ambos despachos de procuradoras–).

1.5. ¿La concurrencia de fuerza mayor en la empresa contratista puede justificarse en la incidencia de la crisis por COVID-19 para la empresa principal?

Sí. Esta parece ser la posición de doctrina judicial mayoritaria. Hemos recordado que el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) exige una relación de causalidad directa, no indirecta o mediata,

³ Precisamente, la SJS número 1 de Ávila 129/2020, de 28 de mayo, negará que una empresa dedicada a la televenta acredite que la situación de alarma sanitaria haya provocado una imposibilidad objetiva.

como, de inicio, sucedería en estos casos (el mismo problema nos encontraremos a la hora de interpretar el [art. 2 RDL 9/2020](#)). Y que la doctrina judicial insiste en su centralidad a la hora de configurar la operatividad práctica del concepto de fuerza mayor. Sin embargo, no parece que se considere un escollo para tener por justificada la causa para un ERTE/FM, en vez de un ERTE/ETOP (causas productivas), aunque, por supuesto, la autoridad gubernativa, autonómica por lo común, sí tienda a rechazarlo.

Así lo entienden, entre otras, la [STSJ de Madrid 1055/2020, de 25 de noviembre](#). En ella se asume que concurre una causa de fuerza mayor en una empresa contratista por reducción de actividad de la principal afectada por la crisis sanitaria (obligada disminución temporal significativa de la actividad del 46 % del servicio de mantenimiento de infraestructuras logísticas, al menos hasta el próximo día 11 de abril). Y en la misma línea se sitúa la [STSJ de Madrid 1049/2020, de 25 de noviembre](#). Esta, una vez más confirmando la sentencia de instancia que, a su vez, corrigió el criterio negativo de la autoridad laboral autonómica, llega a la misma conclusión, esto es, concurre la causa de fuerza mayor para el ERTE en la contratista por reducción de la actividad en la principal a causa de la COVID-19: si su principal cliente que le suponía el 90 % de la facturación total fue declarada sin actividad por causa de fuerza mayor, esta misma causa es la que provocó de forma directa la inactividad de la contratista. En suma, la causa última o indirecta (el efecto de la COVID-19 en la empresa principal) de la causa formalizada o directa (reducción de la contrata) es la causa de la negativa situación provocada en la empresa contratista (FJ 3.º)⁴.

1.6. ¿Diversa causalidad y regulación entre los ERTE/FM y ERTE/ETOP conlleva diferente tramitación procesal, o cabe la acumulación de impugnaciones?

La trascendencia evidenciada –también las dificultades prácticas– para la distinción entre las dos vías de gestión flexible del impacto de la crisis en las empresas y en el trabajo no resulta solo en el plano sustantivo, a comenzar por el causal. Además, es determinante en el procesal. Ilustrativa –e instructiva– es la [STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020 \(rec. 3195/2020\)](#), asumiendo la doctrina de la AN (resumida en la [SAN 113/2020, de 3 de diciembre](#) –ERTE/FM Air Nostrum–).

Frente a una práctica inicial algo confusa, la referida doctrina judicial (tangencialmente reafirmada por la [STS 83/2021, de 25 de enero](#)) aclara que:

⁴ En cambio, la [SJS número 13 de Barcelona 9/2021, de 8 de enero](#), no valora acreditada la condición de empresa integrante de la cadena de valor (indirectamente dependiente de empresas clasificadas con CNAE-09 del [anexo RDL 30/2020, de 29 de septiembre](#)).

- a) En el caso del ERTE/ETOP (causas ETOP en la empresa o grupo –[SAN 109/2020, de 30 de noviembre](#): reconoce la legitimación al grupo para promover este tipo de ERTE–), los cauces de impugnación procesal serán los del [artículo 153 de la LRJS](#) (demanda de conflicto colectivo⁵) o del [artículo 138](#) del mismo texto legal (demandas individuales), dado que se impugna la decisión empresarial, sin que medie resolución de la autoridad laboral.
- b) En el ERTE/FM se ha de impugnar por la vía del [artículo 151 de la LRJS](#) (impugnación de actos administrativos en materia laboral; [STS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/2014](#)), si es colectiva, mientras que la individual, para cada persona trabajadora, por la vía del [artículo 138 de la LRJS](#) o, en su caso, del [153](#), según se superen o no los umbrales.

1.7. ¿Es correcto incluir a las trabajadoras con contrato suspendido por riesgo durante el embarazo en un ERTE/FM?

Sí, al menos para la [STSJ de Madrid 1011/2020, de 30 de octubre](#). Brevemente, el relato fáctico es el siguiente. Varias trabajadoras (3 tripulantes de cabina –azafatas– de Air Europa, las 3 con un contrato indefinido, pero a tiempo parcial –parece claro el sesgo de género, dicho sea de paso–) que perciben una prestación por riesgo durante el embarazo (anteriores al estado de alarma) son incluidas en un ERTE/FM ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#) (reconocido en la Resolución de 30 de marzo 2020 dictada por la autoridad laboral, lo que motivó la suspensión de la actividad de la empresa a raíz de la declaración del estado de alarma y sus consecuencias en términos de restricción de la movilidad aérea). Las trabajadoras demandan pretendiendo su exclusión.

El principal argumento en el que radica su solicitud se centra en señalar que el contrato ya estaba suspendido y que, por consiguiente, carece de lógica suspenderlo otra vez. A ello, añade que la inclusión en el ERTE/FM no está prevista como causa extintiva de la prestación ([art. 35.4 RD 295/2009, de 6 de marzo](#)). Además, la Guía básica del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) sobre cómo solicitar, de forma colectiva por la empresa, las prestaciones por desempleo por ERTE por COVID-19 prevé expresamente que se incluirán en él solo a personas trabajadoras en activo, no con un contrato suspendido (incapacidad temporal –IT–, maternidad, paternidad, excedencia o situaciones similares). Ni la instancia ni la suplicación estimaron esta argumentación, con idéntico criterio mantenido

⁵ Naturalmente, siempre por sujeto legitimado, respetando el principio de correspondencia (*vid.* [SAN 122/2020, de 10 de diciembre](#) –la niega al sindicato que solo tiene representación en un centro de los múltiples afectados–).

por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones favorable⁶. Para la sala de suplicación, frente al razonamiento de carácter lógico o racional, la incoherencia de suspender lo suspendido con anterioridad, la sala recuerda que lo incoherente es mantener suspendido el contrato por un riesgo durante el embarazo que ya no existe, precisamente por la suspensión generalizada de la actividad laboral a causa del ERTE/FM. No obstante, fija condiciones de legitimidad:

- a) El advenimiento de una causa distinta y sobrevenida a la suspensión inicial (embarazo).
- b) Un cambio sustancial respecto a las circunstancias que motivaron la suspensión inicial.
- c) Que no se derive perjuicio para ellas respecto del resto de las personas trabajadoras afectadas al ERTE/FM por causa derivada del riesgo de contagio. Esta cuestión no es baladí, pese a que se orilla (se sabe que la situación de ERTE/FM genera una prestación de desempleo equivalente al 70 % de la base reguladora, que se calcula tomando como referencia la media de las bases de cotización de los últimos 6 meses cotizados –180 días–, sin reducción al 50 % a partir del séptimo mes –como sí sucede en el desempleo «normal»–, en cambio para la prestación por riesgo durante el embarazo –y lactancia– es el 100 % de la base reguladora). La diferencia de cobertura, por lo tanto, es notable.

Lógicamente, cuando el riesgo resurja (finalización del ERTE, tránsito de la suspensión de actividad a reducción de jornada, desafectación parcial, etc.), deberá reactivarse la prestación por riesgo, pues en tales casos vuelve a haber posibilidad real (y jurídica) de trabajar e imposibilidad de llevar a cabo dicho trabajo en un entorno compatible con el embarazo. En definitiva: «[...] la actividad empresarial se configura como [...] presupuesto necesario del que nace la situación [...]. Por lo tanto, la inactividad determina la suspensión de la prestación por inexistencia de RE [riesgo por embarazo]» (FJ 2.º).

En una línea análoga, la [SAN 52/2020, de 17 de julio](#) (respecto de una empresa de *contact center*), tampoco aprecia anomalía alguna, ni indicio de discriminación (indirecta), en que de más de 900 personas trabajadoras afectadas por un ERTE/ETOP asociado a la COVID-19 más de 1/3 se hallaban en situación de IT (finalmente fueron «solo» 267). Ni la IT fue un criterio selectivo específico en el proceso negociador, ni consta tampoco que se les haya causado perjuicio alguno en comparación con el resto de las personas empleadas afectadas en el ERTE.

⁶ [Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 17 de abril de 2020.](#)

1.8. ¿Cabe incluir a personas representantes unitarias o sindicales en el ERTE/FM?

También ha llegado a los tribunales la cuestión relativa al respeto en estos ERTE de las preferencias de permanencia para la representación de las personas trabajadoras ([art. 51.5 ET](#) –al que remite el [art. 47.3 ET](#)– en relación con el [art. 68 ET](#)). A falta de previsión específica en la ley de emergencia, se entiende que rige la regla ordinaria. Las empresas suelen ser conscientes de ello en los criterios de selección, a fin de excluirlos del ERTE⁷. Pero no siempre sucede así.

Para la [STSJ de Madrid 645/2020, de 16 de julio](#), la inclusión en un ERTE/FM de una representante de las personas trabajadoras constituye una discriminación por razón sindical, por lo que vulneraría el [artículo 28 de la CE](#). Se trataría de una laguna legal a integrar con la norma estatutaria. En cambio, no identifica lesión jurídica la [STSJ de la Comunidad Valenciana 4478/2020, de 17 de diciembre](#). En este asunto, se descarta que la inclusión en el ERTE/FM de personas representantes no liberadas implica discriminación sindical, porque los «débiles indicios» de violación se han despejado por la empresa probando que no había puestos adecuados para ellos. El ERTE/FM no fue total, se previeron diferentes excepciones (personas jubiladas parcialmente, liberadas sindicales, teletrabajadoras y personal necesario para la retoma de la actividad tras la suspensión). Una vez más evidenciando la importancia de la norma del caso, la sentencia valenciana descarta analogía con el caso madrileño.

2. ¿Qué cabida tienen los ERTE/FM en el sector de la contratación pública? ¿Y en las empresas públicas?

2.1. ¿Es compatible el ERTE/FM con el derecho de la empresa concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ex artículo 34 del RDL 8/2020?

En el ámbito de las empresas que prestan servicios habitualmente en los sectores de la contratación pública, una cuestión especialmente polémica, hasta la citada [STS 83/2021, de 25 de enero](#), ha sido dilucidar si son compatibles los instrumentos de gestión de la crisis derivada de la COVID-19 en las empresas reconocidos en el [artículo 22 del RDL 8/2020](#) (ERTE/FM) y en el [artículo 34 del RDL 8/2020](#) (la solicitud de indemnización al poder adjudicador por los

⁷ Por ejemplo, en el ERTE enjuiciado por la [SJS número 1 de Palma de Mallorca 232/2020, de 16 de septiembre](#), se utilizó como criterio de selección de personas empleadas no afectadas, junto al de la edad (el personal más joven por ser menor el riesgo de contagio por COVID-19) y garantías de protección de ciertos colectivos (personal sustituto de prejubilación, para no ponerlo en riesgo), a las personas integrantes del comité de empresa.

daños y perjuicios derivados en virtud de las decisiones suspensivas de los contratos). Aquí hallamos un contraste intenso entre un sector de autoridad administrativa (criterio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS–), que defendió la incompatibilidad (el [art. 34](#) excluye el [art. 22 RDL 8/2020](#)), y la mayoría de las decisiones de autoridad judicial, defensoras de la compatibilidad. Esta será la posición del TS (demanda de conflicto colectivo contra el ERTE/FM de Ana Naya García, SL, adjudicataria de la gestión de centros de educación infantil).

Dejando fuera de este análisis los aspectos procesales (congruencia) y administrativos (silencio positivo)⁸, en el asunto de fondo, la sentencia pasa de soslayo por el concepto de fuerza mayor, lo que nos deja sin conocer, de momento, cuál es su posición en esa dialéctica entre visión expansiva y menos. Lo que sí deja claro es que el ERTE/FM es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ex [artículo 34 del RDL 8/2020](#). Rechazará de raíz las extendidas críticas sindicales, que consideran estos ERTE/FM expresión tanto de fraude, como de un instrumento de enriquecimiento injusto: mientras que las personas trabajadoras ven cómo se les reduce hasta un 30 % su remuneración en la situación de ERTE (sin que haya obligación empresarial de complementarla –[STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020, rec. 3195/2020](#)–), los costes laborales, pese a ser indemnizables por la Administración concesionaria, se trasladan también al SEPE, en forma de prestaciones por desempleo, así como a la ciudadanía, en forma de menor recaudación. El TS asume que se trata de dos vías autónomas. En suma, frente a la práctica de los informes –no vinculantes– de la ITSS, excluyendo la fuerza mayor en estos casos, los artículos [22](#) y [34](#) del RDL 8/2020 no mantienen una relación de *lex specialis* entre ellos, no reflejan dos políticas laborales alternativas, sino complementarias⁹.

