

TIEMPO DE TRABAJO Y CRISIS SANITARIA: ADAPTACIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA Y PERMISO OBLIGATORIO RECUPERABLE

WORKING TIME AND HEALTH CRISIS: ADAPTATION AND REDUCTION
OF WORKING HOURS AND RECOVERABLE COMPULSORY LEAVE

José M. MORALES ORTEGA

Universidad de Málaga

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4940-034X>

jmmoraleso@uma.es

RESUMEN: La crisis provocada por el COVID-19 ha conllevado que el Gobierno, a golpe de reales decretos leyes, haya adoptado una batería de medidas para combatir las consecuencias tanto sanitarias como de empleo y económicas; y, entre ellas, en estas páginas, se va a centrar la atención en las conectadas con el tiempo de trabajo, que han permitido, en unos supuestos, que el trabajador haya podido protegerse y cuidar a las personas con las que convive, y, en otros, evitar la propagación de los propios contagios. Por tanto, unos objetivos loables, lo que no significa, por supuesto, que el planteamiento normativo haya respondido, siempre y en todo caso, a una impecable técnica jurídica no exenta de ciertos problemas aplicativos e interpretativos.

PALABRAS CLAVES: Crisis sanitaria, reducción de jornada, adaptación de jornada, permiso, obligatorio, retribuido, recuperable.

ABSTRACT: The crisis caused by the COVID-19 has meant that the Government, following royal decree laws, has adopted a series of measures to combat both the health, employment and economic consequences; and, among them, in these pages, attention will be focused on those connected with working time, which have allowed, in some cases, that the worker has been able to protect himself and care for

Recibido: 13-7-2020; Aceptado: 17-7-2020; Versión definitiva: 1-10-2020.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

the people with whom he lives, and, in others, avoiding the spread of the contagions themselves. Therefore, laudable objectives, which does not mean, of course, that the regulatory approach has always and in any case, responded to an impeccable legal technique not exempt from certain application and interpretive problems.

KEYWORDS: Health crisis, reduction of working hours, adaptation of the working day, work permit, obligatory, gainful, recoverable.

SUMARIO: 1. LA ADAPTACIÓN Y LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA COMO MEDIDAS LABORALES ANTE LA CRISIS SANITARIA. 1.1. Adaptación de la jornada. 1.2. Reducción de la jornada. 2. PERMISO OBLIGATORIO, RETRIBUIDO Y RECUPERABLE. 2.1. Fundamento y configuración jurídica del permiso obligatorio, retribuido y recuperable. 2.2. Elementos definitorios del permiso obligatorio, retribuido y recuperable. 2.2.1. *Transitoriedad*. 2.2.2. *Obligatoriedad*. 2.2.3. *Retribuido*. 2.2.4. *Recuperable*. 2.3. Ámbito subjetivo del permiso obligatorio, retribuido y recuperable. 2.4. Recuperación de las horas del permiso del RDL 10/20.

1. LA ADAPTACIÓN Y LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA COMO MEDIDAS LABORALES ANTE LA CRISIS SANITARIA

El Real Decreto Ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹ (en adelante, RDL 8/20) generó –y aun hoy genera– numerosas opiniones, tanto a favor como en contra; han sido muchos, y desde los más variados posicionamientos, los operadores jurídicos y estudiosos del Derecho del Trabajo, que han intentado arrojar luz sobre esta norma que, sin duda, presenta aciertos y deficiencias. Estas últimas tanto desde su técnica jurídica como desde su planteamiento teleológico. En cualquier caso, se puede afirmar que se dijo mucho y, quizás, todavía no se ha dicho lo suficiente y, por supuesto, no todo, ya que la mayoría de los problemas se han suscitado más que, por parte de los trabajadores, que también, por parte de las empresas a la hora de aplicar las medidas que mejor se adaptasen a sus circunstancias. Y a esos problemas aplicativos hay que unir, negarlo sería desconocer la realidad, que ha habido y hay ocasiones, se espera que las menos, en las que también se ha hecho un uso pervertido e, incluso, abusivo de las mismas, por utilizarse la crisis sanitaria como excusa para “sanear” las plantillas.

La urgencia y la entidad de la crisis obligaba, sin más demora, a actuar. Se hizo con el conocido RDL 8/20; de cuyo elenco de medidas, en estas páginas, se va a tratar sólo su artículo 6 dedicado a la adaptación y a la reducción de la jornada. Dos medidas, con las que, por un lado, hacer frente a la preteritoria necesidad de proteger y

1. De 17 de marzo (BOE de 18 de marzo de 2020).

atender a los trabajadores y a las personas que con ellos conviven²; y, por otro, intentar paliar los desastrosos efectos económicos y laborales del COVID-19.

Como es obvio, estas medidas operaron en los sectores, que continuaron con su actividad; sin embargo, la realidad puso de manifiesto que parte de esas empresas no fueron muy favorables a aceptar las solicitudes, en esta dirección, de los trabajadores, y, al mismo tiempo, adoptaron decisiones –por las necesidades de abastecimiento que, sin duda, no las justifican– en sentido contrario, como son las ampliaciones de jornadas, las duplicaciones de turnos o las denegaciones del teletrabajo. Por consiguiente, no se puede ser demasiado optimista en que estas medidas produjesen los efectos deseados.

La genérica causalidad de estas dos medidas, como en el caso de las restantes, lleva a que sean excepcionales y temporales pero siempre partiendo de dos instituciones, que cuentan con su regulación en nuestro Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Por ello, el RDL 8/20, partiendo de sus regímenes jurídicos, ha intentado facilitar su uso por parte de los trabajadores y de las empresas; partiendo de que una de las principales consecuencias del COVID-19 es la necesidad de cuidar tanto a los afectados por el virus como a las personas dependientes que, por diversos motivos, sufrieron el confinamiento decretado por el estado de alarma. Cuidado que, en demasiadas ocasiones, no era posible, o no lo era con la suficiente atención, de estar prestándose la fuerza de trabajo. En esta situación de emergencia y para atender a esas obligaciones de cuidado, muchos trabajadores no tendrían más opción que el absentismo que, como es sabido por todos, daría lugar a las correspondientes sanciones³. Así que, para evitar ese desencadenante, se adoptaron estas medidas que, como indica el Preámbulo del RDL 8/20, tienen como voluntad que los trabajadores “puedan atender a sus obligaciones personales de cuidado sin verse afectados negativamente en el ámbito laboral”. De hecho, con la modificación operada con posterioridad, estas medidas han quedado encuadradas en el llamado PLAN MECUIDA.

El interés por estas medidas es fruto de que, pese a su originaria temporalidad, éstas se han ido prorrogando hasta la actualidad. Como indica el Preámbulo del RDL

2. Baylos Grau escribe que “lo más relevante es que la norma introduce, aunque con precauciones incorporadas al canon de corrección del ejercicio del derecho, un espacio de dominio de los y las asalariadas sobre el tiempo de trabajo en función de sus peculiares condiciones de vida y sus necesidades, que se imponen por tanto sobre la hetero-organización del tiempo de trabajo y los patrones horarios que la empresa tiene diseñados”, www.baylos.blogspot.com/2020/03/estado-de-alarma-sanitaria-covid-19-y.html [Consulta: 15/6/2020].

3. Como se puede leer en el Preámbulo del RDL 8/20, “resulta imprescindible evitar la aplicación de sanciones por falta de asistencia de la persona trabajadora al trabajo ante la necesidad de atender al cuidado de personas a su cargo, multiplicados en la situación actual ante el cierre de diversos establecimientos públicos o concertados, como centros escolares, residencia de mayores o centros de día”.

15/2020⁴, “para garantizar la protección de las personas trabajadoras y seguir atendiendo a las necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar en el contexto de la crisis del COVID-19, se prorroga ... el derecho de adaptación del horario y reducción de la jornada”. En un primer momento, dicha prórroga se produjo con la modificación del RDL 8/2020 por el RDL 11/2020⁵. De acuerdo con este último, estas medidas se prorrogarían durante un mes tras la finalización del estado de alarma – Disposición Final 1.17–. Ahora bien, esta ampliación, a su vez, fue modificada por el RDL 15/2020 al decir, su art. 15, que “se mantendr[ían] vigente[s] durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista en el párrafo primero de la disposición final décima del Real Decreto-Ley 8/2020” con su respectiva modificación posterior. Por consiguiente, la duración de la prórroga era de 3 meses –uno, por el RDL 11/2020, y los otros dos, por el RDL 15/2020–. Y ello, sin perjuicio de que, como indican ambos Reales Decretos Leyes, el Gobierno podía, en atención a las circunstancias, establecer prórrogas adicionales⁶. Y así lo ha hecho con el RDL 28/2020⁷, cuya Disposición Adicional III extiende la eficacia de estas medidas –es decir, del PLAN MECUIDA– hasta el 31 de enero de 2021.

1.1. Adaptación de la jornada

Pues bien, comenzando con la adaptación de la jornada, hay que partir de la conjunción de los artículos 34.8 del ET y 6 del RDL 8/20, ya que este último, como se ha adelantado, no es más que la adecuación del primero a la situación de crisis sanitaria. Por este motivo, su núcleo duro lo constituye la enumeración de las causas, configuradas como circunstancias excepcionales, permisivas del derecho del trabajador a la adaptación de la jornada. Aunque son, a esta altura, perfectamente conocidas, se quiere, por su significación, reiterarlas. Partiendo de que todas ellas tienen como objetivo “evitar la transmisión comunitaria” del virus; éstas quedan concretadas en las siguientes:

- a) La atención y el cuidado “del cónyuge o pareja de hecho, así como ... de los familiares por consaguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora”,

4. De 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE de 22 de abril).

5. De 31 de marzo de 2020, por el se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de abril).

6. El tenor de ambas cláusulas es casi idéntico. Así, la Disposición Final Décima del RDL 8/2020 contempla, tras la modificación operada con la Disposición Final 1.17 del RDL 11/2020, que “la vigencia de las medidas previstas en este real decreto-ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley”; mientras que el art. 15 del RDL 15/2020 afirma que “en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”.

