

RECENSIÓN DE LA OBRA «FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO EN LA ERA COVID» DE LA PROF. PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EDITORIAL TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021

JESÚS LAHERA FORTEZA

Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad Complutense

El principal mérito del libro *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, de la profesora Paz Menéndez Sebastián, es la impecable claridad conceptual de sus puntos de partida que permite, luego, en todo su desarrollo, un análisis técnico fino y riguroso, como es costumbre en la autora.

Como resulta bien conocido, en el ámbito jurídico-laboral, pero también mediático, dos son los pilares de la protección del empleo en la normativa laboral COVID-19, mantenidos, por el momento, hasta el 28 Febrero 2022 por el Decreto-Ley 18/2021. Por un lado, la denominada «*prohibición de despedir*» por causa COVID-19, fundada por el art. 2 Decreto-Ley 9/2020, hoy mantenido vigente, en su versión legal Ley 3/2021, por esta última norma. Por otro, la «*cláusula de mantenimiento de empleo*» de la DA 6.^a Decreto-Ley 8/2020, delimitada luego por el Decreto-Ley 18/2020, sucesivamente prorrogada en una redacción mantenida, hasta ahora, por el mencionado Decreto-Ley 18/2021. Como bien aclara Paz Menéndez, desde un inicio, los planos de ambas medidas son distintos, si bien pueden tener puntos de intersección en la práctica (pp. 81-85). La denominada «*prohibición de despedir*» se desenvuelve en el plano estrictamente laboral y trasciende la propia realidad de los ERTES COVID-19 que sustenta toda esta normativa de excepción. La «*cláusula de mantenimiento de empleo*», por el contrario, es una obligación estrictamente vinculada a las exoneraciones de cuotas sociales de estos ERTES COVID-19, en su doble modalidad de fuerza mayor y causa específica ETOP de los arts. 22 y 23 Decreto-Ley 8/2020 sucesivamente prorrogados. Esta distinción conceptual permite un marco claro de análisis de los rasgos de ambas instituciones jurídicas, sin caer en ningún tipo de confusión. Como bien afirma la autora, son dos mecanismos que comparten el mismo objetivo de «*dique de contención de la destrucción de empleo*», que pudiera derivarse de la crisis económica de la pandemia, y responden a la misma finalidad de «*la efectividad del armazón de los ERTES COVID-19*», pero con técnicas bien distintas, laborales y de seguridad social, con consecuencias diversas. Esta diferenciación no oculta que ambas medidas son restricciones a la libertad de

empresa del art.38 CE, derivada de una normativa de excepción, todavía vigente, que sitúa las facultades extintivas del ordenamiento laboral en «*una especie de letargo del qué no se sabe cómo y cuándo podrán salir plenamente*».

Sobre esta dualidad conceptual, con intersecciones comunes, la profesora Paz Menéndez elabora la doctrina jurídica, hasta ahora, más rigurosa y acabada en torno ambas medidas de excepción, junto, quizás, con la aportación del blog laboral de Ignasi Beltrán. De un lado, analiza con detalle el alcance de la limitación extintiva, que no prohibición, desde el punto de vista causal y las consecuencias de su incumplimiento, dando fe de resoluciones judiciales contradictorias, entre la nulidad o la improcedencia o incluso la superación de indemnizaciones tasadas acudiendo al convenio 158 OIT (pp. 85-116). De otro, desarrolla con gran detalle técnico la delimitación de la cláusula de mantenimiento de empleo y las consecuencias de su penalización económica en forma de pago de cuotas exoneradas, sin todavía un criterio claro de su individualización por extinción de afectado en ERTE o de un alcance total (pp. 117-165).

Más allá de la solución de problemas prácticos en la aplicación de ambas medidas, que invitan a la lectura y consulta del libro, plantea Paz Menéndez serias dudas, antes ya del verano, de su utilidad en la fase de recuperación económica de la post-pandemia. Si bien ambas medidas han podido ser útiles como herramientas de contención del empleo, ahora pueden estar siendo obstáculos en la recuperación, sobre todo en empresas de sectores con ERTES por fuerza mayor COVID-19 todavía vigentes y sostenidos con exoneraciones de cuotas sociales (pp. 87 y 153-155). Las apreciaciones, desde esta perspectiva, del riesgo de concurso como supuesto que exime de la cláusula de empleo, resultan especialmente útiles, así como la constatación de encadenamientos de períodos de seis meses, en determinados supuestos, que implican elevar en exceso la penalización económica, abocando a empresas al concurso. Una vez finalizada la última prórroga el 28 febrero 2022 y evaluada la situación de los ERTES Covid-19 –en este momento, con todavía 200.000 afectados mientras crece el empleo– será necesario recuperar esta reflexión y tener en cuenta estas consecuencias económicas negativas. La posible «jaula de oro» de determinadas empresas, sostenidas con ayuda pública, debe ser replanteada, admitiendo ciertos ajustes de empleo y no penalizando con este tipo de cláusula, que, seguramente, tendrá que ser derogada con efectos retroactivos, una vez cumplida su funcionalidad en la pandemia.

La aportación del libro de Paz Menéndez no se detiene aquí porque también analiza las facultades extintivas del empresario, dentro del régimen jurídico general, en el contexto COVID-19, sin sobrepasar los márgenes que dejan estas limitaciones. Resulta muy útil la proyección del despido disciplinario ante conductas contrarias a la normativa sanitaria de los trabajadores (pp. 171-182), así como el análisis del bajo rendimiento o la ineptitud sobrevenida en un contexto todavía dominado por el trabajo a distancia (p. 183-193). La llamada de atención de posibles nuevas discriminaciones por cuestiones de enfermedad o no vacunación, en este contexto COVID-19, o ya de post-pandemia, es muy interesante, así como la apertura de ciertos márgenes del despido procedente por causa ETOP, individual o colectivo, pese a la previamente analizada limitación de despedir (pp. 193-2015).

RECENSIÓN DE LA OBRA «FACULTADES EXTINTIVAS DEL EMPRESARIO...»

En definitiva, el libro de Paz Menéndez es una excelente aportación doctrinal que ofrece soluciones técnicas en la problemática analizada, a la vez que apunta reflexiones de gran interés político en el devenir de toda esta normativa laboral de excepción, todavía en parte vigente. Normativa de excepción, que, no habría que olvidarlo, implica fuertes restricciones a la libertad de empresa, útiles en su momento, en plena crisis derivada de la pandemia, y seguramente, sin ya fundamento en un tiempo de recuperación económica post-pandemia.