

Los autónomos pueden sustituir a los empleados para mantener su actividad

Los contratos laborales y mercantiles siguen vigentes, aunque haya trabajadores que den positivo

Xavier Gil Pecharromán MADRID.

Autónomos y pequeños empresarios se encuentran muy despistados sobre cómo actuar frente al coronavirus, máxime cuando la Guía del Ministerio de Trabajo ha sido descalificada por el propio Gobierno. *El Economista* ha consultado con diversos especialistas en Derecho Civil, Concursal y Laboral para saber cuáles son las obligaciones de la empresa en la actualidad y cuáles los riesgos que debe afrontar.

¿Hay una situación grave e inminente como para cerrar la empresa?

1 La existencia o no de una situación grave e inminente puede cambiar mucho la forma de actuar de autónomos y empresas ante el coronavirus. Mar Alarcón, socia de *counsel* de Human Law y profesora de la Universidad Juan Carlos I, explica que en la Guía del Ministerio de Trabajo se han podido confundir las consecuencias del coronavirus, con el virus del ébola. Esa sería la explicación de que haya

apuntado a medidas de riesgo grave e inminente. Si se diese esta situación, efectivamente, el empresario debe paralizar la actividad de aquel trabajador, servicio, área, departamento, centro de trabajo u empresa en la que concurriera tal peligro que amenazara la vida o la salud de las trabajadoras. Pero no estamos en esta situación. Si el empresario no adoptara la paralización, el representante unitario, delegado de prevención, el propio trabajador o la misma Inspección de Trabajo podrían proceder a su paralización. Pero no estamos ante un problema de prevención de riesgos laborales.

Lo que existe es una necesidad de contención de la epidemia; no es una cuestión laboral, sino de salud pública, que debe dictar las medidas necesarias para contener la epidemia. Es Sanidad quien debe dar el orden de paralizar la producción, no la empresa. Serán los propios trabajadores los que no acudan al trabajo al haber sido dados de baja por la Seguridad Social. Aunque algún trabajador haya dado positivo, la empresa debe trabajar.

¿Se puede denunciar a la empresa por aislar a un trabajador sano?

2 Señala Alfredo Aspra, socio responsable del Departamento Laboral de Andersen Tax & Legal, que, asumiendo la

En la actualidad existe un problema de contención de la epidemia, no de prevención laboral

premisa de que los síntomas mencionados no guarden relación alguna con el coronavirus y que clínicamente sea así acreditado por el empleado, en principio, la empresa, en contra de la voluntad del trabajador, no parece que pudiera aislarle y, de hacerlo, podría estar incurriendo en la obligación de darle ocupación efectiva, que, si bien, podría ser un indicador más de un

eventual comportamiento susceptible de considerarse como *mobbing* no sería por sí mismo y en este contexto de la gravedad e intensidad suficiente como para que pudiera ser condenada una compañía.

Así, el acoso laboral moral se define como "todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, potencialmente lesivo y no deseado, dirigido contra uno o más trabajadores, en el lugar de trabajo o por consecuencia del mismo".

Así, resulta bastante improbable que esta decisión empresarial sea considerada por los jueces como un indicador de *mobbing*.

¿Qué ocurre si se incumple un contrato con un cliente?

3 Autónomos y pequeñas empresas se pueden encontrar con que les resulta imposible cumplir sus compromisos con los clientes, si el coronavirus les obliga a mandar a casa a los empleados y sea imposible realizar el teletrabajo. Jorge Vázquez Orgaz, socio

director de la oficina de Ashurst en Madrid y socio del departamento de Derecho Mercantil, explica que las consecuencias dependen de la causa concreta por la que se para la producción y se incumple el contrato, y de lo previsto en el propio contrato.

Así, por ejemplo: si la producción se para por decisión de la empresa (por prevención de contagios o algo similar) parece muy difícil justificar que esa paralización de la actividad constituye un supuesto de fuerza mayor de los que permite excusar el incumplimiento de una obligación. En esos casos, habrá que estar a lo que establezca el contrato para los casos de incumplimiento (penalizaciones por retraso, resolución con indemnización de daños, etc.) o la ley, si el contrato no tiene previsión concreta.

Para que la fuerza mayor permita eximir del cumplimiento de una obligación debe darse una circunstancia imprevista o que (por mucho que pueda verse) sea inevitable. Para que un suceso imprevisto o inevitable pueda paralizar la producción (dando además lugar al

incumplimiento del contrato), parece lógico pensar que tendrá que tener cierta entidad en cuanto a intensidad y duración. Por eso digo que dependerá de cada caso".

