

## COMENTARIO DE URGENCIA:

sobre el permiso retribuido recuperable y otras medidas complementarias en materia laboral aprobadas en el contexto de la crisis derivada del Covid-19 (Reales Decreto-Ley 10/2020 y 9/2020)

ÁNGEL JURADO SEGOVIA

Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Titular)

de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Universidad Complutense de Madrid

### 1. EL RD-LEY 10/2020, SOBRE EL PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE.

El RD-ley 10/2020 (se puede consultar [aquí](#)) tiene por objetivo reducir todavía más la movilidad de la población ante el incremento incesante del número de contagios derivados del Covid-19 y el riesgo de saturación de los servicios sanitarios. A tal fin, se adopta como única medida una que afecta las relaciones laborales por cuenta ajena, estableciendo el disfrute obligatorio por parte de los trabajadores –y, por tanto, obligatorio también para las empresas- de un permiso retribuido recuperable. Los principales detalles de la regulación contenida en el RD-Ley 10/2020, se pueden sintetizar del siguiente modo:

#### 1.1. Trabajadores a los que aplica el permiso retribuido y efectos para las empresas

De acuerdo con lo previsto en el art. 1 del RD-ley 10/2020, **el permiso retribuido de disfrute obligatorio aplica a todos los trabajadores por cuenta ajena que no presten servicios en sectores o actividades calificadas como esenciales por el propio RD-ley** (véase apartado 1.2). Sin embargo, hay que tener en cuenta también otra serie de trabajadores excluidos que prevé el citado art. 1. En este sentido, **también quedan excluidos de la aplicación del permiso retribuido obligatorio** los siguientes trabajadores:

- **Los trabajadores que presten servicios en empresas cuya actividad ya quedó paralizada como consecuencia del estado de alarma decretado por el RD 463/2020.** Se entiende que a estos trabajadores les será de aplicación otras medidas laborales y, en particular, los ERTES relacionados con el Covid y las prestaciones por desempleo vinculados a tales ERTES.
- **Los trabajadores de empresas que hayan solicitado o estén ya ejecutando un ERTE suspensivo de los contratos de trabajo o que durante la vigencia del este RD-ley lo soliciten.** Se trata ésta de una exclusión especialmente relevante que viene a matizar enormemente la obligación empresarial de tener que soportar el disfrute obligatorio por parte de los trabajadores del permiso retribuido. En primer lugar, todas aquellas empresas que ya estuvieran aplicando un ERTE suspensivo de las relaciones laborales –por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- no deben modificar en modo alguno la situación jurídica y pueden continuar ejecutándolo con las consecuencias correspondientes, en particular, la cesación de la obligación empresarial de abono de los salarios y el derecho de los trabajadores a las pertinentes prestaciones por desempleo. Pero es que, además, lo mismo cabe predicar para todas aquellas empresas que no estuvieran ejecutando un ERTE, pero que inicien su tramitación en los próximos días siempre que se trate de un ERTE por fuerza mayor. En el caso de los ERTES por otras causas, hay que entender se podrá iniciar o seguir con su negociación, pero hasta que no termine la vigencia del permiso retribuido no se

podrá empezar ejecutar el ERTE. Aunque lo cierto es que tras el RD-ley 10/2020 cabe plantearse si tiene demasiado sentido la dicotomía entre ERTE por fuerza mayor derivado del Covid o ERTE por otras causas económico-productivas derivadas del Covid (arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020), pues un escenario en que el Gobierno ha decretado que una gran mayoría de trabajadores deben disfrutar obligatoriamente de un permiso, equivalente, en la práctica, a un parón cuasi generalizado o, cuanto menos, muy amplio de la actividad económica, que obviamente opera como fuerza mayor a efectos laborales para la mayoría de las empresas. Lo anterior sin perjuicio de que, por diversas razones, entre ellas por no quedar limitada la duración del ERTE a la duración del estado de alarma (como si ocurre en los ERTES por fuerza mayor -véase apartado 2.1.-), algunas empresas puedan decantarse por poner en marcha un ERTE por razones económico-productivas.

Por consiguiente, de cuanto antecede cabe concluir que, en puridad, **lo que el RD-ley 10/2020 viene establecer es que las empresas pueden dar cumplimiento a la nueva limitación de la movilidad, bien concediendo un permiso retribuido recuperable, o bien procediendo a un ERTE por fuerza mayor derivado del Covid.** Las empresas podrán solicitar la constatación de la fuerza mayor a la Autoridad Laboral tras la entrada en vigor de este RD-ley 10/2020, sin necesidad de tener que hacer frente a salarios durante la tramitación del ERTE y teniendo derecho los trabajadores a prestaciones por desempleo, pues de la propia regulación sobre estos aspectos se deduce que la solicitud de la fuerza mayor y de las prestaciones tiene efectos retroactivos (art. 25 RD-Ley 8/2020 y Disposición adicional tercera RD-ley 9/2020). Asimismo, las empresas afectadas por estos ERTES por fuerza mayor podrán tener derecho a la exoneración, total o parcial, de la obligación de ingresar las cotizaciones correspondientes al periodo de duración del ERTE (art. 28 RD-ley 8/2020). De ahí que tras el RD-ley 10/2020 cobren todavía mayor importancia y resulten de aplicación más generalizada el conjunto de medidas adoptadas sobre estas materias por los RD-Leyes 8/2020 y 9/2020.