2.2. ¿Una entidad que se financia mayoritariamente con ingresos públicos puede acogerse a un ERTE/FM o queda excluida ex disposición adicional decimoséptima del ET?

También encontraremos esta general oposición o contraste entre la autoridad gubernativa laboral y –cierto sector de– la autoridad hermenéutica judicial respecto a las relaciones

⁸ Aprecia incongruencia omisiva, pero prima la economía procesal y no la invalida devolviendo las actuaciones, sino que da solución a la cuestión de fondo; también indica que la demanda razona una discrepancia con la resolución administrativa que constata la fuerza mayor, pero debió instrumentarla por la vía del [artículo 151 de la LRJS](#), limitándose la demanda de conflicto colectivo a la decisión de la empresa. En lo que hace al silencio positivo, figura que la sala de casación sí entiende que opera, integra la laguna del [artículo 22.2 del RDL 8/2020](#) por el [RDL 9/2020](#), que remite al [artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (FJ 6.º).

⁹ En este sentido, también la [SAN 72/2020, de 21 de septiembre](#), y la [STSJ de Castilla y León/Burgos 357/2020, de 20 de octubre](#), así como la [STSJ de Galicia de 13 de noviembre de 2020 \(rec. 3195/2020\)](#) (aunque lo deja en el aire, por razones procesales). Más reticente parece la [STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 \(rec. 822/2020\)](#).

entre la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) –que excluye el [art. 47](#) para las entidades del sector público que no se sostengan mayoritariamente con ingresos provenientes de mercado– y los artículos [22](#) y [23](#) del RDL 8/2020 (ERTE/FM y ERTE/ETOP). Ciertamente, ni el preámbulo de la norma de excepción ni el literal de sus preceptos aportan pauta interpretativa sería alguna, sencillamente porque no hay ni la más mínima referencia a la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), sí al [artículo 47 del ET](#). Algún sector doctrinal entiende que, precisamente, al no excluirse de forma expresa ni remitirse a la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), cabría considerar como especialidad de las leyes de emergencia sanitaria la inclusión en los ERTE por COVID-19 de las entidades del sector público empresarial, frente a la ley ordinaria.

A mi juicio, la doctrina judicial sí deja claro que la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) es plenamente aplicable –y, en mi opinión, carece de razón de ser jurídica sería lo contrario– a los ERTE por COVID-19. Otra cosa es la interpretación que de la misma se haga a estos efectos, donde no hay una posición clara. De hecho, la [STSJ del País Vasco 1315/2020, de 16 de octubre](#), concluye, revocando el criterio contrario de instancia (así como el de la autoridad laboral, también de la ITSS –siguiendo, a su vez, el criterio de la Abogacía del Estado¹⁰), que una sociedad mercantil con un 100 % de capital público (propiedad de un Ayuntamiento de Vitoria –Tuvisa–) pertenece al sector público institucional ([art. 2.2 b\) Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de régimen jurídico del sector público, y [art. 3.3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público), pero no es una Administración pública ni una entidad de derecho público vinculada a una de ellas.

Siendo así, Tuvisa puede acudir al [artículo 47.3 del ET](#). Con esta decisión revoca la [SJS número 2 de Vitoria 63/2020, de 27 de mayo](#), que excluyó esta entidad del ERTE/FM porque aparece expresamente en el catálogo vasco de las entidades públicas consideradas como Administración pública (criterio sustantivo o naturaleza de su financiación –prevalece el ingreso público en su funcionamiento– y formal o transparencia –está inventariada como entidad pública excluida–). Para la sala de suplicación, el carácter prohibitivo de la [disposición adicional decimoséptima del ET](#) impediría interpretaciones expansivas y entidades como Tuvisa estarían fuera del precepto (trae también el precedente de la [STS 618/2016, de 6 de julio](#)).

Sorprendentemente, no hace referencia alguna la referida sentencia a los ingresos sobre los que se sostiene tal entidad. En cambio, la [STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2020 \(rec. 822/2020\)](#), para una asociación de naturaleza social (de familiares de personas con alzhéimer y otras demencias de Bizkaia), que se financia con cuotas privadas y ayudas públicas, considera que sí puede acogerse a un ERTE/FM, porque ni es entidad pública ni

¹⁰ El 16 de abril de 2020 se publicó en el portal de la ITSS consulta de la Dirección General de Trabajo sobre los ERTE aplicados por sociedades mercantiles municipales de transporte urbano en relación con el criterio de la Abogacía General del Estado del Ministerio de Justicia de fecha 19 de marzo de 2020.

depende mayoritariamente de ingresos públicos. Desarbola, así, el argumento de la demanda sindical que también excluía tal entidad de causa para un ERTE/FM.

Una línea que también sostendrá la [SJS número 2 de Murcia 93/2020, de 10 de junio](#) (demanda de conflicto colectivo por parte del sujeto sindical). En este caso, la Fundación Veterinaria Clínica de la Universidad de Murcia queda excluida de la [disposición adicional decimoséptima del ET](#), porque pese a ser sus medios (instalaciones y servicios) de estricta titularidad pública, en su funcionamiento ordinario sería determinante el ingreso de mercado de 750.000 euros.

Finalmente, lo que no parece dudoso es que las entidades del sector público administrativo sí están excluidas íntegramente, a diferencia del sector público empresarial, donde se precisará un análisis más casuístico. Así lo reconoce la [SJS número 1 de León 167/2020, de 14 de julio](#), que rechaza la posibilidad de acudir a un ERTE/FM por parte de un Ayuntamiento (Valverde de la Virgen), sin que haya discriminación, pues así lo entendió la Sentencia del Tribunal Constitucional ([STC](#)) [8/2015, de 22 de enero](#).

3. ¿Es el ERTE la única medida de gestión flexible -y obligatoria- para afrontar la COVID-19?

3.1. ¿Cabe reducción de jornada en virtud de otras reglas de flexibilidad pactadas diversas al ERTE por COVID-19 o estas resultan obligatorias para afrontar la crisis?

En principio sí. En el asunto conocido por la [SJS número 2 de Burgos 120/2020, de 23 de julio](#), se actuó una vía pactada previamente para distribuir irregularmente el tiempo de trabajo. Sucintamente, el relato fáctico es este: Sacyr Social, SL, dedicada a la actividad de atención en su domicilio a personas ancianas, discapacitadas y desvalidas, debido a la situación generada por la pandemia, vio como numerosas personas se daban de baja en el servicio para evitar la entrada en su domicilio. Ello provocó un descenso en el número de horas realizadas por las personas trabajadoras, lo que ha supuesto, aplicando un acuerdo colectivo de bolsas de horas, la reducción de su jornada de más del 25 % para 1/3 de la plantilla (118 de 350), pues en tales casos había una diferencia teórica de más del 25 % entre las jornadas teóricas y las jornadas efectivamente realizadas. Una vez finalizada la situación del estado de alarma actual, la empresa se compromete a revisar los datos de personas usuarias del servicio a la finalización de cada mes, para reajustar periódicamente su jornada laboral en la medida en que el nivel de personas usuarias y horas a prestar vaya alcanzando los niveles existentes antes. El acuerdo se firmó, dentro del marco del convenio regional del sector de ayuda a domicilio de Castilla y León (art. 9), para tratar de flexibilizar la jornada y garantizar el salario mejorando lo dispuesto en dicho precepto.

En tal situación, para la sentencia no se debía llevar a cabo ningún trámite previsto en el [artículo 41 del ET](#), ni es necesario más requisito que acreditar que se cumplen las circunstancias que dan lugar a la aplicación del acuerdo, lo que se realiza en este caso, no pudiendo considerar su aplicación ninguna decisión empresarial que tenga el cariz de algún ERTE (FJ 5.º). Al respecto, no cabe esgrimir que el acuerdo está en vigor a unos efectos y no a otros:

[...] pues ello implicaría dar cabida a la «técnica del espiguelo», lo que en modo alguno puede ser admitido, teniendo en cuenta que, si no se aplicara el acuerdo, resultaría de aplicación el artículo 9 del Convenio colectivo regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, menos favorable para los trabajadores (FJ 6.º).

3.2. ¿Una reducción de jornada como garantía de recolocación voluntaria para la empresa es una modificación sustancial en el contexto de las medidas anti-COVID-19?

Parece bastante polémico, de inicio, pero cuenta con cierto aval de la doctrina judicial. Las SSTSJ de Asturias [1951/2020, de 10 de noviembre](#), y [2088/2020, de 24 de noviembre](#), excluyen que la novación del horario, el turno y jornada, con reducción salarial y cambio de centro (movilidad locativa, no geográfica), adoptada por una empresa contratista de limpieza tras la decisión de la principal (forzada por la pandemia a parar la actividad), deba ser calificada como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT). Aquí no habría obligación legal (a diferencia de las novaciones por razones preventivas), sino decisión voluntaria de la empresa a fin de favorecer medidas de gestión interna más garantistas para las personas trabajadoras, al menos en su visión. Y ello tanto por su efecto temporal limitado (el plazo de parálisis derivado de las decisiones de la autoridad sanitaria), como por su razón de ser garantista, puesto que implica una decisión de recolocación sin obligación y –a su juicio– más favorable que la que supondría acudir al ERTE.

¿El fin justifica los medios? La finalidad perseguida es proteger el empleo existente (política de empresa que da preferencia a la medida de gestión flexible interna menos incisiva). En el presente caso, en lugar de acudir a alguna de las dos vías que habilitaba el RDL 8/2020 (arts. [22](#) y [23](#)), la contratista adoptó una medida de recolocación, sin venir obligada ([STS 78/2018, de 31 de enero](#)). En consecuencia, la modificación no es sustancial, aunque tenga tal naturaleza, pues ni es suprimida ni se afecta de forma intensa.

4. ¿Es MSCT si deriva de una obligación de cumplir con reglas preventivas anti-COVID-19?

La continuación de la actividad económica (esencial o no) sigue requiriendo, en el contexto persistente de crisis, de nuevas e intensas obligaciones de prevención higiénica frente

al riesgo de contagio. Normas y [procedimientos](#) convierten a la empresa en un sujeto obligado no solo a la prevención de riesgos laborales, sino también a la reducción al mínimo del riesgo higiénico o biológico (contagio COVID-19). Junto a la obligación empresarial de poner a disposición de las personas empleadas tanto EPI (no solo mascarillas), como medidas colectivas de forma efectiva (por ejemplo, [STSJ de Asturias 31021/2020, de 24 de noviembre](#), excluye el plus de peligrosidad por este riesgo al exigirse una protección específica), todas las normas y criterios sucesivos –según avance en la desescalada–¹¹ elaborados por las autoridades sanitarias habilitan medidas organizativas, incluso novaciones de jornada y horarios, esto es, novación de condiciones sustanciales de trabajo.

Cierto, es doctrina jurisprudencial que puede haber modificaciones sustanciales sin que se requiera acudir a tal procedimiento estatutario, cuando deriven del cumplimiento ineludible de obligaciones legales, de carácter preventivo de riesgos laborales, conforme a los protocolos de salud (por ejemplo, [STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#)), o de otra naturaleza, siempre que no quede un amplio margen de discrecionalidad en tal cumplimiento de la obligación legal (por ejemplo, [STS 126/2019, de 19 de febrero](#))¹². De ahí que un cambio de turno, por ejemplo, exigido a raíz de una obligación preventiva temporal (para evitar el trabajo nocturno mientras persista el riesgo detectado en la evaluación), no constituye una MSCT del [artículo 41 del ET](#) (una síntesis jurisprudencial reciente sobre el concepto en [STS 185/2020, de 27 de febrero](#)), sin que tampoco pueda incluirse en su *ius variandi* ([STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012](#), FJ 3.º, punto 3). Es obvio que ello no hace unilateral la decisión, ante el deber de consulta a las personas trabajadoras sobre tales medidas y sus consecuencias ex [artículo 33.1 a\) de la Ley de prevención de riesgos laborales](#) (LPRL).

