

Revista Española de Derecho del Trabajo

2022

Núm. 258 (Noviembre)

Estudios doctrinales

2. Preservación de la empresa y derechos sociales frente a crisis económicas: propuestas de perfeccionamiento normativo (JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD)

2 Preservación de la empresa y derechos sociales frente a crisis económicas: propuestas de perfeccionamiento normativo*)

Preservation of the company and social rights in the face of economic crisis: proposals for regulatory improvement

JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Zaragoza

ISSN 2444-3476

Revista Española de Derecho del Trabajo 258

Sumario:

- I. Crisis económica prepandemia y respuesta legal
 1. Antecedentes motivadores
 2. Normas sustantivas prepandemia, de alcance sociolaboral, y análisis crítico sobre su eficacia en la preservación de la empresa y los derechos sociales
 - 2.1. La regulación derivada de la crisis económica de 2008 y del cumplimiento de la ortodoxia fiscal
 - 2.2. Actuaciones normativas tras la censura parlamentaria de 2018: un complejo equilibrio entre la pervivencia de la empresa y la ampliación de los derechos sociales
- II. Los resortes regulatorios durante la pandemia y su incidencia en la preservación de la empresa y los derechos sociales
 1. Paraguas social y efectos para la empresa y el empleo
 2. La “prohibición de despedir” y su impacto para la empresa
 3. Algunas normas de trascendencia social y empresarial, aprobadas durante la pandemia, al margen de la crisis sanitaria. y frente a panorama de estanflación
- III. Bibliografía citada

RESUMEN:

No puede entenderse el Derecho del Trabajo sin la existencia de la empresa. Es por ello que la motivación principal de la presente propuesta científica sea su preservación, aún a costa de modular los derechos sociales de las personas trabajadoras que se encuentran en su seno. Diversas señales alertan de una próxima crisis económica, y no sólo coyuntural derivada del persistente aumento de la inflación, que puede poner en serio riesgo la pervivencia de aquella ante una amenaza real, y con ello la creación de nuevos puestos de trabajo y la destrucción de los ya existentes, pudiendo llegar a tasas de desempleo similares a las de la crisis económica 2008-2014 o, por el contrario, suponer una crisis de demandantes de empleo en muchos sectores. Precisamente, tomando como referencia y modelo de aprendizaje los efectos devastadores de esta última, merece la pena realizar las propuestas jurídicas oportunas, desde el punto de vista normativo, para que dicho panorama no se produzca, teniendo en cuenta que los elementos motivadores de las futuras crisis en nada tienen que ver con los anteriores, sin perjuicio de que se encuentran bastante definidos, y sobre los que es necesario empezar a trabajar ya para mitigar sus consecuencias.

PALABRAS CLAVE: Empresa - Derechos laborales - Crisis económica - Estabilidad presupuestaria

ABSTRACT:

Labor Law cannot be understood without the existence of the company. That is why the main motivation of this scientific proposal is its preservation, even at the cost of modulating the social rights of the workers who are within it. Various signs warn of an upcoming economic crisis, and not just a temporary one derived from the persistent increase in inflation, which could seriously jeopardize its survival in the face of a real threat, and with it the creation of new jobs and the destruction of existing ones, being able to reach unemployment rates similar to those of the 2008-2014 economic crisis or, on the contrary, suppose a crisis of job seekers in many sectors. Precisely, taking the devastating effects of the latter as a reference and learning model, it is worthwhile to make the appropriate legal proposals, from a regulatory point of view, so that this panorama does not occur, bearing in mind that the motivating elements of future crises have nothing to do with the previous ones, without prejudice to the fact that they are quite well defined, and on which it is necessary to start working now to mitigate their consequences.

KEYWORDS: Company - Labor rights - Economic crisis - Budget stability

Fecha recepción original: 23 de Septiembre de 2022

Fecha aceptación: 29 de Septiembre de 2022

I. CRISIS ECONÓMICA PREPANDEMIA Y RESPUESTA LEGAL

1. ANTECEDENTES MOTIVADORES

La preocupación doctrinal por los cambios sociales y las influencias de estos en el derecho del trabajo ha ido ligada a la modificación negativa de los ciclos económicos y a la retracción del mercado y su proyección en el mundo de las relaciones laborales. Así, la crisis económica internacional, iniciada en 2008, que golpeó no sólo al sistema financiero, sino a la nula capacidad de respuesta de nuestro país, al borde del colapso, merced a la exclusiva confianza en un mercado inmobiliario sobredimensionado, y con valores ficticios, impuso especial actividad investigadora en el seno de nuestra disciplina, en aras a conseguir la mejor solución, mediante propuestas de perfeccionamiento de las normas sustantivas y jurisprudenciales imperantes, influidas, además, por recurrentes reformas laborales, que dibujaban un panorama de respuesta normativa cambiante y de gran incertidumbre¹⁾.

Los efectos de la crisis económica prepandemia son constatables aún en la actualidad,

urgiendo la necesidad de trazar, durante su transcurso, nuevos senderos científicos que estudiaran la acción de los poderes normativos para paliarla, y advirtieran de su eficacia y efectos jurídicos sobre el empleo, en relación a las condiciones de trabajo, y sobre su oportunidad para el pretendido mantenimiento legal de la empresa, a costa de importantes reformas estructurales en el siempre contestado panorama regulador de las relaciones laborales. Se propusieron así diversos proyectos de investigación relacionados con la crisis económica y su respuesta normativa, convencional y jurisprudencial.

Esta crisis nacional sin precedentes, que tuvo un componente internacional, con una importante deflagración del sistema financiero, contagió de manera significativa a España, país expuesto a una burbuja inmobiliaria compuesta por una excesiva oferta y su correlativa demanda, guiadas ambas por unos precios sin precedentes, que no reflejaban, en absoluto, un valor real y objetivo del mercado, corrigiendo a la baja de forma sorpresiva y abrupta, atrapando a los vendedores, los cuales habían hecho importantes inversiones a precios desorbitados, y también a los compradores, cuando el valor de sus inmuebles se depreciaba sensiblemente, sin que cubriera este, en la mayor parte de los casos, el importe de lo adeudado a las entidades financieras prestamistas, con un acceso al crédito irresponsable y sin valoración futura de los riesgos reales de impago²⁾.

Lo acontecido a los inversionistas vendedores se tradujo en un cataclismo para el empleo, que llegó a rozar una tasa de desempleo del 27%³⁾, como consecuencia del concurso empresarial de la mayoría de las entidades cuyo objeto social era la construcción y el mercado inmobiliario, arrastrando, por efecto dominó, desde las de mayor tamaño, a las de menor, afectando a todos los puestos de trabajo creados en todos los eslabones de una peligrosa cadena que se iba destruyendo, así como el dependiente de las actividades conexas a aquel⁴⁾.

A ello se añadió la falta de credibilidad económica de nuestro país, traducida en una prima de riesgo que escaló a mediados del año 2012 a niveles sin precedentes, con subastas del tesoro que llegaron a rentabilidades cercanas al 7%, algo impagable para cualquier estado avanzado⁵⁾, y que obligó, previamente, a la intervención económica de países como Irlanda, Portugal o Grecia. A todo esto se sumó la falta de solvencia del sistema financiero europeo y, en particular, del español necesitado de una recapitalización, de imposible materialización con fondos propios del Estado, que requirió la ayuda económica europea, no exenta de sacrificadas reformas estructurales⁶⁾.

No se pueden vaticinar en qué consistirán las crisis económicas venideras, pero sí puede hacerse una idea de los parámetros motivadores de la próxima crisis económica y el posible blindaje normativo que cabría proponer para la defensa de la empresa y el equilibrio de dicha pretensión con el de la pervivencia de los derechos sociales, en general, y de los trabajadores, en particular.

Por el momento, en el estadio anterior a la pandemia ya asistimos a una desaceleración mundial en el crecimiento. En el caso europeo, afectó especialmente a Alemania⁷⁾, que constituye la locomotora principal de la Unión económica y monetaria.

Esas nuevas amenazas resultan, en efecto, de un origen diferente al de antaño. Sobre algunas de ellas es difícil aventurar el alcance y efectos sobre nuestro mercado de trabajo, sin perjuicio de que todos los indicadores demuestren que pueden suponer un importante freno económico y un escenario propicio para el advenimiento de las desigualdades sociales, la precariedad laboral y para una merma en la extensión de los derechos laborales básicos de los trabajadores. También un reparo paralelo de la pervivencia de la empresa y un importante obstáculo para el emprendimiento.

Así, si bien la crisis de 2008 tuvo un origen mundial de etiología financiera, adicionado al

inmobiliario, en el caso español, no parece que aquella amenaza haya desaparecido, no sólo ante las nuevas exigencias europeas de recapitalización bancaria y de solvencia, de difícil cumplimiento, sino también ante un margen de política monetaria del BCE, que deja poco espacio para el beneficio de los bancos y para su subsistencia, con tipos a cero, parece que sempiternamente mantenidos. Este resorte de descenso de tipos de interés que se ha producido desde el inicio de la anterior crisis, y que ha podido servir de acicate para la preservación de la empresa, pasándose de 7 al 0%, ya no tiene recorrido ahora. Se trata de un globo de oxígeno al que no se podrá recurrir para abaratar los gastos financieros, robustecer la situación económica de la empresa y trasladar dicho ahorro a la inversión de esta última y, con ella, la creación de empleo. Muy al contrario, la excesiva inflación con la que concluyó 2021 y que prosigue su imparable escalada en 2022 como consecuencia de una crisis energética que se agravó con la guerra de Ucrania, anticipa que los costes de financiación empresarial pueden aumentar a corto plazo, con una evidente presión de tipos de interés que empuja desde EEUU.

Otro problema que debe ser objeto de diagnóstico en la próxima retracción económica, es la excesiva deuda pública, no existente en el año 2008, y que antes del ingente gasto público al que ha tenido que recurrir el Estado para afrontar la pandemia ya rozaba el 100% del PIB, frente al 39% de entonces⁸⁾. Es cierto que el abaratamiento en los tipos a pagar en la devolución de la misma ha conllevado un alivio en el gasto público, pero llegados a estos límites de endeudamiento prevalece la cantidad a devolver sobre el beneficio en su financiación. Una posible obligación de amortización a estos niveles cuantitativos comprometería el gasto en políticas de empleo y amenazaría la pervivencia de empresas dependientes del sector público, que sacrificarían la demanda a estas en favor de aquel cumplimiento, con las consecuencias negativas en cascada para resto del sector productivo.

Esta necesidad de reducción del gasto público, con las consecuencias negativas inherentes antes apuntadas, puede traer también su causa en la obligada reducción del déficit (inexistente a finales de 2007, con un superávit del 1,89%), que fue, según el INE, del 2,7% en 2019, tras haber descendido paulatinamente desde el 10,74% en el año 2012, una cifra esta inconcebible para un país avanzado, al borde de la intervención. No pueden tenerse en cuenta los niveles de déficit de los años 2020 y 2021, pues fueron consecuencia de un incremento extraordinario en el gasto público, cuyo objetivo fue la urgente necesidad de paliar las desastrosas consecuencias sanitarias, económicas y sociales de la pandemia. Una vez superada esta desgracia coyuntural, habrá que afanarse en la reducción de aquel porcentaje prepandemia, cuando la crisis energética y de competitividad por la escalada de precios de 2022 haya sido contenida con más gasto público. En este último empeño, necesario por otro lado, se verán también las consecuencias negativas para el emprendimiento, para la pervivencia de algunas empresas y para el empleo. Habrá que apostar por diversas actuaciones normativas que serán objeto, seguro, de debate doctrinal, algunas de las cuales se avanzarán en el presente estudio.