- También quedan excluidos del permiso retribuido obligatorio **los trabajadores que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas.**
- Tampoco es de aplicación el permiso retribuido obligatorio a **los trabajadores que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.** Es decir, si la prestación laboral se puede seguir ejecutando sin necesidad de que tener que desplazarse, las empresas no están obligadas a permitir el permiso retribuido y pueden exigir que se continúe con dicha prestación laboral. Ello no excluye la posibilidad de que la empresa, si lo considera oportuno, pueda conceder el permiso. Del mismo modo, **ello no excluye la posibilidad de que a los “teletrabajadores” se les pueda incluir en un ERTE por fuerza mayor, si sus funciones han devenido imposibles o carentes de sentido como consecuencia de la cesación de la actividad que afecte a su empresa** y tal vez a otros trabajadores de la misma que no pueden prestar servicios sin acudir al centro de trabajo o realizando desplazamientos.

Por otra parte, desde el punto de vista de los efectos y opciones que plantea el permiso retribuido afectadas por su carácter obligatorio, se debe tener en cuenta, adicionalmente, que **el RD-ley permite mantener una actividad mínima indispensable, fijando para ello un número mínimo de trabajadores que serán necesarios y/o los turnos imprescindibles,** señalándose, en todo caso, como referente a la hora determinar esa actividad mínima indispensable la que empresa desempeñe durante los fines de semana o días festivos (art. 4).

## 2. SECTORES Y ACTIVIDADES CONSIDERADAS ESENCIALES EN LOS QUE NO RESULTA APLICABLE EL PERMISO RETRIBUIDO

Como se apuntaba, **el permiso retribuido obligatorio no es de aplicación a aquellos trabajadores que presten servicios en actividades que se consideran esenciales por el propio RD-ley o, especificando aún más, a aquellos trabajadores ocupados en “divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales”** (art. 1). A tal efecto, el RD-ley incorpora un Anexo que concreta las actividades en las que no resulta de aplicación el permiso retribuido obligatorio. Cabe advertir que, aun siendo conscientes que resulta tarea fácil determinar que se considera esencial o no en un contexto de crisis como se está atravesando, la lectura de dicho Anexo planteará seguramente importantes dudas a la hora de decidir si una concreta actividad está incluida o no en el mismo. Además, el RD-ley parte de seguramente de un enfoque inapropiado, pues al tomar como punto de partida para su regulación el reconocimiento de un derecho a los trabajadores por cuenta ajena, no queda claro si todas y cada una de las actividades que aparecen en Anexo –con la excepción quizá de aquellas en las que se entienda que el estado de alarma ya impuso su continuidad, deben necesariamente mantenerse por las empresas que las desarrollan o si éstas tienen un cierto margen para decidir o no su continuidad, aplicando el permiso retribuido u otras medidas laborales (ERTES, particularmente). Otro tanto ocurre con respecto a los trabajadores por cuenta propia, que, a falta de mayores indicaciones normativas, no se sabe en qué medida les afecta el RD-ley y, por tanto, en qué medida pueden o no, o deben o no, seguir con la actividad que ellos desarrollen de forma personal.

Sea como fuere, sintetizando el contenido de dicho Anexo –se recomienda su lectura detallada-, **no resulta de aplicación el permiso retribuido obligatorio a los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios en las siguientes actividades:**

- **Actividades que deban continuar al amparo de lo previsto en el RD 463/2020, que declaró el estado de alarma** o por otra normativa aprobada por las autoridades competentes. Aunque la remisión a esta otra norma y el contenido de la misma no resultan del todo claros, parece que se está refiriendo, en esencia, al **comercio minorista de alimentación u otros bienes o productos de primera necesidad**, tales como los farmacéuticos, médicos, higiénicos, combustible para la automoción, tecnológicos y de comunicaciones, entre otros. Así, como las actividades relativas al **transporte de mercancías indispensables para garantizar el abastecimiento**, las necesarias para garantizar el **tránsito aduanero**, el **suministro de energías** y el mantenimiento de **infraestructuras críticas para los servicios esenciales**.
- Actividades que participan en la **cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de la producción de bienes y servicios de primera necesidad**, incluyendo alimentos, bebidas, alimentación animal, productos higiénicos, medicamentos, productos sanitarios o necesarios para la protección de la salud.
- Actividades de **hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio**.
- Actividades de la **cadena de producción y distribución de bienes o servicios relacionados con el ámbito médico o sanitario**. Así como aquellas actividades de sectores o subsectores que participan en la **importación y suministro de material sanitario** y, en general, todas aquellas que participan en los **corredores sanitarios**.
- Actividades **imprescindibles para el mantenimiento de la industria manufacturera conectadas al correcto desarrollo de las actividades esenciales** recogidas en el propio Anexo.

