

Marzo 2020

ANÁLISIS DE LOS REALES DECRETOS-LEYES 9/2020, DE 27 DE MARZO (BOE 28), DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS, EN EL ÁMBITO LABORAL, PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DEL CORONAVIRUS y 10/2020, DE 29 DE MARZO (BOE 29), POR EL QUE SE REGULA UN PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE PARA LAS PERSONAS TRABAJADORES 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

Sagardoy Abogados, Nota 5/2020

CRITERIOS EXPLÍCITOS INSPIRADORES DE LAS NORMAS EN MATERIA SOCIO LABORAL

1. Son complementarios de los establecidos en el RDL 8/20, que se confirman en su totalidad excepto el apartado segundo de la Disposición Transitoria (DT) 1ª del RDL 8/20, reforma de escasa trascendencia general. De ahí que corresponda considerar conjuntamente los criterios explícitamente reconocidos en las tres disposiciones legales extraordinarias. Criterio predominante en todas ellas sigue siendo la protección de los trabajadores directamente afectados por el COVID-19 y sus efectos en el empleo.

2. Distribución de la carga económica que la protección de los trabajadores afectados supone, entre los recursos públicos generales (bonificaciones, subvenciones, exenciones y prestaciones) y las aportaciones de las empresas que los emplean, a título de cotizaciones sociales y salarios obligatorios, a lo que conduce la inmovilidad de los trabajadores de las empresas que no presten servicios esenciales.

3. Prohibición de los despidos y de las extinciones de los contratos de trabajo por la fuerza mayor derivada del COVID-19 y de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas.

4. Sistematización y ampliación del poder disciplinario del Estado para luchar contra el fraude y la movilidad no autorizada de las personas.
5. Protección reforzada de los trabajadores por cuenta ajena y protección limitada de los trabajadores autónomos o por cuenta propia.
6. Compatibilidad entre la agilización del trámite de los ERTES por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas y la limitación *ex nunc* de su utilización y efectos.
7. Imposición obligatoria de abono de salarios y cotizaciones al sistema de Seguridad social, según las reglas generales, a las empresas que paralicen su actividad por determinación coactiva del poder público.
8. Previsibles discordancias aplicativas producidas por la distinta duración de las medidas contenidas en las tres disposiciones legales extraordinarias: RDL 8/20 (18 de marzo, a 18 de abril, salvo excepciones, de duración indeterminada, referidas a los arts. 22 a 25); RDL 9/20 (28 de marzo, a fin del estado de alarma); RDL 10/20 (30 de marzo, a 9 de abril). Duraciones iniciales que, en los tres supuestos, son susceptibles de prórrogas expresas.

LIMITACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO POR FUERZA MAYOR Y CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS

Comentario del precepto

1. La prohibición de despedir o de extinguir el contrato de trabajo, fijada en el art. 2 RDL 9/20, no afecta, en ningún caso, cualquiera sea la situación en que se encuentre la empresa (con trabajo presencial, con trabajo a distancia, con paralización de la actividad, sin prestación de trabajo efectivo, con solicitud de ERTE no resuelto, o en situaciones combinadas), a la utilización de las causas de extinción (art. 49 ET) o de despido (arts. 51, 52 y 54 ET) establecidas en la Ley, con excepción de las reguladas en el art. 49.1, c), h) e i); y en los arts. 51 y 52. c) ET.
2. Por lo demás, la limitación extintiva y de despido no puede exceder del tiempo de duración del precepto que la establece, es decir, del momento en que se decreta el final del estado de alarma, salvo si dicho precepto fuera objeto de prórroga específica o el RDL 9/20 se prorrogara en la totalidad de sus preceptos.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Hay que tener en cuenta que la limitación del poder empresarial para poner fin a los contratos de trabajo está contenida en una norma excepcional, y, por ese carácter, ha de ser objeto de interpretación restringida. Puede, por tanto, hacerse uso del poder extintivo según las necesidades de la empresa, no limitadas en este extremo por ninguno de los tres RRDDL, fuera de la excepción establecida en el art.2 del RDL 9/20.

2ª) Actuar sabiendo que todas las causas extintivas y de despido no expresamente excepcionadas pueden ser objeto de utilización frente a cualquier trabajador incluíble en el supuesto de hecho contemplado en aquéllas, sin que la situación en que se encuentre (trabajo a distancia, en situación de suspensión contractual, etc.) determine una limitación o prohibición al uso normal del poder empresarial extintivo causal.

EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORALES

Comentario del precepto

1. El art. 5 del RDL 9/20, referido a todos los contratos temporales, es decir, a los de obra y servicio determinados, eventualidad, interinidad, formación, prácticas, relevo, fomento del empleo (en los casos autorizados, por ej. para la contratación de discapacitados), no limita el poder extintivo empresarial, salvo en un supuesto, que exige la concurrencia de los tres siguientes requisitos:

- 1º) Que se trate de un contrato en suspenso por un ERTE.
- 2º) Que se encuentre dentro del periodo temporal autorizado por el ERTE.
- 3º) Que la extinción no se base en causa distinta al mero transcurso de la duración pactada o legalmente establecida.

2. No parece que un contrato en suspenso por causa distinta a la de la autorización de un ERTE quede sujeto a la garantía de este precepto. Por ej. en el caso de la suspensión por mutuo acuerdo de empleador y trabajador [art. 45.1, a) ET], habrá de estarse a lo pactado, o a lo dispuesto en las leyes respecto del contrato suspendido por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad sin sentencia condenatoria, suspensión disciplinaria, excedencia, ejercicio del derecho de huelga o cierre legal de la empresa.

Este último supuesto de “cierre legal de la empresa”, reviste particular interés si dicho cierre queda sujeto a lo previsto en el RDL 10/20. De manera que los trabajadores con contratos temporales que dejen de prestar servicios en la empresa, en el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril, con derecho al salario, extinguirán sus contratos en la fecha prevista en ellos, salvo prórroga tácita o pactada con el empleador, pero sin que a este supuesto se pueda aplicar la garantía de suspensión del art. 5 del RDL 9/20.

3. Aun tratándose de los casos de suspensión de algún contrato temporal con la garantía del art. 5 del RDL 9/20, el contrato podrá ser extinguido durante la suspensión por cualesquiera de las causas de extinción del art. 49.1 ET, salvo las reguladas en sus letras c), h) e i) y en los arts. 51 y 52, c) ET. Sin que la extinción de los mismos, pasado el periodo limitado de suspensión por el ERTE, quede sujeto a otras normas que las laborales generales para cada uno de los tipos contractuales temporales de que se trate.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Actuar respecto de la contratación temporal con absoluta normalidad en cuanto al concierto de los mismos, según aconseje el interés empresarial, cumpliendo en cada caso las exigencias legales. La celebración de estos contratos no queda afectada por ninguno de los tres RRDDL.

2ª) Actuar asimismo con normalidad respecto de la extinción de los contratos temporales, a tenor de su respectivo régimen legal, pues ninguno de los tres RRDDL limita esas regulaciones extintivas, con la única salvedad del art. 5 del RDL 9/20, una verdadera excepción sometida por ello a interpretación restrictiva.

RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS DE DESEMPLEO

Comentario del precepto

1. El extenso art. 3 del RDL 9/20 regula detalladamente el acceso a la prestación contributiva de desempleo respecto de los trabajadores sometidos a un ERTE autorizado. La mayor parte de sus preceptos son de carácter instrumental e interpretable sin necesidad de especiales conocimientos jurídicos. Solo se hará referencia, por tanto, a los preceptos con alguna dificultad interpretativa.

2. El art. 3.2, d) del RDL 9/20 admite que la solicitud de ERTE establezca fechas distintas de inicio de sus efectos para los distintos trabajadores afectados. Por identidad de razón, se podrían fijar distintas fechas de terminación de aquellos efectos, con el límite común intraspasable de la finalización del estado de alarma.

El art. 3.3, párrafo segundo del RDL 9/20 regula el supuesto de que la solicitud de ERTE se hubiera producido antes de su vigencia, o sea, antes del 28 de marzo de 2020. En este caso, la obligación de comunicar las variaciones sobrevenidas de los datos inicialmente facilitados, se somete al plazo de 5 días, con *dies a quo* distintos para las solicitudes basadas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/20. De esa norma puede inferirse que el régimen jurídico de los ERTES solicitados antes y después del 28 de marzo deben quedar sujetos al mismo régimen jurídico, determinando para empresas y trabajadores los mismos derechos y obligaciones.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Cumplir estrictamente la obligación de comunicación de datos distintos a los inicialmente expuestos en la solicitud de ERTE, prevención particularmente recomendable a las empresas que las hubieran presentado con anterioridad al 28 de marzo de 2020, para no perjudicar el rápido reconocimiento de la prestación contributiva de desempleo a los trabajadores.