7. De 22 de septiembre, de trabajo a distancia (BOE de 23 de septiembre).

que “por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesite de cuidado personal y directo como consecuencia directa del COVID-19”.

Siendo de alabar la intención de esta causa, no lo es tanto que excluya, de ese cuidado y atención, una serie de supuestos que serían, y deberían ser, perfectamente subsumibles. Es el caso de la diversidad familiar y de las relaciones familiares por afinidad. No se entiende los motivos de tales omisiones, ya que, si la causa es atender a las personas que convivan con el trabajador, debía ser indiferente la relación que les vinculase. Esta exclusión puede llevar aparejada la existencia de personas dependientes, que van a carecer de los correspondientes cuidados, por la imposibilidad del trabajador, de alegar ante la empresa estar incurso en el supuesto de hecho de la norma.

- b) La atención y el cuidado de las personas dependientes como resultado de las “decisiones adoptadas por las Autoridades gubernativas relacionadas con el COVID-19 que impliquen cierre de centros educativos o de cualquier otra naturaleza”.

Con esta causa se pretende dar respuesta a una de las principales consecuencias derivadas del COVID-19 como es la necesidad de atender a menores, discapacitados y mayores, cuyos centros educativos o de asistencia cerraron por orden del Gobierno. No hace falta realizar ningún esfuerzo para comprender que a sus familiares –personas trabajadoras– les resultaba muy difícil, e incluso en ciertos casos imposible, compaginar trabajo y cuidados; de ahí la imperiosa necesidad de permitir adaptaciones flexibles de la prestación laboral.

- c) La atención y el cuidado de cualquiera de las personas enumeradas en la primera causa debido a que su cuidador hasta ese “momento ... no pudiera seguir haciéndolo por causas justificadas relacionadas con el COVID-19”.

Este tercer supuesto, como los precedentes, responde a una claridad meridiana, que no es otra que la necesidad de conciliar la vida personal y profesional. De hecho, podría incluso no haberse necesitado esta ejemplificación de las causas para que todas ellas hubieran quedado incluidas en el art. 34.8 del ET pues, como dice el propio RDL 8/20, son expresiones del derecho de conciliación. Ahora bien, debe destacarse, porque sí es una novedad en relación con la regulación estatutaria, que el ejercicio de esos cuidados debe ser manifestación de una corresponsabilidad a fin de evitar “la perpetuación de roles”. Y esto último hay que subrayarlo porque, aunque no sea una cuestión, en el contexto de la crisis sanitaria, de primer orden, sí lo es en el ámbito de las relaciones laborales, en las que el género y, con él, la distribución de roles –especialmente, en esta parcela de los cuidados– lleva a perpetuar esquemas machistas. Así pues, no está de más que se fomente la conciencia de

ese equilibrado reparto de las cargas familiares o, si se prefiere, de esa corresponsabilidad.

Siguiendo con los elementos comunes a las tres causas, hay que mencionar los siguientes puntos. En primer lugar, que se trata de un derecho individual –aunque el RDL 8/20 acude, del mismo modo, a la expresión prerrogativa; siendo, en términos de técnica jurídica, mucho más correcta la primera– de la persona trabajadora –cuidador o progenitor–; siendo ésta la que puede determinar el alcance y el contenido de la correspondiente adaptación. Eso sí, siempre y cuando la propuesta “esté justificada, sea razonable y proporcionada”, a lo que se añade que el trabajador debe acreditar “las necesidades concretas de cuidado que debe dispensar”. Dejando a un lado, por ahora, la razonabilidad y la proporcionalidad, resulta llamativo que sea necesario acreditar y justificar la necesidad y la intensidad del cuidado y de la atención. Dos cuestiones se derivan de esa exigencia.

Con respecto a la necesidad, no parece que debiera ser exigible, en el caso de los cierres decretados gubernativamente, al ser un hecho conocido por todos; mientras que en los otros dos supuestos, hay que preguntarse si se debería acompañar la solicitud de certificaciones que, sin duda, vulnerarían la protección de datos, ya sea de la persona necesitada de cuidados o del propio cuidador. Por ese motivo, hubiese sido más correcto que se mantuviese, como en el borrador⁸ del RDL 8/20 y como en la otra medida –es decir, la reducción de la jornada–, una presunción *iuris tantum*. Y con respecto a la intensidad, no debería someterse a comprensión empresarial, al tratarse de una cuestión totalmente personal y familiar, condicionada por los diferentes núcleos de convivencia y por las distintas situaciones particulares de las personas necesitadas de cuidado.

En relación con la razonabilidad y la proporcionalidad, parece que se trata de un tema a debatir entre la empresa y los trabajadores, los cuales deben alcanzar un equilibrio de intereses. Excluido el supuesto, por otro lado lógico, de que varios trabajadores de una misma empresa pudieran solicitar esta adaptación de la jornada, lo que daría lugar a la necesidad de encontrar ese justo equilibrio; en el resto de las ocasiones, el acuerdo puede ser bastante más complejo, ya que cada uno de los implicados, con toda seguridad, considerará su planteamiento como prioritario, justificado y correcto. Siendo así, puede resultar, en la generalidad de las ocasiones, una simple pretensión carente de efectividad práctica, la propuesta del RDL 8/20 de que “empresa y persona trabajadora deberán hacer lo posible por llegar a un acuerdo”. Si lo alcanzan, ya sea porque la empresa acepta, ya sea porque la empresa propone otra fórmula

8. Todas las referencias en estas páginas a este borrador son extraídas del Blog de Rojo Torrecilla, entrada de 18 de marzo de 2020, que realiza una comparativa entre el RDL 8/2020 y “un documento previo, interno y no cerrado elaborado en el seno del MTES”, www.eduardorojotorrecilla.es [Consulta: 19/3/ 2020]. A este documento se le ha denominado aquí borrador.

de adaptación de la jornada que convence al trabajador, no habrá problema. No obstante, habría que dilucidar si al tratarse de un derecho individual⁹, por una situación excepcional de crisis sanitaria, no debería ser concedido automáticamente al trabajador, en base al argumento de que debe primar la salud pública –partiendo, como dice el art. 6 del RDL 8/20, de que estas circunstancias están “relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la transmisión comunitaria del COVID-19”– y, desde luego, la individual y la atención a las personas dependientes. Pero no parece que sea la opción del art. 6 de este RDL al indicar que, ante la falta de acuerdo entre las partes, se podrá acudir al procedimiento contenido en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Social.

Otro tema es la viabilidad del propio procedimiento. Quiere ello decir que se trata de una solución no factible durante el estado de alarma; de hecho, la actividad jurisdiccional, salvo para determinados procedimientos entre los cuales no se encontraba éste, estaba suspendida¹⁰, pero, aún en el caso de que no fuese así, y se tramitase conforme a las exigencias de preferencia y urgencia, y se interpusiese la demanda inmediatamente después de la negativa de la empresa, el procedimiento puede tener una duración de hasta 8 días. Un período demasiado amplio para desatender las obligaciones de cuidado y para favorecer la transmisión del virus. En consecuencia, no se presentaba como la mejor opción ante la falta de acuerdo. De ahí que se insista que debería haberse articulado como un derecho automático del trabajador y, en todo caso, conceder a la empresa la posibilidad de acudir a los tribunales con posterioridad, ya que el daño empresarial será, salvo error u omisión, económico, pero el perjuicio para el trabajador habría sido, en el mejor de los casos, la desatención de sus personas dependientes y, en el peor, la enfermedad y/o la pérdida de un familiar.

La segunda característica en común de las causas habilitadoras de esta adaptación de la jornada es que puede vehicular por múltiples manifestaciones, lo que “puede hacer más sencilla la solución del problema para la persona trabajadora y la empresa”¹¹. A modo de ejemplos, el art. 6.2 del RDL 8/20 enumera las siguientes: “cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de

9. Como afirma Beltrán, I., “a diferencia del 34.8 ET, se está reconociendo un derecho a la adaptación (y no un derecho a la solicitud de la adaptación), podría entenderse que la posición del trabajador tendría una configuración preeminente”, www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/ 2020].

10. No obstante, como indica la Disposición Adicional XIX del RDL 11/2020, en el plazo de 15 días tras el estado de alarma se aprobará un plan “para agilizar la actividad judicial en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo”.

11. UGT, “Breve exposición y análisis de las medidas laborales del Real Decreto-Ley 8/2020”, 18 de marzo de 2020, p. 15.

modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas”. Varias consideraciones merece esta característica.

En primer lugar, que no parece del todo acertado, ni con respecto al art. 6 del RDL 8/20, ni con respecto al 34.8 del ET, que se denomine adaptación de la jornada cuando entre las posibilidades ofrecidas hay algunas, que poco o nada tienen que ver con la jornada e incluso con el tiempo de trabajo. Quizás sería más acertado ofrecer una nueva regulación a este derecho de la persona trabajadora que, de algún modo, fuese como unas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, pero a la inversa. No obstante, este planteamiento excede con creces los objetivos de estas páginas, por lo que simplemente se quiere plantear como propuesta para debatir en un futuro.