- Actividades de **transporte, tanto de personas como de mercancías, no suspendidas por el estado de alarma**, así como aquellas relativas al mantenimiento de los medios de transporte de conformidad con lo dispuesto por las autoridades competentes.
- Actividades relativas a **instituciones penitenciarias y de protección civil** (salvamento marítimo, incendios, minas, tráfico y seguridad vial), así como las actividades de **seguridad privada** conexas a la seguridad en el **transporte, respuesta ante alarmas y, en general, las necesarias para garantizar los servicios esenciales y el abastecimiento de los ciudadanos**. En esta misma línea, aunque fuera del Anexo, el RD-ley establece que el permiso retribuido obligatorio no resulta de aplicación a los trabajadores de **empresas adjudicatarias de contratos del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos** (Disposición adicional quinta).
- Actividades indispensables y conectadas a los **materiales y equipos utilizados por las fuerzas armadas**.
- Actividades **sanitarias y de atención a personas mayores, dependientes o con discapacidad o menores**, así como las actividades relacionadas con la **I+D+I y la biotecnología conectada al COVID-19** y las actividades relativas a los **servicios funerarios** (sobre las actividades sanitarias y de servicios sociales, véase apartado 2.4 de este comentario). Asimismo, las actividades relacionadas con la **protección y atención de víctimas de violencia de género o las propias de los centros de atención a refugiados e inmigrantes. Y también las actividades de atención sanitaria a animales**.
- Actividades de **venta de prensa y de medios de comunicación o agencias de noticias**, así como las actividades de **telecomunicaciones y audiovisuales y de servicios informáticos esenciales**, así como otras conexas a las mismas que resulten imprescindibles para la adecuada prestación de los servicios públicos.
- Actividades de **servicios financieros**, incluidos los bancarios, de **seguros y de inversión** que sean **indispensables** y las actividades propias de las **infraestructuras de pagos y de los mercados financieros**.
- **Actividades profesionales relacionadas con la Administración de Justicia** (abogados, procuradores, etc.) a efectos de **asistir a las actuaciones procesales no suspendidas por el estado de alarma**. Así como las actividades propias de **despachos, asesorías legales y gestorías administrativas**, y los **servicios de prevención de riesgos laborales**, en **cuestiones urgentes**. Del mismo modo que las actividades de las **notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales** fijados por la autoridad competente.
- Actividades de servicios de **limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia**, recogida, gestión y tratamiento de **residuos peligrosos, residuos sólidos urbanos, aguas residuales**, actividades de **descontaminación y otros servicios de gestión de residuos** propias de las entidades pertenecientes al Sector Público. Y en esta misma línea, las actividades de **abastecimiento, depuración, conducción, potabilización y saneamiento de agua**.
- Actividades **indispensables** para la provisión de **servicios meteorológicos**.
- Actividades del operador del **servicio postal universal** a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal.

- Actividades de **distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia**.
- Finalmente, el Anexo contiene una **cláusula general**, que parece aludir a cualquier otra actividad que se considere servicio esencial por las autoridades.

### **3. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PERMISO RETRIBUIDO Y RECUPERABLE**

De conformidad con el art. 2 del RD-Ley, en aquellas actividades que resulte de aplicación, el permiso deberá **disfrutarse de forma** obligatoria **desde el 30 de marzo hasta el 9 de abril de 2020**. No obstante, se prevé una excepción que permite que el lunes 30 de marzo se sigan prestando servicios laborales en aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad y a los solos efectos de realizar las tareas imprescindibles para no perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la posterior reanudación de la actividad empresarial. (Disposición transitoria primera).

En coherencia con su calificación como retribuido, el RD-ley dispone expresamente que los trabajadores tienen **derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo el salario base y los complementos salariales**.

Con todo, la calificación del permiso como retribuido es, en cierta medida, imprecisa, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 3 del RD-ley, **las empresas pueden exigir a los trabajadores la recuperación de las horas no trabajadas durante el permiso a partir de que se levante el estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020**. A tales efectos, se prevé que la concreción de esta recuperación deberá ser objeto de un **periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores**. En caso de inexistencia de representantes en la empresa, la capacidad negociadora se atribuye preferentemente a los sindicatos más representativos y representativos del sector y, en su defecto, a una comisión integrada por los propios trabajadores, reproduciéndose aquí el mismo esquema que en los ERTES por causas productivas derivados del Covid (art. 23 RD-ley 8/2020). De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a las personas trabajadoras y a la comisión negociadora, en el plazo de siete días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso.

En todo caso, la recuperación de estas horas deberá **respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal** previstos en la ley y en el convenio colectivo aplicable, así como la **jornada máxima anual** prevista también en convenio colectivo. Asimismo, a efectos de exigir la recuperación de horas se deberá respetar un **plazo de preaviso al trabajador de, como mínimo, 5 días**.

### **4. EL RD-LEY 9/2020, SOBRE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS EN EL ÁMBITO LABORAL**

Por su parte, el RD-ley 9/2020 (se puede consultar [aquí](#)) ha introducido nuevas medidas en materia laboral para el contexto de la crisis generada como consecuencia del Covid-19, las cuales complementan o se deben poner en relación con algunas de las aprobadas por el precedente RD-ley 8/2020, que fue el que adoptó un primer paquete de medidas laborales en el contexto de la crisis del Covid, en particular en todo lo relacionado con los ERTES y las prestaciones de desempleo de los trabajadores afectados por los mismos, aspectos que, como se ha visto, siguen siendo centrales y redoblan su importancia una vez el RD-ley 10/2020 ha venido establecer la

obligatoriedad de cesar en gran parte de las actividades empresariales y laborales. Se pasa a reseñar y comentar los principales contenidos de este RD-ley, pudiéndose anticipar que la regulación contenida en el mismo es en varios puntos bastante deficiente y, en términos generales, plantea no pocas dudas interpretativas.