En este escenario de innovación e intensificación de obligaciones preventivas, la [STSJ de Madrid 688/2020, de 25 de junio](#), concluye que las diversas medidas colectivas organizativas y de ordenación del trabajo adoptadas unilateralmente, y con alcance temporal, por la empresa (Inditex-Zara) en el marco del estado de alarma no constituyen una novación sustancial, sino el cumplimiento con la diligencia debida de sus obligaciones preventivas (FJ 3.º). A su índole excepcional y provisional, vinculada a la evolución de la pandemia (y del estado de alarma), así como a la existencia de una voluntad negociadora, tanto específica como general (finalmente se produjo un acuerdo marco estatal en Zara/Lefties –21 de mayo de 2020– para gestionar el proceso de recuperación de la actividad en condiciones de seguridad y salud) ex [artículo 83.3 del ET](#) (acuerdo marco sobre materia concreta

¹¹ Por ejemplo, [artículo 9 de la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo](#); [artículo 4 de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo](#); [artículo 5.3 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), etc.

¹² Se entiende que «la regulación que hace la norma legal es tan detallada que para su implementación no hacía falta acudir al procedimiento del artículo 41» ([STS de 26 de noviembre de 2015, rec. 347/2014](#)).

con valor de convenio colectivo estatal), habría que sumar, y sería el argumento fundamental para rechazar la calificación de MSCT ex [artículo 41 del ET](#), que las medidas tratan de conjugar las obligaciones derivadas de la normativa del estado de alarma con las de prevención de riesgos laborales. De ahí la referida obligación de diligencia máxima en su función de garante de la seguridad y salud de las personas trabajadoras en todos los aspectos, circunstancias o condiciones de trabajo.

En consecuencia, en estos escenarios, la empresa viene obligada a adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección eficaz de la seguridad y salud de sus personas empleadas ([art. 14 LPRL](#)). La sala de suplicación madrileña hace, pues, una relectura en virtud del contexto fáctico y normativo específico asociado a la COVID-19.

En sentido análogo, se pronunciará la [STSJ de Madrid 600/2020, de 23 de julio](#) (para Actren, empresa dedicada al mantenimiento ferroviario)¹³. De este modo, la doctrina judicial se abre, en estos casos, a reconocer un cierto margen de elección de los cambios en la organización del tiempo de trabajo (afecta a horarios de entrada y de salida o turnos) como medidas preventivas adecuadas, exigiéndose, pues, la consulta.

Sin embargo, fuera del contexto pandémico, ya la [STSJ de La Rioja 165/2019, de 12 de septiembre](#), reconoció a la empresa una libertad organizativa a fin de determinar, de entre varias opciones razonables, cuál se aplicaría a una trabajadora cuyo:

[...] reconocimiento médico no señala limitaciones [...] para actividades concretas, cargas de pesos por encima de cierto número, elevación de los brazos por encima de lo horizontal, sino que se limita a señalar que se debe evitar el turno de mañana por ser de mayor carga ergonómica [...] (FJ 3.º).

En suma, se trata de obligaciones legales de reorganización de turnos con finalidad de salud laboral y pública. Pese a lo difuso o confuso de estas normas, «que establecen nuevas obligaciones, se remiten a la normativa laboral y convencional¹⁴.

¹³ Tras rechazar la caducidad de la acción de conflicto colectivo, conforme a la doctrina jurisprudencial en la materia ([STS 185/2020, de 27 de febrero](#)).

¹⁴ Por ejemplo, el [artículo 5.3 de la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo](#), para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad: «Los ajustes a los que se refiere el apartado anterior deberán efectuarse teniendo en cuenta las instrucciones de las autoridades competentes, así como, en su caso, lo previsto en la normativa laboral y convencional que resulte de aplicación». Nuevo ejemplo, pues, de reclamo de una armonización entre la ley excepcional y ley ordinaria sin ofrecer pautas precisas, presumiendo una homogeneidad que la realidad desmiente.

5. ¿Los periodos de baja vinculados a la COVID-19 (contagios, cuarentenas) están cubiertos por las mejoras voluntarias de la IT?

La excepcionalidad de una situación pandémica inaudita, y que crecía de forma alarmante, de un lado, y las dificultades de las empresas de hacerse cargo del pago de los primeros 15 días de las numerosas bajas por contagios y sospechas (cuarentenas), de otro, llevaron –tras una primera decisión administrativa en tal sentido– a una solución jurídica tan mestiza (mixta o híbrida) como excepcional. A saber: los procesos de IT vinculados a la COVID-19 se asimilan al accidente de trabajo. Se traslada, así, directamente el coste a las entidades gestoras (o de las colaboradoras) y se mejora la prestación. La «generosidad» legal para la calificación quedaba acotada a la prestación de IT ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#) –sucesivas veces modificado–):

[...] exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo [...].

Evidentemente, toda norma jurídica restrictiva en un contexto de masiva concurrencia de las situaciones de necesidad que protege (IT) está llamada a provocar conflictos interpretativos.

De un lado, la referencia a la «prestación económica» de IT del «sistema», sin distinguir si lo es solo respeto de la prestación básica o también de la complementaria (mejora voluntaria), siendo ambas prestaciones económicas del sistema ([art. 43 LGSS](#)), permitiría integrar ambas (donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete). De otro, teniendo en cuenta que es una norma excepcional (exige interpretación restrictiva), que solo habla de «prestación», no de «prestaciones» (no tiene la básica el mismo régimen que la complementaria), que se trata de la técnica de asimilación, no de equiparación y la finalidad de no cargar a las empresas con más costes, podría llevar a la interpretación contraria. ¿Qué opción valorativa elegirán los tribunales?

Según la [STSJ de la Comunidad Valenciana 3324/2020, de 29 de septiembre](#), la correcta debe ser la restrictiva. En una demanda de conflicto colectivo, en la que se reclamaba que la empresa (del sector sociosanitario) reconociera el complemento previsto en el convenio colectivo aplicable para las contingencias derivadas de los accidentes de trabajo propiamente a las asimiladas a ella en virtud del [artículo 5 del RDL 6/2020](#) (a las bajas por COVID-19). Para la sala valenciana no ha lugar a tal reconocimiento, porque, siendo una norma excepcional y no teniendo el mismo régimen jurídico la prestación básica y la mejora voluntaria, no se puede hacer tal extensión. Incluso valora que, «abonando su naturaleza

absolutamente singular, las sucesivas reformas del precepto¹⁵ vienen a dar nueva redacción al mismo, que clarifican [...] lo expuesto» (FJ 2.º, punto 4, b).

No obstante, hace una advertencia final, de clarificación, que resulta especialmente útil hoy. La sala de suplicación precisa que la solución dada es la propia de un conflicto colectivo, en el que se interpreta una norma en relación con una práctica, pero no los casos individualizados. Por lo tanto, en todos los casos en los que se acredite que la contingencia por la cual se emiten los partes de enfermedad de las personas trabajadoras sociosanitarias de la empresa sea el propio de una enfermedad de trabajo (tratada como accidente laboral ex [art. 156 LGSS](#)) o el de una enfermedad profesional, será necesario estudiarlos «de manera singular en cada proceso y para cada persona afectada» (FJ 2.º, punto 4, c). Pues bien, al respecto, sabido es que, para este sector de actividad profesional, de forma idéntica al sanitario, el [artículo 6 del reciente RDL 3/2021, de 2 de febrero](#), califica las prestaciones causadas por el virus SARS-CoV-2 durante el ejercicio de su profesión como «enfermedad profesional», no ya como accidente de trabajo. En consecuencia, debemos entender derogada –tácitamente, porque el legislador no nos ayuda en nada a una técnica jurídica depurada, más bien lo opuesto– la [disposición adicional cuarta del RDL 28/2020](#), que sigue dando a estos mismos supuestos la calificación de accidente de trabajo, lo que, evidentemente, es incompatible (*lex posterior derogat priori*).

6. ¿Qué aceptación tiene en los tribunales de orden social la prevalencia del teletrabajo como una medida vinculada a la pandemia?

Sin duda, en el diseño (improvisado y deficiente) de las leyes de emergencia pandémica, la mejor medida para conciliar continuidad de la actividad, y la prestación de trabajo, con el menor riesgo de contagio por COVID-19 fue la promoción de una migración masiva al teletrabajo. A tal fin, se dotó –de forma difusa– de preferencia legislativa ([art. 5 RDL 8/2020](#)).

A diferencia de la regulación estructural específica posterior ([RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia), el teletrabajo de emergencia tuvo –tiene– dos finalidades concretas. De un lado, la prevención del riesgo de contagio (de ahí que continúe incluida como medida organizativa preferente en el procedimiento vigente –actualizado a 21 de febrero de 2021– de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales). De otro, la facilitación de la conciliación de la vida laboral y familiar ([art. 6 RDL 8/2020](#) vigente hasta el 31 de mayo de 2021 –[disp. adic. tercera RDL 2/2021](#)–), en un escenario en el que el confinamiento social representó también el cierre de colegios y, en consecuencia, una

¹⁵ La última a través de la [disposición final décima del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#) (trabajo a distancia), lo que vino a cubrir el vacío regulador generado por la [no convalidación parlamentaria del RDL 27/2020, de 4 de agosto](#). Precisamente, la sentencia referida llama la atención sobre ese vacío –que ya no es tal–.

dificultad añadida (y que se mantiene –más situaciones de contagios o de cuarentenas de menores escolarizados– abiertos los centros).

No nos detenemos aquí en la cuestión relativa a la legislación efectivamente aplicable para el teletrabajo como medida preventiva ex [artículo 5 del RDL 8/2020](#). Y no porque no sea problemática, pues la –tautológica y muy confusa– [disposición transitoria tercera del RDL 28/2020](#) remite a la «normativa laboral ordinaria», pero sabido es que ya no existe, porque el [artículo 13 del ET](#) se limita a remitir, a su vez, a la ley laboral especial ([RDL 28/2020](#)). Otra evidencia de pésima técnica legal en tiempos de COVID-19. Sin embargo, aquí exponemos la recepción de ambas finalidades del teletrabajo de emergencia en la doctrina judicial reciente, superada aquí también la fase de justicia cautelar en la que el teletrabajo también tuvo su protagonismo, aun con fallos de sentido opuesto¹⁶.

6.1. ¿Tiene el profesorado derecho a impartir docencia *online* como precaución frente al riesgo de contagio o solo el especialmente vulnerable?

En un momento en el que cada universidad toma sus decisiones respecto a la modalidad de docencia, presencial, semipresencial u *online*, es de especial interés la [SJS número 1 de Orense 318/2020, de 5 de octubre](#). En ella se reconoce el derecho que tiene un profesor asociado a la docencia *online*, por ser persona de especial riesgo (por su edad y por su historial médico), de un lado, y atendido al reconocimiento de esa modalidad de docencia a otros dos compañeros por las dificultades de movilidad a raíz de las limitaciones dictadas por las autoridades. Frente al criterio del servicio de prevención, que clasificó al trabajador en el nivel de riesgo 1, conforme al anexo V del procedimiento de actuación fijado para los servicios de prevención de riesgos laborales (vigente a 14 de julio de 2020), la sentencia considera que el nivel de riesgo adecuado es el 2, no solo por las condiciones personales del profesor, también porque las clases se realizan en un lugar cerrado donde el virus es más contagioso (FJ 2.º).

En suma, considera existente una violación del derecho a la no discriminación por razón de edad y otras circunstancias personales. De ahí que condene a la universidad a autorizar la impartición *online* de las clases, pese a reconocer que la clase presencial es contenido esencial del derecho social fundamental a la educación ex [artículo 27 de la CE](#) –tema hoy

¹⁶ Lo reconoció el [Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo número 2 de Toledo 41/2020, de 20 de mayo](#), admitiendo una medida cautelar contra la Resolución de la Dirección General de la Función Pública sobre medidas organizativas y de prevención de riesgos laborales para la reincorporación presencial del personal, de la Junta de Castilla-La Mancha, que exigía el retorno bajo ciertas condiciones. En cambio, lo negó, por imposibilidad técnica, la [STSJ del País Vasco 921/2020, de 14 de julio](#), para el personal de la Administración de Justicia vasca.

en plena discusión—. No se pidió, por tanto no se condenó a indemnización por daño moral y efecto disuasorio ex [artículo 183 de la LRJS](#), pese a la doctrina jurisprudencial de su automaticidad (*res ipsa loquitur*: la cosa habla por sí misma –regla de apariencia de prueba o culpa virtual: el daño por violación de derecho fundamental de una persona trabajadora habla por sí mismo a efectos indemnizatorios–).

6.2. ¿El teletrabajo como prevención frente al contagio en estado de alarma libera, *rebus sic stantibus*, de la obligación de pago de ciertos beneficios –por ejemplo, vales comida–?