Un problema añadido, relativo especialmente a nuestro país, es la insostenibilidad actual del sistema de pensiones, que obligará también a un ajuste en el gasto público para poder financiarlo, o al aumento de los ingresos, mediante tributos o cotizaciones, perniciosos ambos para la competitividad empresarial. Ya no puede recurrirse al fondo de reserva, que se encontraba dotado al comienzo de la crisis, para paliar los desajustes, haciéndolo últimamente a través de la emisión de deuda pública, algo absolutamente contraindicado. Así mismo, el envejecimiento de la población, y el aumento de esperanza de vida, ha multiplicado considerablemente las prestaciones de dependencia, lo que constituye una nueva partida de gasto público, que habrá de detraerse de acciones consustanciales a la iniciativa empresarial, derechos sociales y empleo.

Otro elemento objeto de análisis, negativo para futuras aspiraciones empresariales, es la

incertidumbre. En esta ocasión, no sólo viene de tensiones geopolíticas o geoeconómicas dentro de Europa, como el Brexit, y sus imprevisibles efectos⁹⁾, o bélicas como la amenaza rusa a la seguridad europea, sino de tracciones internas en nuestro país.

Así, el nacionalismo catalán, y la renuencia permanente al cumplimiento de las normas estatales y constitucionales, constituye un problema de solución compleja, que compromete la credibilidad exterior de una nación, que escenifica una desmembración confrontada. Por lo pronto, afecta a la deslocalización de empresas en Cataluña, que no se traduce, necesariamente, en un efecto positivo simétrico en el resto de España. La incertidumbre se acrecienta, no sólo por apostar cómo puede solventarse esta situación, sino por los resortes normativos necesarios para que ello acontezca, y que han de contar, inexorablemente, por una mayoría absoluta para su aprobación, que parece imposible, merced a la atomización política que, desde finales 2015, se vive en el parlamento nacional, con unos intereses contrapuestos para la conformación de aquella, y en donde no prevalece un criterio de unidad para velar por los aspectos que más preocupan al ciudadano, como son la economía, la creación de empresas y el empleo, que puedan redundar, seguidamente, en bienestar social.

Este criterio político mayoritario es el que debe presidir la creación de iniciativas legislativas tendentes a solventar los problemas que acaban de relacionarse, y que van a tener responsabilidad en las crisis económicas presentes y futuras. La incertidumbre en su futura aprobación, supone un freno a la inversión exterior, coadyuvante al apuntalamiento de la empresa, algo simétricamente perjudicial para el empleo, expresión del derecho al trabajo, como derecho social básico.

2. NORMAS SUSTANTIVAS PREPANDEMIA, DE ALCANCE SOCIOLABORAL, Y ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE SU EFICACIA EN LA PRESERVACIÓN DE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS SOCIALES

2.1. La regulación derivada de la crisis económica de 2008 y del cumplimiento de la ortodoxia fiscal

Las respuestas normativas nacionales, cuya intención fue la superación de la crisis económica iniciada en el año 2008, se saldaron con dos reformas laborales troncales, la que cristalizó en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, y la 3/2012, de 6 de julio, y las baterías legislativas ordinarias y de urgencia anteriores y posteriores que acompañaron a ambas (la más importante, el Decreto-ley 20/2012, de 13 de junio, por el impacto de su contestación social, ante una mayor recaudación con correlativa restricción del gasto público). Todo este elenco de cambios en la forma de ver y entender el mercado de trabajo y su nueva regulación, trajeron consigo las consiguientes réplicas doctrinales, buscando optimizar y acomodar el nuevo panorama rector de las relaciones laborales, al objeto de procurar una mayor competitividad, generación de empleo y equilibrio de los derechos sociales de los trabajadores.

Debía ser objeto de estudio, de idéntica manera, la hermenéutica jurisprudencial, muy copiosa por cierto, que se iba produciendo como reacción a las reformas normativas aprobadas, así como la aportación de la negociación colectiva a dicha nueva adaptación y a los fines perseguidos de apuntalamiento de la demanda y la creación de empleo y prevención de crisis futuras¹⁰⁾.

Respecto a la abundante panoplia normativa aprobada para combatir los negativos efectos de la precedente crisis económica, sería preciso discurrir si tales actuaciones tuvieron eficacia suficiente para la superación de concretos trasfondos motivadores de crisis económicas futuras, las cuales, y a tenor de diversos indicadores, se antojaban ya inminentes a finales de 2021, al margen de la guerra en Ucrania.

La primera medida de urgencia ha de buscarse en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo,

por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. No hay duda de que tal actuación fue de preservación empresarial, ya que produjo la reducción de la masa salarial de los empleados públicos entre un 5 y un 10%, provocando, de forma automática, la reducción del gasto público y, con ello, una mayor solvencia del Estado y de las administraciones públicas, en su condición de grandes empleadoras.

Esta radical actuación cuestionó un derecho social elemental en toda prestación laboral de servicios, que es la retribución salarial, produciendo un claro desequilibrio entre la necesidad de preservar la empresa y la garantía de los derechos sociales (salariales) albergados en ella, por no hablar de la pérdida de su poder adquisitivo y su traducción negativa para la demanda interna¹¹). Se trata ya de investigar si esta medida, sin precedentes, a la que se unió una nueva reducción, en este caso, de la paga extra de diciembre, en el RD-ley 20/2012, resultó necesaria para la preservación de la empresa (la Administración Pública y el sector público, como empleadores) ante crisis económicas futuras, aún a costa de sacrificar los derechos retributivos de los trabajadores públicos, o han de arbitrarse otras fórmulas previas de contención de gasto público inane y tendentes a una buena administración por parte de los representantes políticos, recurriendo, incluso, a la protección penal de los administrados, en casos de contravención. Todo podría concretarse en la tipificación de un nuevo delito de mala administración pero, inmediatamente, sobreviene la idea escéptica sobre su improbable aprobación, por muy útil que pudiera resultar al ciudadano-trabajador y a la empresa, a la que, el presente estudio pretende también salvaguardar. Medidas de este tipo son impensables para contener crisis inflacionarias como la del año 2022, en la que ni siquiera el mantenimiento del nivel salarial es concebible frente a aumentos de precios superiores a los dos dígitos.

Otras actuaciones normativas de urgencia, en momentos de crisis económica precedente, han tenido como finalidad mejorar la empleabilidad de colectivos especialmente vulnerables y con variadas dificultades de inserción laboral, como las contempladas en el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Se trataba de reformas recurrentes paralelas a la destrucción de empresas (también la del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero), debiendo plantearse, doctrinalmente, si no ha de darse prioridad a su construcción, antes que a la promoción o la recualificación profesional de grupos de trabajadores, cuya pretensión es su reenvío a empresas inexistentes o desaparecidas, cuya causa es una adversa situación económica, y que no favorecen su pervivencia o su constitución originaria.

Una vez implementado un clima favorable a la creación empresarial sostenible, a través de acciones normativas eficaces, parece razonable hablar de mejoras en la inserción laboral, a través de programas específicos requeridos entonces por el mercado de trabajo, evitando que los procurados de forma extemporánea a los colectivos indicados, con el coetáneo coste para el erario público, carezcan de aplicación práctica en un menguante entorno empresarial, ni siquiera cuando se trata de la tantas veces revisitada contratación estable bonificada, como la contemplada en el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida.

Aquellos remedios, inicialmente concebidos con el mejor de los propósitos, no han tenido la eficacia deseada a la que se acaba de hacer referencia, probablemente, sin perjuicio de ser objeto de futuras investigaciones, por su limitada ambición y por sus recortados efectos prácticos, como las políticas normativas de emprendimiento aprobadas durante la crisis económica, resultantes de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de

apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo¹²⁾. La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social puede servir para garantizar la pervivencia del empresario autónomo, con la condonación de deudas resultante de su aplicación. En la cara opuesta se encontraría la cancelación del derecho de crédito de la empresa acreedora, con todas las connotaciones negativas que puede conllevar respecto de su sostenimiento financiero y de su viabilidad futura. Por el contrario, iniciativas legislativas anunciadas en 2013, como el Anteproyecto de Ley de Servicios Profesionales, que hubiera supuesto, a buen seguro, un vivero de empresas de prestación de tales empleos¹³⁾, no vieron la luz, a pesar de contar con una mayoría parlamentaria absoluta para su tramitación, por oscuros intereses estamentales o corporativos, opacidad que no se alcanza a entender cuando es el conjunto de la ciudadanía el realmente beneficiado con su aprobación, lo que da idea de la falta de equidistancia entre los planteamientos doctrinales y su ejecución, como perfeccionamiento de las normas sustantivas, por parte del poder legislativo.

Otros experimentos normativos, como el de decretar la pérdida de vigencia temporal del artículo 15.5 ET (cómputo en la sucesión de contratos temporales), a través de aquel decreto-ley 10/2011, deben invitar a una reflexión científica serena de si procede precarizar el empleo, en periodos de retracción económica, si ello tiene escasa traducción en la preservación de la empresa, y la prueba es que tal idea sólo se mantuvo vigente durante dieciséis meses.

Por lo que respecta a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, aprobada en plena depresión económica, avistando en un horizonte inmediato, entonces, una insostenibilidad del régimen modulador del sistema de pensiones, ha de decirse que tal reforma se ejecutó de modo tardío, aprovechando, como excusa, una coyuntura económica desfavorable, cuando aquella quiebra se veía venir desde tiempos muy pretéritos, a tenor del adverso futuro demográfico, en un entorno de envejecimiento poblacional seguro.

No parecen acertadas medidas de sostenibilidad a cualquier precio, previstas en esta Ley, como la constitución de los cabezas de familia como empresarios, en todo caso y a aquellos efectos, como empleadores de hogar, previsión desarrollada por Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social. Merece la pena traer esta acción normativa a estudio y cuestionar si la preservación de derechos sociales de estas personas trabajadoras puede sostenerse frente a quien ningún deseo tiene en erigirse en empresario ni, mucho menos, preservarse en su condición de tal, desde el punto de vista de la Seguridad Social, cuando escasa prestación de servicios recibe en su vivienda (en supuestos de trabajos inferiores a 80 horas al mes) y cuando, tradicionalmente, ninguna obligación ha tenido en este aspecto, sin que la recaudación en este nuevo sistema especial haya aumentado en relación a la obtenida con la vigencia del antiguo régimen especial, y sin que ninguna empatía se observe por parte del legislador hacia las personas en situación de dependencia, tratadas como auténticos empresarios en relación a la contratación de las personas que deben asistir sus necesidades más elementales para la vida.

Tampoco parece afortunado el excesivo periodo transitorio contemplado en la norma para su total implementación (quince años), en un Sistema que ni siquiera aguanta en estos momentos¹⁴⁾. No era difícil conformar una mayoría parlamentaria entonces para aplicar los resortes normativos necesarios para dejarlo saneado y blindado ante el inmediato futuro panorama de disminución de cotizantes y de aumento de pensionistas debido, en este último caso, no sólo al aludido envejecimiento de la población activa española, sino también a la permisividad legal de la jubilación voluntaria (Art 208 del TRLGSS) y de la no suficientemente penalizada, en los supuestos no imputables al trabajador (Art 207 del TRLGSS).