2ª) Parece prudente que la empresa que solicitó un ERTE, antes del 28 de marzo de 2020, comunique, en el caso de que haya seguido realizando su actividad productiva con otros trabajadores no incluidos en la relación de ese expediente, que ha quedado sobrevenidamente afectada por el RDL 10/20 en cuanto a la paralización de sus actividades y a la obligación de pago del salario a los trabajadores que realizaran actividad antes de ese mandato, y que no fueron incluidos en el expediente de ERTE.

3ª) La situación legal de desempleo, respecto de los trabajadores incluidos en los ERTE por fuerza mayor, se establece unitariamente en la fecha del hecho causante de la misma (DA 3ª.1 RDL 9/20). Como excepción, en el ERTE sujeto al art. 23 del RDL 8/20, la situación legal de desempleo ... *“habrá de ser, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada”* (DA 3ª.3 RDL 9/20). En el certificado que emita la empresa deben figurar la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo (DA 3ª.3 RDL 9/20).

EFFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Comentario del precepto

1. La Disposición Adicional (DA) 1ª, párrafo primero del RDL 9/20 dispone, respecto de los ERTE solicitados al amparo del art. 22 del RDL 8/20, que la duración de esos expedientes no puede extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19, coincidente con el fin del estado de alarma y de sus posibles prórrogas. Un precepto que no ofrece dificultad, si se entiende que esa duración no se refiere al expediente, como se afirma en el precepto con escaso rigor, sino a los efectos de la autorización del mismo sobre la empresa solicitante y sus trabajadores.

2. Más problemático es el párrafo segundo de la citada DA 1ª del RDL 9/20, en el que se preceptúa que ... *“esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta”*. El precepto tiene un interés práctico enorme, no tanto por la equiparación lógica de los efectos de todos los ERTES autorizados, expresa o tácitamente, sino por el reconocimiento de que en la resolución de las solicitudes de ERTE opera el silencio administrativo positivo, *ex art. 24 de la Ley 39/2015*, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, una solución que ya había sido establecida por la precedente Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Llama la atención que el precepto sea tan lacónico y que, en cambio, se lleve a la exposición de motivos -carente de efecto normativo vinculante- ampliar la referencia al silencio administrativo con el siguiente pasaje ... *“en concreto se pretende clarificar el límite temporal de las resoluciones tácitas recaídas en los expedientes de regulación temporal de empleo solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio, que es positivo conforme a lo previsto en el art. 24 de la Ley 39/2015 ... no puede suponer una duración máxima diferente que la aplicable a las resoluciones expresas”* (II, párrafo décimo).

Esta manera incompleta de referirse al silencio administrativo, en la resolución de los ERTES, recomienda un breve resumen de su régimen jurídico según el art. 24 de la citada Ley 39/15.

1º) Conforme a su art. 24.1, párrafo primero ... *“en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea, o de Derecho Internacional aplicable en España, establezca lo contrario”*. Aplicando este precepto a los ERTE, el plazo concedido a la autoridad para resolver los que se funden en fuerza mayor es de cinco (5) días, tanto en el art. 24.1 de la Ley 39/15-, cuanto en el art. 22.2, c) del RDL 8/20, días que han de entenderse

hábiles ... “a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación” (art. 33.1 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, aprobatorio del reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, coincidente con el art. 22.2, c) del RDL 8/20, en el que se dice simplemente “desde la solicitud”).

Dado que no existe norma de rango de Ley, ni comunitaria ni internacional, que imponga en el caso de los ERTE el silencio administrativo negativo, la consecuencia a resaltar es que, pasados esos cinco días hábiles, el ERTE queda estimado o aprobado con el contenido que la solicitud contuviera, lo que es de suma trascendencia práctica dada la masificación de las solicitudes, que ha reconocido el Gobierno. De ese modo, la “cola” de la que se viene hablando para la resolución de los ERTE no es tal, una vez que todos aquellos que superaron el plazo de referencia, son expedientes aprobados *ope legis*, con los efectos básicos de la suspensión de los contratos de trabajo -o la reducción de la jornada-, la liberación total o parcial del pago de salarios, el derecho de los trabajadores a las prestaciones contributivas de desempleo y la exoneración parcial de las cotizaciones al sistema de Seguridad social (dejada en el 25% si la empresa tiene 50 o más trabajadores) o exoneración total (si la empresa tiene menos de 50 trabajadores), computados estos datos de la plantilla a fecha de 29 de febrero de 2020.