En segundo lugar, que dentro de esas posibilidades se encuentra el trabajo a distancia; otra de las medidas patrocinadas por el Gobierno, no sólo en este apartado sino también, con carácter general, en el art. 5 del RDL 8/20. La problemática suscitada por el trabajo a distancia en este contexto de crisis sanitaria, se ha solventado, posiblemente demasiado a la ligera, por un lado, con la sustitución de la evaluación de riesgos laborales por una autoevaluación por el trabajador, lo que casi supone dar carta blanca a cualquier opción y en cualquier circunstancia a esta forma de prestación de la fuerza de trabajo; y, por otro lado, con la dotación económica, presuntamente suficiente, a través del Plan ACELERA, para que las empresas, fundamentalmente las pymes, puedan dotarse de la necesaria infraestructura permisiva del teletrabajo, como una de las expresiones del trabajo a distancia. A esa falta de recursos económicos y de infraestructura, hay que sumar, y no es una cuestión en absoluto baladí, la imposibilidad fáctica de muchas empresas de adaptar sus procesos productivos al trabajo a distancia, por lo que su promoción puede convertirse, exclusivamente, en una declaración de buenas intenciones por resultar inoperativa.

1.2. Reducción de jornada

Si no son demasiado halagüeñas las conclusiones del análisis de la medida de adaptación de la jornada, tampoco lo son en el supuesto de su reducción, cuyo régimen, en el RDL 8/20, parte, como no podría ser de otro modo, de los apartados 6 y 7 del art. 37 del ET. Tanto es así que, con la finalidad de que los trabajadores, durante la crisis, hagan uso de esta medida, lo que se ha buscado es facilitar y agilizar sus presupuestos; partiendo, como es natural, de que “concurran las circunstancias excepcionales” ya conocidas. Pues bien, las observaciones que se pueden realizar son las siguientes.

En primer lugar, resulta curioso que tanto el Preámbulo como el art. 6 del RDL 8/20 insistan en que esta reducción de jornada va acompañada de la correspondiente reducción proporcional del salario. Ello es obvio, e incluso innecesario aclarar, ya que forma parte de la esencia de este instituto jurídico. Quizás, por esta razón, no estaba

presente en el borrador de este RDL. La razón de su incorporación y, sobre todo, de su reiteración puede ser, por así decirlo, pedagógica, es decir, que los trabajadores que hagan uso de este derecho tengan un conocimiento exacto de las consecuencias de su decisión; y no, como también podría pensarse, que dicha precisión quiera disuadir a los trabajadores de su utilización.

En segundo lugar, el plazo de preaviso se acorta sustancialmente con respecto al régimen común. Pasa de 15 días o lo establecido convencionalmente a 24 horas. Este plazo se incorporó a la redacción definitiva del RDL 8/20, ya que, en el borrador, se indicaba que respondería a las reglas de la buena fe. Aunque es cierto que su concreción aporta seguridad jurídica, al tiempo que permite a la empresa tener un margen –posiblemente escaso, sobre todo, cuando la reducción es amplia– para su organización y, en consecuencia, lo hace comprensible; también hay que tomar en consideración que la evolución y la rapidez con las que se propagó –y aun hoy se propaga– el COVID-19, puede hacer que ese plazo, para determinados trabajadores, sea demasiado amplio atendiendo a razones de urgencia para la atención a sus circunstancias familiares y personales.

En tercer lugar, se suprime, en comparación con la regulación estatutaria, la exigencia de que el familiar no desempeñe una actividad retribuida. Como es natural, ese cuidado y esa atención, por las consecuencias del COVID-19, hacen indiferente la obtención por la persona dependiente de ingresos derivados del trabajo.

En cuarto lugar, la opción del trabajador de solicitar una reducción del hasta el 100% de su jornada. Con toda seguridad, se está ante la cuestión más problemática en relación con esta medida, ya que son muchas y muy variadas sus dudas interpretativas.

Desde el punto de vista procedimental, no debe pasarse por alto que, de nuevo, la norma exige la justificación y la necesidad por parte del trabajador y la razonabilidad y la proporcionalidad para la empresa. No se va a entrar otra vez en la necesidad de alcanzar un equilibrio entre las partes, y todos los problemas derivados de ello. Simplemente, reiterar que debía configurarse como un derecho automático del trabajador, más que justificado, en esta grave situación de alarma sanitaria.

Desde el punto de vista del trabajador, hay que indicar que su reducción al 100% de la jornada conlleva la pérdida del salario, por lo que salvo que tenga una situación económica muy saneada, le será imposible, pese a la necesidad de la reducción, solicitarla. Y ello, desgraciadamente, va a suceder para la mayoría de la clase trabajadora, lo que hace que esta medida resulte más una declaración de buenas intenciones que, en puridad, una opción. Siendo conscientes de ello, UGT reclamó la concesión de algún tipo de ayuda o prestación para estos trabajadores¹², lo que no

12. Exactamente, esta Organización indica que “se echa en falta que el RDL no incluya ninguna prestación específica destinada a aquellas personas que tengan que reducir su jornada de trabajo o abandonarlo de forma temporal para cuidar a personas dependientes”, “Valoración de las medidas

se ha hecho, pese a ser la única vía para garantizarles una subsistencia mínima durante la crisis.

Desde el punto de vista de Seguridad Social, se plantea otro problema derivado de que las cotizaciones empresariales, si se atiende a la inexistencia del salario, no existirán; con las repercusiones que ello tiene para el trabajador en el futuro. Sin perjuicio, eso sí, de la normativa específica para los casos de cotizaciones empresariales en las reducciones de jornada que, por supuesto, continuarían en vigor. A estos efectos, no se ha dictado ninguna circular para solventar este problema que suscita, una vez más, la necesidad de conciliar los intereses de empresa y trabajadores, puesto que la primera no va a entender unas cotizaciones, por mínimas que sean, por un trabajador, cuya reducción de la jornada es total. Así que la única salida sería que el Estado, de fijarse dichas cotizaciones, las sufragase.

En quinto y último lugar, se ha instituido la opción del trabajador, que ya viniese disfrutando de una reducción de jornada, de poder renunciar a ella o modificar sus términos para adecuarla a las peculiaridades contempladas en el art. 6.3 del RDL 8/20. No es necesario repetir que debe darse las circunstancias de excepcionalidad y, a la postre, de temporalidad. Lo más destacable es que, para esta medida, el RDL sí establece, como se ha anticipado, una presunción *iusuris tantum*. En principio, cabe pensar que se presumen todas las exigencias, salvo prueba en contrario, porque ese trabajador ya estaba disfrutando de una reducción de jornada. Ahora bien, ello puede ser un error, puesto que las causas permisivas de la medida del RDL, aunque atiendan a las mismas personas, tienen que responder a factores derivados y/o conexiónados con el COVID-19; y no necesariamente tienen por qué concurrir por el mero hecho de estar atendiendo a esos colectivos, ni, mucho menos, por estar disfrutando de una previa reducción de jornada.

2. PERMISO OBLIGATORIO, RETRIBUIDO Y RECUPERABLE

El permiso obligatorio, retribuido y recuperable (en adelante, PORR) es otra de las medidas adoptadas como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. En principio, cabe pensar que su temporalidad –con una vigencia de muy corta duración– debería hacer que, ni tan siquiera, fuese necesario, más que como reseña histórica, su análisis; sin embargo, dos cuestiones aconsejan su tratamiento. Por un lado, su configuración jurídica de cara a convertirse en una posible opción, no necesariamente descartable, ante futuras situaciones, que respondan a realidades similares a la de esta crisis. Y por otro y aunque la duración de la medida se limitó en

económicas aprobadas por el Gobierno para hacer frente al impacto del COVID-19 (RDL 8/2020)”, 19 de marzo de 2020, p. 8.

el tiempo, sus efectos se extienden bastante más allá –como mínimo, hasta el 31 de diciembre de 2020– debido a una de las exigencias de su regulación, es decir, su carácter recuperable; siendo muchas, en este último sentido, las dudas y los problemas suscitados tanto desde el punto de vista adjetivo como sustantivo.

2.1. Fundamento y configuración jurídica del permiso obligatorio, retribuido y recuperable

Nada se descubre al afirmar que la declaración del estado de alarma y, con ella, la subsecuente adopción de una serie de medidas no ha sido, únicamente, para combatir la pandemia, sino también para conseguir que el número de infectados fuese el menor posible y, en consecuencia, que los servicios sanitarios de salud pudiesen atender a las personas contagiadas. De ahí que muchas de esas medidas hayan tenido como denominador común restringir la movilidad de los ciudadanos como presupuesto imprescindible para evitar los contagios; y ni que decir tiene que el trabajo era y es una de las causas, quizás la principal, de dicha movilidad. Por lo que no resulta extraño que se articulase una medida para evitar, siempre que fuese posible, el desplazamiento de los trabajadores –entendiendo, por ahora, a éstos en sentido amplio–. La opción gubernamental era clara: confinar a la mayoría de la clase trabajadora en la fase calificada de contención reforzada.

Ahora bien, pese a que el PORR tiene como destinatarios a los trabajadores, hay que indicar que el hecho de serlo no ha sido el único elemento delimitador de su disfrute¹³ pues, de ser así, cualquier trabajador en cualquier actividad habría podido disfrutar de este permiso; sin embargo, como es sabido, no ha sido así. Realmente, dicho elemento ha sido, en la generalidad de las ocasiones, la actividad de la empresa; esto es, en gran medida, esta última es la que ha condicionado el hecho de que los trabajadores quedasen o no confinados en sus domicilios.