Si bien es cierto que dicho paso del trabajador a su necesario retiro puede contribuir al relevo generacional y al alivio momentáneo de los costes empresariales coadyuvantes de una mejor competitividad para la empresa y para su pervivencia futura, también lo es que su contrapartida es la de un excesivo aumento del gasto público para el sostenimiento del sistema de pensiones, ya que los ingresos de la Seguridad Social resultan, a todas luces, manifiestamente insuficientes para atender el ingente montante de tales prestaciones. El desequilibrio presupuestario resultante de esa necesaria atención pasará, en un futuro, por un incremento notable de la carga impositiva o de las cotizaciones sociales, siendo sujetos pasivos de dicho esfuerzo tanto las empresas como los trabajadores, comprometiendo la viabilidad de bastantes de aquellas y lastrando la demanda interna de estos últimos. Es muy urgente, por lo tanto, apuntalar el vigente régimen de prestaciones¹⁵⁾, ahora que ya hay un reconocimiento oficial de su inviabilidad algo, por otro lado, previsible para el legislador de 2011.

Esta situación, convierte a la reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, ejecutada también en plena crisis económica, y por estricta exigencia europea, en ilusoria, al incumplirse claramente la necesaria estabilidad presupuestaria de la Administración de la Seguridad Social.

Medidas necesarias en su día, como el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y afectando a una prestación básica como es la sanitaria, buscaron esta finalidad equilibradora, a la par que necesaria. Razones de oportunidad política, y no de contención del gasto público para lograr la imperiosa estabilidad presupuestaria, sin duda beneficiosa para una mejor preservación empresarial, por el efecto llamada que genera la credibilidad en el cumplimiento de un régimen fiscal ordenado¹⁶⁾, dinamitaron aquella medida mediante el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

Otras actuaciones, observadas ahora en retrospectiva, como las del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, contuvieron la revalorización de las pensiones y racionalizaron la utilización del fondo de reserva, algo que no parece importar ahora, con independencia del déficit estructural del Sistema, cuyo equilibrio es imperativo por mandato constitucional.

Otras medidas, cuyo propósito es limitar el gasto en pensiones mediante la continuidad de la vida activa del futuro jubilado, a través del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, o la posibilidad contemplada por el nuevo artículo 214.2 LGGS, en la redacción dada por la Ley 6/2017 (100% de la pensión con paralela contratación de otro trabajador), no parecen tener la seducción necesaria en los potenciales destinatarios para la finalidad de ahorro perseguida, al margen de unos mayores requisitos para tal acceso al envejecimiento activo contemplados por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

También hubo otros ensayos de racionalización del gasto en pensiones contenidos en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, que constituyen un apoyo gubernamental irremediable para el equilibrio financiero del Sistema¹⁷⁾, parecen haber topado con otros intereses que pasan por elevados costes electorales que no parecen dispuestos a asumirse, a pesar de estar en juego su quiebra.

La acción normativa precedente para responder a la crisis económica, centró también su empeño en la fiscalización de los ingresos y en la persecución de las omisiones de su cumplimiento legal. Ha de partirse de que la pervivencia de la empresa no es incompatible con el cumplimiento de sus obligaciones sociales, cuando el grado de exigencia y esfuerzo

legal, así lo permite. Tal es la finalidad de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social., Al contrario, cuando la carga social y tributaria es incompatible con el normal desarrollo empresarial, deben atemperarse las obligaciones para que aquella pervivencia sea posible, tal es el supuesto de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, cuando, a través de ella, se dejaron sin efecto algunos de los excesivos ajustes efectuados por el Gobierno, cinco meses antes, con el RD-ley 20/2012, (restituyendo algunas de las bonificaciones indebidamente derogadas, como las del fomento del empleo de trabajadores discapacitados, entre otras).

También en el capítulo de ingresos y su fiscalización, se puso el énfasis en su persecución penal, no solamente cuando el volumen de cotizaciones no ingresadas tiene carácter criminal, sino cuando se incumplen las obligaciones en materia de encuadramiento y alta de trabajadores, de modo altamente reprochable. Tal es la finalidad Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. No obstante, se evidencia que el atropello en las modificaciones normativas, basadas en un celo obsesivo por el control inmediato de los ingresos, trae como consecuencia efectos penales más livianos que los administrativos sancionadores. Tal es el supuesto de la modificación operada en el artículo 311 del Código Penal, por esta última ley, que da lugar a un castigo económico hasta cien veces inferior al que resultaría de la aplicación de los artículos 22.3, 23.1b); 39.2 y 40 del TRLISOS y sin que, en ningún caso, el empresario responsable pueda ser castigado, en la práctica, con penas privativas de libertad¹⁸⁾.

La finalidad recaudatoria de la Ley se disfraza, en ocasiones, con rúbricas que nada tienen que ver con su contenido. Tal es el caso del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Ninguna disposición de esta norma favorece la estabilidad del empleo, ni mejora “la empleabilidad”, concepto este difuso, cuyo significado constituye más una medida recurrente de marketing legislativo que de mejora real del empleo. Al contrario, se trató de una norma de urgencia que puso el énfasis en la cotización de los escasos conceptos salariales que dejó excluidos de cotización el precedente Decreto-ley 20/2012. De paso, se aprovechó para reformar aquellas figuras que no gustaban entonces al Gobierno, como el tiempo parcial; el período de prueba; la jornada y la guarda legal. Respecto del primero, impuso el registro de jornada diaria en este tipo de contratos, generador de una importante carga burocrática, y sin concretar cómo debía realizarse, lo que dio lugar a importantes problemas interpretativos, lastrando enormemente la agilidad de la empresa, y sin que tal medida tuviera la suficiente eficacia para el control de horas complementarias, omitiendo, una vez más, la regulación de la obligatoriedad de la consignación contractual del horario de prestación de servicios de forma expresa, algo simple que contribuiría, en mejor medida, al control en los excesos en estas modalidades de contrato de trabajo, y aliviaría la desconfianza regulatoria del legislador en el trabajo a tiempo parcial, traducida en continuados cambios en el artículo 12 del Estatuto los Trabajadores, sin que redunden en ninguna eficacia práctica. Tal es el supuesto posterior de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, tendencias legislativas de seguridad social equiparables a los trabajadores a tiempo completo que se quedan cortas¹⁹⁾. Todas estas medidas tuvieron una innegable traducción favorable a la preservación y optimización de los derechos sociales, pero ninguna de ellas coadyuva a la pervivencia de la empresa.

2.2. Actuaciones normativas tras la censura parlamentaria de 2018: un complejo equilibrio entre la pervivencia de la empresa y la ampliación de los derechos sociales

El cambio gubernamental acaecido el 1 de junio de 2018 (tras moción de censura

parlamentaria contra el entonces Presidente del Gobierno) trajo consigo determinadas acciones normativas, que no sólo tuvieron como denominador común el excesivo abuso del mecanismo de urgencia para su aprobación, única posibilidad regulatoria, cuando las mayorías parlamentarias requieren del consenso de muchos grupos políticos heterogéneos, sino también la escasa empatía por la pervivencia de la empresa (antes de la pandemia), y una exacerbación de los derechos sociales, cuyo apuntalamiento tendrá que ser matizado, probablemente, a largo plazo, si su cumplimiento compromete irremediablemente a aquella.

El descaro en pro de la legislación de urgencia, como recurso normativo de prevención futura, de negativos efectos frente a crisis económicas, puede extraerse también del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, instrumentalizándolo al servicio del Gobierno de turno y de una política social a capricho, de espaldas a las verdaderas necesidades para la preservación de la empresa, de los derechos sociales, y de las prestaciones de Seguridad Social, con cargo a un presupuesto específico en quiebra. Se aprovecha para reformar, por la vía rápida, aquello que no contaría con el respaldo de mayorías parlamentarias suficientes, y con la mayor amplitud temática posible, con evidente cuestionamiento de la urgente necesidad.

Tal es el supuesto de la imposición en el RETA de todas las contingencias (ahora accidente de trabajo y cese de actividad), venciendo la renuencia del cotizante para la cobertura de tales contingencias, sin pensar que puede tratarse de una medida que genere derecho a unas prestaciones a sus potenciales beneficiarios cuyo coste no se ha cubierto, ni de lejos, con las cotizaciones obligatorias impuestas en este Real Decreto-ley²⁰.

Otros cambios tienen una finalidad estrictamente recaudatoria, sin reparar sobre los efectos económicos del aumento sobre la empresa, como el que se produce sobre la cotización por accidente de trabajo, o la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, prácticas no laborales o prácticas académicas externas, aunque no tengan el carácter de remuneradas, que puede tener un efecto perverso en la formación práctica de la enseñanza superior.

Otras actuaciones parecen afortunadas, pues aunque pueden ser negativas para la empresa, el beneficio de su contribución al sostenimiento del Sistema puede compensar el perjuicio causado, tal es el supuesto de la eliminación de la colaboración voluntaria en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral. O el aumento de las cotizaciones de los trabajadores cuya actividad dé lugar a edad de jubilación afectada por coeficiente corrector. También, la suspensión del sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral; una implicación empresarial obligatoria, con independencia de los incentivos de los que puedan ser beneficiarias. Igualmente, el incremento en la cotización de los contratos de duración inferior a cinco días, que supone un aumento global de ingresos para la Seguridad Social con unas consecuencias asumibles para la empresa, sin perjuicio de que tal penalización no disuade la contratación temporal de corto recorrido, cuando ella es necesaria.

El rescate de la jubilación forzosa en convenio colectivo a cambio de objetivos de política de empleo y de su calidad en la DA 10.^a del ET, modificada por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, puede constituir también una medida de preservación de la empresa, liberándola de costes salariales prescindibles, y saneándola y actualizándola mediante relevo generacional, previsiblemente joven y enérgico²¹.

Como derecho fundamental básico, proveniente de nuestra norma constitucional, las personas trabajadoras tienen el de la intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Para ello, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y

garantía de los derechos digitales, las preserva en cuestiones como la utilización de medios digitales puestos a su disposición por el empresario; la geolocalización; la videovigilancia y otros, relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar, ponen el énfasis en la desconexión digital.

El respeto a dichos derechos, que trascienden el contenido meramente laboral, no está en entredicho en la presente investigación. De lo que se trata es de defender aquellas conductas que suponen una patente preservación empresarial frente a conductas abusivas que nada tienen que ver con el derecho a la intimidad antes aludido. Tal derecho empresarial, que comprende también el de la propia libertad empresa y el de la propiedad de los bienes de la misma en favor del empresario, debe prevalecer frente a ellas. Tal es el caso de los delitos contra la propiedad cometidos en el seno de la empresa, videograbados en ella, poniendo la intimidad como excusa para invalidar la grabación²²⁾.