2º) La cuestión acerca de si la autoridad administrativa puede dictar resolución extemporánea desestimatoria, correctora negativamente de la estimación del ERTE por silencio administrativo positivo, la resuelve expresamente el art. 24.3, a) de la Ley 39/15, en los términos siguientes ... “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”. Es decir, que la ley va más allá de imponer en ese caso una confirmación de la estimación tácita, puesto que llega al extremo de prohibir el dictado de la resolución administrativa si no es confirmatoria de la tácita. En resumen, una denegación de la solicitud de ERTE solo puede hacerse por medio de resolución administrativa expresa, notificada al solicitante con anterioridad al transcurso de los cinco (5) días siguientes a aquella solicitud.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Actuar en la seguridad de que las solicitudes de ERTE presentadas al día de la fecha, en el caso de que no hayan sido resueltas desestimatoriamente por resolución administrativa expresa y temporánea, se entienden estimadas por silencio administrativo positivo si transcurrieron cinco o más días hábiles sin notificarse la resolución, a partir de la fecha en que se presentó formalmente la solicitud.

2ª) Consiguientemente, ha de tenerse por constatada la fuerza mayor alegada en el expediente y, en consecuencia, suspendidos los contratos o la reducción de jornada con los efectos legales correspondientes, para el periodo temporal solicitado. No procede por tanto reiterar la solicitud, si es que no fue contestada hasta ahora, porque ni se dictará nueva resolución administrativa o si se dicta ésta, habrá de confirmar necesariamente el silencio administrativo positivo.

3ª) De no disfrutar ya los trabajadores afectados por el ERTE de las prestaciones contributivas de desempleo, la empresa deberá solicitarlas colectivamente en representación y a favor de todos aquéllos -previa autorización de los mismos-, en modelo oficial, observando las exigencias y facilitando los datos requeridos por el art. 3.2 del RDL 9/20.

SISTEMATIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LAS SANCIONES

Comentario del precepto

1. El RDL 9/20 sistematiza y amplía las sanciones por conductas consideradas ilícitas, en concreto las siguientes:

a) A tenor del art. 1.3 del RDL 9/20, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos o privados, calificados de servicios esenciales, que interrumpan su funcionamiento, total o parcial, sin autorización administrativa, serán sancionados conforme al art. 10 de la LO 4/81, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. La prohibición de no interrumpir su peculiar proceso productivo no sería necesariamente incompatible con la solicitud de ERTE respecto de ciertos trabajadores, pero parece que el Gobierno no lo entiende así pues en la exposición de motivos se afirma que tales centros, establecimientos y servicios, en cuanto prestadores de servicios esenciales ... “no pueden tramitar ERTE” (II, párrafo tercero) una declaración utilizable con alcance interpretativo, pero sin efectos de prohibición formal de tramitarlos llegado el caso.

b) Conforme al art. 3.4 del RDL 9/20, la no comunicación por la empresa solicitante de ERTE de los datos sobrevenidos, sobre los inicialmente facilitados en el expediente, se califica como la infracción grave del art. 22.13 del Real Decreto-legislativo 5/2000, de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS).

c) Según la DA 2ª, párrafo primero del RDL 9/20, las solicitudes de ERTE que contengan falsedades o incorrecciones en los datos, o solicitud de medidas no necesarias o sin conexión con la causa que las origina y que den lugar a la percepción de prestaciones indebidas de desempleo, serán sancionadas con arreglo a la LISOS, norma a la que remite el RDL 9/20, pero sin especificar los concretos preceptos aplicables a los tipos descritos de infracción.

d) Según el párrafo segundo de la DA 2ª del RDL 9/20, también incurre en responsabilidades administrativa o penal que puedan corresponder, la empresa que por medio de las infracciones referidas en la letra c), consiga el reconocimiento de prestaciones indebidas de desempleo, quedando además obligada a reintegrarlas, pudiendo deducirlas de los salarios de los trabajadores, deducción que, evidentemente, no constituye una obligación legal para la empresa.

e) La DA 4ª prevé sanciones indeterminadas, que pueden en su caso derivarse de los planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a requerimiento de la TGSS -cuando dispone de indicios de fraude-, en colaboración con la Agencia estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre posibles infracciones empresariales en materia de acceso a las prestaciones de desempleo.