Era práctica empresarial precedente a la pandemia de COVID-19, a menudo regulada convencionalmente, mantener el componente de remuneración extrasalarial de vales comida (tique restaurante) aunque se teletrabajara. Sin duda, la garantía de conservación tiene sentido por la escasísima implantación de esta modalidad no presencial de trabajo. Prueba del desinterés empresarial –entonces– en tal modalidad organizativa del trabajo, así como, igualmente, de la limitada comprensión que el banco social de la negociación tenía sobre ella, fueron los acuerdos de participación en este tipo de ensayos organizativos (más de esnobismo que de innovación) que, al tiempo que incluían un compromiso de conservación de condiciones de trabajo, como si presencial fuese (mantenían el horario laboral igual de rígido o cerrado), liberaban a la empresa de toda compensación de gastos en que incurriese la persona teletrabajadora (pese a la previsión contraria del [Acuerdo marco comunitario de 2002](#)). Ejemplo –normalizado– fue Capgemini.

Esta empresa, como otras, al producirse la declaración del estado de alarma, impuso una migración masiva al teletrabajo (en el caso, del 14 de marzo hasta el 30 de abril). A raíz de ello, entendió que si no había trabajo presencial, estando, además, en un severo régimen de confinamiento, no podría haber comida fuera de casa para quienes, en el trabajo presencial, tenían jornada partida, por lo que la empresa excluyó esos días del beneficio extrasalarial consistente en vales comida. Impugnada esta decisión, la [SAN 114/2020, de 9 de diciembre](#) (en línea con la [SAN 57/2020, de 27 de julio](#)), valoró que la consultora informática suprimió unilateralmente una condición más beneficiosa sin acudir al [artículo 41 del ET](#) y, en consecuencia, anuló la decisión, sin que el duro contexto de la pandemia la justifique.

Ciertamente, en términos de hipótesis dogmática, la AN asume que la neutralización de esa condición más beneficiosa no solo puede hacerse mediante acuerdo novatorio o por la vía del [artículo 41 del ET](#) –o la técnica de la absorción y compensación ex [art. 26 ET](#)–, sino también mediante la cláusula *rebus sic stantibus*. Ahora bien, recordó que su uso es aún más restrictivo en lo laboral que en lo civil para legitimar una novación unilateral al margen del [artículo 41 del ET](#) (FJ 3.º). Siendo cierta esta doctrina jurisprudencial social restrictiva,

sorprende, sin embargo, que la AN no entre ni tan siquiera a razonar por qué una crisis como la pandémica no incide en el mantenimiento de una condición de este tipo, que no supone retribución sino compensación de un gasto realizado fuera del domicilio, con el plus de coste de ello derivado para la persona trabajadora. También causa cierta perplejidad que valore una regla pactada colectivamente que, si garantiza el blindaje de condiciones de trabajo, asegura el no reembolso de gastos o compensación económica por eventuales gastos adicionales con ocasión del teletrabajo. Una previsión que, lógicamente, choca de raíz con la previsión legal actual, y con la del [Acuerdo marco comunitario](#), pero que la referida –confusa– [disposición transitoria tercera del RDL 28/2020](#) parece legitimar, remitiendo la cuestión a la negociación colectiva.

Al respecto, de futuro, hay que tener en cuenta que el principio de igualdad de trato, así como el de garantía de indemnidad frente a cualquier perjuicio por la forma no presencial del trabajo ([art. 4 RDL 28/2020](#)), no puede desconocer la especificidad de las circunstancias fácticas. No, no es igual teletrabajar que trabajar presencialmente. En esta dirección más transaccional, el artículo 45 del [Convenio colectivo de la empresa Lyntia Network, SAU \(Madrid y A Coruña\)](#), prevé que si con carácter general el personal con régimen de jornada partida (con interrupción para la comida) tendrá derecho a percibir el vale comida por día de trabajo efectivo (precisando que la cantidad está exenta de tributación fiscal, una cuestión indisponible convencionalmente, además de que es incompatible con cualquier otra compensación o dieta por comida que se perciba): «El vale de comida no se abonará los días que el personal efectúe teletrabajo».

¿La regla convencional de exclusión del beneficio social del vale comida para las personas teletrabajadoras está amparada en una razón objetiva o resultaría arbitraria? A mí me parece que estaría justificada. El hecho causante es la comida fuera de domicilio, no el gasto de comida en sí, pues no se prevé para las personas con jornada continuada y no por ello se plantea problema alguno. Del mismo modo que sí serán las personas teletrabajadoras beneficiarias de las compensaciones por el teletrabajo, lo que no se produce si el trabajo es presencial.

6.3. ¿Cómo se controla la jornada –y horario– de la persona teletrabajadora, así como la efectividad de su derecho a la desconexión digital?

Junto a la garantía retributiva ([art. 12 RDL 28/2020](#)), el control de jornada –y horario– será también crucial en el teletrabajo (y en remoto). El [artículo 22 del RDL 28/2020](#) es inequívoco, aunque muy genérico. De ahí la importancia del acuerdo individual ([art. 7](#)) y de la negociación colectiva.

Ahora bien, antes de estas previsiones legales, también existía la facultad de control, de un lado, y las obligaciones de registro horario en el teletrabajo ([art. 34.9 ET](#); hoy [art. 14](#)

RDL 28/2020), de otro, así como la obligación de respetar el derecho a la desconexión digital (art. 88 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–; fuente del actual art. 18 RDL 28/2020). Curiosamente, y como ya se evidenció en el análisis de actualidad relativo a los nuevos escenarios de regulación y gestión de los –diversos y contradictorios– tiempos de vida y de trabajo, la disposición adicional primera del RDL 28/2020 prevé que los convenios o acuerdos colectivos puedan modular este derecho a la desconexión en la modalidad de teletrabajo. En una primera lectura, parece confortar la previsión convencional muy extendida, desde el «pecado original» que supuso el Convenio colectivo del Grupo Axa¹⁷, de incluir excepciones de «reconexión digital» fuera de la jornada habitual, en línea con el Parlamento Europeo en su propuesta de regulación comunitaria de este derecho.

Por supuesto, no pretendemos –ni podemos– volver sobre esta cuestión –espinosa–. Solo traemos a colación la inicial doctrina judicial que deja constancia tanto de las posibilidades de control, cuanto de los problemas de especial calado para adecuar la normativa (comunitaria y nacional ordinaria) a las modalidades de trabajo remoto. Si en una situación de teletrabajo «normalizado» el acuerdo individual será clave, el problema se ha planteado de forma radical en el teletrabajo de emergencia, donde todo ha sido precipitado. En todo caso, inadecuado será la dejación de facultades de control (de resultados, no de la unidad de tiempo; exigencia de horarios flexibles, que deja más «soberanía» a la persona trabajadora –art. 9 Acuerdo marco europeo de teletrabajo; hoy art. 13 RDL 28/2020–; fijación de un horario cerrado), que perjudica la posición empresarial (STSJ de Castilla y León/Valladolid 198/2016, de 3 de febrero: la ausencia de pautas y registro hace presumir la índole de horas extras del exceso). Pero también es peligrosa la autotutela de la persona teletrabajadora (por ejemplo, STSJ de Cataluña 136/2019, de 15 de enero: no habiendo pacto de flexibilidad horaria, tal disponibilidad en perjuicio del interés de empresa supone una infracción laboral muy grave –avalando el despido hecho–).

No ve fácil la adaptación de la norma al teletrabajo la STSJ de Madrid 628/2020, de 8 de julio. Un trabajador (indefinido y con jornada completa de 37,5 horas) presta servicios sumando trabajo presencial, un pacto de disponibilidad fuera de la jornada habitual y guardias de 24 horas (en expectativa de servicios), 1 semana cada 4, para asistencia informática al resto de personas empleadas que lo requieran. Esta tarea la realiza también telemáticamente. La conexión se hace mediante teléfono aportado por la empresa y recibe plus de disponibilidad.

El trabajador pretende que se le reconozca un número de horas extras superior al que se le ha abonado, oponiéndose la empresa porque ni ha acreditado la realización de las horas extras reclamadas, siendo su carga procesal probarlas, ni las horas de guardia en

¹⁷ Y que se repite una y otra vez. A los ejemplos indicados en el análisis de actualidad, cabe añadir mucho más. Por ejemplo, artículo 44 del Convenio colectivo del Grupo Selecta (AB Servicios Selecta España, SLU, Acorn Spain 1, SL, y Servecave, SL).

las que se está a disposición de la empresa serían tiempo de trabajo efectivo, por lo que el exceso sobre este no serían horas extraordinarias. En apretada síntesis, su demanda será desestimada, por falta de la prueba necesaria del carácter de horas extra, pero la sala de suplicación desliza una abundante fundamentación en la que reflexiona (*obiter dicta*) sobre las dificultades de adecuar la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo, y su jurisprudencia (recuerda expresamente la [doctrina Matzak](#) –que hemos examinado con detalle en el [análisis de actualidad](#)–), a la complejidad que hoy presentan las diversas modalidades de trabajo remoto en general y el teletrabajo domiciliario en particular. La opción por el régimen de flexibilidad horaria (variable entre dos extremos: la obligación de estar conectada o prestando servicios durante un horario concreto, cerrado, de un lado, y la plena libertad para decir los momentos de conexión/prestación, de otro) complicará todavía más la diferenciación –ya bastante difusa– entre la mera disponibilidad no constitutiva de tiempo de trabajo y lo que es prestación de servicios.

A juicio de la sala madrileña:

[...] en aplicación estricta del criterio jurisprudencial resultaría que en [...] los casos en los que no se exija al trabajador su presencia en un lugar concreto durante un determinado horario establecido (incluso en el propio domicilio, siguiendo el criterio de la sentencia Matzak) resulta posible organizar un sistema de contratación totalmente flexible (*zero hour contract*) en el que el trabajador estaría conectado y a disposición de la empresa, incluso de forma permanente cualquier día de la semana a cualquier hora, y solamente se consideraría tiempo de trabajo aquel tiempo en que se le requiriera la prestación efectiva de servicios a distancia (FJ 2.º).

Lógicamente, un régimen de esta guisa quiebra no solo la razón sino también el derecho a la desconexión digital ([art. 88 LOPDGDD](#) –[art. 18 RDL 28/2020](#)–), porque, en una interpretación literal –no recomendable–, no habría tiempo de descanso ([Directiva 2003/88/CE](#)). Por lo tanto, determinaría «la ilegalidad de todo sistema de guardias de localización que obliguen a la conexión durante esos periodos», salvo que la negociación colectiva –a la que se remite– flexibilizara el régimen –ya hemos visto que parece hacer lo contrario–. En todo caso, concluye la sala, la solución no es clara y requiere redefinir el concepto de tiempo de (tele) trabajo con arreglo a la directiva, estando en juego derechos sociales comunitarios fundamentales ([art. 31.2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –[STJUE](#)– de [13 de diciembre de 2018](#), [asunto C-385/17](#), [Hein](#)).

Aunque discutible, por su maximalismo y rigidez, el planteamiento es sugerente. Sin embargo, no merece la pena abundar en él aquí, porque la sentencia considera que el objeto del recurso no fue el adecuado para entrar en tal consideración. En todo caso, a tenor de la posterior –aun también comentada en el [análisis de actualidad](#)– [STSJ de Madrid 962/2020](#), de [4 de noviembre](#), que presupone una visión más limitada del derecho a la desconexión,

revocando la decisión de instancia que sí apreció vulneración, como expresión de un derecho fundamental, parece que esta valoración crítica de la sala se mueve entre penumbras.

6.4. ¿Tiene derecho la representación sindical a acceder a los correos personales creados para facilitar el teletrabajo ordenado en emergencia pandémica?

No solo las facultades de control ([art. 22 RDL 28/2020](#)), todo el entramado del teletrabajo se asienta en un uso intensivo en tecnología de la información y la comunicación, puesto que, justamente, esta organización digital o telemática es un rasgo inherente a la modalidad del teletrabajo, dentro de las más amplias formas de trabajo remoto o a distancia. Por eso, de forma paralela, en su diseño legislativo «normalizado», se articula un sistema de garantías frente al riesgo de violación de los derechos fundamentales de las personas teletrabajadoras, también en relación con la protección de datos ([art. 17 RDL 28/2020](#)), además de, por el lado igualmente de sus obligaciones, garantías para la protección del derecho a la ciberseguridad de la empresa ([arts. 20 y 21 RDL 28/2020](#)). A ello hay que añadir el derecho de la representación sindical a un tablón comunicativo virtual, «cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia» ([art. 19.2 RDL 28/2020](#)).