Como continuidad en el excesivo uso de la legislación de urgencia, el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, coincidente con periodo preelectoral, puso el foco en determinados derechos sociales, relativos a la conciliación laboral y familiar y a la potenciación del derecho fundamental a no ser discriminados en el trabajo por razón de sexo. Sin embargo, y por lo que comporta a la preservación de la empresa, como presupuesto inicial de contención de efectos de futuras crisis económicas, no se ha tenido en cuenta el justo equilibrio entre esta última finalidad y la garantía de aquellos derechos sociales, sin perjuicio, no obstante, de la prevalencia de estos últimos en determinadas situaciones que motivarían otro trabajo científico. Tal es el caso de la obligatoriedad de los planes de igualdad a empresas que, por número de asalariados, tenían antes un carácter potestativo, así como otras obligaciones formales de llevar un registro de los salarios de su plantilla desagregados por sexo, sin perjuicio de la buena acogida que debe dispensarse a la definición legal de “trabajo de igual valor”, para prevenir posibles discriminaciones salariales. Del mismo modo, el derecho de las personas trabajadoras a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo. En este último caso, la preservación de los intereses empresariales puede venir motivado en las razones organizativas y productivas, contempladas en la nueva redacción del artículo 34.8 del Estatuto los Trabajadores²³⁾. Otras medidas, como la nulidad de resolución en período de prueba, con simultaneidad a situaciones de embarazo o nacimiento, suponen una carta de naturaleza a tendencias jurisprudenciales anteriores, que deben asumirse con independencia de los efectos que tengan en la preservación de la empresa, al igual que los nuevos derechos a la suspensión y excedencia y protección en caso de extinción motivados por nacimiento. Las nuevas prestaciones por nacimiento y cuidado del lactante, deben invitar a una reflexión sobre sí resultan compatibles con la situación financiera que atraviesa el Sistema de Seguridad Social, al igual que la extensión temporal de la prestación de paternidad²⁴⁾.

Otras medidas de urgencia preelectorales, de 2019, pusieron el foco en el registro horario de la jornada, como la contenida en Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se dijo en él, como cumplimiento de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en lo que se refiere al control de horas extraordinarias. Al margen de los problemas burocráticos que conlleva esta nueva obligación, y que pueden comprometer la agilidad en la prestación de servicios de la empresa, con el consiguiente efecto negativo para su competitividad y pervivencia, ha de preguntarse si ésta es una medida esencialmente útil para la finalidad perseguida, y no hay otras más efectivas para aquel control, que concilie mejor el derecho social protegido y la preservación de la empresa (consignación del horario en contrato de trabajo, videograbación de la entrada y salida...) ²⁵⁾. Otras medidas contenidas en el mencionado decreto de urgencia, como el rescate del derogado subsidio de desempleo

para mayores de 52 años, invitan al planteamiento sobre su reverencia respecto a la salud presupuestaria del Estado y a la incentivación de la búsqueda activa de empleo²⁶⁾.

Conviene también traer a colación la acción normativa del Gobierno, prevista constitucionalmente, ejercida, en ocasiones, de manera abusiva e inoportuna. Tal es el supuesto del Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018, esta última con el ejecutivo precedente, pero continuada insistentemente por el Gobierno resultante, a través del Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2019; Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 y el Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2021, volviéndose a aumentar, casi sin solución de continuidad, meses después mediante Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.. En este supuesto, es el artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores el que le faculta para su fijación. Esta prerrogativa legal debe ser eliminada, a mi juicio, para evitar subidas desproporcionadas, impuestas a los pagadores de forma unilateral, sin contrastar previamente los negativos efectos que puede conllevar tal disposición²⁷⁾. Es cierto, que no muchos convenios colectivos se encuentran por debajo de dicho salario, pero se constata que este aumento, sin tregua en breve espacio temporal, ha tenido ya un efecto negativo en el empleo agrario y en la relación laboral especial de empleados de hogar, modulada retributivamente por el SMI. Y no es sólo porque los costes de mantenimiento y adecentamiento del hogar familiar, a través de este tipo de empleados, hayan aumentado, sino que lo ha hecho también el correlativo cuidado de cabezas de familia en situación de dependencia, tal y como se ha reseñado, necesariamente atendidos por empleados de hogar, cuyas pensiones no llegan, en ocasiones, al obligatorio SMI a satisfacer, generando un grave problema de respuesta a la dependencia, la discapacidad y la tercera edad, que también cuentan con la debida protección constitucional, provocando una amenaza de preservación de la propia empresa, en su versión empleadora de hogar, y de los derechos sociales de los asistidos, algo que el presente estudio pretende salvaguardar.

Además, este sorpresivo aumento provoca otros problemas ajenos al laboral, pero de contenido social, que tienen que ver con la inembargabilidad del SMI, dispensada en el art 607 de la LEC. El primer efecto, es el de una evidente inseguridad jurídica para quien, vigentes salarios mínimos anteriores, concertaron negocios jurídicos con perceptores solventes, que han incumplido sus obligaciones de pago, resultando ahora insolventes, merced al inesperado aumento legal, frustrando su derecho de crédito frente al deudor. La incertidumbre sobre los cambios sorpresivos en el ordenamiento jurídico, carentes de toda gradualidad y proporcionalidad, espantan la inversión y disuaden el emprendimiento, y suponen también un cuestionamiento a la pervivencia de la empresa, por las provisiones de insolvencia de posibles deudores en su balance.

Se percibe también en el mercado inmobiliario de alquiler de vivienda, pues se expulsa de él a quienes perciben salarios dignos, pero insuficientes para garantizar el embargo de tramos superiores a la cuantía neta del salario mínimo interprofesional vigente, riesgo que el propietario no está dispuesto a asumir, máxime cuando otro exceso en la potestad normativa gubernamental, contenida en el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, limita a dos, las posibles fianzas suplementarias garantizadoras del impago del arrendamiento). Se produce así un efecto perverso en favor del acceso al derecho constitucional a una vivienda digna (art 47 CE), y se compromete la preservación del mismo como derecho social²⁸⁾.

II. LOS RESORTES REGULATORIOS DURANTE LA PANDEMIA Y SU INCIDENCIA EN LA PRESERVACIÓN DE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS SOCIALES

1. PARAGUAS SOCIAL Y EFECTOS PARA LA EMPRESA Y EL EMPLEO

Como ya se sabe, el contagio mundial provocado por el virus SARS-CoV-2, constituyó no sólo un aislamiento social, sino un importante cambio de mentalidad preventiva respecto de interacciones físicas de las personas que imposibilitó temporalmente, en determinadas actividades, la prestación laboral de servicios²⁹. La voraz ola de contagios, observada durante la segunda semana del mes de marzo de 2020, precedida por el caos sanitario en el norte de Italia, a modo de fatal admonición, motivó la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Una de las medidas complementarias a tal declaración fue el artículo 2 del del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (luego Ley 3/2021, de 12 de abril), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 que estableció que

“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

Por lo tanto, ni la fuerza mayor ni las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción asociadas al COVID-19 justificaron el despido o la extinción de un contrato temporal. Esta previsión se mantuvo vigente al tiempo de la redacción del presente estudio y hasta el 31 de marzo de 2022, al amparo de normas posteriores contenidas en los arts. 2 y 5 de la Ley 3/2021, de 12 de abril y art. 5.6 del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre y la prórroga de este por Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

La cláusula de salvaguarda del empleo fue complementaria a la contemplada en la disposición adicional sexta del aquel Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, porque la exoneración de las cotizaciones empresariales durante la suspensión del contrato de trabajo del artículo 47 ET, en circunstancias COVID, estuvo sujeta *“al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando ésta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes”.*

Continúa estableciendo el punto 2 de la DA Sexta que *no se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación*

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre; el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero; el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo y el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre y el Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, prorrogaron esta cláusula de salvaguarda del empleo. El efecto del incumplimiento de la obligación transcrita se previó en el apartado 5 de la mencionada Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de

17 de marzo que no era otro que:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

La cláusula de salvaguarda del empleo suscita varias cuestiones que, en realidad, se concretaron en una doble previsión: por un lado, la del mantenimiento en sus umbrales numéricos iniciales y, por otro lado, la carencia de justificación de la extinción del contrato de trabajo por las causas coyunturales que motivaron, en su momento, la paralización de la actividad empresarial³⁰.

No cabe duda de que la voluntad de los poderes normativos fue la del sostenimiento perentorio de un derecho social básico como el empleo, como bien jurídico protegido, dependiente del propio derecho constitucional al trabajo, consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española. Desde este punto de vista, los primeros decretos de urgencia que regularon el primitivo estado de alarma de protección frente a la pandemia, desempeñaron un papel firme y determinante en el apuntalamiento de este derecho social básico, que es objeto de tratamiento en el presente estudio. Se trataba de hacerse cargo el Estado de los salarios de los trabajadores en el supuesto excepcional de suspensión del contrato de trabajo (limitados, en forma de subsidio, a la cuantía máxima de la prestación por desempleo contributivo) no sólo por las circunstancias sociosanitarias que lo motivaron, sino también por el número de beneficiarios que, de forma súbita, pasaron a depender del Servicio Público de Empleo Estatal³¹, sin presupuesto suficiente para atender tan ingente gasto en la prestación de desempleo, además de aprobar una previsión normativa de mantenimiento de su cuantía, una vez transcurridos los seis primeros meses de inicio de la suspensión contractual, lo que también suponía un desafío económico que excedía, a partir de este primer tramo temporal de percepción, de lo previsto legalmente para la prestación de desempleo ordinaria, en beneficio de las personas trabajadoras que se encuentran en situación legal de desempleo. En este sentido, nada hubiera obstado a la percepción del 50% de la base reguladora del subsidio, a partir del día 181 de prestación (tal y como se prevé, con carácter general, en el art 270.2 TRLGSS 2015), sin que decayera el necesario paraguas social que el momento y la situación requerían.

Los decretos-leyes 8 y 9 de 2020, resultaron eficaces para la preservación del trabajo, como derecho social básico y, por lo tanto, constituyen previsiones normativas válidas para responder con la premura e intensidad que la situación requería. Como contrapartida, el sobreendeudamiento público puede tener consecuencias negativas a medio y largo plazo, pues deberá responderse, inexorablemente, con ajustes fiscales indeseados para la contención de aquel y para sobreponerse no sólo al déficit público motivado por la pandemia, sino también para hacer lo propio con el que resultó en situación de prepandemia y, que en estos momentos, se daría por anhelado en el mejor de los escenarios a corto y medio plazo.

No hay duda tampoco de que el aludido paraguas social, en forma de prestación específica de desempleo de las personas trabajadoras, tuvo también un importante efecto para la pervivencia de la empresa, pues se evitaron los créditos salariales que, en favor de todas aquellas, se hubieran devengado, sin la paralela prestación de servicios, debido a la imposibilidad de dar ocupación efectiva, todo ello procurado normativamente con gran inmediatez, sin perjuicio de los reparos técnicos y aplicativos que su atropellada redacción conllevaron. Se trata de actuaciones regulatorias de urgencia que deben aprobarse, a mi juicio, en supuestos de crisis futuras que tengan su origen en una excepcionalidad motivada por una pandemia, o cualquier otro acontecimiento adverso que comprometa la movilidad

para el trabajo y el contacto social, a pesar de los problemas apuntados de endeudamiento público y excesivo déficit³²⁾. Paradójicamente, estos últimos traen consecuencias negativas para el empleo, porque son el resultado de los ajustes que se ven obligados a realizar las empresas, cuando el Estado tiene la obligación de reducirlos, vía contención del gasto público y aumento impositivo, que se traduce en una menor demanda de productos y servicios ante tal restricción de actividad pública y una disminuida capacidad de gasto en el consumidor final.

Otras medidas subsidiadoras, como la contemplada en el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital (luego Ley 19/2021, de 20 de diciembre), contribuirán también a los reparos apuntados, si bien sirven para garantizar los derechos sociales básicos de las personas desfavorecidas³³⁾.