2. Ninguno de los tres RRDDL, fija sanciones específicas para los despidos y extinciones basados en fuerza mayor o en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. Estas infracciones al art. 2 del RDL 9/20 quedarán sujetas a la LISOS, y al régimen indemnizatorio dispuesto en el ET para los despidos improcedentes y no nulos, salvo que se acreditara la lesión de algún derecho fundamental, en ningún caso coincidente con el mero incumplimiento del mandato del art. 2 RDL 9/20.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Es posible interpretar que las empresas titulares de establecimientos, centros o servicios sanitarios privados no tienen prohibición de solicitar ERTES, siempre que esa solicitud no interrumpa ni desmerezca básicamente su proceso productivo, aunque las posibilidades de que sean autorizados se prevé mínima, habida cuenta del pasaje referido de la exposición de motivos (II, párrafo tercero) del RDL 9/20.

2ª) La indeterminación que se contiene en el RDL 9/20, respecto de infracciones y sanciones, será motivo de la frecuente estimación de las impugnaciones que las empresas sancionadas presenten contra ellas.

EL PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE (PRR)

Comentario del precepto

1. El art. 1.1 del RDL 10/20 delimita el ámbito de aplicación de esta nueva disposición legal extraordinaria, referido a las empresas, de los sectores privado o público, que no prestan servicios esenciales, entendiéndose por tales los que prestan las empresas incluidas en los 25 apartados del Anexo y, en su caso, las que se consideren como tales, posteriormente, por orden del Ministro de Sanidad (art. 5 del RDL 10/20). Es decir que las empresas afectadas por la norma, y obligadas a paralizar su actividad, y a conceder a sus trabajadores por cuenta ajena el PRR, se delimitan inicialmente por exclusión, siendo todas aquellas que no se puedan encuadrar en ninguno de los 25 apartados del Anexo o en su ampliación posterior.

2. Además de los trabajadores excluidos del PRR, por su actividad o función, se excluye también a cuatro tipos de trabajadores por cuenta ajena:

1º) A los trabajadores contratados por empresas que hayan solicitado o estén aplicando un ERTE. En ambos supuestos el trabajador recibe una renta, los primeros en forma de salario abonado por la empresa que haya paralizado su actividad y en el segundo en forma de prestación de desempleo. No obstante, el efecto de esa desigualdad cuantitativamente relevante, se relativiza dado el cortísimo plazo legal establecido para que un ERTE pueda considerarse estimado (5 días hábiles) y el también corto periodo de aplicación de esta nueva institución laboral (8 días hábiles), excepto las prórrogas gubernamentales que puedan acordarse, y que son muy previsibles desde luego a la vista de la gravedad de la situación sanitaria de la población.

2º) A los trabajadores que, durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, les sea autorizado un ERTE. Un supuesto razonable, en el que la percepción del salario abonado por la empresa, pese a la paralización de su actividad, se sustituye por la prestación de desempleo total (si se trata de suspensión del contrato) o parcial (si se trata de reducción de jornada).

3º) A los trabajadores que se encuentren de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas. Son las causas de suspensión contractual listadas por el art. 45 ET. El problema que puede surgir es que la suspensión del contrato por estas causas termine antes del 9 de abril, o antes de la prórroga de ese término que pueda

disponer el Gobierno, en cuyo caso el o los trabajadores afectados habrían de ser perceptores del PRR, al haber perdido la renta que en su caso dispusieran por la causa de la suspensión contractual.

4º) A los trabajadores que puedan seguir desempeñando su actividad en la empresa con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios. Es también un supuesto razonable, siempre que no se insista en el despropósito de admitir la compatibilidad entre empresas de actividad paralizada por no prestar servicios esenciales (art. 1.1 del RDL 10/20) y las mismas empresas que, pese a la paralización de su actividad, sigan funcionando, por medio de las prestaciones de actividad de los trabajadores no presenciales.