#### **4.1. Medidas y reglas aplicables a los ERTES derivados del Covid-19 y a las prestaciones por desempleo de los trabajadores afectados por tales ERTES.**

Gran parte de las previsiones del RD-ley 9/2020 están relacionadas con los ERTES derivados del Covid y las prestaciones de desempleo de los trabajadores afectados por lo mismos, complementando lo dispuesto sobre estos mismos aspectos por el RD-Ley 8/2020. Así, cabe resaltar las siguientes cuestiones:

En cuanto a los **ERTES por fuerza mayor derivados del Covid:**

- Aunque el RD-ley no lo llega a establecer de forma terminante, su exposición de motivos, al explicar el contenido de la Disposición adicional primera –a la que a continuación se hace referencia –, sí que aclara que, para el supuesto de **ERTES por fuerza mayor**, una vez transcurrido el plazo previsto 5 días sin que la autoridad laboral haya resuelto la solicitud presentada, la fuerza mayor se entenderá constatada por **silencio administrativo positivo**.
- La Disposición adicional primera del RD-ley aclara una cuestión que había quedado abierta a la luz del art. 28 del RD-Ley 8/2020, respecto a la duración los **ERTES por fuerza mayor** relacionada con el Covid, disponiéndose ahora expresamente que **su duración no podrá extenderse más allá de la duración del estado de alarma** y sus posibles prórrogas y añadiéndose que esta limitación resulta tanto a los expedientes de ERTE resueltos expresamente por la Autoridad Laboral como a los que sean resueltos por silencio administrativo.

Se trata de una regla importante, de un lado, a efectos de determinar el contenido de la solicitud del ERTE ante la autoridad laboral y, por otra parte, para ir planificando la estrategia empresarial con vistas al momento en que se levante el estado de alarma. En este sentido, la regla establecida parte, en buena medida, del presupuesto utópico de que terminado el estado de alarma la actividad económica recuperará la normalidad de forma inmediata, sin tener en cuenta que incluso sin estado de alarma puede resultar necesario mantener ciertas obligaciones y/o recomendaciones en cuanto a la suspensión de ciertas actividades y/o ciertas restricciones de movilidad, las cuales seguirá operando como una fuerza mayor para ciertas actividades empresariales. A tenor de la regla contenida en el RD-Ley 9/2020, cabe entender que el día siguiente a la finalización del estado de alarma, todas aquellas empresas que hubieran puesto en marcha un ERTE por fuerza mayor relacionado con el Covid deberán dar ocupación a sus trabajadores y volver hacerse cargo de los salarios correspondientes, dejando, en todo caso, los trabajadores de tener derecho, a partir de ese momento, a las prestaciones por desempleo. Por ello, seguramente en determinadas actividades conviene ir preparando la negociación de ERTES por las causas y a través de las reglas ordinarias previstas en art. 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), con el fin de que tras el estado de alarma se pueda mantener la suspensión de la actividad y de las relaciones laborales.

- Por lo demás, conviene destacar que **el RD-ley 9/2009 ha desaprovechado la oportunidad para aclarar la interpretación y aplicación del compromiso de mantener el empleo durante 6 meses de aquellas empresas que apliquen algunas de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el RD-ley 8/2020**, contenido en

la Disposición Adicional Sexta de este último. Se sigue, en efecto, sin saber si son todas o sólo alguna de las medidas las que quedan vinculadas por tal compromiso; es decir, si el compromiso es sólo a efectos de la exoneración de cotizaciones en los ERTES por fuerza mayor, provocando, en su caso, tener que hacer frente a tales cotizaciones en caso de incumplimiento del compromiso, o si este incumplimiento también condiciona la validez del propio ERTE ejecutado –por fuerza mayor o por otras causas relacionadas por el Covid-, debiendo la empresa que incumpla el compromiso reintegrar las prestaciones de desempleo percibidas por los trabajadores. Asimismo, sigue sin estar claro que se debe entender por reanudación de la actividad a efectos del inicio del periodo de 6 meses durante el cual se debe mantener el empleo, ni tampoco está claro cómo se valorará por parte de la Administración si la empresa ha mantenido el empleo (¿en términos absolutos? ¿admitiendo que caben algunas extinciones, pero no otras –despidos colectivos o individuales ex art. 51 y 52 c) ET) ¿a través de cualquier otra regla que se pueda determinar?)

En cuanto a las **prestaciones por desempleo de los trabajadores afectados por ERTES derivados del Covid** (ya sea por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción):

- El art. 3 del RD-Ley 9/2009 establece la **obligación de la empresa afectada por el ERTE de presentar una solicitud colectiva para el cobro de estas prestaciones por parte de los trabajadores**. A tal efecto, se habilitado un modelo oficial (se puede acceder al mismo [aquí](#)) junto al cual la empresa deberá incluir toda una serie de información respecto a cada uno de los centros afectados por el ERTE y trabajadores afectados (datos de identificación de la empresa y de su representante legal, número de expediente asignado por la autoridad laboral, especificación de las medidas del ERTE y fecha de inicio de las mismas para cada uno de los trabajadores afectados, etc.).

A los efectos anteriores, se prevé que la empresa dispone de un **plazo de 5 días** para presentar dicha solicitud a contar desde la presentación del expediente de fuerza mayor ante la Autoridad laboral o desde la fecha de la comunicación a dicha Autoridad de su decisión una vez terminado el procedimiento de consultas en el caso de los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En el supuesto de que la solicitud o comunicación se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley (28 de marzo), el plazo de 5 días empezará a computarse desde esa fecha.

Nótese que en el caso de los ERTES por fuerza mayor la empresa no tiene que esperar a recibir la resolución de la Autoridad Laboral constatando la fuerza mayor y ni siquiera tiene que esperar a que transcurra el plazo de 5 días que ésta tiene para resolver, **fijándose como plazo límite para presentar la solicitud colectiva de prestaciones el mismo día en que surte efectos el silencio positivo administrativo** (de ahí que baste con adjuntar a la solicitud el número de expediente asignado por la Autoridad Laboral). La no transmisión por parte de la empresa de la información necesaria a efectos del cobro de las prestaciones por desempleo puede ser objeto de **sanción administrativa** de acuerdo con lo previsto en el art. 22.13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (infracción grave sancionable con una multa económica de entre e 626 a 6.250 euros).