El mismo efecto, positivo a corto plazo para las empresas, y negativo a largo para el conjunto de todas ellas, por la razones expuestas, se produce en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19, definida en el artículo 22 del RD-ley 8/2020, en los que la Tesorería General de la Seguridad Social exoneró a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 trabajadores o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzó al 75% de la aportación empresarial, todo ello, de acuerdo con la previsión del artículo 24.1, de aquel Decreto-ley.

Nada que objetar a este urgente dispendio, para la preservación de la empresa, pues de haber continuado vigente, para estos supuestos suspensivos concretos, la obligación de cotizar, por su parte, hubiera supuesto la imposibilidad de supervivencia, al tener que afrontar un importante gasto para el cumplimiento de dicha obligación, cuando era imposible la actividad económica por razones sanitarias y, con ella, la opción de conseguir los ingresos necesarios para su pago. Una vez más, la urgente acción normativa resultó eficaz para garantizar su viabilidad, cuando dicha exoneración fue acompañada de la reiterada obligación de mantenimiento del empleo, so pena de ser condenada a los reiterados efectos previstos en el apartado 5 de la mencionada disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, lo que también redundó en el mantenimiento del empleo como bien jurídico protegido del derecho constitucional al trabajo.

Sin embargo, la falta de computación del periodo percibido de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción, establecidos en el artículo 269 del TRLGSS, tal y como se diseñó en el art 25.1 b) del Decreto-ley 8/2020, ningún beneficio aporta a la empresa, a los efectos de su preservación. Muy al contrario, supone un claro beneficio de los derechos sociales del trabajador, pues a los 720 días de prestación máxima de desempleo, habría que adicionar el período de prestación derivado de la suspensión del contrato de trabajo, lo que provoca una protección subsidiada excesiva, a mi modo de ver, teniendo en cuenta el exacerbado gasto público que, ya de por sí, origina la situación de pandemia, que exigirá un retorno a unas reglas fiscales de contención rigurosas. Nada hubiera obstado el consumo temporal de la prestación de desempleo durante el ERTE. Hay que tener en cuenta que no es probable la necesidad de consumir aquella duración máxima, a través de este último mecanismo y que, una vez incorporada la persona trabajadora a su actividad laboral ordinaria, la mayoría de los supuestos no concluyen en extinción, máxime, teniendo en cuenta la regulación disuasoria de dicha conclusión

contractual contenida en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (luego Ley 3/2021, de 12 de abril).

Otra medida de emergencia social plausible, desde el punto de vista de la preservación de la empresa, es la percepción de la prestación por cese de actividad del empresario autónomo y la correlativa exoneración en la cotización a la Seguridad Social, prevista en el art. 17.4 del Decreto-ley 8/2020, al margen de los requisitos previstos en el artículo 338 del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social, pues tal y como se indica en aquel precepto de urgencia es una prestación excepcional, motivada por la situación de pandemia y el necesario cierre de negocios³⁴.

Se trata de una prestación de coyuntura social creada “ad hoc” y que nada tiene que ver, a mi modo de ver, con la contribución al Sistema. Así, si bien la prestación por cese de actividad ya estuvo prevista en la redacción original de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (DA Cuarta), no es menos cierto que el grueso principal de aportación contributiva al sostenimiento de dicha contingencia no se produjo hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, imponiéndose entonces, salvo algunas excepciones, la regla general de la cotización obligatoria al cese de actividad. La recaudación generalizada para el sostenimiento del pago de esa posible prestación se materializó durante todo el año 2019. Sin embargo, ya se vislumbraba que el esfuerzo cotizador, por no decir que simbólico, que el Gobierno impuso en aquel decreto de urgencia, y de modo transitorio para dicho año (el 0,7%), de nada serviría en supuestos de solicitudes masivas o en situaciones de retracción económica, algo que no fue previsto, de ahí que se defienda que la prestación por cese de actividad durante la pandemia fue un auxilio social extracontributivo, contra partidas presupuestarias creadas “ex profeso” y que supusieron un nuevo aumento de la deuda pública y del déficit, que tanto daño futuro pueden provocar en el crecimiento y el empleo. Además de ello, el pago de dicha prestación extraordinaria se produjo al margen de la capacidad económica del empresario individual o societario autónomo que la percibió³⁵, lo que revela el atropello gubernamental por regular los rescates ciudadanos globalizados e indiscriminados, quizás ante la imposibilidad material de fiscalizar los requisitos económicos de los destinatarios, que pudieran haberse impuesto normativamente, lo que también aconteció con la magnanimidad en la concesión de los créditos ICO (10000 millones de euros)³⁶, prevista en el artículo 30 del Decreto-ley 8/ 2020 a las empresas que, en muchos casos, no van a garantizar su viabilidad, sino la de la aplicación personal a sus titulares o legales representantes en provecho propio, y sin consecuencias positivas ni a corto ni a largo plazo para el empleo, y que muchas no retornarán al erario público, dada la escasa o nula solvencia inicial, que tampoco fue exigida normativamente en ningún caso.

La prestación extraordinaria por cese de actividad regulada en aquel artículo 17.4 el Decreto-ley 8/ 2020 contempló también que el tiempo de su percepción se entenderá como cotizado, no existirá obligación de cotizar y no reducirá los períodos de prestación por cese de actividad a los que el beneficiario pueda tener derecho en el futuro, lo que refuerza la idea del auxilio social extracontributivo aludido.

Todos estos parabienes en la prestación extraordinaria de cese de actividad COVID son positivos para la preservación de las PYMES si, todos ellos sirvieran para la contención real del negocio. Si, por el contrario, el propio cierre motivado por la pandemia y la imposibilidad de salida de sus bienes y servicios, abocan a aquellas a una situación irreversible, el esfuerzo extraordinario del Estado resulta baldío, tanto para su supervivencia como para el mantenimiento del empleo que pasa, inexorablemente, por su existencia. A igual conclusión se llegaría en el supuesto de empresarios autónomos o societarios con elevados niveles de renta: ni afectaría a su mantenimiento económico personal, ni se contendrían los derechos

sociales en las empresas por ellos regentadas.

Por estos motivos, para la prestación extraordinaria por cese de actividad, regulada en el real Decreto-ley 8/2020, deberían haberse exigido, a mi juicio, los requisitos ordinarios para su concesión, así como el disfrute de la prestación en su normal extensión. Sólo en aquellos supuestos en los que el empresario autónomo no llegara a un nivel mínimo de renta, debería haberse abonado con la generosidad que se realizó.

Otras disposiciones normativas aprobadas durante la pandemia resultaron necesarias como recurso preventivo frente a la enfermedad, con independencia de los efectos que tuvieran en la preservación de la empresa y de la garantía de derechos sociales, porque persiguieron la limitación al máximo de la movilidad ciudadana y del contacto social, en un momento del desconocimiento sobre el alcance que aquella podía suponer para la vida de las personas³⁷. Tal es el supuesto de la Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. que fue el resultado de la tramitación, como proyecto de ley, del Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados. Dicho permiso se aplicó entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, según establece su art. 2, pudiéndose recuperar las horas de trabajo desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2020, según establece su art. 3, por lo que debe entenderse que esta norma ha perdido su vigencia.

2. LA “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR” Y SU IMPACTO PARA LA EMPRESA

Ya se ha indicado que otra cláusula de salvaguarda del empleo regulada en la normativa COVID es la que ha venido denominándose doctrinalmente como la de “prohibición de despedir”, prevista en el artículo 2 del del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (luego Ley 3/2021, de 12 de abril), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, estableciéndose en él que: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”³⁸.

Para un sector doctrinal, esta desafortunada redacción, que aboca a un incomprensible acertijo jurídico respecto a la calificación de la extinción, no fue inocente, y sin que el Gobierno reparara sobre la contienda judicial interpretativa que se podría avecinar³⁹. Muy al contrario, la incertidumbre fue buscada, a mi juicio, de manera deliberada en la iniciativa normativa gubernamental, conscientes sus redactores de que la omisión regulatoria en relación a los efectos de aquella decisión extintiva, provocaría, con la incertidumbre generada, un efecto disuasorio mayor que, a través de un ordenamiento sustantivo diáfano e inequívoco, trasladando la resolución del misterio al ámbito judicial, con todos los inconvenientes que tal inseguridad jurídica provocaría para la empresa en el invaticinable pronunciamiento decisorio sobre la calificación de la extinción.

De este modo, el hecho de que la situación pandémica provoque una paralización de la actividad económica de la empresa no justifica que el empresario pueda prescindir del trabajador temporal o con contrato indefinido. La literalidad, en este sentido, resulta clara. Sin embargo, la revisitada disposición normativa guarda silencio deliberado sobre cuál debe ser la calificación de la conclusión contractual unilateralmente decidida por el empresario y los efectos de la misma.

Sobre aquella calificación, los pronunciamientos judiciales han abundado en las tres posibles

calificaciones: nulidad, improcedencia e, incluso, procedencia.

En relación a la improcedencia de la extinción de la relación laboral por causa COVID, las resoluciones judiciales que apuestan por dicha calificación, se basan en:

No se prevé en el RDL 9/2020 (luego Ley 3/2021, de 12 de abril) una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, es un principio general de derecho que, donde la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete (y porque tampoco se ha modificado y, bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la LRJS, calificando la extinción en estas circunstancias de nulidad.

Por otro lado “justificativas”, significa probadas o acreditadas y, cuando no se prueban los hechos motivadores de un escrito de despido, el mismo ha de ser calificado de improcedente⁴⁰. Otro motivo es que el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 (luego Ley 3/2021, de 12 de abril) no introduce una prohibición de despido⁴¹, sino que su falta de justificación, lleva a la improcedencia del mismo.

Sobre la nulidad, las tesis judiciales que la sostienen expresan que no es admisible una especie de defraudación de la norma por la vía de la legalidad paralela a la normativa establecida para una realidad concreta, como es la que se ha contemplado en los RRDDL 8 y 9/2020. Al constituirse una norma de derecho necesario, la misma debe ser contemplada en su alcance e integridad, proscribiendo cualquier cauce indirecto de derogación art. 6.4 CC⁴² Para tales corrientes jurisprudenciales, el despido es nulo independientemente de que la normativa COVID no establezca de forma expresa la nulidad, pues “la nulidad es la consecuencia congruente y ajustada con la normativa de la que forma parte”⁴³.

En lo atinente a la procedencia del despido, aun cuando las razones que lo motivan se sustenten en motivos COVID, que puedan provocar una incidencia negativa en la actividad de la empresa, también existieron pronunciamientos judiciales que se decantaron por aquella calificación aun cuando la ley establecía su falta de justificación para tal decisión extintiva.

Así, alguna Sentencia ha entendido que la prohibición de despedir, con los efectos inherentes a una nulidad, podría ir en contra del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, al disponer que la Unión establecerá un mercado interior, que “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social”. Mantienen tales resoluciones judiciales que, una economía de mercado competitiva requiere así mismo tanto la protección del derecho a la prestación de trabajo como la protección del derecho a la libertad de empresa derecho, este último, que tiene reconocimiento expreso como tal en el artículo 38 de la Constitución Española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 16 reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales⁴⁴.