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, hay que aceptar que el PORR es una medida laboral para cumplir una finalidad extralaboral. Quiere ello decir que el Gobierno, no sólo en esta ocasión, ha hecho uso de los instrumentos ofertados, aunque con modificaciones, por el ordenamiento laboral para conseguir –o, al menos, intentarlo– unos fines, que nada tienen que ver con el ámbito laboral –como se ha visto, el confinamiento de la mayor parte de la población–. Y, de este modo, lograr sus objetivos de evitar la propagación del virus. Siendo así, puede afirmarse, sin temor a equivocación, que ha prevalecido, en el diseño del PORR, el interés general de la sociedad. Con otras palabras, se ha puesto una medida laboral al servicio del interés común de la generalidad; un interés, se insiste, de naturaleza extralaboral.

13. En sentido contrario, Calvo Gallego, J. al afirmar que “el elemento identificativo es ... acertadamente, la actividad del trabajador y no la empresa”, “Permiso obligatorio, retribuido pero recuperable”, www.grupo.us.es/iwpr [Consulta: 15/6/2020], sin paginar.

Este presupuesto básico debe ser admitido y no olvidado en ningún momento a la hora del análisis del régimen jurídico del PORR pues, de lo contrario, se hará mucho más difícil su comprensión. Lo que, por otro lado, no significa que deba aceptarse, sin más, determinadas incongruencias e incorrecciones técnicas cometidas por el Real Decreto Ley 10/2020¹⁴ (en adelante, RDL 10/20). Y, en esta dirección, principalmente, su naturaleza jurídica.

En esa avalancha de reales decretos leyes dictados a partir de la declaración del estado de alarma, el RDL 10/20 regula el PORR; y lo hace de manera concisa, lo que obligó, inmediatamente, a que se acompañase de una orden ministerial –SD-N/307/2020¹⁵–, que lo interpretase e, incluso en algún aspecto concreto, que lo completase.

A ello hay que añadir, pues no es una cuestión en absoluto baladí, que este RDL se adoptó sin tomar en consideración, por lo menos no se hace constar, la voluntad de los agentes sociales¹⁶. La significación de la medida habría obligado a que, como mínimo y pese a la perentoriedad de su implementación, hubiese habido algún tipo de interacción, que hubiese depurado ciertas cuestiones derivadas de su puesta en funcionamiento; principalmente, porque, de alguna manera, eran los destinatarios de este permiso. Así que, en principio, no se comprende esta desatención. Sólo se podría, en última instancia, entender, que no justificar, por la urgencia debida al creciente y rápido ritmo de los contagios.

Muchas y controvertidas han sido las opiniones vertidas hasta el momento en relación con la naturaleza jurídica del PORR; principalmente, tres son los posibles planteamientos.

En primer lugar, que, sin perjuicio de la denominación dada por el RDL 10/20, no se está realmente ante un permiso sino ante otra figura como la jornada flexible o irregular. De hecho, son varias las ocasiones, en las que este RDL toma como referencia los parámetros del art. 34.2 del ET.

14. De 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no prestan servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE de 29 de marzo).

15. De 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo (BOE de 30 de marzo).

16. Rojo Torrecilla destaca, cuando compara el borrador con el RDL 10/20, que, entre las diferencias existentes, está “la desaparición de las referencias contenidas en el primer texto a la consulta efectuada con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como también de la referencia laudatoria a las mismas ... se resaltaba aún más la importancia de tales organizaciones, ya que se decía que el RDL se aprobaba “con la aquiescencia de los agentes sociales”, www.eduardorojotorrecilla.es [Consulta: 15/6/2020].

En segundo lugar, que se trata de un permiso atípico¹⁷ al presentar una serie de características, que lo alejan del régimen legal –e incluso convencional– de los permisos, pero sin que por ello pierda su naturaleza jurídica.

Y en tercer y último lugar, que la utilización del término permiso no debe prejuzgar su régimen jurídico y, por no hacerlo, se está ante una nueva figura, que toma prestados de otras instituciones determinados elementos delimitadores de su régimen jurídico. Desde esta perspectiva, el PORR se convierte en una figura inédita¹⁸ hasta el momento en nuestra legislación laboral, ya que no se corresponde, al menos en su totalidad, con el permiso tal y como se ha configurado en nuestro ordenamiento. De éste, fundamentalmente, acoge, por un lado, su denominación, y, por otro y mucho más importante, que durante su duración, el contrato continúa plenamente en vigor.

Los elementos del PORR que lo diferencian del permiso clásico son tres. En primer lugar, su obligatoriedad. Frente a los permisos del art. 37 del ET, que se caracterizan por ser voluntarios, el PORR no concede al trabajador la decisión de disfrutarlo o no –es decir, no se trata de un derecho sino de una obligación¹⁹–. Y ello es consecuencia del ya conocido interés general que está en su fundamentación. Así pues, se supedita el interés individual al colectivo. En segundo lugar, su finalidad. Con el PORR no se busca que el trabajador, mediante esta interrupción del contrato, pueda atender circunstancias personales justificativas de su inasistencia al puesto de trabajo. Al contrario, el disfrute nada tiene que ver con esas circunstancias del trabajador. Y en tercer lugar, la recuperación de las horas consumidas con el PORR. Los permisos ordinarios no admiten esta posibilidad²⁰; ahora bien, su incorporación al PORR es fruto, una vez más, de su fundamentación.

Llegado este punto hay que cuestionarse si es posible que el Gobierno pudiese diseñar esta figura. La crisis sanitaria ha puesto a prueba muchas realidades y, entre ellas, la utilidad de concretas instituciones para dar respuesta, con urgencia, a la pandemia. De ahí que muchas medidas han tenido, respetando los márgenes legales, que

17. Beltrán, I. afirma que, pese a ser “una figura absolutamente atípica (por las circunstancias en las que se formula) ... no puede afirmarse que tenga una configuración absolutamente extraña a la misma [es decir, al permiso] (al menos, tal y como se ha estado legislando e interpretando antes del RD-Ley 10/2020)”, www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020].

18. UGT, “Última normativa laboral respecto al COVID-19: RDL 9/2020 y RDL 10/20 y otras normas. Exposición y breve análisis”, 30 de marzo de 2020, p. 4.

19. López Cumbre, L., “Permiso retribuido obligatorio y recuperable para empresas con servicios no esenciales”, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/Permiso-retribuido-obligatorio-y-recuperable-para-empresas-con-servicios-no-esenciales.pdf> [Consulta: 1/7/2020], sin paginar.

20. Beltrán, I. recoge una serie de sentencias del Tribunal Supremo tanto favorables como desfavorables a la recuperación en los permisos retribuidos por asuntos particulares; véase las mismas en www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020]. Ahora bien, estos últimos permisos responden a esas circunstancias particulares –ausentes, por tanto, del PORR–, por lo que, en principio, no parece que deba aplicarse, sin más, esa ambivalente doctrina judicial al PORR.

reinventarse o, sencillamente, inventarse para así responder, como en el caso que se está analizando, a la necesidad de contención de los contagios.

Pues bien, ello es lo que se supone que ha hecho el Gobierno con el RDL 10/20 o, lo que es lo mismo, con el PORR: instituir una medida, que evitase la propagación del virus. Hasta aquí, en principio, no hay nada que objetar; sin embargo, a ello hay que añadir dos consideraciones.

En primer lugar, si el Gobierno podía acometer esta tarea. Partiendo de que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, en principio, no tendría que haber óbice para adoptar una decisión de este calado. Otro tema, y sería la segunda consideración, es si el instrumento utilizado –es decir, el RDL– puede ser el soporte para que tome carta de naturaleza esta nueva medida. No se puede discutir, sería absurdo, la urgente y extraordinaria necesidad²¹ de la misma, por lo que su implementación está más que justificada; y si a ello se añade su convalidación por el Congreso²², no debe existir dudas de su legitimidad –distintas de las dudas derivadas de su régimen jurídico–.

En suma, se puede concluir que se está ante una medida nueva con unas características particulares, que no son más que el resultado de la fusión de distintas instituciones, de las que se nutre; y con la que hacer frente a la pandemia. Una medida que, pese a su transitoriedad, puede tener repercusión en el futuro más cercano y que puede, no hay que descartarlo, convertirse en un remedio para futuros rebrotes o futuras crisis sanitarias y, por qué no, ir consolidándose en nuestro panorama laboral.

2.2. Elementos definitorios del permiso obligatorio, retribuido y recuperable

2.2.1. *Transitoriedad*

Después todo lo dicho, no resulta sorprendente que la transitoriedad –o temporalidad– haya sido una de las notas definitorias del PORR. Es más, sus especiales condiciones de disfrute están en la base de esta perentoriedad –desde su nacimiento estaba prevista, a fecha fija, su muerte–. Habría sido imposible para sus destinatarios, trabajadores y empresas, mantener esta situación, a la que por pura lógica el Gobierno no podía obligar. Así pues, se redujo a la fase de contención reforzada, es decir, del 30 de marzo al 9 abril. Este último coincidía, en muchas comunidades autónomas, con la festividad del Jueves Santo; y, por consiguiente, en ellas y siempre que se tratase de actividades que cerrasen, el permiso acababa el día 8 de abril. En suma, 9 días excluidos el fin de semana, y pudiendo acortarse a 8, ya sea por el caso visto de la festividad, ya sea por las dos situaciones excepcionales incluida en el RDL 10/20.