- Por otra parte, la Disposición adicional tercera del RD-ley aclara la **fecha de efectos del derecho a estas prestaciones por desempleo** de los trabajadores afectados por ERTES vinculados al Covid. En el caso de los **ERTES por fuerza mayor** tal fecha será la del hecho causante de la fuerza mayor. Hay que entender, pues, que es desde el momento en que tal fuerza mayor haya imposibilitado la prestación laboral y, por tanto, **el reconocimiento de la prestación tendrá en la mayoría de casos efectos retroactivos**. En cambio, para el caso de

los ERTES derivados del Covid por otras causas diferentes a la fuerza mayor, la fecha de efectos será, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la Autoridad Laboral su decisión tras la finalización del periodo de consultas. Es decir, en tal caso el derecho a las prestaciones no nace hasta finalizado todo el procedimiento del ERTE y, por tanto, durante el mismo la empresa sigue asumiendo la obligación de abonar los salarios correspondientes.

Finalmente, en relación a los ERTES derivados del Covid y a las prestaciones por desempleo consecuencia de los mismos el RD-ley 9/2019, el RD-ley prevé varias disposiciones en materia de **régimen sancionador y de devolución de prestaciones aplicable a las empresas** (Disposiciones adicionales segunda y cuarta).

- Desde el punto de vista de las sanciones administrativas, por mucho que la regulación del RD-ley 9/2020 contenga una remisión general a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), las previsiones en el contenidas plantean **nos pocas dudas desde el punto de vista del necesario respeto a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad** en el ámbito del derecho administrativo sancionador directamente exigido por el art. 25.1 de la Constitución, con valor de derecho fundamental, y claramente anudado al principio de seguridad jurídica proclamado también el art. 9.3 de la Constitución (Cfr., entre otras, SSTC 18/1981, 219/1989, 207/1990).

De un lado, el Real Decreto-Ley **considera sancionables las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones**. Parece que se está refiriendo la norma a las solicitudes empresariales a efectos del cobro de prestaciones de desempleo vinculadas a los ERTES derivados del Covid. Y ante el silencio del RD-ley, parece que la infracción que cabría apreciar es la tipificada como muy grave en el art. 23.1 c) de la citada LISOS (con sanciones de 6.251 a 187.515 euros), si bien debe advertirse que tal infracción alude al falseamiento empresarial de documentos o la connivencia entre empresa y trabajadores a efectos de que éstos obtengan fraudulentamente prestaciones, mientras que, sobrepasando la tipificación de tal infracción, el RD-ley 9/20120 alude a meras incorrecciones contenidas en la solicitud presentada. No parece que ello sea razonable, máxime teniendo en cuenta el actual contexto en que cualquier gestión administrativa está resultando más compleja y considerando, asimismo, el corto plazo (5 días) establecido para que la empresa presente tales solicitudes ante las entidades gestoras de las prestaciones por desempleo.

Por otra parte, el RD-ley también considera **sancionable “la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas”**. En este caso, parece que se está aludiendo a las solicitudes presentadas por las empresas ante la Autoridad Laboral a efectos de que ésta constatare la fuerza mayor justificativa de un ERTE (aunque la alusión a medidas “en relación al empleo” resulta algo distorsionadora y pudiera tener un alcance mayor). La consideración de estas conductas como sancionables contrasta frontalmente con la regulación sustantiva aplicable con carácter general a los ERTES por fuerza mayor y también con la recogida con carácter particular en el RD-ley 8/2020 para el caso de la fuerza mayor vinculada al Covid. Nótese que en estos ERTES la autoridad laboral se limita a constatar la fuerza mayor y, por tanto, en puridad no autoriza en sí mismas las medidas laborales, correspondiendo ello a la esfera de libre decisión empresarial, tal y como se desprende del hecho de que normativamente se especifique que corresponde a la empresa la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada (arts. 22.2 c RD-ley 8/2020 y 33.3 RD 1483/2012). Por ello, resulta incomprensible que reconocido por la ley ese margen de actuación empresarial, luego la Administración pueda arrogarse



potestades sancionadoras basadas en una valoración de si la medida aplicada por el empresario era la apropiada para hacer frente a la causa de fuerza mayor. Una valoración, en buena medida, basada en un juicio de oportunidad, lo que la legislación laboral rechaza en términos generales a la hora de valorar las decisiones empresariales de reorganización productiva. Además, y consecuencia lógica de la regulación sustantiva, salvo error u omisión, no parece que la LISOS tipifique ninguna infracción en la que, a luz de su redacción, quepa, ni siquiera forzosamente, incardinar esta conducta que se considera sancionable por el RD-Ley 9/2020.