No hay duda de que el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (luego Ley 3/2021, de 12 de abril), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, fue una disposición de preservación de un derecho social básico: el empleo, como expresión al derecho constitucional al trabajo. Así, la voluntad de los poderes normativos de evitar, a toda costa, una regulación estructural de plantillas de forma definitiva, ante el colapso de la actividad económica y la imposibilidad de acometer los objetos sociales de las empresas, pareció acertada. No se atisba un exceso gubernamental a la hora de entender no justificadas las extinciones cuando, paralelamente, los poderes públicos, a través de paralelos instrumentos normativos, ofrecían hacerse cargo de los costes laborales derivados de salarios y cotizaciones, mientras la prestación de servicios de los trabajadores en las respectivas empresas resultaba inviable⁴⁵. La consigna parecía clara: si la actividad empresarial no era posible, el Estado se hacía cargo de los

trabajadores y de sus cotizaciones sociales. Por lo tanto, se procuraba una solución temporal a la obligación empresarial de dar ocupación efectiva, cuando esta última era imposible, a cambio de no despedir. El canje, se antojaba también útil para la pervivencia de las empresas, al menos en cuanto a la asunción de los costes laborales por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, pero el necesario encaje de otros gastos fijos durante la pandemia, provocaron la insostenibilidad de muchas de ellas, cuando retornaron a su actividad económica, ciertamente mermada.

En esta última situación, la calificación del despido como nulo, en nada coadyuvaría a la pervivencia de la empresa, con independencia de la solución final que adopte el Tribunal Supremo en unificación de doctrina. La calificación del despido como improcedente parece lo más sensato para tal fin y, si la empresa no pudiera hacer frente a las indemnizaciones derivadas de tal calificación, siempre cabe la declaración de concurso, o su disolución. Sobrecargar innecesariamente las plantillas con la readmisión de personas trabajadoras, que no son estructuralmente necesarias impide, a mi juicio, cualquier viabilidad empresarial.

La procedencia de la extinción es la que ha de entenderse, a mi modo de ver, como jurídicamente inaccesible, habida cuenta de que el Decreto-ley prescribe la extinción como no justificada, lo cual no vulnera la libertad constitucional de empresa, porque el empresario conservaría su poder de dirección y reestructuración empresarial, sin perjuicio de los efectos económicos de la improcedencia extintiva⁴⁶⁾.

3. ALGUNAS NORMAS DE TRASCENDENCIA SOCIAL Y EMPRESARIAL, APROBADAS DURANTE LA PANDEMIA, AL MARGEN DE LA CRISIS SANITARIA. Y FRENTE A PANORAMA DE ESTANFLACIÓN

Algunas disposiciones gubernamentales, tramitadas luego como Ley, fueron consecuencia de la adaptación de las formas de trabajo a la pandemia, y del efecto multiplicador en la ejecución de tales maneras de prestación de servicios. Fueron actuaciones normativas que supusieron una preservación de la empresa a través de la normalización de fórmulas excepcionales de laboralidad, tal es el caso de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. En cuanto a la preservación de derechos sociales, no será un tema pacífico, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, las situaciones de trabajo a distancia existentes a la entrada en vigor de esta Ley, previstas en su disposición transitoria primera⁴⁷⁾.

Otras leyes nada tuvieron que ver con la pandemia, si bien fueron dictadas durante su curso, en coincidencia con los pronunciamientos jurisprudenciales que se iban sucediendo entonces⁴⁸⁾, como la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Incuestionables son los derechos sociales de los riders, así como su laboralización desde el punto de vista del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. El papel de unificación doctrinal del Tribunal Supremo nunca fue tan vaticinable respecto a aquella decisión. Más cuestionable es esta evidencia en relación a la pervivencia de la empresa. Así, también es un hecho que la base del negocio de las entidades de reparto que funcionan auxiliadas por plataformas digitales se basa en la autonomía organizativa de los riders y de la traslación a ellos de los costes de autoorganización. Pues bien, el giro de 180° que supone la declaración judicial de relación laboral, e incorporada ésta en Ley, supone un cuestionamiento de la rentabilidad efectiva del negocio en España y su supervivencia⁴⁹⁾. La amenaza para la sostenibilidad de las empresas del sector, por una posible deslocalización, ha podido amortiguarse gracias a la Comisión Europea, que dio luz verde a la directiva comunitaria, que pretende la homogeneización de determinadas condiciones laborales de los riders, bajo la cobertura de una relación laboral, que inició su andadura en el Parlamento Europeo y en el Consejo el 9 de diciembre de 2021.

Esta necesidad de coordinación normativa también ha podido palpase a través del Real

Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea sobre desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, que modificó la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Una disposición que preserva los derechos sociales de los trabajadores desplazados en el ámbito de la Unión Europea y que no compromete, por otro lado, la preservación de la empresa.

Otra norma aprobada durante la pandemia, al margen de la motivación de esta última, es la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido y, a pesar de la mayor facilidad aplicativa de dicho precepto tras la reforma laboral de 2012, fue durante su vigencia una medida de flexibilidad extintiva cuya práctica no fue generalizada, de ahí que su derogación no tenga especial incidencia para la pervivencia de la empresa y, sin embargo, sí la tenga en favor de los derechos sociales de las personas trabajadoras que acumulen bajas por enfermedad o accidente no laboral de duración inferior a 20 días, cuando dicho absentismo era castigado con la extinción por causas objetivas, pudiéndose conculcar otros derechos constitucionalmente protegidos⁵⁰.

Algunas disposiciones legales, resultan tan cuestionables en relación a los derechos sociales afectados por su aprobación. Tal es el caso del Artículo quinto de la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, que modifica La letra a) del apartado 1 del artículo 19 de la Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al incluirse las actuaciones de la Inspección de Trabajo en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los períodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo.

Se trata de facultar legalmente la entrada a un domicilio del trabajador para realizar actividades de comprobación por parte de la Inspección de Trabajo, algo que prohíbe el artículo 18.2 de la Constitución española, sin consentimiento del titular o por resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito, lo que demuestra el atropello de legislador, en ocasiones, en el ejercicio de su función como poder público⁵¹.

La batería normativa publicada a finales de 2021 contiene también disposiciones de trascendencia que, si bien poco alcance tienen en relación a la preservación de la empresa, sí lo representan respecto a la implicación del Estado en sus compromisos contractuales públicos. Tal es el caso de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y repercutirán en la preservación del Estado en su magnitud de empresa, con un proceso de funcionarización y fijeza de sus efectivos, que si bien será positivo para los derechos sociales de quienes culminen exitosamente las pruebas de idoneidad⁵², no lo será tanto para quienes, legalmente, queden excluidos de la posibilidad de participación en aquél, con posible conculcación del derecho constitucional a la igualdad de acceso a los cometidos públicos (art 23.2 de la CE y artículo 25.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y de la demostración del principio de capacidad (art 103.3 CE), derechos cuyo respeto no resulta incompatible con la rebaja de la temporalidad en el empleo público . Otra norma de preservación de los derechos sociales, esta vez en forma de pensiones, es la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que si bien pretende contener el gasto público en prestaciones de jubilación mediante la desincentivación de las jubilaciones anticipadas, fundamentalmente voluntarias, lo aumenta a través de la propuesta de otras

medidas, como la insostenible actualización prevista en el artículo 58 del TRLGSS, al margen de la salud financiera del sistema; los premios a la jubilación demorada con el único requisito del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria, y la ampliación de la pensión de viudedad a las parejas de hecho en equivalencia a las uniones matrimoniales, cuando dicha pensión ya requeriría un cuestionamiento respecto a estas últimas en supuestos de suficiencia de rentas o percibo simultáneo de otras pensiones de los potenciales beneficiarios, lo que da cuenta de que no se pueden preservar derechos sociales sin una contrapartida presupuestaria realista para su viabilidad futura.

Requeriría un ensayo doctrinal independiente al presente, la contribución a la pervivencia de la empresa y los derechos sociales del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

No es un secreto que la eliminación de cualquier posibilidad de contratación no indefinida por parte de la empresa, sobre todo de pequeña y mediana dimensión, no tiene buena percepción por ella. Es claro que sí la indemnización por la extinción de la relación laboral fuera uniforme para toda forma de finalización del contrato de trabajo, no se produciría este debate en España. La indemnización por despido disciplinario improcedente es la más alta del mundo, de ahí que la preservación de la empresa no pase por imponer una contratación indefinida de origen, cuando aquella no quiere asumir tan ingentes gastos indemnizatorios, si tuvieran que prescindir, sin causa, de la persona trabajadora. Una extinción uniforme a 12 días de salario por año de servicio, con el tope de una anualidad para cualquier tipo de extinción contractual, por ejemplo, reduciría a la insignificancia la preferencia de la contratación temporal de origen, aún consciente de que este vaticinio cuenta con escaso apoyo doctrinal para su ejecución.

Las reflexiones expuestas para ERTES COVID pueden trasladarse ahora a las suspensiones contractuales reguladas en el nuevo artículo 47 bis ET (mecanismo RED) y la continuidad de las cláusulas de salvaguarda del empleo en supuestos de acogimiento a los beneficios en materia de cotización, añadiéndose ahora, como reparo para la pervivencia de la empresa, la obligación de formación durante el periodo suspensivo para todos los supuestos contemplados en el artículo 47 y en el 47 bis ET, lo que plantea importantes problemas prácticos para el cumplimiento de este requisito. Buena prueba es la aplicación de esta obligación al personal sujeto a ERTE sectorial de las agencias de viaje, regulado por Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Las reformas de los artículos 42, 84 y 86 ET, no suponen, precisamente, una mayor flexibilidad salarial para la empresa, pero es aventurado concluir si tales modificaciones pueden constituir o no un serio reparo para su pervivencia y si la mejora de los derechos sociales (bajo la fórmula de una mejor garantía salarial al alza), puede compensar el riesgo de viabilidad empresarial futura, sobre todo PYME.

Otras normas suponen un avance de los derechos sociales, sin compromiso aparente para la pervivencia de la empresa, como la modificación operada por el Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector.

La principal amenaza de la actual crisis económica que se está padeciendo en 2022, es el paulatino encarecimiento de precios, que concluyeron el año 2021 con un aumento, en España, del 6,5%. Lejos de contenerse esta inflación, 2022 comienza con una escalada de

precios de los combustibles que se ve agravada, sin precedentes, por la invasión rusa de Ucrania y su correspondiente respuesta económica por parte de la Unión Europea y de los países alineados en la OTAN. La interrupción de flujo gasístico y petrolero por parte de Rusia, no detuvo el aumento del coste energético, sino que lo agravó a valores no conocidos hasta entonces. Además de ello, presenta también consecuencias económicas para el precio de los alimentos al no contarse con el cereal ucraniano, lo que lastra el nivel de ahorro de los hogares y su correspondiente demanda de productos y servicios a las empresas. Por si fuera poco, el escaso crecimiento económico ligado a esta inflación, que ascendió al 9,8% a finales del primer trimestre de 2022, hace que pueda hablarse ya de una amenaza de estanflación: El peor pronóstico para la empresa en cualquier escenario económico.

El fuerte aumento de los precios de la energía supone una gran amenaza para la pervivencia de la empresa y para la preservación de los derechos sociales, ya que aboca a esta a realizar importantes ajustes de plantilla que pueden ser estructurales. Una vez más el Gobierno tiene que salir al rescate de la empresa siendo, desgraciadamente invaticinable en su momento, que la finalización de medidas COVID, el 31 de marzo de 2022, tenga que ir ligada a otras que provocarán una gran deuda pública, ya de por sí de grandes dimensiones⁵³, y esta vez por una causa extra sanitaria relacionada con una guerra en Europa y con los imprevisibles efectos económicos que puede conllevar para la economía mundial y para las empresas en particular.