21. Preámbulo del RDL 10/20 –apartado IV–.

22. Resolución de 9 de abril de 2020 (BOE de 13 de abril).

Una primera, que supone una transitoriedad dentro de la transitoriedad de la propia medida. Esto es, el RDL se publicó tardíamente el 29 de marzo; teniéndose que aplicar la medida el mismo día 30. Siendo así, y dentro de una lógica organizacional y funcional, habría habido muchas empresas, que no podían suspender su actividad de manera, podría decirse, automática e inmediata. En esos casos, la norma permitió que dichas empresas pudiesen tener actividad durante el día 30 de marzo “con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada la reanudación de la actividad empresarial” –Disposición Transitoria Primera del RDL 10/20²³–. Por consiguiente, no resulta arriesgado afirmar que muchos trabajadores no pudieron empezar el PORR el día 30 porque sus empresas se acogieron a esta transitoria.

Dos cuestiones concatenadas entre sí se derivan del tenor de la norma. Por un lado, su relativa ambigüedad. No hay que hacer demasiado esfuerzo para interpretar que esta excepción se parece bastante, en su objetivo, a los servicios de seguridad y mantenimiento durante la huelga: garantizar y asegurar la reanudación de la actividad productiva. Una cuestión nada pacífica en cuanto a la determinación de dichos servicios, por lo que esa misma problemática pudo suscitarse con esta excepción del PORR. Pero, a diferencia de tales servicios, éste se dejó en manos exclusivamente del empresario, sin instituirse –tampoco hubiese sido posible en atención a la entrada en vigor de la medida– un procedimiento conjunto –empresa/representantes de los trabajadores– de determinación de esas actividades. Y por otro lado y como consecuencia de lo precedente, que haya sido un foco de litigiosidad y, como mínimo, de intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITySS).

Una segunda excepción, que tenía como destinatarios a los transportistas, incluidos en el RDL 10/20, que estuviesen desempeñando sus tareas al momento del inicio del PORR. En esos casos, el permiso se iniciaría “una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del servicio, en su caso, la operación de retorno correspondiente” –Disposición Transitoria Segunda del RDL 10/20–. Este supuesto responde a la más absoluta de las lógicas; no se podía obligar a estos trabajadores a iniciar el permiso en el lugar, cualquiera que fuese éste, donde se encontrasen el día 30 de marzo. El confinamiento, que está detrás de esta medida, debía realizarse en su domicilio.

23. Rojo Torrecilla escribe que esta Disposición no sabe si entenderla como “transitoria en términos jurídicos pero que desde luego el legislador no ha tenido duda alguna (probablemente no le falta razón, aunque sea ciertamente muy peculiar) en calificarla de tal ... Desde luego, un precepto de aplicación en el tiempo ‘extraordinariamente corto’, sólo un día”, www.eduardorojotorrecilla.es [Consulta: 15/6/2020].

2.2.2. *Obligatoriedad*

De manera muy simple, durante la duración del PORR, los trabajadores no podían asistir al puesto de trabajo, ni las empresas podían obligar a sus trabajadores a una prestación presencial de la fuerza de trabajo. El cumplimiento de estas obligaciones nada tiene que ver, como se viene manteniendo, con el trabajo sino con las consecuencias extralaborales, que debió tener esta falta de movilidad de los trabajadores. Ahora bien, como toda obligación, ésta tiene su reverso, es decir, su posible incumplimiento.

Parece difícil admitir que dicho incumplimiento se pudiese realizar por parte de los trabajadores; y lo es por dos motivos, en primer lugar, porque no había razón alguna para ello –con esta medida se estaba preservando la salud del trabajador, de sus familiares y convivientes y, en última instancia, de la ciudadanía en general–, y, en segundo lugar, porque de darse esa voluntad incumplidora no habría podido materializarse, puesto que la empresa, en observancia de la normativa, habría impedido el cumplimiento de la prestación laboral en el centro de trabajo. De lo contrario, el incumplimiento del trabajador, en puridad, era el incumplimiento de la empresa. Ahora bien, en el supuesto de que el trabajador, como mínimo, se desplazase al centro de trabajo sí podría ser sancionado; eso sí, no por la normativa laboral sino por las normas de salud pública dictadas tras la declaración del estado de alarma.

Sin embargo, el incumplimiento empresarial sí era factible, y no quedó regulado en la correspondiente norma, lo que suscitó una cierta polémica en torno a qué sanción sería aplicable, lo que se habría salvado con la incorporación al RDL 10/20 de una modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) con el objeto de dar cabida a este caso concreto. No haberse hecho, no significaba, por supuesto, que el comportamiento empresarial quedase impune. Este supuesto de hecho ha quedado incurso en el art. 7.10 de la LISOS²⁴. De acuerdo con éste, se configura como sanción grave “establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo”. Se trata de una aplicación, algo forzada, pero, no por ello, imposible de trasladar al incumplimiento empresarial del PORR. Y a ello hay que sumar que este incumplimiento hubiese supuesto, igualmente, ignorar las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral provenientes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –en concreto, de los apartados 6 y 10 del art. 13–.

24. Es la postura defendida por Martínez Aso, como recoge Rojo Torrecilla; para esta autora, dicho precepto de la LISOS “puede acoger sin dificultad la contravención de este permiso retribuido, ya que la empresa [en caso de incumplimiento]...está imponiendo a sus trabajadores condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente por imposibilitar el permiso retribuido recuperable generando un riesgo sanitario que podría agravar la propuesta de sanción”, www.eduardorojotorrecilla.es [Consulta: 15/6/2020].

Es más, en este punto, existe un argumento adicional, a los ya esgrimidos, para justificar que no se está ante un permiso, puesto que, de ser así, no habría habido problema para sancionar al empleador conforme a lo dispuesto en el art. 7.5 de la LISOS cuando tipifica, como falta grave, “la transgresión de las normas ... en materia de ... permisos”. Es cierto que se concreta en los correspondientes preceptos estatutarios, pero hubiese sido mucho más fácil interpretar analógicamente, de ser realmente un permiso, este apartado que el décimo de este mismo precepto legal.

Este posible incumplimiento empresarial obligó, por su “especial gravedad”, a que la ITySS dictase la Instrucción 2/2020²⁵ para regular su intervención, que debía caracterizarse por las notas de la urgencia –brevedad de la vigencia de la medida– y de la preferencia –una actuación imprescindible e inaplazable–. Una intervención dirigida a proteger al trabajador en particular y a la ciudadanía en general. Nunca debe perderse de vista ese interés general, que es la base del PORR. Es más, este último interés justifica que la ITySS pudiese, tras su actuación, poner en conocimiento de las autoridades sanitarias y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado las correspondientes infracciones.

La Instrucción ejemplifica una serie de supuestos de posibles incumplimientos empresariales derivados de las obligaciones nacidas del RDL 10/20. Ni que decir tiene que el caso más paradigmático es el incumplimiento total, es decir, no permitir “el disfrute del permiso retribuido y ordena[r] a sus trabajadores la continuación de la actividad empresarial”. Junto a éste, está el incumplimiento parcial, fruto de mantener la actividad empresarial “por encima de lo indispensable” de acuerdo con el art. 4 del RDL, y los incumplimientos vinculados con otras circunstancias particulares, ya vistas, como la posibilidad de trabajar el 30 de marzo²⁶ o el caso de los transportistas²⁷. Esta misma Instrucción se encarga de aclarar que el listado no tiene vocación de exhaustividad, por lo que pueden ser otros –siempre la realidad puede ser mucho más rica– los incumplimientos; aunque es cierto, que los enumerados son los principales y, por lógica, los que pudieron ser más habituales.

La actuación consta de dos fases. Una primera, en la que la ITySS interviene como consecuencia de una previa denuncia, de una comunicación, con identificación de la empresa, en el buzón de la ITySS o de conformidad con la planificación existente. Y lo hace mediante correo electrónico, en el que se apercibe a la empresa

25. Esta Instrucción se encarga de aclarar que la misma no interpreta el RDL 10/20, ni entra a contemplar los posibles incumplimientos derivados del acuerdo de recuperación de horas, que debe adoptarse en virtud del oportuno período de consultas. www.sede.administracion.gob.es/pagSede-Front/servicios/consultaCSV-htm [Consulta: 15/6/2020].

26. “Empresas que hayan alegado infudadamente la imposibilidad de cesar de manera inmediata la actividad, y trabajaran durante el día 30 de marzo” y “Empresas que alargan más allá del día 30 de marzo de 2020 las tareas imprescindibles para llevar a cabo la detención de la actividad”.

27. “Inicio de servicios de transporte con posterioridad al 30 de marzo de 2020, de empresas no excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley”.

a que cese en la actividad y, de no hacerlo, a que se le levantará acta de infracción. De no haber respuesta por parte de la empresa, no acreditar el cese de la actividad o siendo contraria su información a la dada por los trabajadores, se pasaría a la segunda fase consistente, salvo que se hubiese podido gestionar mediante documentos o medios electrónicos, en la visita al centro –pudiendo ir acompañados de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado; salvo que ello retrasase la actividad inspectora– que, tras las comprobaciones oportunas, podía conllevar el levantamiento del acta de infracción –sin perjuicio, como se ha indicado, de los pertinentes informes a las autoridades sanitarias y a la delegación o subdelegación del Gobierno–.