Ahora bien, aquel diseño garantista está huérfano para el teletrabajo en emergencia. La consecuencia será, como ilustra la [SAN 130/2020, de 30 de diciembre](#), si no una pérdida, sí un debilitamiento de ciertos derechos, individuales y, muy especialmente, colectivos. Esta sentencia, en aplicación de la doctrina jurisprudencial ([STS 134/2019, de 21 de febrero](#)), niega el derecho sindical a conocer los correos personales de la plantilla de una empresa de *contact center* usados para organizar la logística del teletrabajo en emergencia promovido en el estado de alarma. La razón estribará, sentado el carácter excepcional del modelo organizativo de teletrabajo –por la emergencia– y constatado que se trata de correos electrónicos que debieron abrir las personas empleadas para el funcionamiento del sistema de trabajo no presencial impuesto por la empresa, en que no es de aplicación la nueva regulación al supuesto enjuiciado:

[...] porque su ámbito de aplicación se limita a los supuestos en que se desarrolle el trabajo a distancia con carácter regular, supuesto no concurrente en el presente caso puesto que se trata de un supuesto excepcional y temporal provocado por la situación de pandemia [...] (FJ 3.º, punto 6)¹⁸.

¹⁸ Para la tensión entre las políticas de ciberseguridad y el derecho a la información sindical, de interés la [STS 1033/2020, de 25 de noviembre](#), que prima el segundo sobre el primero al no probarse razones que evidencien que la información sindical pone en riesgo la seguridad de la empresa. Por su relevancia será objeto de análisis en el próximo número de esta revista.

6.5. ¿La sobrecarga de conectividad en el teletrabajo, fuente de riesgos psicosociales, abre la espita de las enfermedades del trabajo?

Junto a la garantía de protección de los datos personales, sobre todo ante la sobreexposición que deriva de ellos en el trabajo intensivo en digitalización, como el teletrabajo, otro ámbito de garantías especialmente atendido –también con sus deficiencias y ambigüedades, por supuesto– por el [RDL 28/2020](#) es la seguridad y salud en el trabajo, en especial frente a los riesgos de tipo ergonómico y, por lo que aquí interesa, psicosociales ([art. 16](#)). La propia –repetida– garantía del derecho a la desconexión digital coadyuva a esa protección reforzada (o al menos promovida). La sobrecarga de tiempo de trabajo en la modalidad telemática de prestación es una constante o lugar común de los estudios estadísticos realizados en este ámbito. Pues bien, comienza también a tener reflejo judicial. [Así lo ha evidenciado una sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Girona.](#)

Una trabajadora, de 44 años, presta sus servicios como auxiliar administrativa en el área de servicios sociales –en la oficina de vivienda– del Ayuntamiento de Palafrugell (Girona). Mientras teletrabajaba, sufrió un ictus. La mutua no lo reconoció como accidente laboral por tratarse de una contingencia común y acaecer en su domicilio. Presentada la correspondiente demanda, tras la reclamación administrativa, el ictus recibió la calificación judicial de accidente de trabajo. En la sentencia se deja constancia de que, durante el día anterior al ictus, la trabajadora gestionó 45 correos electrónicos y atendió 45 llamadas telefónicas, lo que supone una sobrecarga de trabajo respecto de la habitual, según quedó registrado. En consecuencia, no habiendo probado la mutua un origen externo, debe presumirse el carácter laboral del ictus, porque se produjo en horario laboral [ex artículo 156 de la LGSS.](#)

6.6. ¿El teletrabajo en pandemia como medida para su adaptación razonable por razones de conciliación es un derecho subjetivo, más si media una cuestión de género?

Además de medida preventiva ([art. 5 RDL 8/2020](#)), el teletrabajo en la pandemia ha sido un instrumento pensado también para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar (CVLF), de ahí su inclusión en el «Plan MeCuida» ([art. 6 RDL 8/2020](#) –de vigencia prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 [por el RDL 2/2021](#)–). Esta instrumentación hacia la CVLF se ha querido diluir de forma notable en el [RDL 28/2020](#), a fin de evitar el riesgo de regresión en la equidad de género, de modo que se identifique el teletrabajo con la promoción del retorno de la mujer al domicilio, ahora convertido también en su oficina (lugar de trabajo).

De todos modos, la ley laboral común ([art. 34.8 ET](#)) consagra, también para periodos de normalidad, el teletrabajo como modalidad para dar contenido al derecho subjetivo a una adaptación razonable (y negociada de buena fe) del trabajo (organización flexible) para

satisfacer necesidades de CVLF (en la doble perspectiva actual de equidad de género y protección de la infancia, analizadas en la «[crónica de actualidad](#)» de este número). Al respecto, podemos hallar sentencias previas al teletrabajo en pandemia que enfrentaron esta cuestión, con suerte dispar¹⁹.

Siendo nuestro objeto reflejar el estado del arte judicial sobre el teletrabajo en el estado de alarma (doble dimensión preventiva y de CVLF), sugerente es la [STSJ de Aragón 553/2020, de 17 de noviembre](#). Esta sentencia resuelve la petición de teletrabajo realizada por una trabajadora, mediante la entrega por la empresa, o la puesta a disposición por parte de la propia trabajadora, de un ordenador portátil, que fue denegada. En el primer caso, por no disponer de suficientes portátiles para todas las trabajadoras que lo solicitan y por análogas causas (la sobrecarga de cuidar que se derivó del confinamiento –cierre de colegios–), debiéndose programar la compra de una forma gradual, y, en el segundo, por la imposibilidad de efectuarlo con el ordenador personal, por razones de ciberseguridad. En cambio, en esas fechas, otras dos trabajadoras en análogas condiciones sí obtuvieron una respuesta positiva. Finalmente, tras su alta después de un periodo de IT, la demandante fue incluida en un ERTE.

Para la sala, ni la carencia de posibilidades económicas es creíble, dado el bajo coste de la inversión (500 €), ni la diferencia de trato justificada. Por lo tanto, la empresa habría incurrido en discriminación (arts. [14 CE](#) y [17 ET](#)), sin ofrecer razones objetivas.

En su conclusión fue determinante un doble argumento –por cierto, contrario al informe de la ITSS que entendió objetivamente acreditada la imposibilidad técnica de la empresa para conceder más teletrabajo–, uno estructural (la doctrina de la [STC 26/2011, de 14 de marzo](#)) y otro coyuntural: «La decisión debe valorar [...] las circunstancias sociales y la normativa legal relativa a la pandemia COVID-19 [...]» (FJ 7.º). Además, la sentencia condena a la indemnización por los daños morales derivados de la violación de un derecho fundamental, asumiendo la doctrina de la automaticidad de este daño cuanto la (cómoda) estandarización judicial de su cuantía (6.251 €: grado mínimo de la sanción por infracción del [art. 8.12 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social](#) –LISOS–). No obstante, para el caso concreto, introducirá un doble factor de corrección a la baja (su situación de afectada por el ERTE apenas se produjo la negativa por parte de la empresa de su petición

¹⁹ La SJS número 6 de Barcelona 381/2019, de 28 de noviembre, lo niega a un trabajador que, con dos hijos en edad escolar, pretende revertir su reducción de jornada volviendo a jornada completa, combinando el trabajo presencial con el teletrabajo (proponiendo dos opciones). La negativa se debe a dos motivos. El primero que la empresa no tiene implantada la modalidad de teletrabajo, por lo que obligarla a ello sería gravoso. Segundo, la falta de prueba de esa necesidad conciliatoria, por cuanto ni habría probado la disponibilidad de cuidar de su cónyuge ni la ineficacia de otras formas de flexibilidad horaria que ofrece la empresa para organizar la ampliación, a la que no se opone.

de teletrabajo y la situación económica negativa –preconcurso– de la empresa), dejando la indemnización en 2.000 euros, «que se entiende más proporcionada» (FJ 8.º).

En cualquier caso, conviene dejar claro que se precisa una razón fundada y probada, sea de salud, sea de conciliación, no contemplándose el derecho a la prestación mediante teletrabajo como un derecho subjetivo generalizado o normalizado de las personas trabajadoras, menos en el ámbito público, donde rige el principio de prevalencia de las necesidades del servicio público (por ejemplo, [art. 47 bis Estatuto Básico del Empleado Público, introducido por RDL 29/2020, de 29 de septiembre](#)). Así lo entiende la [STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2020 \(rec. 924/2020\)](#), para un analista del servicio de Sistemas de Información del Servicio de Informática de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, que reclamó (Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo para la Junta) el trabajo no presencial 4 días a la semana. De un lado, constaba un informe sobre la afectación a la calidad del servicio de tal medida. De otro, tampoco se justificaría la necesidad de CVLF, sin que sirvan razones solo personales, pues «[...] no consta [...] circunstancia familiar alguna [...]».

6.7. ¿La preferencia del teletrabajo desactiva la legitimidad para solicitar un ERTE/FM?

No. La [SAN 43/2020, de 29 de junio](#), que asume una comprensión muy flexible de la dinámica de gestión empresarial en la pandemia de COVID-19 (dado lo incierto y vertiginoso del escenario), considera compatible en este escenario la prioridad legal del teletrabajo con la facultad de solicitar un ERTE/ETOP. La AN rechaza la visión sindical según la cual la priorización legal del teletrabajo debería implicar un esfuerzo de las empresas en poner los medios para que sea posible, así como el deber de especificación de, entre los puestos laborales, cuáles pueden desarrollarse a distancia y cuáles no, debiendo quedar desafectados aquellos puestos de trabajo que se haya determinado que pueden desarrollarse a distancia. ¿Por qué?

Porque para la AN se trata de medidas con diferente finalidad. Así:

[...] la [...] priorización del teletrabajo durante la pandemia [...] obedece, principalmente, a motivos sanitarios [...] mientras que la suspensión [...] obedece a un objeto diferente, esto es, ajustar el volumen de plantilla a la actividad efectiva de la empresa. Y resulta carente de toda lógica suponer que la situación de crisis patronal que pudiera implicar un excedente [...] desaparezca por el hecho de que los servicios se presten en régimen de teletrabajo (FJ 4.º, punto II).

7. ¿Es realmente recuperable el permiso «retribuido recuperable»? ¿De qué manera?

7.1. ¿Es técnicamente un «permiso», una forma de distribución irregular de jornada *ex lege* o una causa de *factum principis*? ¿Tiene consecuencias?

Otra de las medidas más conocidas de la legislación excepcional de emergencia pandémica fue el –impropiamente– denominado «permiso retribuido recuperable». Se reconoció a todas las personas trabajadoras asalariadas (en activo –no con contrato suspendido, salvo que lo fuera por ERTE de reducción de jornada, pudiendo entonces conciliarse–) de actividades no esenciales para atajar la crisis sanitaria en un momento muy «violento» de contagios por COVID-19 ([RDL 10/2020, de 29 de marzo](#)). De ahí que retrate laboralmente una etapa muy dura del confinamiento social (30 de marzo a 9 de abril). Como es bien conocido, esta medida garantizaba el salario íntegro, pero, como contrapartida, obligaba a su recuperación, a través de un proceso de negociación colectiva y una fecha de caducidad: 31 de diciembre de 2020.

Mucho antes de superarse esa fecha se presentaron conflictos jurídicos sobre esta medida, de diversa índole, si bien la mayoría deriva –e irán a más– de ese condicionante relativo a la recuperación de un «permiso». Una medida de la que se duda hasta de su naturaleza jurídica, si es un verdadero «permiso de trabajo» (interrupción temporal de la prestación de servicios), en cuanto que asignar a una licencia la condición de «recuperable» parece un oxímoron jurídico-laboral. Aunque tampoco es inusitado en la práctica convencional y de empresa, como para los «permisos por asuntos particulares», cierto, no sin equívocidad ([STS 888/2019, de 20 de diciembre](#)).

Por eso, se propone una alternativa, pareciendo más bien una modalidad (muy) especial de distribución irregular de jornada *ex lege*, diferenciándose, así, de la prevista en el [artículo 34.2 del ET](#), si bien sería su institución referencial. En última instancia no se trata sino de una forma de bolsa de horas a distribuir hasta el 31 de diciembre de 2020. El [artículo 3.3 del RDL 10/2020](#) así parece hacerlo: su regla de preaviso es el límite mínimo para respetar por el acuerdo de recuperación.

Así lo ha entendido –terciando en un irresoluto, seguramente irresoluble, debate de doctrina científica– la AN. La [SAN 43/2020, de 29 de junio](#), valoró que la afectación del periodo temporal del ERTE suspensivo a días en los que podría disfrutarse de tal «permiso» no permitiría declararlo no ajustado a derecho. En efecto, siendo realmente una medida de distribución irregular de la jornada *ex lege*, como sostiene, no excluye expresamente su aplicación ni al colectivo de las personas trabajadoras contratadas por las empresas que estén aplicando un ERTE de suspensión ([art. 1.2 c\) RDL 10/2020](#)) ni a las que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo ([art. 1.2 e\) misma norma](#)).