- Por otra parte, partiendo de las conductas que se consideran sancionables, el RD-ley establece que, en tales casos, además de la posibles responsabilidades, **la empresa deberá reintegrar a la entidad gestora de las prestaciones las cantidades satisfechas por ésta al trabajador y éste la empresa le deberá pagar la diferencia hasta complementar el salario que le hubiera correspondido percibir en caso de no haberse visto afectado por el ERTE**. La obligación de reintegro de las prestaciones se considera, por el RD-ley, una sanción accesoria, por lo que se establece que el plazo durante el cual resultará exigible dicha obligación de reintegro será el mismo que el que se prevé en la LISOS para la prescripción de las infracciones aplicables; esto es, partiendo del presupuesto –nada claro a la luz de la regulación del RD-ley- de que nos estamos moviendo en el terreno de la infracciones en materia de Seguridad Social parece que el RD-ley se está remitiendo al **plazo de prescripción de 4 años** desde la comisión de la infracción previsto en el art. 4.2 de la LISOS. Sin embargo, a continuación el RD-ley añade que ello será *“de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa en este real decreto-ley”*, siendo lo cierto que el RD-ley únicamente establece una vigencia general del mismo limitada a la duración del estado de alarma, lo que, *a priori*, no parece casar bien con la vigencia de unas medidas cuya finalidad parece que es permitir que las Administración –máxime teniendo en cuenta el colapso actual en torno a la gestión de las prestaciones por desempleo- dispongan de un cierto tiempo posterior para revisar el altísimo número de solicitudes de prestaciones por desempleo que se van a presentar durante el estado de alarma. Una regulación, en suma, bastante incomprensible, que se une a las graves deficiencias las disposiciones relativa régimen sancionador, de modo que todo ello no proporciona el más mínimo grado de certeza jurídica a las empresas respecto a porqué y hasta cuándo pueden ser objeto de sanciones y de reclamaciones de reintegro.
- Por lo demás, en conexión con lo anterior, el RD-ley dispone que la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social** incluirá en sus planes de actuación **la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de ERTES, por fuerza mayor o por otras causas relacionadas con el Covid**, lo que parece un claro aviso a navegantes –verosímil o no; no se sabe- en el sentido de que durante un cierto tiempo se van a revisar estos ERTES para intentar detectar conductas sancionables y determinar la obligación de reintegro de prestaciones por parte de las empresas.

#### **4.2. Imposibilidad de justificar extinciones de contrato de trabajo o despidos en causas de fuerza mayor o económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el Covid-19.**

El art. 2 del RD-Ley establece la imposibilidad de que las mismas causas de fuerza mayor o económicas, organizativas o de producción relacionadas con el Covid-19 que, de acuerdo con lo previsto en el anterior RD-ley 8/2020, pueden justificar ERTES suspensivos o de reducción de jornada, no se podrán *“entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*. Este precepto, impreciso en muchos términos y a varios efectos, genera una enorme inseguridad jurídica, lo que será especialmente problemático

en caso de que el estado de alarma se prolongue más allá de lo que está ahora previsto. A este respecto, cabe plantarse, cuanto menos, las siguientes cuestiones:

- La norma plantea la duda de si trata de una limitación aplicable tan sólo a las empresas que hayan puesto en marcha ERTES medidas suspensivas relacionadas con el Covid-19 o si, por el contrario, se trata de una limitación con un mayor alcance un alcance. Aunque la literalidad de la norma no es del todo concluyente, parece que cabe entender lo segundo. Esto es, **aunque una empresa no esté aplicando un ERTE por razones relacionadas con el Covid-19, tampoco puede proceder a acometer despidos** o extinciones de contratos, invocando causas que se pueden entender como coincidentes con las que el RD-Ley 8/2020 (arts. 22 y 23) ha establecido para los ERTES relacionados con el Covid. La lectura de la Exposición de motivos del RD-ley 9/2020 parece apuntar en esta dirección, deduciéndose que la intención del legislador es que las causas justificativas de esos ERTES *“no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación con el empleo”*. Es decir, la intención es que las empresas que pretendan realizar ajustes, en virtud de tales causas, apliquen medidas temporales –como los ERTES- y no definitivas –extinciones o despidos-.
- Partiendo de lo anterior, cabe entender que las modalidades de extinción del contrato de trabajo que quedan afectadas por la limitación establecida en el art. 2. del RD-ley 9/2020 son los despidos colectivos y los despidos individuales o plurales de los arts. 51 o 52 c) ET, que, como es sabido, en caso de considerarse justificados dan lugar a que el trabajador tenga garantizado el derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un tope de 12 mensualidades. Es cierto que la limitación se refiere exclusivamente a aquellos despidos en los que la fuerza mayor o las causas económicas, económicas, organizativas o de producción guarden relación con el Covid-19, lo que, en principio, dejaría abierta la posibilidad a despidos por las causas reflejadas en los art. 51 y 52 c) ET, pero ajenas al Covid-19. Sin embargo, no es menos cierto que aunque las comunicaciones de despido o de extinción de contratos no se refieran expresamente al Covid –o lo hagan de un modo muy tangencial-, se exponen en actual contexto a un alto riesgo de ser impugnadas y valoradas judicialmente desde la perspectiva de su conexión con las disminución de la actividad económica y/o productiva derivada del Covid. Es decir, la norma incluida en el art. 2 del RD-ley **es un claro incentivo a que cualquier despido del art. 51 o 52 c) ET acometido durante el estado de alarma sea impugnado judicialmente** con el objetivo de que el órgano judicial declare la aplicación de la limitación establecida en dicho art. 2. Con todo, no parece que la citada limitación resulte aplicable a despidos realizados por otras causas objetivas -ineptitud o falta de adaptación al puesto de trabajo *ex art. 52 c) y d) ET*-, ni a los despidos disciplinarios.
- La norma aprobada también plantea el interrogante de si supone alguna limitación a la hora de poder extinguir contratos temporales. **El hecho de que el citado art. 2 del RD-ley 9/2020 aluda no sólo a despidos sino también a la “extinción del contrato del contrato de trabajo” podría dar lugar a entender que puede resultar también aplicable a la finalización de contratos temporales.** En este punto, la indefinición se acrecienta si se tiene en cuenta el diferente régimen jurídico de las diversas modalidades de contratación temporal. Así, ciñéndonos a aquellas modalidades que suelen ser más habitualmente utilizadas, cabe efectuar las siguientes consideraciones. En el caso de contrato eventual por circunstancias de la producción, dado que la finalización de este contrato -con la indemnización de 12 días de salario por año de servicio prevista para los contratos temporales- se puede producir válidamente cuando se llegue al término final fijado en el propio contrato, no parece que la citada limitación del art. 2 pueda interferir en ello. Respetando dicho término final, el empresario no tiene que invocar ninguna causa adicional para dar por finalizada la relación laboral, por lo que no cabe plantearse interpretaciones sobre la posible concurrencia de causas relacionada con el Covid. En cambio, en el caso del