En este sentido, y aprovechando la experiencia pasada con las ayudas de pandemia se ha optado, en esta ocasión, por cláusulas de salvaguarda del empleo más razonables y coherentes, que no impliquen una calificación del despido incurso en gran inseguridad jurídica. Tal es el supuesto del artículo 44 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, en donde se prevé que el despido objetivo basado en un aumento de los costes energéticos conllevará el reintegro de la ayuda recibida, pero no que dicha causa no pueda entenderse como justificativa del despido, como entendió el art 2 del Real Decreto-ley 9/2020 (luego Ley 3/2021, de 12 de abril). Pero, seguidamente, se indica en aquél artículo que las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público, no podrán utilizar estas causas para realizar despidos, con lo que se vuelve al punto de partida en relación a cuál debe ser la calificación del despido en tales supuestos y con la consiguiente incertidumbre jurídica para la empresa, medidas normativas que no ayudan a su pervivencia y que, sin bien persiguen un apuntalamiento de derechos sociales, dicha pretensión puede verse comprometida con actuaciones que dificultan medidas de flexibilidad empresarial, en ocasiones necesarias.

III. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AAVV.: *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales* AAVV/ coord. por Elisa Sierra Hernáiz, Sara Alcázar Ortiz Juan García Blasco (dir.), Ángel Luis de Val Tena (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: "Cuestiones actuales sobre el salario mínimo interprofesional", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N.º 246, 2021.

ARANDA MARTÍNEZ, MC.: " Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, N.º 2, 2021.

BARCELÓ VARONA, C. IZQUIERDO PEINADO, M., LACUESTA GABARAIN, A., PUENTE DÍAZ, S., VILLANUEVA LÓPEZ, E., "Los efectos del salario mínimo interprofesional en el

empleo: nueva evidencia para España”, *Documentos ocasionales-Banco de España*, N.º 13, 2021.

BLASCO JOVER C.: “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, N.º 2, 2019.

CAMÓS VITORIA, I “Las reformas laborales en Europa” *Temas para el debate*, N.º 212 (julio), 2012 (Ejemplar dedicado a involución laboral).

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en *El escudo social frente a la pandemia: análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Francisca María Ferrando García (dir.), Antonio Megías Bas (coord.), María Monserrate Rodríguez Egío (coord.), Bomarzo, 2021.

DE AYALA MARÍN J. E.: “Carta de Europa: Estrangulamiento económico de los países periféricos” *Política exterior*, N.º 142, 2011.

DELGADO DEL RINCÓN L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de estudios políticos*, N.º 163, 2014.

FABBRINI, F.: “Brexit y el futuro del Reino Unido y de la Unión Europea”, en *Brexit y libertad de establecimiento: Aspectos fiscales, mercantiles y de extranjería*, Carlos Górriz López Coord., Atelier, 2021.

FITA ORTEGA, F.: “La política de empleo en la Unión Europea” *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, coord. por Remedios Roqueta Buj, Guillermo Emilio Rodríguez Pastor, Tirant lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo establecida en la DA 6.ª del RDL 8/2020, de 17 de marzo, en la doctrina de los tribunales laborales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 10/ 2021.

IGARTÚA MIRÓ, M. T.: “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019.

IRÁNZO GUTIÉRREZ, S.: “La evolución de la economía mundial”, *Economistas*, n.º 167-168 (ejemplar dedicado a España 2019. Un balance), 2020.

LÓPEZ CHOCARRO, I.: “El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 211, 2014..

MARÍN ALONSO, I.: “Medidas laborales frente a la crisis sanitaria por COVID-19”, en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), Manuel García Mayo (coord.), Alfonso Castro Sáenz (pr.). Reus, 2020.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Medidas de fomento del emprendimiento y el autoempleo”. *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), Jesús R. Mercader Uguina (dir.), Lex Nova, 2014.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Tirant lo Blanch, 2021.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho social al ingreso mínimo vital”, *Temas laborales: Revista*

andaluza de trabajo y bienestar social, N.º 158, 2021.

MONEREO PÉREZ, J. L y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “El factor de sostenibilidad en España ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas? “ *Revista de derecho social*, N.º 62, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L, LÓPEZ INSUA, B y GUINDO MORALES, S.: “Las medidas aplicables al trabajo autónomo”, en *El escudo social frente a la pandemia : análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Francisca María Ferrando García (dir.), Antonio Megías Bas (coord.), María Monserrate Rodríguez Egío (coord.), Bomarzo, 2021.

MORALES ARCE MACÍAS, R.: “COVID 19: impacto socioeconómico”, *Anales de la Real Academia de Doctores*, Vol. 6, N.º 1, 2021.

MORÓN LERMA, E.: “La libertad de entrada en los centros de trabajo y la inviolabilidad del domicilio” en *La inspección de trabajo, 1906-2006 / coord. por María Jesús Espuny i Tomás, Olga Paz Torres, Tirant lo Blanch*, 2008.

OTAL FRANCO, S y GARVEY, A. M “De la crisis inmobiliaria a la crisis financiera. Las medidas de ayuda a las entidades de crédito”. *Crisis financiera y derecho social en Irlanda / coord. por Anne Marie Garvey, José Eduardo López Ahumada, Cinca*, 2015

PÉREZ PRADO, D.: “Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: Entre el humo y el cambio de ciclo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019.

QUESADA LUMBREERAS, J. E.: “Retroactividad de las normas ‘versus’ derechos adquiridos a propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80/2011.

QUINTERO LIMA, M. G.: “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación contenida en la Ley 27/2012 una historia interminable” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 29-30, 2012.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, N.º 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus),

ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2022.

RUESGA BENITO, S.: “Crisis económica y reformas laborales” en *Reformas laborales en la gran recesión / coord. por Santos Miguel Ruesga Benito, José Ignacio Pérez Infante, Tirant lo Blanch*, 2016.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho de información a los trabajadores y a sus representantes resultante del deber de información previo, como garantía del derecho a la protección de datos y como límite al ejercicio de las facultades de dirección y control de la empresa en relación con la instalación y el uso de dispositivos digitales en el contexto de la relación laboral” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 58, 2021.

THIBAUT ARANDA, J.: La modificación de las condiciones de trabajo en el trabajo a distancia, en *Trabajo a distancia y teletrabajo : análisis del marco normativo vigente / coord.*

por Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Adrián Todolí Signes, Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

TORRES, R y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. J.: “El conflicto en Ucrania y la economía española”, *Cuadernos de Información económica*, 287/2022.

TRILLO GARCÍA, A. R.: “Seguridad Social y COVID-19”, *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, N.º 23 (2.º trimestre 2020).

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “Consecuencias de la declaración del estado de alarma en personas jurídicas de derecho privado, mercados de valores, inversiones extranjeras, y facilidades de financiación de empresas”, en *cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19*, Frederic Adán Domènech (coord.), Wolters Kluwer, 2020.

VIDAL LÓPEZ, P.: ¿La prohibición de despedir vulnera el Derecho Europeo?, *Actualidad jurídica Aranzadi*, N.º 970, 2021.

VILLAR CAÑADA, I. M.: “Capítulo 2. Modificaciones en el régimen, especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”, *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo y normas concordantes* / coord. por Francisco Ortiz Castillo José Luis Monereo Pérez (dir.), Guillermo Rodríguez Iniesta (dir.), 2019.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida “prohibición de despedir”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9/2020.

FOOTNOTES

•
Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación nacional PID2020-114556GB-I00: “Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva”, Agencia Estatal de Investigación. Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹
CAMÓS VITORIA, I.: “Las reformas laborales en Europa” *Temas para el debate*, N.º 212 (julio), 2012 (Ejemplar dedicado a: Involución laboral), p. 38 y 40.

Ibidem, RUESGA BENITO, S.: “Crisis económica y reformas laborales” en *Reformas laborales en la gran recesión* / coord. por Santos Miguel Ruesga Benito, José Ignacio Pérez Infante, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 43-45.

²
OTAL FRANCO, S y GARVEY, A. M.: “De la crisis inmobiliaria a la crisis financiera. Las medidas de ayuda a las entidades de crédito”. *Crisis financiera y derecho social en Irlanda* / coord. por Anne Marie Garvey, José Eduardo López Ahumada, Cinca, 2015, pp. 28 y 34.

3

26,94%, en el primer trimestre de 2013, de acuerdo con la encuesta de población activa del Instituto Nacional de Estadística, https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm.

4

FITA ORTEGA, F.: “La política de empleo en la Unión Europea” *Crisis económica y medidas ante el desempleo*, coord. por Remedios Roqueta Buj, Guillermo Emilio Rodríguez Pastor, Tirant lo Blanch, 2015, p. 40.

5

6,798% en la subasta de obligaciones del Estado, de 6 a 9 años, en el año 2012, de conformidad con los datos del Tesoro Público, <https://www.tesoro.es/deuda-publica/historico-de-estadisticas/tipos-marginales>.

6

DE AYALA MARÍN J. E.: “Carta de Europa: Estrangulamiento económico de los países periféricos” *Política exterior*, N.º 142, 2011, p. 18.

7

Descontando el retroceso del -4,6% en el año 2020, ejercicio del anquilosamiento económico motivado por la pandemia, 2019 culminó con exiguo crecimiento del 0,6%, cuando, desde el año 2013 lo hacía por encima del 1% (el 2,7% durante 2017), lo que supone un aviso para la estabilidad económica empresarial y para el empleo en la eurozona, sin perjuicio de que los buenos datos de desempleo alemán en 2019 no sean extrapolables a España. *Vid.*; IRÁNZO GUTIÉRREZ, S.: “La evolución de la economía mundial”, *Economistas*, n.º 167-168 (ejemplar dedicado a España 2019. Un balance), 2020, p. 10.

8

En el segundo semestre de 2021, la deuda pública ha superado el 122 del PIB, de acuerdo con los datos del Banco de España, este aumento puede tener sentido, para algunos autores, para casos puntuales, como el de revertir el caos social, económico y sanitario propio de una pandemia, pero no para financiar desequilibrios permanentes. MORALES ARCE MACÍAS, R.: “COVID 19: impacto socioeconómico”, *Anales de la Real Academia de Doctores*, Vol. 6, N.º 1, 2021, p. 97.

9

FABBRINI, F.: “Brexit y el futuro del Reino Unido y de la Unión Europea”, en *Brexit y libertad de*

establecimiento: *Aspectos fiscales, mercantiles y de extranjería*, Carlos Górriz López Coord., Atelier, 2021, p. 325.

10

Por todas, AAVV: *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales AAVV/* coord. por Elisa Sierra Hernáiz, Sara Alcázar Ortiz; Juan García Blasco (dir.), Ángel Luis de Val Tena (dir.), Aranzadi Thomson Reuters, 2021.

11

Vid.; QUESADA LUMBRERAS, J. E.: “Retroactividad de las normas ‘versus’ derechos adquiridos a propósito del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 80/2011, p. 162.

12

Aunque determinados sectores doctrinales tuvieran una elevada prudencia en el alcance crítico de estas normas. Así, MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Medidas de fomento del emprendimiento y el autoempleo”. *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Ignacio García-Perrote Escartín (dir.), Jesús R. Mercader Uguina (dir.), Lex Nova, 2014, p. 253.

13

Con expectación se escribía por LÓPEZ CHOCARRO, I.: “El Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, N.º 211, 2014, pp. 17 y 18.