En consecuencia, concluye, nada obsta a la extensión temporal de un ERTE por COVID-19 a los días afectados por tal permiso retribuido recuperable (FJ 4.º, punto III). En la medida en que el contrato de trabajo no estaría ni suspendido ni propiamente interrumpido, sino que se beneficiaría de una forma particular de distribución de la jornada anual, la empresa mantiene intactas sus facultades de suspensión colectiva por la vía del ERTE. A mi juicio, la posición resulta razonable, pero no deja de chirriar con la finalidad de la medida, no con la letra (deficiente, una vez más, hasta en la denominación).

Por su parte, la [STSJ de Asturias 2088/2020, de 24 de noviembre](#), si bien *obiter dicta*, parece dar a entender que estamos ante un supuesto de fuerza mayor impropia o *factum principis*. La naturaleza diferenciada respecto de la fuerza mayor pandémica, aunque conectada, se refleja en la posibilidad de la empresa de acudir para gestionar la crisis, no a un ERTE por COVID-19, sino a una forma alternativa, más flexible y al tiempo garantista. Así:

[...] la modificación temporal de su jornada y centro de trabajo [...] debido a la suspensión de la contrata de limpieza con el Real Club Náutico, como consecuencia de lo dispuesto en el RD-Ley 10/2020, lo que le obligaba a reorganizar los servicios al no poder hacer uso del permiso retribuido recuperable allí regulado con su propia plantilla, de modo que en cuanto el club volviera a abrir sus instalaciones sería reintegrada a su anterior centro de trabajo [...].

7.2. ¿Podría compensarse con días de vacaciones, si la persona trabajadora así lo solicita?

Con algo de perplejidad para mí, para la AN sí. Esta visión comprensiva de las medidas de gestión de emergencia por parte de la AN (como sucediera para los despidos colectivos con la reforma 2012-2014, ha tomado protagonismo, asumiendo una opción de política del derecho opuesta, en la medida en que allí fue garantista y aquí parece comprensiva con la necesidad de flexibilidad para gestionar la incertidumbre) se refleja también en la [SAN 91/2020, de 28 de octubre](#). Esta sentencia concluye que las horas no satisfechas por el «permiso retribuido recuperable» podrían compensarse con días de vacaciones, si la persona empleada así lo solicita.

Recuerda que la empresa no tiene disponibilidad unilateral (tampoco por vía colectiva, porque el derecho a vacaciones es un derecho social fundamental comunitario y su regulación imperativa) a tal fin. A su juicio, verificada la buena fe del proceso de consultas-negociación (la ausencia de un acuerdo no crea tacha alguna sobre su legitimidad, ni siquiera sobre su bondad), descarta que se trate de una MSCT ex [artículo 41 del ET](#) o de una cláusula de inaplicación de convenio, así como de una vulneración de la libertad sindical. No obstante, y aclarado que tiempo de confinamiento social y tiempo de vacaciones son realidades jurídico-sociales opuestas (tranquilidad y esparcimiento del descanso

versus ansiedad y angustia del confinamiento), la AN considera que nada impediría que la persona trabajadora quisiera dedicar una parte de vacaciones a compensar tal periodo, como una más de las diversas posibilidades abiertas. La verdad, no parece coherente.

7.3. ¿Se puede interrumpir unilateralmente el disfrute del permiso por la empresa por la confianza legítima que crea una nota ministerial excluyente del permiso?

Ya hemos visto que ni la persona empleadora podía negarse a reconocer el permiso retribuido, por su carácter imperativo, siempre que no se tratase de actividades esenciales –excluidas de él–, ni es posible su recuperación de forma unilateral, pues debe mediar acuerdo. Ahora bien, ¿y si resulta ser la propia autoridad estatal, aun distinto departamento ministerial al de salud, la que induce o avala esa interrupción unilateral del disfrute por la calificación genérica de ciertas actividades –por ejemplo, la exportación– como esenciales mediante nota a modo de interpretación auténtica?

Para la [STSJ del País Vasco 257/2021, de 9 de febrero](#) (demanda de conflicto colectivo), a diferencia del fallo de instancia –que asumió su licitud–, tal interrupción es ilegal. El Ministerio de Industria carece de competencia, en la medida en que solo competen a la autoridad sanitaria. Más aún. Tal decisión empresarial –pese a adoptarse bajo el influjo del principio de confianza legítima en una actuación pública con apariencia de legalidad– pondría en riesgo la vida e integridad física de las personas trabajadoras. Por tanto, vulneraría un derecho fundamental ([art. 15 CE](#)), condenándola a una indemnización de 50.000 euros por «los daños morales causados».

7.4. ¿Se puede obligar a las personas trabajadoras de una empresa a disfrutar del permiso retribuido recuperable si su actividad es esencial, a fin de maximizar la salud?

El mismo sindicato que en el caso anterior pretenderá lo contrario en otro conflicto colectivo en este asunto: que se anule la decisión empresarial de reconocer el citado permiso retribuido recuperable, pese a estar incluida su actividad entre las esenciales, por más que se justifique en el objetivo de la empresa de adecuar su producción a lo que no era estrictamente aplazable, con lo que contribuir a limitar la movilidad y, por ende, los contagios. Para la SJS número 3 de Bilbao 242/2020, de 19 de noviembre, las empresas no estaban autorizadas por el [RDL 10/2020](#) para llevar a cabo este tipo de ponderaciones, fácticas y valorativas, pues si caían dentro de su ámbito aplicativo, estaban obligadas a reconocer el permiso, y si quedaban extramuros de él, no podían reconocer este tipo de medida excepcional. Otra cosa es que, dentro de la regulación ordinaria, hay vías,

acordadas, para llevar a cabo estos reajustes de producción, limitándola solo a lo urgente e inaplazable, a fin de maximizar la protección de la salud de las personas trabajadoras –y pública, en general–.

7.5. ¿Son indemnizables por la vía del artículo 34 del RDL 8/2020 los costes salariales durante este periodo o se trata de un abono a cuenta?

Para la [SJS número 3 de Pamplona 298/2020, de 10 de diciembre](#), sería más adecuado la segunda calificación jurídica. Así, respecto del eventual procedimiento de reequilibrio económico en el marco de los contratos públicos ex [artículo 34 del RDL 8/2020](#) (que, antes de la STS 85/2021, de 25 de enero, ya consideró compatible con su art. 22, sin prevalencia –ni es la opción de política laboral de la ley excepcional ni sería un límite aceptable a la libertad de empresa, no siendo de naturaleza vinculante el criterio en contrario de la ITSS–), esta fundada decisión judicial matiza:

En caso de que entre el personal [...] se encuentren personas afectadas por el permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio [...] para las personas trabajadoras [...] que no presten servicios esenciales [...] el abono de los gastos salariales de dichas personas no tendrá carácter de indemnización, sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación conforme a lo previsto en el artículo tres del mismo, que se tendrán en cuenta en la liquidación final del contrato.

7.6. ¿Superado el periodo de caducidad *ex lege* para el acuerdo, el «permiso retribuido» sería recuperable realmente?

Se trate de una forma especial de distribución irregular de jornada (sobre esta figura, la [STS 857/2019, de 11 de diciembre](#)), sea un «permiso» (para las diversas opciones cuando la regulación es convencional, de interés la [STS 888/2019, de 20 de diciembre](#) –en el caso se considera no recuperable–), lo cierto es que, si se deja pasar el periodo legal para alcanzar un acuerdo de recuperación, no parece que quepa descuento posterior. La llegada del término sin acuerdo caduca la facultad empresarial de su recuperación.

Quizás su calificación como permiso retribuido, aun excepcional (*factum principis ex lege*), lo que evoca un periodo de liberación del deber de trabajar y la retribución (no todos los permisos la garantizan), facilite la tesis de la caducidad de la facultad de descuento pasado el término. No obstante, sin desmerecer el gusto por el debate sobre «naturalezas jurídicas», esa conclusión se alcanzaría también atendiendo a la finalidad del «permiso» ([STS 257/2020, de 17 de marzo](#)) y a la imperatividad del término.



8. ¿Son aplazables los días de confinamiento social que coincidieron con las vacaciones anuales?

Sí. Así lo reconoce, con buenas razones, la [SJS número 3 de Santander 283/2020, de 16 de septiembre](#). La persona trabajadora tiene derecho a disfrutar sus vacaciones en un periodo distinto (del 28 de septiembre al 2 de octubre) al pactado, por coincidir con el confinamiento (13 a 17 de abril). Partiendo de la caracterización de esta epidemia como enfermedad «básicamente equivalente a una peste de corte medieval, esto es, una enfermedad vírica que se transmite entre seres humanos con apenas control y que afecta a la práctica totalidad de los ciudadanos», rechaza que una situación de fuerza mayor pueda penalizar el disfrute del derecho a vacaciones debidamente autorizadas por la empleadora. Aplica análogicamente el [artículo 38.3 del ET](#).

Una comprensión garantista confirmada por la [SJS número 1 de Melilla 149/2020, de 3 de noviembre](#), que igualmente reconoce el derecho de la trabajadora al disfrute en un periodo posterior (9 a 15 de diciembre) al inicialmente previsto y acordado (30 de marzo a 5 de abril) por coincidir con la medida de confinamiento decretado frente a la pandemia. En este caso se apela directamente a la norma civil ([art. 1.575.2 CC](#)), además de a la interpretación análoga del [artículo 38.3 del ET](#).

9. ¿Identifica la doctrina judicial la «prohibición de despido» en los tiempos de la COVID-19 que la ley difumina?

Si una cuestión es polémica en la regulación de emergencia es la relativa a la comprensión del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), en especial la calificación del despido por causa COVID-19. Al margen de que la realidad suele rebelarse contra los corsés normativos (por ejemplo, «[NH anuncia un despido colectivo en sus servicios centrales y corporativos que afectará a 300 trabajadores](#)»), en el estricto plano jurídico ya contamos con un amplio abanico de decisiones judiciales que han explorado todas las opciones calificadoras: la improcedencia (opción mayoritariamente seguida), la nulidad (minoritaria, pero que ganaría adeptos poco a poco) e, incluso, la procedencia (marginal, sino anecdótica, de momento).

Ahora bien, con ser la cuestión conflictiva más frecuente en estos momentos, no es la única. Haremos en las páginas que siguen una breve síntesis de los puntos críticos más señeros en torno al juego del [artículo 2 del RDL 9/2020](#). Pero también haremos incursiones por el estado del arte judicial respecto de otras situaciones extintivas vinculadas a la crisis sanitaria que resultan de interés creciente (por ejemplo, calificación de los despidos por contagio –que pueden servir de ariete para los posibles despidos por negativa a la vacunación, tema en el ojo del huracán–).

9.1. ¿Si el artículo 2 del RDL 9/2020 contiene una «ley prohibitiva», es coherente realizar una interpretación restrictiva de su ámbito o ha de ser expansiva?

La finalidad garantista del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) es evidente, también su excepcionalidad. Su título es inequívoco («Medidas extraordinarias para la protección del empleo»). Pero, a partir de él, su sentido se vuelve incierto. Ni la fuerza mayor (ex [art. 22 RDL 8/2020](#)) ni las causas ETOP ([art. 23 RDL 8/2020](#)) pueden ser «causas justificativas» de ceses (extinciones y despidos).

Ciertamente, su vocación garantista de un derecho constitucional ([art. 35 CE](#)) y fundamental comunitario (art. 30 [CDFUE](#)) debería llevar a lecturas expansivas y de garantía de su efecto útil, al margen de las notables deficiencias legislativas (deliberadas). Ahora bien, no sería correcto, ni honesto científicamente, ignorar que esa garantía supone simultáneamente la restricción de una libertad económica constitucional ([art. 38 CE](#)) y fundamental comunitaria (art. 16 [CDFUE](#)). En consecuencia, requiere de un cuidadoso método ponderativo de los valores y razones en juego. Lógicamente, esa valoración diferirá en los diversos niveles jurisdiccionales y así se proyecta ya en el estado del arte judicial en materia, a comenzar por el propio ámbito aplicativo del [artículo 2 del RDL 9/2020](#). En este sentido, en síntesis, cabe distinguir dos corrientes de doctrina judicial:

- a) Una línea de política judicial restrictiva: reducen su ámbito aplicativo a las empresas que formalizan y se benefician de un ERTE o exigen una relación de causalidad directa con la COVID-19.