contrato de obra o servicio determinado, cuya válida finalización no queda vinculada a un término fijado de antemano, sino a la finalización de la obra o servicio que justificó la formalización del contrato, la cuestión puede ser diversa. En este caso, se puede producir una situación semejante a la apuntada en general con los despidos ex art. 51 o 52 c) ET. Aunque empresarialmente se invoque sin más la terminación de la obra o el servicio para comunicar al trabajador la finalización del contrato, la limitación establecida en el art. 2 del RD-ley abre la puerta a posibles impugnaciones e interpretaciones judiciales que entiendan que la no continuidad obra o servicio está relacionada con la situación económico-productiva derivada del Covid – piénsese, por ejemplo, en el contratista con contratos temporales de obra o servicio a quien el comitente le comunica que ha tenido que cesar en la actividad por orden de las autoridades - y, por ello, a considerar como no justificada la finalización de los contratos temporales. Además, las interpretaciones que se puedan hacer del citado art. 2 en cuanto a los contratos temporales, resultan, asimismo, para la lectura de otra medida incluida en el RD-ley 9/2020, relativa a la duración de los contratos temporales (art. 5; véase apartado 3 de este comentario)

- La incertidumbre jurídica en torno a la aplicación de este art. 2 se incrementa todavía más como consecuencia de que el mismo no prevé nada acerca de cuáles son los efectos en caso de un incumplimiento empresarial. La norma no indica si, en caso de que se produzca una extinción de contrato de trabajo o despido afectado por la limitación impuesta, la consecuencia jurídica es la improcedencia o nulidad. **A falta de una declaración expresa por parte de la norma, parece que habría que descartar la calificación de nulidad** (Cfr. STS 5-5-2015, Rº 2659/2014), que implicaría la obligación de readmisión y de abonar los llamados salarios de tramitación, pues de las previsiones del ET se colige que cuando el legislador ha querido que se produzca tal efecto lo ha establecido de forma expresa y clara. Además, el tenor del citado art. 2 del RD-Ley abonaría una interpretación en este sentido, pues se establece la limitación considerando que determinadas causas **“no se pueden entender como justificativas”** de la extinción o despido y **la consecuencia lógica de la falta de justificación es la declaración de improcedencia del despido**. Por tanto, cabría entender que lo que pretende establecer el art. 2 del RD-ley es un desincentivo económico a los despidos por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción empresariales–y tal vez de algunas finalizaciones de contratos temporales-, durante la situación excepcional derivada del Covid, de suerte tal que tales despidos u extinciones de ser impugnados judicialmente verían incrementado su coste (de una indemnización de 20 días por año de servicio con un tope de 12 meses de salario–o 12 días en el caso de los contratos temporales– a otra de 33 días por años de servicio con un tope de 42 mensualidades). Con todo, ante la grave omisión del legislador a la hora de pronunciarse expresamente sobre las consecuencias de incumplimiento de la norma, no se puede descartar de forma absoluta otras interpretaciones judiciales, que, por ejemplo, recurriendo a instituciones jurídicas como el fraude de ley, entiendan que también cabe la calificación de nulidad.
- Por último, hay que señalar que **la vigencia de esta limitación en materia de despidos o extinciones contractuales se inicia con la publicación del RD-ley el sábado 28 de marzo y se extiende mientras dure el estado de alarma** y sus posibles prórrogas (Disp. final tercera RD-Ley 9/2020). Por tanto, **no parece que se pueda aplicar retroactivamente** a despidos o extinciones que, aunque relacionadas con el Covid, se hubieran producido con anterioridad a la entrada del vigor del RD-Ley 9/2020.

#### **4.3. Interrupción de la duración de los contratos temporales suspendidos por ERTES relacionados con el Covid-19.**

El art. 5 del RD-ley 9/2020 prevé que los contratos temporales, cualquiera que sea la modalidad, incluidos los

contratos formativos, de relevo e interinidad, que se suspendan por las causas de los arts. 22 y 23 del RD-ley 8/2020 –es decir, por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el Covid-, verán interrumpido el cómputo de su duración por el periodo equivalente al período de suspensión. Es decir, en sustancia, **lo que se establece es un paréntesis en la duración de aquellos contratos temporales afectados por un ERTE relacionado con el Covid**. Nótese que la norma se refiere única y expresamente a la suspensión contractual derivada de un ERTE, por lo que parece que resulte aplicable a otras causas de suspensión derivadas del Covid, como el disfrute del permiso retribuido previsto por el RD-ley 10/2020 o una incapacidad temporal por contagio o aislamiento.

El citado precepto no determina expresamente la imposibilidad de extinguir contratos temporales y la obligación de incluir a los trabajadores temporales en los procedimientos de ERTE, pero en caso de que se les incluya el tiempo de duración de éste se entenderá como no consumido a efectos de determinar la duración máxima del contrato. Quizá el ejemplo que con más facilidad se comprende la norma es el de un trabajador con contrato eventual por circunstancias de producción que queda afectado por el ERTE por fuerza mayor tramitado por su empresa y cuyo contrato fija una duración de 6 meses, habiendo transcurrido en el momento de iniciarse el ERTE 3 meses. Una vez finalice el ERTE, con independencia de su duración, al contrato le restarán todavía 3 meses de vigencia.