¿En qué situación quedan los empleados que no teletrabajan?

4 Ante la imposibilidad de prestar sus servicios, estos trabajadores quedarían liberados de la obligación de presencia en la empresa, pero conservando sus derechos, entre ellos, el salario, afirma Alfonso Suárez, director del Departamento Laboral de Araoz & Rueda. Al estar vigente la relación laboral, los trabajadores deben seguir dados de alta, manteniendo ambas partes las respectivas obligaciones y derechos, excepto el deber de asistir al trabajo en el centro. Es raro que la empresa suscriba un seguro para cubrir esta contingencia; ahora bien, en caso de existir, sería la aseguradora la que soportaría la contingencia, abonando la empresa al trabajador el salario y recuperando después ésta de la aseguradora el correspondiente importe.

¿Se puede sustituir a los trabajadores en cuarentena?

5 En vista de que es necesario cumplir con los contratos, una de las dudas más generales entre autónomos y microempresas es si la empresa puede o no contratar sustitutos para los trabajadores que manda a casa tras dar un positivo por coronavirus o si se puede subcontratar el trabajo. A este respecto, Iván López García de la Riva, socio director del Departamento de Laboral de Abdón Pedrajas, explica que en tanto en cuanto que los trabajadores con la enfermedad están en situación de incapacidad temporal, es posible la sustitución a través de contrato temporal de interinidad, directamente o a través de ETT en el régimen general previsto para ello. También es posible la externalización mediante la subcontratación con otras empresas, obviamente en este caso, con los límites que impone no incurrir en situaciones de cesión legal. En todos los casos, siempre que no exista restricción en cuanto a la actividad del centro de trabajo por razones sanitarias o de prevención de riesgos laborales.

Si se hubiera producido el cierre del centro, hasta que el mismo no pueda ser reabierto conforme a las exigencias sanitarias, no podrá desarrollarse en él actividad tampoco con nuevos trabajadores o empresas contratistas. En el caso de la subcontratación, Ainoa González, socia de Bufete Barrilero y Asociados, señala que es preciso analizar cada caso concreto, en una situación de esta excepcionalidad las empresas podrían recurrir a la subcontratación de parte de su activi-

dad cuando sus empleados no puedan prestar servicios por una cuarentena. Habría que analizar cada caso concreto.

¿Qué pasa si la empresa no tiene un protocolo de actuación?

6 Comenta Miguel Pastur, socio de Laboral en Bird & Bird, que aunque el ordenamiento jurídico no establece expresamente una obligación de elaboración de un protocolo de actuación para situaciones como la que afrontamos en la actualidad, las empresas sí que tienen el deber de velar por la seguridad y salud de su plantilla. Para ello deben analizar el riesgo y aplicar aquellas medidas preventivas que sean necesarias, para limitar el riesgo grave e inminente que pueda derivarse de las condiciones de trabajo.

Si un trabajador se contagia durante la prestación del servicio y se comprueba que no existía ninguna medida preventiva encaminada a evitar dicho contagio, la empresa podría hacer frente a una multa desde 40.986 euros por la comisión de una falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales conforme al artículo 13.10 de la Ley sobre Infraccio-

La falta de medidas de actuación en el centro puede derivar en sanciones económicas

nes y Sanciones en el Orden Social, además del recargo sobre las prestaciones por incapacidad y una posible indemnización por daños y perjuicios.

¿Y si hay un proceso concursal en marcha?

7 Cuando la sociedad o el profesional están inmersos en un proceso concursal o de segunda oportunidad, las cosas son diferentes, porque en estos casos, señala Pedro Martín Molina, socio director de Martín Molina Abogados, si algún empleado de una empresa concursada contrajera el coronavirus, las decisiones respecto a medidas extraordinarias con la plantilla las tomaría el administrador concursal, si estuviera con facultades suspendidas el administrador de la sociedad. En este último caso, sería el propio administrador social, con la aprobación del primero, el que decidiría en el caso de que la medida afectase al patrimonio de la empresa concursada. En ambos supuestos, estas decisiones se enmarcan en la gestión de actividades de la empresa. Por eso, en mayor o menor medida, dicha decisión recaería sobre la administración concursal.