Para ilustrar esta línea (a mi juicio errada), cabría citar, últimamente, la SJS número 14 de Valencia 37/2021, de 1 de febrero (declara la procedencia del despido objetivo). Concluye que solo sería de aplicación el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) «para el caso que la empresa [promoción inmobiliaria] haya decidido acogerse a estas medidas extraordinarias que suponen un ERTE [...] cuyo origen sea la COVID-19 [...]». Por su parte, la [STSJ de Cataluña 66/2020, de 11 de diciembre](#), propone una interpretación sistemática del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) con los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, exigiendo que medie «causa directa» de la pérdida de actividad con la crisis sanitaria, no indirecta o mediata (también la [SJS núm. 3 de León 439/2020, de 9 de octubre](#): procedencia del despido objetivo por causas productivas –dicho sea de paso, descarta discriminación por afectar el despido a más mujeres–).

- b) Líneas de política jurisdiccional hermenéutica expansiva (procede aplicar el [art. 2 RDL 9/2020](#) con formalización o sin ella, directa o indirecta, con acuerdo o sin él).

Si la línea político-interpretativa precedente ignora la literalidad de la norma, restringiendo su alcance más allá de lo previsto por su redactado, esta segunda línea omite la necesidad de una interpretación sistemática (contexto normativo, axiológico y fáctico), porque lleva el ámbito aplicativo del [artículo 2 del RDL 9/2020](#) a su máxima expresión, pese a

que parte de estar ante una norma prohibitiva y, en consecuencia, exigir una hermenéutica restrictiva. Así, la [SJS número 3 de Pamplona 304/2020, de 21 de diciembre](#) (asume el criterio gubernativo en boca de la doctrina consultiva de la Dirección General de Trabajo), incluye: «Cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional [...] (criterio interpretativo DGT-SGON-863CRA)». También cabe citar aquí la [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#) (despido colectivo con acuerdo).

En la misma línea expansiva se sitúa la [STSJ de Aragón 493/2020, de 27 de octubre](#), pues no solo aboga por la nulidad, sino que aplica el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) incluso si la causa trae razón de ser en tiempos anteriores a la COVID-19. No obstante, la principal razón de ser de la calificación de nulo será un defecto procedimental (al igual que para la [STSJ del País Vasco 1493/2020, de 12 de noviembre](#), que declara la nulidad del despido por prescindir del procedimiento de consultas exigible, al superar los umbrales numéricos –contando también 25 ceses por no superar el periodo de prueba–, sin plantearse la aplicación temporal del [art. 2 RDL 9/2020](#) –aunque las extinciones se produjeron entre el 16 de marzo y el 30 de abril–).

9.2. ¿El cierre anticipado de la temporada en una estación de esquí a causa de la pandemia equivale a un despido del personal fijo discontinuo?

El personal fijo discontinuo ha estado especialmente expuesto a las inclemencias de la crisis, habiendo sido necesarias sucesivas modificaciones de las leyes de emergencia pandémica para dotarlo de una razonable protección (el [RDL 2/2021](#) ha vuelto a incidir en ello). Sus condiciones contractuales lo exponen particularmente a crisis de este tipo, sin que tampoco la regulación haya alcanzado la debida claridad y suficiencia. En este azaroso escenario, las SSTSJ de La Rioja [190 y 191/2020, de 2 de diciembre](#), concluyen que la extinción del contrato de una trabajadora fija discontinua en una estación de esquí, con un pacto sobre el nuevo calendario por falta de nieve y anticipación de cierre (marzo 2020) a causa de la pandemia, no debe ser calificada como un despido. El cese anticipado responde a circunstancias objetivadas y pactadas (condiciones climatológicas): «aunque a ella se hubiera superpuesto la imposibilidad para el público de acudir a la estación por las restricciones de movilidad impuestas por el estado de alarma» (FJ 3.º, L). La falta de voluntad extintiva en la comunicación también excluiría la noción de despido.

9.3. ¿La exclusión de las personas trabajadoras fijas discontinuas del ERTE por COVID-19 y su tutela por la vía del artículo 25.6 del RDL 8/2020 son discriminatorias?

No, al menos para la sala de suplicación valenciana. La sala (SSTSJ de la Comunidad Valenciana [2027/2020, de 2 de junio](#), y [3414/2020, de 29 de septiembre](#)) entiende que,

anticipado el fin de la temporada, en este caso de termalismo, por la declaración del estado de alarma y pese a que, para entonces, la empresa ya había llamado a 19 de las 40 personas fijas discontinuas, no estaba obligada a presentar un ERTE/FM. Y ello a la luz de la nueva redacción del apartado 6 del artículo 25 del RDL 8/2020 (tras la [modificación del RDL 15/2020](#) –posteriormente ha experimentado otras, incluso con el citado [RDL 2/2021](#)–). El dato de iniciar o no la campaña sería irrelevante a tal fin.

La razón de ser estaría en la «irregular y especial situación» de las personas trabajadoras fijas discontinuas y que justificaría su trato desigual, sin desmerecer en la protección al resto de la plantilla (en ERTE/FM). Tampoco aquí habría –como en el caso anterior– despido colectivo alguno –ni para las personas ya llamadas ni para las que todavía no lo han sido, por interrupción de los programas de termalismo–. En suma:

Atendida la sucesión normativa [...] con el nuevo contenido del art. 25.6 del RDL 8/2020, no se puede apreciar [...] que la exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la garantía del ERTE constituye una diferencia de tratamiento lesivo del derecho [...] a la igualdad [...] al privarles de una garantía esencial que se reconoce al resto de la plantilla incluida en el ERTE [...] a pesar de la correspondencia de la causa determinante de su situación legal de desempleo con el resto de personal de la empresa [...] dado que el marco de protección fijado por la norma especial para unos y para otros, es el mismo, una vez publicado el nuevo RDL 15/2020 (FJ 3.º).

9.4. ¿Una revocación del llamamiento de las personas fijas discontinuas por la COVID-19 es equivalente a causa objetiva, conforme a la jurisprudencia precedente?

Aunque el asunto presenta diferencias fácticas, la [SAN 125/2020, de 14 de diciembre](#), parece más proclive a la protección de las personas fijas discontinuas, favoreciendo su inclusión en el ERTE/FM ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), en detrimento de su [artículo 25.6](#). En el caso, centenares de personas, con contratos fijos discontinuos, empleadas en una empresa de aviación (Air Europa), fueron avisadas, en virtud de *email* certificado (*certimail*), el 30 de enero de 2020 (previo al estado de alarma), de la fecha de incorporación para la temporada de verano –mayo y junio–. A tal fin, debían firmar el llamamiento en marzo (16-27). El día 13 de marzo de 2020 recibieron nuevo *certimail* que cancelaba el llamamiento alegando la situación provocada por la pandemia. De este modo, la empresa rehusará la incorporación al trabajo y, al tiempo, las excluye del ERTE/FM que planteó y obtuvo.

La empresa esgrime dos razones. Primero, la jurisprudencia viene defendiendo la licitud de omitir el llamamiento cuando obedece a circunstancias objetivas, tales como la disminución de la producción por fin de la campaña programada. Segundo, entiende que, en todo

caso, en el contexto fáctico y normativo de la crisis sanitaria, la solución jurídico-laboral para las personas fijas discontinuas que no hayan recibido el llamamiento será que estarán en situación legal de desempleo.

Presentada la correspondiente demanda de conflicto colectivo, la AN refuta el presupuesto de la empresa. El derecho de precedentes invocado parte de la inexistencia de llamamiento, pero, en el caso, sí lo hubo. Por lo tanto, no sería aplicable. Estamos ante una revocación del llamamiento, por causas objetivas, cierto, como son las vinculadas a la pandemia. Ahora bien, en tal escenario, su gestión correcta no es la vía del [artículo 25.6](#), sino la del [artículo 22 del RDL 8/2020](#).

En efecto, para la AN, el [artículo 25.6 del RDL 8/2020](#) (en la redacción vigente, habiendo sido afectado por el [RDL 2/2021](#)), relativo a la protección extraordinaria por desempleo de las personas trabajadoras fijas discontinuas, no incluiría este supuesto. Así las cosas, esto es, persistiendo el deber de la empresa de incorporación, so pena de incurrir en vulneración del derecho a la ocupación efectiva:

[...] si dicha incorporación no pudo llevarse a cabo por la existencia de una fuerza mayor que obliga a suspender su prestación efectiva de servicios (art. 45.1 i del ET), lo correcto hubiera sido actuar con relación a los mismos en la forma en que prescriben con carácter general el art. 47 ET y con carácter excepcional el art. 22 del RDL 8/2020²⁰.

9.5. ¿Cabe la sucesión de un ERTE/FM por un expediente de regulación de empleo (ERE) por causas ETOP si las causas que lo justifican son previas a la crisis de la COVID-19?

No parece haber acuerdo en la doctrina judicial en torno a la vigencia para esta crisis del derecho de precedentes que sí lo admite ([STS 257/2016, de 31 de marzo](#)), con condiciones estrictas, si bien bajo la ley ordinaria, sin atender a la ley excepcional, que parece excluir tal transición. La [STSJ de Andalucía/Sevilla 3301/2020, de 29 de octubre](#), comprensiva con «la difícil situación económica que atravesaba la empresa por causas económicas anteriores a la declaración de estado de alarma» y «distintas de las que causaron la suspensión temporal» por ERTE por COVID-19, concluye que el precedente criterio jurisprudencial sigue siendo aplicable. Por tanto, cabe «iniciar un despido colectivo [...] durante el periodo de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada [...] del COVID-19» (FJ 5.º). Ahora bien, tal contexto y opción no eximen de su deber de negociar de buena fe, lo que no hizo. Por lo tanto, declara la nulidad ex [artículo 124.11 de la LRJS](#).

²⁰ En esta misma línea, la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de octubre de 2020 \(rec. 1586/2020\)](#).

Sí avalará –orillando por completo el [art. 2 RDL 9/2020](#)– el ERE realizado la [STSJ de Madrid 953/2020, de 28 de octubre](#). En este caso, la empresa (de limpieza) solicitó ERTE/FM, denegado por la autoridad laboral. Este rechazo motivó un ERE, terminando este con acuerdo y la empresa en concurso voluntario. Se constata la imposibilidad objetiva de seguir con la actividad de empresa y, por tanto, con los contratos. De distinto, incluso opuesto, criterio es la [STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero](#). A diferencia de la sentencia de instancia, la sala entiende que, si la empresa no ha ejecutado antes la causa –que existe–, hacerlo ahora evidenciaría un fraude de ley.

9.6. ¿El despido fundamentado en una causa vinculada a la pandemia debe calificarse con improcedencia o nulidad?

Precisamente, esta última sentencia abre la cuestión más problemática de este precepto: ¿cómo se sanciona un despido (individual o colectivo) que traiga causa de la crisis de la COVID-19? No nos detendremos mucho en esta cuestión, que venimos siguiendo casi sentencia a sentencia novedosa en la materia. Sabemos que la gran mayoría opta por calificar estos despidos como improcedentes, pues la jurisprudencia social precedente ha descartado de forma reiterada la sanción de nulidad para los despidos fraudulentos, con causa falsa o irreal, o sin causa seria ([STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013](#)), salvo si concurre un interés colectivo o de índole social, en cuyo caso se aplica la doctrina jurisprudencial sobre nulidad de los despidos de tipo colectivo en fraude de ley. Doctrina forjada y mantenida incluso si la causa de nulidad ya no tiene referente legal expreso, una vez fue derogado por el legislador con la reforma del [artículo 124 de la LRJS](#) (en 2014).

Aunque la citada [STSJ del País Vasco 119/2021, de 26 de enero](#), declara la nulidad de estos despidos, no hay ni la más mínima referencia a esta doctrina jurisprudencial, ni la que refuta sus razones ni la que permitiría avalarlas. Afortunadamente (la completa anomalía de ese modo de razonar jurídico-social, que consciente de que introduce una solución contraria al derecho jurisprudencial ni siquiera razona el por qué se aparta de él), la posterior [STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero](#), contiene una mucho más cuidada argumentación (FF. JJ. 4.º y 5.º). Si la insistencia en la norma común ([art. 6.3 y 4 CC](#)) sigue sin convencer (tampoco al voto particular que incorpora esta sentencia, evidenciando que las dudas emergen en la sala también), los argumentos vinculados a normas sociales sí, como vengo sosteniendo desde hace un tiempo.