Dos consideraciones pueden realizarse a este respecto. En primer lugar, que el procedimiento, pese a contemplar plazos perentorios y cortos –siempre son 24 horas tras cada paso–, puede tener una duración –de terminar con el acta de infracción– de 4 días; y ello, dentro del plazo de vigencia del PORR que era de 9 días, podía resultar excesivo. Quizás deberían haberse acortado los plazos con la finalidad de evitar que los incumplimientos pudiesen tener una mayor duración. Y en segundo lugar, que el marco de referencia de los 9 días no impide, desde luego, que el procedimiento se pudiese iniciar el último día –una empresa que haya incumplido total o parcialmente el permiso durante gran parte del mismo y, por los motivos que sean, no ha llegado a conocimiento de la ITySS–, de la vigencia de esta medida y, por tanto, que el incumplimiento se prolongase en el tiempo. En esta ocasión, el problema sería doble, Por un lado, la imposibilidad de hacer efectivo el PORR para esos trabajadores y, por otro, las dificultades de prueba del correspondiente incumplimiento.

2.2.3. *Retribuido*

El PORR tuvo que ser retribuido de conformidad con el salario percibido por el trabajador en el momento de su disfrute, que, como se encarga de precisar el RDL 10/20, estaría conformado por salario base y complementos salariales –excluidas, por tanto, las percepciones extrasalariales–.

Aunque no se esté ante un permiso “ordinario”, determinados aspectos de éstos, sí pueden ser aplicables al mismo y, en esta ocasión, la doctrina del Tribunal Supremo²⁸ en relación con la cuantificación del salario en los permisos. Ello quiere decir que, siguiendo dicha posición, la cuantificación corresponderá determinarla al convenio colectivo. O, con otras palabras, el convenio indicará qué complementos salariales van a ser cobrados por el trabajador durante la vigencia del PORR. Sólo ante la anomia convencional, procederá a aplicarse, y debe entenderse que en su totalidad, la regla del RDL, que supondría que el trabajador recibiese, durante esos días,

28. Sobre este particular, un resumen de dicha doctrina –con el aporte de las correspondientes sentencias– en www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020] y en López Cumbre, “Permiso retribuido...”, *opus. cit.*, sin paginar.

el salario que le habría correspondido de haber continuado la prestación laboral. A efectos de Seguridad Social, por supuesto, el trabajador debió continuar de alta, con todo lo que ello implica –fundamentalmente, aportarse las necesarias cotizaciones en cuanto que el contrato se mantenía en vigor–.

Para terminar con la retribución, hay que aludir a dos supuestos particulares contenidos en dos reales decretos leyes –15/2020 y 11/2020–. El primero de ellos hace referencia al caso de las empresas adjudicatarias de contratos públicos, que tuvieran que conceder el PORR. En tales casos, el pago lo realizaría la correspondiente administración pública; ahora bien, no se computará como indemnización sino como salario. Por ello, en el momento de la liquidación se compensará con las cantidades, que tuviera que satisfacer dicha administración. Y el segundo es el de las personas empleadas de hogar que, en cuanto beneficiarias de subsidio extraordinario por falta de actividad, no habrían podido, según el art. 32 del RDL 11/2020, compatibilizarlo con la retribución del PORR, cuando éste fuese disfrutado. Se trata de una incompatibilidad igualmente lógica, ya que no se ha cesado en la actividad, sino que la misma se ha interrumpido por disposición normativa.

2.2.4. *Recuperable*

Antes de empezar este apartado, se quiere indicar que todo lo referente al acuerdo de recuperación de las horas, por su entidad, se va a analizar en un epígrafe independiente; de tal modo que, ahora, se va a centrar la atención, en primer lugar, en el fundamento de esta recuperación y, a continuación, en el montante de las horas a recuperar.

La exigencia de que el PORR obligue al trabajador, primero, a disfrutarlo y, después, a recuperar las horas hasta el 31 de diciembre de 2020 se convierte en unos de los elementos definitorios más llamativos de este permiso.

Esta recuperación tiene su razón de ser en las consecuencias económicas que la obligatoriedad del permiso tiene para las empresas y, por ende, para la economía en general. Por consiguiente, se intenta evitar que esta paralización de la actividad productiva suponga un perjuicio para la empresa²⁹ cuando, como se está viendo, se trata de una medida laboral con fines extralaborales; e impuesta gubernamentalmente³⁰.

29. UGT afirma que se “pretende articular la protección de las personas trabajadoras sin dañar a la economía de las empresas pues pueden recuperar posteriormente el tiempo de trabajo remunerado perdido”, “Última normativa laboral respecto al COVID-19...”, *opus. cit.*, p. 4.

30. López Cumbre sostiene que se trata de “compensar el sobre coste de esta imposición del Gobierno”, “Permiso retribuido obligatorio...”, *opus. cit.*, sin paginar. Una imposición también destacada por Beltrán, I. al escribir que “es importante destacar la imperatividad de la medida o, dicho de otro modo, la imposibilidad de pactar durante su vigencia una medida alternativa”, www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020].

Ahora bien, lo que no se prevé es que debido al cierre y a la crisis —el PORR se pone en funcionamiento 15 días más tarde de la declaración del estado de alarma, por lo que pudo haber empresas que ya hubiesen sentido las consecuencias de la crisis económica—, las empresas pudieron carecer de la liquidez³¹ necesaria para hacer frente a estos salarios. Este problema podría haber quedado solventado con la propuesta de UGT de un permiso satisfecho con fondos públicos —extraordinario—³², que podría haber evitado uno de los puntos más peliagudos de su regulación como es la recuperación de las horas no trabajadas. Ahora bien, también hay que admitir, pues de lo contrario se podría pecar de ingenuo, que esta redirección del gasto hubiese supuesto para el Estado una cantidad, a la que posiblemente tampoco podría haber hecho frente.

El montante de las horas, *a priori*, no es demasiado alto. Son 64, 72 ú 80 dependiendo, como es natural, de si el día 9 de abril era o no fiesta en la comunidad autónoma y de si se trabajó el día 30 de marzo. Con esas cantidades se cubren todas las posibles opciones. No obstante, no todos los trabajadores de la empresa tienen por qué recuperar el mismo número de horas, ya que ello va a depender tanto de su jornada —por ejemplo, en los casos de reducción de jornada o en los de distribución irregular—, como de sus días de descanso, de vacaciones o de permisos ordinarios.

Sólo añadir a lo ya dicho que, pese a no ser una bolsa de horas llamativa, sí es significativa en determinados sectores de la producción como el comercio o el turismo. El hecho de que la empresa pueda disponer de las mismas, aunque sea en los términos pactados, puede repercutir positivamente en dichos sectores, que tienen momentos álgidos en el período de recuperación. Piénsese, por ejemplo, en la época estival para el turismo o en las navidades para el comercio. Eso sí; siempre y cuando la crisis económica, derivada de la sanitaria, no despliegue sus efectos negativos, que hagan contraer la economía y, con ella, el consumo de este tipo de bienes y servicios. Los pronósticos, desgraciadamente, no son halagüeños, por lo que, salvo que se produzca un importante viraje en el comportamiento de los determinantes económicos —entre ellos, y de manera capital, que no exista un aumento masivo del desempleo resultado de la finalización de la obligación del mantenimiento del empleo tras los expedientes temporales de regulación de empleo, lo que parece ser bastante probable—, esa bolsa de horas a disponer por la empresa puede resultar, en muchas ocasiones y en determinados sectores, innecesaria.

2.3. Ámbito subjetivo del permiso obligatorio, retribuido y recuperable

Los trabajadores eran los obligados a disfrutar del PORR y a hacerlo en los términos y condiciones establecidos en el RDL 10/20. Ahora bien, no se puede olvidar que las

31. En esta dirección, Calvo Gallego, J, “Permiso obligatorio...”, *opus. cit.*, sin paginar.

32. UGT, “Breve exposición y análisis...”, *opus. cit.*, p. 17.

empresas también estaban obligadas, por imposición de la norma, a cumplir con su deber de impedir el trabajo en el centro de trabajo. Partiendo de ello, el RDL 10/20 enumera tanto los sujetos incluidos como excluidos del ámbito subjetivo del PORR. Los primeros quedan conformados por:

- Los trabajadores –se insiste, atendiendo a las circunstancias personales-laborales de cada uno de ellos– de las empresas, cuyas actividades no quedasen paralizadas por el estado de alarma. No obstante, como se indicará en las exclusiones, tampoco, necesariamente, tiene que ser toda la plantilla, ya que se contemplan, como se verá más adelante, excepciones.
- Los empleados públicos también estaban sujetos a este permiso pero, en este supuesto, el RDL 10/20 concede libertad a las distintas administraciones³³ para establecer el régimen tanto del disfrute como de la recuperación; sobre todo, de esta última³⁴, con la única limitación, por otro lado obvia, de que se mantuviese “el funcionamiento de los servicios públicos que se consider[aron] esenciales” –Disposición Adicional Primera del RDL 10/20–.

Con esta libertad, no están siendo pocas las administraciones que ni han arbitrado los instrumentos necesarios para el teletrabajo, ni han exigido, cuando los medios han existido, el cumplimiento del mismo; ni, a los empleados que disfrutaron del permiso, se les está obligando a recuperar las horas, con las negativas consecuencias que ello puede tener en la gestión de sus competencias. Esto es, han entendido el PORR como un permiso obligatorio sin más. Siendo así, hay que aceptar que, de algún modo, se ha producido la propuesta de que los trabajadores, en este caso los empleados públicos, tengan un permiso retribuido con fondos igualmente públicos.