Desajuste que se repite de nuevo cuando se admite la compatibilidad entre la paralización de estas empresas y la realización por las mismas de una “actividad mínima indispensable” (art. 4 del RDL 10/20), crítica que no es extensiva, contrariamente, al retraso en la paralización productiva con referencia al día 30 de marzo, respecto de tareas imprescindibles (DT 1ª del RDL 10/20) o respecto del transporte (DT 2ª del RDL 10/20).

Recomendaciones a las empresas

1ª) Aunque se trata de un supuesto claro de *factum principis* -o decisiones de los poderes públicos, ajenas a la voluntad de la empresa, que determinan una gravísima nueva situación imprevisible e inevitable-, que habría de suponer la liberación de la prestación remuneratoria con la que se grava a las empresas de actividad no esencial, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el establecimiento del PRR por norma de rango de ley, configurada además como ley especial frente a la ley común, desaconseja emprender acciones judiciales solicitando tal exoneración retributiva y de las cargas sociales anejas. Norma común que contiene el art. 1184 del Código Civil, liberando al deudor de sus obligaciones ... “*cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”, un precepto concordante con los arts. 1116 y 1272 del mismo Código.

2ª) Solo en el supuesto de que la empresa no pueda hacer frente a las cargas económicas del PRR, y deje de abonar los salarios de los trabajadores, y a suspender las cotizaciones al sistema de Seguridad Social, la defensa de su posición como demandada o sancionada con liquidación de los presuntos débitos a la TGSS, habría de basarse en esa tesis del *factum principis* y de sus efectos liberatorios, lo que exigirá elaborar una construcción jurídica para cada caso concreto que se presente, que por supuesto el Despacho estará en disposición de realizar. Otros posibles argumentos son menos consistentes, en particular la visible desarmonía legal, cuando por un lado se afirma que uno de los propósitos del estado de alarma es la voluntad de viabilizar las empresas una vez finalizados los efectos del COVID-19, en tanto que, por otro, se condena a muchas empresas, sobre todo PYMES, a su probable desaparición, sobre todo si el término del 9 de abril se prolonga durante periodos más largos e incluso muy largos.

Comentario del precepto

1. El art. 2 del RDL 10/20 determina el salario a que tienen derecho los trabajadores sin prestación de actividad en aplicación del PRR, en principio, como ya se ha dicho, en los días comprendidos entre el 30 de marzo y el 9 de abril, ambos inclusive. Y aunque los portavoces del

Gobierno hablan únicamente de ocho (8) días, en realidad son once los que la empresa tiene que pagar, sin que sea argumento aceptable por las empresas que los días inhábiles se abonan siempre sin prestación de trabajo, puesto que el contra argumento que pueden hacer valer las empresas afectadas por el PRR es que, tratándose de una paralización impuesta por el poder público, y no decidida por la empresa, no se debería soportar ninguna carga económica.

2. Dicho lo cual, el salario que debe abonar la empresa, en aplicación del art. 2.2 del RDL 10/20, no es la totalidad de las retribuciones percibidas por el trabajador cuando trabajaba, sino solo la suma del salario base y los complementos salariales, siempre según la regulación contenida en el convenio colectivo aplicable a la empresa o en los contratos de trabajo de los trabajadores que contengan cláusulas al respecto. Lo que no tiene obligación de abonar la empresa son los complementos extrasalariales que disfrutara el trabajador, puesto que su naturaleza compensatoria y no retributiva les excluye tanto del concepto de salario base cuanto del concepto de complemento salarial. Pero conviene realizar la aclaración porque algún portavoz gubernamental, y algún representante sindical, ha deslizado ya la expresión “retribución total o completa”, con referencia a todas las cantidades que percibía el trabajador cuando prestaba actividad efectiva.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Si se puede afrontar el pago de esta carga económica, hay que excluir de las nóminas todas las partidas compensatorias, resarcitorias e indemnizatorias, aunque vinieran figurando en las mismas.

2ª) Si existe imposibilidad de afrontar la carga económica que implica el PRR, es aconsejable que la empresa se reúna con los representantes legales de los trabajadores, supuesto existan en la misma, o en alguno de sus centros de trabajo, para conseguir una cierta complicidad de éstos no en cuanto al impago de los salarios -que ya es una obligación legal- sino en el reconocimiento de la existencia de causa justificada que determina que el pago de los salarios no se lleve a cabo.