La [STSJ del País Vasco 331/2021, de 23 de febrero](#), sí recuerda la doctrina jurisprudencial social –sobre la que tanto insisto y que tanto resulta ignorada por todos los fallos multinivel, de un lado y de otro– que enfatiza el interés social que preside la atmósfera reguladora de los despidos por causa de COVID-19, al margen de su profunda deficiencia técnica. Por eso, pondrá el acento en que la regulación de los despidos *ex* artículos [51](#) y [52](#) del ET contemplaría una visión de la nulidad «más comprensiva que en los supuestos del despido ordinario, pues a los previstos –*ex* art. 55.5 ET– se suman otros, y es la normativa del art. 22

RDL 8/2020 claramente integrativa de los supuestos de los despidos objetivos [...]» (FJ 4.º). Por lo tanto, los eventuales casos de fraude de ley ex [artículo 6.4 del CC](#) –al igual que la vulneración de normas imperativas– no siempre obtienen una idéntica respuesta en las normas sociales, siendo regla general que, cuando concurre interés colectivo, esa sanción es la más pertinente (por ejemplo, [STS 141/2021, de 2 de febrero](#), aun en un asunto tan dispar como la ausencia de negociación real de un convenio, acarreado su nulidad –igual para despidos colectivos–). En todo caso, las dudas anidan en su seno, al ir emergiendo votos particulares –y habrá más–.

9.7. ¿La reducción por la principal de la contrata a causa de la COVID-19 es causa justificativa de despidos en la empresa contratista?

No hay acuerdo en la doctrina judicial sobre si la exigencia de causalidad directa entre la pérdida de actividad y las medidas suspensivas laborales ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#) también debe integrar la interpretación del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), o, no existiendo esta exigencia, en su texto, debe admitirse que tan injustificado sería el despido basado directamente en las circunstancias de la pandemia, cuanto si esa conexión causal es indirecta o mediata. Requiere la causalidad directa la citada [STSJ de Cataluña 66/2020, de 11 de diciembre](#) (con voto particular).

La también citada [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#), alcanza la calificación de improcedente, como se vio, basándose en la integración de ambos tipos de conexión causal, directa e indirecta, pues la vocación prohibitiva de la norma exigiría este efecto útil de garantía. Aunque descarte expresamente la nulidad, porque la ley no lo ha afirmado de forma expresa, cuando ha tenido decenas de oportunidades de clarificarlo. A mi juicio, la tesis expansiva, que incluye la doble modalidad de conexión causal, directa e indirecta, es la adecuada al criterio literal y finalista, en otro caso se introduce un formalismo obstaculizador injustificado.

9.8. ¿Cabe declarar el carácter injustificado –o nulo– del despido colectivo vinculado a la COVID-19 incluso si media un acuerdo sindical?

Dado el carácter imperativo que asumiría esta norma en tiempos de pandemia y de estado de alarma, pese a la doctrina jurisprudencial, dictada en situaciones ordinarias que blindaría en los procesos individuales la impugnación del despido colectivo con acuerdo de reestructuración, por la presunción de certeza que supone el pacto, parece claro que el órgano judicial podrá entrar a conocer de la eventual concurrencia de causa justificativa asociada a la COVID-19. Dejando ahora de lado la existencia de una corriente judicial que pone en cuestión esta doctrina jurisprudencial, en virtud del juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#), aplicando preferentemente el [Convenio 158 de la Organización Internacional del](#)

Trabajo, hay que insistir, una vez más, en que no estamos en una situación ordinaria, sino excepcional, y, en consecuencia, se hace preciso adecuar la interpretación al contexto, normativo y socioeconómico, que debe, en virtud del [artículo 3.1 del CC](#), dominar el proceso de comprensión hermenéutico de las normas. Y aquí queda claro el carácter imperativo de la norma, por lo que no es disponible para la autonomía colectiva (así se deduce, entiendo que correctamente, de la [STSJ de Madrid 1036/2020, de 25 de noviembre](#)).

10. ¿La jubilación de la empleadora excepciona el compromiso de seguridad en el empleo (disp. adic. sexta)? ¿Qué efectos tiene su incumplimiento?

Junto al sentido y alcance del [artículo 2 del RDL 9/2020](#), la otra medida de garantía de seguridad o estabilidad en el empleo que más debate ha venido generando es el compromiso previsto, a tal fin, en la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#). Una garantía que ha vuelto a conocer una prórroga –sin modificaciones reguladoras– con el [RDL 2/2021](#). Hasta el momento, la enorme incertidumbre generada por el sentido y alcance de la cláusula se ha traducido en una intensa actividad consultiva, ante las autoridades laborales, que vienen, por lo común, manteniendo una visión amplia de su funcionamiento. Sin embargo, comienzan ya a conocerse las primeras decisiones judiciales en la materia, inicialmente coincidentes con los criterios consultivos.

En este sentido, la SJS número 5 de Bilbao de 5 de febrero de 2021 (autos 670/2020) califica la extinción del contrato por jubilación de la empresaria (titular de 2 tiendas de ropa en Bilbao) 1 día después del ERTE de reducción de jornada por fuerza mayor ex [artículo 22 del RDL 8/2020](#), en un escenario de cierre del establecimiento y fin de la actividad (venta al por menor de ropa), como improcedente por incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo ex [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#).

Asume la doctrina administrativa dictada en este asunto por parte de la Dirección General de Trabajo, que no excepciona del compromiso causas extintivas que dependan de la voluntad de la persona empleadora y, además, se conozcan de forma previa a acogerse al ERTE, como es la jubilación, reafirmando la inconsistencia del razonamiento que pretende mantener los beneficios de una regulación (para empresas y personas trabajadoras), como es un ERTE asociado a la COVID-19 y liberarse de sus condiciones. En consecuencia, siendo una norma de equilibrios y compromisos recíprocos, debe aplicarse en su integridad (FJ 3.º). En la sentencia se afirma la improcedencia de forma pacífica, sin advertir debate alguno en torno a si podría considerarse nulo, por lo que se limita a fijar los efectos de aquella calificación respecto a la trabajadora (readmisión obligatoria, lo que no será posible por el cierre de tienda, o indemnización –en este caso elevada, pues asciende casi a 47.000 €–; FJ 4.º). Tampoco se hace en ella referencia alguna al eventual reintegro de las cuotas sociales de las que se haya podido exonerar en virtud del ERTE/FM.

11. ¿Cuál es la consecuencia para la persona trabajadora de no cumplir con las medidas de protección en el centro de trabajo previstas por las autoridades sanitarias?

Ya hemos tenido la oportunidad de recordar la convicción de la doctrina judicial sobre la obligatoriedad del cumplimiento, por parte de las personas trabajadoras en los centros, no solo para la dirección de las empresas, con la densidad de medidas higiénicas y de seguridad frente al riesgo de contagio. En consecuencia, su inobservancia habilitaría a la empresa para ejercer su potestad disciplinaria. En este sentido, la [SJS número 4 de Gijón 265/2020, de 4 de noviembre](#), ha avalado el despido de un trabajador (de empresas de mensajería – reparto de comida–) que se negaba reiteradamente al uso de EPI (mascarillas higiénicas, guantes), así como al lavado de manos con gel hidroalcohólico, pese a dedicarse a la recogida de pedidos de comida (en restaurantes conectados al sistema informático de la empresa). A su juicio, una vez acreditados los hechos que se le imputan en la carga, serían de suficiente entidad para ameritar la sanción máxima, la de despido, también teniendo en cuenta «el contexto tan extraordinario en el que nos encontrábamos entonces y que desgraciadamente persiste hoy [...]» (FJ 2.º).

Una situación análoga, también en el sector de la alimentación, pero en una versión más tradicional (venta en un centro comercial), y con circunstancias semejantes (negativa por parte de la trabajadora –en este caso es una mujer– a un uso correcto de las mascarillas, pese a que se le había advertido varias veces y conflicto con un superior, y una cliente, a consecuencia de todo ello), se produce en el asunto conocido por la citada [SJS número 6 de Santander 24/2021, de 22 de enero](#). En tales circunstancias, también esta sentencia avala el despido realizado por la empresa. De nuevo es relevante el contexto de crisis sanitaria, junto al tipo específico de actividad realizada.

12. ¿Cómo se debe calificar el despido de las personas trabajadoras a causa del contagio por COVID-19?

12.1. ¿El despido por contagio sigue la regla general del despido por enfermedad –improcedencia– o es una enfermedad estigmatizadora –nulidad por discriminación–?

La máxima actualidad ahora está en el eventual despido por la negativa a la vacunación. No se ha producido todavía, pese a que sí se ha abierto el debate, no solo en España. Ahora bien, con lo que sí contamos ya, y podría servir de referencia, es con varias decisiones de doctrina judicial de instancia social sobre la calificación que ameritan los despidos hechos en virtud de una situación de contagio por COVID-19. La mayoría están optando por la nulidad, siendo más escasos los pronunciamientos de improcedencia.

Habiendo dado las leyes de emergencia un tratamiento a estas situaciones de asimilación a accidentes de trabajo ([art. 5 RDL 6/2020, de 10 de marzo](#), modificado por la [disp. final décima RDL 28/2020](#)), generando la correspondiente baja, la racionalidad jurídico-económica y social parece ir contra la lógica de despidos basados en este tipo de situaciones. Pero la realidad, a menudo, no es racional. Como se sabe, no siendo la enfermedad un concepto equivalente al de discapacidad, la regla sería la improcedencia, salvo (1) enfermedad equivalente a la discapacidad ([STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13](#)) o (2) estigmatizante socialmente ([STC 62/2008, de 26 de mayo](#)). Si en relación con el despido por contagio de COVID-19 no parece aplicable la primera excepción para calificar tal despido como discriminatorio, sí la segunda.

Justamente, este efecto estigmatizante de una enfermedad altamente contagiosa, que está creando ciertos conflictos cívicos, se aprecia en diversas decisiones judiciales (por ejemplo, [SSJS núm. 9 de Murcia 231/2020, de 10 de diciembre](#), y núm. 1 de Mataró 39/2021, de 1 de febrero). En ambas, junto a la readmisión y pago de salarios de tramitación, se condena a la indemnización por daño moral (violación arts. [14](#) y [15 CE](#)), en la típica cuantía estándar para estos casos (6.251 €; [art. 8.12 LISOS](#)) y conforme a la jurisprudencia sobre su automaticidad ([STS 768/2017, de 5 de octubre](#)).

En todo caso, no deja de generar alguna duda, pues se trata de una enfermedad de corta duración y las restricciones de contacto social vienen de suyo en el periodo de cuarentena o curación, por lo que las dificultades de participación profesional o tienen fecha de caducidad o son inherentes a la restricción de movilidad. No sorprende que haya otros fallos que rechacen la nulidad y opten por la improcedencia. Es el caso de la [SJS número 2 de Palencia 110/2020, de 8 de octubre](#), que declara el despido improcedente por inasistencia al trabajo tras comunicar que es posible positivo, por no ser ni incierto ni dilatado el periodo de curación (FJ 4.º).

12.2. ¿Cuál debe ser la actuación de la empresa ante la negativa de una persona empleada que rechaza incorporarse al puesto por miedo cerval al contagio?

En la [SJS número 1 de Cáceres 182/2020, de 5 de octubre](#), se discute si una trabajadora, que se negó reiteradamente a acudir al trabajo por miedo cerval al contagio de COVID-19, renunció (desistimiento) o no (despido) a su trabajo. Para la sentencia, el «dramatismo de lo vivido en los primeros momentos de la pandemia» no justifica la actitud de la trabajadora, aunque hay que atender el momento de «conmoción social». Pero, en este escenario, la empresa no fue transparente: ni anuncia acción disciplinaria (despido o sanción menor), ni despido objetivo, por ineptitud sobrevenida, o una baja por IT, sino que opta por la solución más espuria, la que ocasiona menor coste para la empresa –0 céntimos– con mayor perjuicio a la trabajadora –0 protección: ni siquiera desempleo–. En suma, se trata de un



despido disciplinario que, al carecer de la debida forma, debe ser calificado como improcedente (readmisión o indemnización –9.000 €–).

Epílogo. ¿De la «legalidad excepcional anti-COVID-19» al «derecho racional» por la mediación de la autoridad judicial?

El tiempo de improvisación y deficiencia técnica extremas de la técnica legislativa debe dejar paso a la palabra serena y racional de la jurisprudencia. Esta debe ser orden, en tiempos de caos; paz, en tiempos de conflicto; coherencia, en tiempos de excepción; rigor jurídico, en tiempos de pésima técnica legal. Previamente, sin embargo, hay que pasar por otro tiempo de zozobra, inquietud e imprevisibilidad de la regla aplicable en el actual contexto normativo y fáctico de excepción: son los tiempos de las múltiples y heterogéneas visiones (concepciones) de doctrina judicial multinivel que pugna, en este juego de tronos entre autoridades togadas y autoridades gubernativas, por dejar su propia huella en la conformación «última» del derecho excepcional en tiempos de COVID-19. Me temo que será con menos poesía, y menos perdurable en la memoria (y escritura) que la vida de Ulises en tiempos de Héctor, el domador de caballos, y en tiempos de Aquiles, el de los pies alados. Otra vez malos tiempos para la lírica (en general) y para el rigor de la razón jurídica frente al exceso de política (voluntarista) del derecho.