- Los trabajadores con legislación específica. Más o menos, el régimen del PORR para este personal –art. 4 del Estatuto Básico del Empleo Público– es similar al anterior, puesto que dependerá de las autoridades competentes “determinar [mediante las correspondientes instrucciones] el régimen jurídico aplicable tanto en lo que se refiere al carácter esencial de sus servicios como a la organización concreta de los mismos” –Disposición Adicional Segunda del RDL 10/20–.

33. En palabras de UGT, se “establece una especie de libre arbitrio de la Administración sobre los empleados públicos que será necesario comprobar en qué se concreta y si sobrepasa o no los límites de decisión que se conceden a la Autoridad en el Estado de alarma”, “Última normativa laboral respecto al COVID-19...”, *opus. cit.*, p. 9.

34. De igual forma, Beltrán, I. indica que este RDL “no contiene ninguna regla específica sobre la recuperación para los empleados públicos”, www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020].

Por su parte, los colectivos excluidos³⁵ del ámbito subjetivo del PORR eran, lógicamente, los no contemplados en los supuestos precedentes. Aun así, hay que realizar algunas consideraciones en torno a ellos, lo que se va a hacer en la siguiente enumeración:

- Todos los trabajadores de las empresas³⁶ y administraciones encargadas de prestar servicios esenciales, conforme al RD 463/2020³⁷, así como los contemplados en el RDL 10/20³⁸. Se trata de un gran conjunto de actividades; siendo, casi todas ellas, lógicas, puesto que venían a satisfacer necesidades vitales de la ciudadanía y, por hacerlo, demandaban de una plantilla de trabajadores. No obstante, algún supuesto aislado es, como mínimo, cuestionable. Es el caso de las empresas “que trabajan en la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia” –punto 24 del Anexo I del RDL 10/20–.

No parece correcto que se impidiese a los trabajadores de dichas empresas de distribución y entrega –por tanto, poniendo en riesgo su salud y, al mismo tiempo, relativizando el objetivo de esta medida– disfrutar del PORR por la sencilla razón de que en la gran mayoría de las ocasiones, los productos adquiridos no formaban parte de los considerados como de primera necesidad, que eran los que los establecimientos físicos podían vender a sus clientes. En consecuencia, esta permisibilidad es difícil de entender, salvo que se acuda al argumento, no demasiado legítimo, del poder económico de estas empresas.

35. Para éstos, la Orden SND/307/2020, elaboró un impreso a cumplimentar por la empresa, denominado declaración responsable, que debían portar los trabajadores que, necesariamente, tuviesen que trasladarse al centro de trabajo.

36. Entre las cuales hay que incluir las “adjudicatarias de contratos de obras, servicios o suministros del sector público que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de los servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial” –Disposición Adicional Quinta del RDL 10/20–; salvo que esos contratos, conforme al art. 34 del RDL 8/2020, hubiesen quedados suspendidos. Igualmente, podrán continuar con la actividad, de acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta del RDL 10/20, los trabajadores de las empresas, que tengan concertado un contrato, conforme a los parámetros del art. 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, con cualquier administración. Este último precepto contempla una tramitación de emergencia, en casos de contratación pública, cuando ésta sea necesaria para “actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”, es decir, situaciones perfectamente subsumibles en la realidad de la crisis sanitaria.

37. De 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo).

38. Es decir, los enumerados en el Anexo I y en la Disposición Adicional Tercera del RDL 10/20 –esta Disposición alude al personal de la Administración de Justicia–. Fuera de este RDL, hay otros que redundan y/o complementan dicha enumeración. Así, el punto 14 del Anexo I configura como servicio no susceptible de interrumpirse los “relacionados con la protección y atención de víctimas de violencia de género”, lo que queda concretado en el RDL 12/2020 –de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género (BOE de 1 de abril)–.

Lo acertado habría sido que sólo se permitiese la entrega de los mismos productos que en los espacios físicos. De este modo, se habría restringido la plantilla a la indispensable, puesto que el número de pedidos se habría reducido considerablemente; y, además, no habría habido una competencia desleal entre la venta física y la venta online. Es lo que se hizo potenciando la segunda en perjuicio de la primera sin que hubiera razón para ello.

- Los trabajadores de las empresas que, sin estar incursas en los supuestos precedentes, sin embargo, necesitasen desarrollar, durante la duración del PORR, una “actividad mínima indispensable”, lo que obligaba a que parte de la plantilla tuviese que continuar prestando sus servicios. Exactamente, el art. 4 del RDL 10/20 indica que, en tales casos, se debía “establecer el número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles [teniendo como referencia a tales efectos] la mantenida en un fin de semana o en festivos”.

El problema que plantea esta excepción, de nuevo, consiste en las posibles consideraciones contradictorias y discrepantes entre trabajadores y empresa. Lo ideal hubiese sido una mayor concreción pues, como afirma Beltrán, se trata de una “disposición de contornos y control complejos”³⁹. A falta de ella, lo normal pudo ser que, en la medida en que la decisión quedaba radicada en la empresa, ésta considerase de manera amplia o muy amplia la actividad mínima indispensable, lo que sin ningún género de dudas habría sido un incumplimiento –por tanto, sancionable– del PORR. No se puede olvidar que además iba acompañado de un importante problema de prueba. Lo ideal hubiese sido que, conscientes del casuismo que acompaña a cualquier concreción de qué empresas y de qué actividad hay que mantener, se exigiese el acuerdo, no la simple comunicación⁴⁰, con los representantes de los trabajadores; de tal modo que se neutralizase, en la medida de lo posible, la discrecionalidad empresarial. Se puede objetar a esta pretensión el escaso tiempo existente para la adopción de dicho acuerdo. Para solventarlo, habría bastado con el acortamiento de los plazos a horas y con una actitud responsable de ambas partes para lograr que esa actividad mínima indispensable existiese sólo en las empresas que, de verdad, la necesitasen y en los términos, en los que fuesen necesarios.

- Dentro de los trabajadores, hay algunos colectivos, que quedaron excluidos del PORR en atención a determinadas circunstancias. En primer lugar, los trabajadores con contratos suspendidos, ya fuese como consecuencia de

39. www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020].

40. Comunicación, que no se contempla en el RDL 10/20, pero que era reclamada por UGT que, además, demandó que la “elección del personal deb[ía] ajustarse a criterios objetivos y no discriminatorios”, “Última normativa laboral respecto al COVID-19...”, *opus. cit.*, p. 8.

expedientes temporales de regulación de empleo⁴¹, ya fuese como resultado de una situación de incapacidad temporal –con independencia de que el trabajador estuviese en dicha situación al inicio del permiso o se hubiese producido con posterioridad⁴²–.

En segundo lugar, los trabajadores a distancia –casi exclusivamente, teletrabajadores–. Ni que decir tiene que el hecho de no tener que desplazarse al centro de trabajo es lo que justifica su exclusión del PORR⁴³. Nada impide, todo lo contrario, que para evitar la aplicación de la medida se pudiese acordar con todos o parte de la plantilla el teletrabajo; siempre y cuando la empresa ofertase todos los medios técnicos y adoptase todas las medidas oportunas⁴⁴. Esta posibilidad sólo suscita un interrogante. Si la empresa, ante la obligación dimanada del PORR, opta por el teletrabajo, quiere decir que éste es viable en su proceso productivo y, siéndolo, por qué no acordó esta forma de prestación del trabajo tras el RDL 8/2020, cuyo art. 5, como es sabido por todos, hace una clarísima apuesta y promoción del teletrabajo como principal medio para combatir, en el ámbito laboral, la pandemia.

Y en tercer lugar, y no contemplado en el RDL 10/20, quedarían excluidos del PORR los trabajadores que, al inicio o durante el mismo, estuviesen disfrutando de un período vacacional o de cualquiera de los permisos, a los que, por ley o por convenio colectivo, le corresponden⁴⁵.

- Como se ha podido apreciar, siempre y en todo caso, se ha hecho referencia al trabajador o, en su caso, al empleado público, ya que son, en los términos vistos, sus destinatarios; no así, los trabajadores por cuenta propia. Éstos no

41. El art. 1.2.c) del RDL 10/20 menciona expresamente a los trabajadores de las “empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y aquellas a las que les sea autorizado ... durante la vigencia de [este] permiso”; de modo que, en este último supuesto, al tiempo trabajado se le aplicará el régimen del PORR.

42. “Este período de baja sobrevinida excluiría la retribución del empleador y, por tanto, la necesidad de “recuperación” de tales días u horas”, Calvo Gallego, J., “Permiso obligatorio...”, *opus. cit.*, sin paginar.

43. El RDL 10/20 establece esta lógica exclusión; y desaparece, como hace constar Rojo Torrecilla, la posibilidad contemplada en el borrador, en virtud de la cual “tal exclusión podría quedar sin contenido si hubiera “pacto en contrario entre el empleador y la representación legal de las personas trabajadoras a través de la negociación colectiva o, en ausencia de dicha representación, las propias personas trabajadoras”, www.eduardorojotorrecilla.es [Consulta: 15/6/2020]. Una desaparición lógica, puesto que el teletrabajo no entorpece la consecución de la pretensión del RDL; y sin que se produzca, por ello, un perjuicio ni para el trabajador, ni para la empresa.

44. Para Calvo Gallego, J., “el esfuerzo de liquidez que [este permiso] supone para las empresas, seguramente incentivará realmente al desarrollo de estas medidas y, en especial, del teletrabajo”, “Permiso obligatorio...”, *opus. cit.*, sin paginar.