Comentario del precepto

1. El art. 3 del RDL 10/20 regula la recuperación de las horas no prestadas durante el plazo de aplicación del PRR. Inútil resulta insistir en lo que frecuentemente será de escaso interés productivo para la empresa, puesto que el mayor número de horas trabajadas no alterará la correlación entre los bienes y servicios ofertados por la empresa y el volumen de demanda de los mismos. A lo que se añade, por otro lado, la dificultad de fijar esas horas añadidas a las normales en cada empresa, en el periodo comprendido entre la finalización del estado de alarma y el 31 de diciembre de 2020 (art. 3.1 del RDL 10/20). En primer lugar, porque no se sabe cuándo finalizará el estado de alarma, con lo que cualquier programación que pudiera proyectarse resultaría inservible muy probablemente. Siendo de observar, de otro lado, que el *dies a quo* del cómputo ya no es el 9 de abril de 2020, ni siquiera las prórrogas que a éste pudieran añadirse, sino un parámetro completamente ajeno a las empresas y dependiente de un hecho incierto pero que, según las expectativas más realistas, puede alargarse durante varios meses, con lo cual el periodo de recuperación se acortará sensiblemente, al acercarse más y más el *dies a quo* al *dies ad quem*.

2. Por si todas estas barreras fueran pocas, obstaculizando la utilidad de la recuperación a posteriori, el art. 3 del RDL 10/20 adiciona una serie de líneas rojas intraspasables por la empresa, en concreto las tres siguientes:

1º) La recuperación de las horas no puede modificar los descansos legales imperativos, que determinan límites igualmente imperativos de las jornadas diaria y semanal establecidos en la ley y en el convenio colectivo; ni tampoco ampliar la jornada máxima anual que se determine en dicho convenio (art. 3.3, incisos primero y tercero del RDL 10/20).

2º) No cabe el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el art. 34.2, párrafo segundo, inciso segundo del ET, de cinco días para que el trabajador conozca el día y la hora de la recuperación horaria (art. 3.3, inciso segundo RDL 10/20)

3º) Además, la recuperación habrá de respetar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente (art. 3.3, inciso cuarto RDL 10/20).

Achicados así drásticamente los márgenes hábiles para la recuperación de las horas -cercanas a cincuenta y seis (56), computando únicamente las que correspondan a los ocho (8) días hábiles transcurridos entre el 30 de marzo y el 9 de abril-, el art. 3.2 impone otra exigencia absurda, la de obligar al trámite de un periodo de consultas minuciosamente regulado, como si se tratará de un supuesto de movilidad funcional intensa (art. 39.4 ET), un supuesto de movilidad geográfica (art. 40 ET), un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) o, incluso, un supuesto de suspensión o de extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (arts. 47 y 51 ET). Habida cuenta de la acumulación de los límites impuestos al poder de dirección empresarial para recuperar las horas, lo deseable hubiera sido atribuir a este poder empresarial la facultad de fijar de modo directo e inmediato la recuperación horaria dentro de los límites imperativos enunciados, evitando seguir la negociación compleja y extensa que se impone (art.3.2, párrafos primero a sexto), solo a cuyo término, sin acuerdo, recupera la empresa su facultad de decidir unilateralmente al respecto (art. 3.2, párrafo séptimo), sujeta como cualquier otra decisión al control judicial.

Recomendaciones a las empresas

1ª) Al margen de la respuesta que adopte cada empresa, frente al PRR, es necesario resaltar que la imposición del PRR, con todas las cargas económicas que rodean el permiso, y con todos los límites que se imponen a la recuperación, se establecen en normas imperativas de obligado cumplimiento, sobre las cuales no cabe reforma ni siquiera con el asentimiento de los representantes de los trabajadores, salvo en el desarrollo instrumental del periodo de consultas.

2ª) El art. 1.2, b) del RDL 10/20 podría ofrecer un portillo de salida para que ciertas empresas que no prestan los servicios esenciales enunciados en su Anexo, acreditaran relación con ellos en las divisiones o líneas de producción, liberándose del PRR. De manera que las empresas que consideren razonablemente esa posibilidad, podrían instar a sus organizaciones más representativas, CEOE y CEPYME, a que profundizaran esa vía, solicitando incluso del Gobierno un desarrollo extensivo del citado precepto legal.