Ahora bien, como se apuntaba, **la norma no obliga a incluir a los trabajadores temporales en el ERTE, pero no se puede descartar que a las posibles extinciones de contratos temporales que se puedan decidir antes, o durante, el ERTE les pueda resultar de aplicación el art. 2 del propio RD-ley 9/2020, que limita la posibilidad de extinguir contratos**. Ciertamente, dado que en no pocas actividades empresariales, incluso tras el levantamiento del estado alarma, puede ver reducida su demanda o exigencias productivas –piénsese en la empresa que había contrato temporales pensando en el inicio de la temporada alta de semana santa y verano-, es del punto lógico que las empresa se planteen la opción de no incluir a los trabajadores temporales en un ERTE, máxime si el ERTE no es por fuerza mayor, con lo cual deberá asumir totalmente los costes derivados de las cotizaciones sociales durante el ERTE, y si tiene en cuenta que, en cualquier caso, el tiempo de duración del ERTE parece que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por fin de contrato. No obstante, tras el RD-ley 9/2020, a la hora de valorar esta decisión, hay que tener en cuenta, como se apuntaba, la posible aplicación de la limitación contenida en su art.2 a la extinción de contratos temporales. De nuevo, parece conveniente diferenciar entre las 2 modalidades de contrato temporal más habitualmente utilizadas.

En el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, salvo que en el momento de iniciar el ERTE se produzca el vencimiento del término final fijado en el mismo, parece que la empresa, salvo que quiera asumir el riesgo de que se le aplique la limitación del art. 2, no podrá extinguir el contrato y deberá incluir al trabajador en el ERTE, sin poder extinguir tampoco el contrato durante el mismo, y una vez finalizado el ERTE el tiempo de vigencia que le restará al contrato será exactamente el mismo que el que le restaba en el momento de iniciarse el ERTE. Por su parte, en el caso del contrato de obra o servicio determinado, se podría plantear, en función de las circunstancias concurrentes, que la obra o servicio que fundamentaba el contrato se pueda entender desaparecido o finalizado antes del ERTE o incluso durante el ERTE (por ejemplo, porque así se deriva de la comunicación que efectúe el comitente al contratista que tenía formalizado contratos de obra vinculados a la contrata), permitiendo ello rescindir válidamente (con la indemnización de 12 días) el contrato de obra o servicio. En tal caso, se podría entender que el art. 5 del RD-ley que pretende extender la duración de los contratos temporales no habría tenido en realidad ningún efecto sobre tal contrato de obra o servicio. No obstante, hay que tener en cuenta la posibilidad de que la no continuidad de la obra o servicio se entienda como

relacionada con el Covid, de modo que si se impugnase judicialmente la extinción del contrato de obra o servicio y el juez estimase que concurre tal relación con el Covid, se trataría de una extinción contractual no permitida por el art. 2 del RD-ley, con las consecuencias que se determinen que supone el incumplimiento empresarial de dicho art. 2 (como se ha dicho, lo más plausible parece ser que se entienda que el despido es improcedente, dando lugar a un indemnización de 33 días por año de servicio con un tope de 24 mensualidades). Con todo, incluso aun dándose por ciertos los riesgos derivados de la aplicación del art. 2 y, por tanto, de una declaración de improcedencia, puede ser que, cualquier que sea la modalidad contractual, la empresa opte por extinguir el contrato temporal si los costes derivados de mantener vivo el contrato son más altos que los derivados de dicha improcedencia.

#### **4.4. Mantenimiento de la actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores o dependientes.**

El RD-ley contiene una regla que las actividades, aunque sean privadas, relacionadas con la gestión de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como de centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, **se consideran servicios esenciales y no pueden suspender o reducir su actividad**. Esto, en principio, resultaría coherente con el hecho de que el RD-ley 10/2020, haya dispuesto que a los trabajadores ocupados en estas actividades no les resulta de aplicación el permiso retribuido (punto 9 del Anexo). La finalidad, según se desprende de la exposición de motivos del RD-Ley 9/2020, es que estos centros sigan en funcionamiento durante el estado de alarma, no pudiendo poner en marcha ERTES.

Ahora bien, de lo dispuesto en el art. 1 del RD-ley 9/2020 se deduce que para que esta obligación de mantener la actividad resulte efectiva **es necesario que se dicten normas de desarrollo—del Ministerio de Sanidad o del Ministerio de Derecho Sociales- determinando específicamente que actividades quedan afectadas por la declaración de servicio esencial**. Además, en alguna CCAA, se han dictado normas que van en la dirección opuesta, declarando la obligación de suspender aquellas actividades sanitarias de carácter privado que no sean necesarias para atender a tratamientos urgentes (tal es el caso de Cataluña: *RESOLUCIÓN SLT/762/2020, de 23 de març, per la qual s'adopten mesures organitzatives en relació amb els centres, serveis i establiments sanitaris de titularitat privada de règim ambulatori, en el marc de l'estratègia de resposta a la infecció pel SARS-CoV-2*).

#### **4.5. Vigencia del RD-Ley 9/2020.**

Según su disposición final tercera, el RD-Ley 9/2020 entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE **—sábado, 28 de marzo- y resultará vigente durante el estado de alarma decretado y sus posibles prórrogas**. Por tanto, hay que entender que **sus previsiones no resultan aplicables retroactivamente**, lo que puede resultar especialmente relevante a efectos de determinadas medidas contenidas en el mismo (limitación de despidos y duración de contratos temporales suspendidos, en particular).