14

Ya lo vaticinó QUINTERO LIMA, M. G.: “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación contenida en la Ley 27/2012 una historia interminable” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 29-30, 2012.

15

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, no parece reparar, en absoluto, en esta necesidad acuciante, por el elevado coste electoral, que deben tener otras actuaciones normativas de mayor calado y por la negativa atomización política que, para estas decisiones legislativas, concurría en su tramitación parlamentaria. El mecanismo de equidad intergeneracional previsto en la disposición final cuarta de esta norma aplaza a un futuro la solución del problema (2032 y 2050), con propuestas imprecisas y que se antojan insuficientes.

DELGADO DEL RINCÓN L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de estudios políticos*, N.º 163, 2014, pp. 215-216.

Y sin perjuicio de opiniones doctrinales, muy autorizadas, con la que se discrepa respetuosamente, y que cuestionan este modelo de revalorización, anteponiendo, en todo caso, el mantenimiento del poder adquisitivo y las fórmulas tradicionales de cálculo, con independencia de su viabilidad real.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “El factor de sostenibilidad en España ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas? “*Revista de derecho social*”, N.º 62, 2013, pp. 209-238.

Ver, entre otras muchas, SAP Cuenca, Sección 1.ª, Sentencia núm. 21/2020, de 30 diciembre, procedimiento abreviado núm. 5/2020, que condena al empresario a 22 meses y medio de prisión (inferior a dos años) y multa irrisoria de 2250 euros, por no haber dado de alta a 35 trabajadoras, cuando la infracción administrativa prevista el artículo 40 del TRLISOS hubiera ascendido, como mínimo, a 164.115 euros, sin contar las que estaban sin permiso de trabajo ni las que se encontraban cobrando prestaciones Incluso absolviendo, cuando no se da de alta a falsos autónomos en el número determinado en el artículo 311 del CP en la SAP A Coruña, Sección Segunda, 221/2021 de 4 mayo, en el procedimiento abreviado núm. 13/2019.

Corregidas luego por el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 91/2019, de 3 de julio de 2019. Cuestión interna de inconstitucionalidad 688-2019. Planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

Los estudios doctrinales, en general, describen el aumento de la cotización en el RETA, sin reparar en los efectos sobre la pervivencia del empresario autónomo, cuando los tipos de cotización aumenten tras el periodo transitorio del Decreto de urgencia. Tampoco, sobre si las futuras prestaciones a las que otorgue derecho dicha cotización, van a tener la suficiente solvencia financiera para su sostenibilidad. En este sentido, y como ejemplo de esa excesiva descripción normativa, VILLAR CAÑADA, I. M.: “Capítulo 2. Modificaciones en el régimen, especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”, *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes / coord. por Francisco Ortiz Castillo; José Luis Monereo Pérez (dir.), Guillermo*

21

Matizado el contenido de esta disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, con mayores exigencias para que tenga lugar dicho relevo a través de la disposición final primera de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

22

Invalidez probatoria rechazada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), dictada el 17 de octubre de 2019, en el caso López Ribalda y otros contra España (Solicitudes núms.1874/13 y 8567/13). Una interpretación crítica frente a esta Sentencia, que no puede compartirse, y que, de imponerse, en nada contribuiría a la pervivencia de la empresa, parte del contenido esencial de los derechos a la vida privada, conforme exige el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dentro de una hermenéutica ultracomprendiva de tales derechos, en cualquier ámbito de su actividad laboral, extramuros de aquella y de su intimidad personal, ver, sino TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho de información a los trabajadores y a sus representantes resultante del deber de información previo, como garantía del derecho a la protección de datos y como límite al ejercicio de las facultades de dirección y control de la empresa en relación con la instalación y el uso de dispositivos digitales en el contexto de la relación laboral” *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 58, 2021, p. 18.

23

BLASCO JOVER C.: “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, N.º 2, 2019, pp. 53-55.

24

Sin perjuicio de la complacencia doctrinal de tratarse de un instrumento conciliatorio y de igualdad de trato entre hombres y mujeres, con independencia del alcance presupuestario de la medida. ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La prestación por nacimiento y cuidado de menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N.º 219, 2019 (Ejemplar dedicado a: Crónicas de jurisprudencia), pp. 235 y 237.

25

Se evitarían así fraudes, como cuando se utilizan registros manuales. Algunos autores han

apuntado, incluso, en la posibilidad de que puedan falsificarse y remiten a la negociación colectiva para dar una mayor seguridad jurídica frente a controles administrativos, pero bastaría para ello una imposición legal en las formas descritas. IGARTÚA MIRÓ, M. T.: “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019, p. 147.

26

Se ha de discrepar, reverentemente, de aquellas tesis doctrinales que abogan por la inmediata reversión de lo que tildan de “recorte social”, PÉREZ PRADO, D.: “Las medidas en materia de protección social del RDL 8/2019: Entre el humo y el cambio de ciclo”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 147, 2019, pág 19. Debe repararse en que cuando se aprobó la norma de urgencia que retornó al subsidio para mayores de 52 años, la excesiva deuda pública y el déficit estructural eran incompatibles con ese aumento de gasto público. Aquello que tiene un efecto lenitivo a corto plazo, puede dar lugar a importantes desequilibrios en la preservación de la empresa y su sostenibilidad, bien porque el gasto público tendente a esta última finalidad sea imposible, o bien por la desincentivación del retorno al empleo en aquéllas ocupaciones que no encuentran favorable respuesta a sus ofertas de empleo.

27

Hay que tener en cuenta que en cinco años se ha pasado de un salario mínimo mensual de 655,20 euros, en 2016, a 1000, en 2022. Ello provoca un efecto negativo para el empleo en actividades regidas por él. BARCELÓ VARONA, C, IZQUIERDO PEINADO, M, LACUESTA GABARAIN, A, PUENTE DÍAZ, S, VILLANUEVA LÓPEZ, E “Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España”, *Documentos ocasionales - Banco de España*, N.º 13, 2021, p. 9.

28

Desde una perspectiva estrictamente laboral, AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Cuestiones actuales sobre el salario mínimo interprofesional”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, N.º 246, 2021, pp. 18-20.

29

MARÍN ALONSO, I.: “Medidas laborales frente a la crisis sanitaria por COVID-19”, en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), Manuel García Mayo (coord.), Alfonso Castro Sáenz (pr.). Reus, 2020, p. 297.

30

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo establecida en la DA 6.ª del RDL 8/2020, de 17 de marzo, en la doctrina de

31

Un interesante estudio, detallado en distintas horquillas de aplicación temporal de la prestación por ERTE-COVID, puede verse en RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, N.º 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Respuestas laborales y de protección social a la pandemia por coronavirus), pp. 74 y ss.

32

Instrumento de emergencia social, específicamente creado para la pandemia, que ha contado con el respaldo doctrinal unánime, sin perjuicio de su amplitud prestacional. Por todos CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTES) como respuesta a la crisis del COVID-19”, en *El escudo social frente a la pandemia : análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Francisca María Ferrando García (dir.), Antonio Megías Bas (coord.), María Monserrate Rodríguez Egío (coord.), Bomarzo, 2021, pp. 24-26.

33

Es una fórmula general de protección social que atiende a las situaciones de pobreza y a las situaciones de exclusión social vinculadas al trabajo o de “modelo ideal-tipo”, como entiende MONEREO PÉREZ, J. L.: “El derecho social al ingreso mínimo vital”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 158, 2021, p. 46.

34

TRILLO GARCÍA, A. R.: “Seguridad Social y COVID-19”, *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, N.º 23 (2.º trimestre 2020), p. 132.

35

Algo que los estudios doctrinales más autorizados pasan por alto, limitándose a describir las bondades de este tipo de medidas de auxilio social, con carácter general. *Vid.*; MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ INSUA, B y GUINDO MORALES, S.: “Las medidas aplicables al trabajo autónomo”, en *El escudo social frente a la pandemia : análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, cit., pp. 636-403.

36

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: “Consecuencias de la declaración del estado de alarma en personas jurídicas de derecho privado, mercados de valores, inversiones extranjeras, y facilidades de financiación de empresas”, en *cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del*

37

ARANDA MARTÍNEZ, MC.: “ Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, N.º 2, 2021, p. 224.

38

Para la STSJ de Madrid N.º 768/2021, Sección Primera, de 10 de septiembre 2021, Rec. 491/2021,, ECLI:ES:TSJM:2021:9113, el “prohibido despedir” no se aplica a los ERTE por causas ETOP pues, acreditadas estas, el despido sería procedente.

39

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida “prohibición de despedir”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9/2020, p. 9 in fine.

40

STSJ Madrid, de 25 de noviembre de 2020, N.º 1036/2020, Sala de lo Social, Sección 5, Rec. 590/2020, Núm. Cendoj: 28079340052020101050.

41

STSJ Galicia, de 11 de Marzo de 2021, Sala de lo Social, Sección 1, recurso 150/2021, núm. Cendoj: 15030340012021100986.

42

STSJ País Vasco, de 23 de febrero de 2021, Sala de lo Social, recurso 57/2021, núm. Cendoj: 48020340012021100004.

43

STSJ de Asturias, de 27 de julio de 2021, Sala de lo Social, recurso: 1384/2021, núm. Cendoj: 33044340012021101670.

44

Vid.; STSJ Social número 1 de Barcelona, de 15 de diciembre de 2020, Sentencia: 283/2020, Recurso: 581/2020.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Tirant lo Blanch, 2021 p. 39.

VIDAL LÓPEZ, P.: ¿La prohibición de despedir vulnera el Derecho Europeo?, *Actualidad jurídica Aranzadi*, N.º 970, 2021, p. 4.

Vid.; THIBAUT ARANDA, J.: La modificación de las condiciones de trabajo en el trabajo a distancia, en *Trabajo a distancia y teletrabajo : análisis del marco normativo vigente* / coord. por Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Adrián Todolí Signes, Aranzadi Thomson Reuters, 2021, p. 94.

STS de 25 de septiembre de 2020, Sala Cuarta, número de recurso 4746/2019, Núm. Cendoj: 28079149912020100027.

Así, Deliveroo cesó sus actividades en España a partir del 29 de noviembre de 2021 <https://www.elmundo.es/economia/ahorro-y-consumo/2021/11/29/619d14f5e4d4d844128b45ec.html>. (Página consultada el 29 de noviembre de 2021).

Aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre (BOE núm. 279, de 20 de noviembre de 2019), entendió lo contrario. No obstante, a tenor de la STJUE de 18 de enero de 2018, Sala Tercera, dictada en el asunto C270/16 Ruiz Conejero y de la STJUE de 11 de septiembre de 2019, Sala Primera, asunto C-397/18, Nobel Plásticos Ibérica, el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad. No obstante, a sensu contrario, cuando las reiteradas bajas médicas no evidencian tal situación, motivarían una extinción procedente.

Lo que no debe evitar una actuación prudente por los funcionarios actuantes y reverente a las previsiones constitucionales. MORÓN LERMA, E.: “La libertad de entrada en los centros de trabajo y la inviolabilidad del domicilio” en *La inspección de trabajo, 1906-2006* / coord. por María Jesús

Espuny i Tomás, Olga Paz Torres, Tirant lo Blanch, 2008, p. 347.

52

ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 75.

53

TORRES, R y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. J.: “El conflicto en Ucrania y la economía española”, *Cuadernos de Información económica*, 287/2022, p. 1.