45. “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020. Criterios para la negociación de su recuperación”, www.ugtifica.cat [Consulta: 1/7/2020], p. 1.

están mencionados, dentro de los grupos excluidos, en el RDL 10/20. Quizás, la lógica ha hecho innecesaria dicha precisión. Pero, aún así, la Orden SND/307/2020 aclaró que los autónomos podían “continuar prestando sus servicios normalmente” –siempre que no se tratase de una actividad impedida por la declaración del estado de alarma– ante la imposibilidad obvia de no poder sujetarse al régimen del PORR, es decir, de no poder recuperar las horas, ni recibir una contraprestación económica durante la duración de este permiso. Ambos argumentos hacían inviable su aplicación a los trabajadores autónomos.

- La actividad y gestión de la crisis sanitaria en el ámbito laboral es clave y fundamental; y ella es llevada a cabo por las correspondientes representaciones de las empresas y de los trabajadores. Pues bien, siendo así, resulta sorprendente que el RDL 10/20 no excluyese, a los representantes de los trabajadores, de esta restricción a la movilidad, que supone el PORR. Y así fue criticado por las organizaciones sindicales más representativas⁴⁶. Afortunadamente, este olvido fue rápidamente corregido. La mencionada Orden sí los incluyó⁴⁷. Únicamente hay que precisar que esta exclusión no queda reducida a la representación sindical –entendida en sentido amplio– sino que debe extenderse, del mismo modo, a la representación unitaria, puesto que la exclusión está motivada por las mismas razones. Sin embargo, parece que se olvida, posiblemente por la alta sindicalización de nuestra representación unitaria, que esta última puede estar conformada por sujetos ajenos al sindicato.

2.4. Recuperación de las horas del permiso del RDL 10/20

La recuperación de las horas del PORR está sujeta a una serie de reglas procedimentales que, como es previsible, se contienen en el RDL 10/20 –art. 3–. Se ha creado

46. En concreto, UGT sostuvo que “la afectación a la libertad sindical que implica no incluir esta actividad entre las esenciales, prohibiendo, de modo indirecto, la movilidad y circulación de las personas dedicadas a esta actividad supone ir mucho más allá de lo admisible, entrando en ámbitos propios del Estado de Sitio (art. 13.1b), que permite restricciones a los derechos de la ciudadanía en los estrictos términos del precepto y con la previa autorización del Congreso de los Diputados”, “Última normativa laboral respecto al COVID-19...”, *opus. cit.*, p. 4.

47. De acuerdo con la misma, el PORR no afecta a la actividad sindical y empresarial “máxime en un contexto como el actual en el que se hace necesario en muchas empresas e instituciones acudir a las consultas y la negociación con la representación de los trabajadores”; así pues, esta actividad “ha de mantenerse inalterada y no puede verse afectada por las restricciones a la movilidad y circulación de las personas”. Según Rojo Torrecilla, en la Orden “se observa con claridad que el legislador ha querido recordar, más que interpretar..., el valor y soporte constitucional que tienen las organizaciones sindicales y empresariales”, www.eduardorjotorrecilla.es [Consulta: 15/6/2020].

un período de consultas a imagen y semejanza de los regulados en el ET; incluso con remisiones directas a éstos.

Desde este instante, hay que distinguir que este período de consultas se puede realizar en cualquier momento tras el término de la vigencia de esta medida; mientras que la recuperación de las horas, como indica este mismo art. 3, será “desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020”. Finalización que aconteció a las 00:00 del día 21 de junio de 2020⁴⁸.

Hay que partir, por tanto, de que dicho marco es para la recuperación, no así para el exigido período de consultas, por lo que es perfectamente posible que haya empresas que, con anterioridad a la finalización del estado de alarma, hayan acordado con los representantes de los trabajadores dicha recuperación y, por consiguiente, que los trabajadores puedan “devolver” las horas desde el primer día permitido para ello. Aunque, probablemente, lo más habitual haya sido que incluso el período de consultas se haya postergado a este período de referencia, en cuyo caso, como mínimo y agotando los plazos máximos, la recuperación no se ha podido hacer efectiva hasta transcurridos 12 días desde la finalización del estado de alarma. En cualquier caso, nada impide que este marco de referencia pueda extenderse temporalmente por acuerdo entre los sujetos competentes. Esto es, que se decida que la recuperación de las horas se pueda realizar con posterioridad al año 2020. Eso sí, de no haber acuerdo para esta extensión⁴⁹ y no haberse recuperado las horas, éstas serán perdidas por la empresa, ya que, como defiende CCOO, lo que nunca es factible es que se descuenten del salario del trabajador⁵⁰.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la recuperación va a estar enormemente comprometida por dos razones. Por un lado, por el temor a un rebrote del COVID-19, que pueda obligar a adoptar, de nuevo, esta medida; de forma que resulte imposible la recuperación o que las horas aumenten considerablemente, y, por otro, por las actividades y procesos productivos de las empresas. En este último supuesto, una acertada planificación, provenga del acuerdo o de la decisión empresarial, puede, como se anticipó en su momento, tener unas importantes repercusiones para el empleo, ya que puede evitar, como mínimo, determinadas contrataciones temporales en concretos sectores y momentos. De materializarse este pronóstico, habrá un elemento adicional favorecedor de la destrucción de empleo tras la crisis

48. Según dispone el art. 2 del RD 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 6 de junio).

49. En esta dirección, UGT-FICA mantiene que, como referente para esa extensión, se puede “utilizar la que ... prevé el ET en el artículo 34.2 para la recuperación del exceso o defecto de jornada, es decir, un año desde que se produzca”. “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 3.

50. “Recuperación del permiso retribuido recuperable (PRR) tras la finalización del Estado de alarma. Orientaciones sindicales”, Confederación Sindical de CCOO, 13 de abril de 2020, p. 5.

sanitaria. De ahí que se defienda, por parte de alguna organización sindical, que el acuerdo incluya “compromisos del mantenimiento del empleo[, ya que] ... no es posible que la recuperación de las horas...destruya empleo ni fijo ni temporal”⁵¹.

Dicho ello, hay que continuar indicando que el período de consultas debe comenzar con la determinación de los correspondientes interlocutores de cara a la conformación de la comisión negociadora, que debe constituirse en el plazo improrrogable de 5 días⁵². Mientras que, por parte de la empresa, como es natural, no hay problema de determinación; por parte de los trabajadores sí, en cuanto que no exista representación de los mismos en la empresa. En tales ocasiones, el RDL 10/20 se remite a las reglas estatutarias concediendo la legitimación a “los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación”⁵³ y, en su defecto, “por tres personas trabajadoras ... elegidas conforme a lo recogido en el artículo 41.4” del ET. Por tanto, una fórmula enormemente conocida, que se traslada a este “nuevo” período de consultas.

Constituida la comisión, se iniciarán las negociaciones, conforme a las reglas de la buena fe, que tendrán una duración máxima de 7 días; aunque las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal defienden que nada obsta a que por acuerdo pueda ampliarse esa duración⁵⁴. De no hacerse, el período es relativamente breve; sin que haya razón alguna –y mucho menos de urgencia– para, como en otros períodos de consulta, no haberlo ampliado a 15 días. Esta brevedad del plazo puede influir negativamente en la adopción del acuerdo.

En cuanto a la mayoría exigida para la adopción del acuerdo en el período de consultas, el art. 3 del RDL 10/20 establece que se “requerirá la conformidad de la mayoría de las personas que integran la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas que se hayan visto afectadas por este permiso extraordinario”. De esta regla, lo más llamativo es que se exija que los negociadores representen a la mayoría de los afectados por el PORR. Y resulta curioso por varios motivos.

51. UGT-FICA, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 4.

52. No se precisa si naturales o laborables; sin embargo, parece lógico pensar que sean laborables para que se correspondan con el ejercicio de la actividad representativa y, además, no tiene por qué haber premura en la existencia del acuerdo debido a la relativa amplitud del marco temporal de recuperación de las horas. Esta misma argumentación, aunque sea una cuestión todavía no abordada en texto, sirve para la determinación de los días en el período de consultas.

53. En estos casos, habrá “una persona por cada uno” de los sindicatos, “tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes”.

54. UGT-FICA, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 3 y CCOO, “Recuperación del permiso retribuido recuperable...”, *opus. cit.*, p. 3.

En primer lugar, porque “esta restricción a la representatividad de las personas afectadas carece de sentido e inicia un camino de mayorías vinculadas al interés concreto que era inédito en el ámbito de la representación unitaria y sindical”⁵⁵. Los representantes de los trabajadores, por definición, defienden y representan los intereses de éstos; y no siempre, las cuestiones y los temas afectan a todos, ni a todos por igual. Pero es que, además, salvo en el supuesto de la comisión de tres trabajadores, a los restantes se les reclama legitimación negocial y, en consecuencia, como en cualquier otro acuerdo, pueden adoptar decisiones, que sólo repercutan en un grupo concreto de trabajadores.

En segundo lugar, porque con esta exigencia, lo normal hubiese sido que la legitimación se hubiese atribuido, desde el momento de la constitución de la comisión, a la representación unitaria, por representar a todos, y, en su defecto, a los representantes *ad hoc* de los trabajadores afectados, ya que es casi imposible que esta exigencia pueda ser satisfecha por los sindicatos o por la representación sindical debido a las tasas de afiliación españolas. Por lo que, de mantenerse la presencia sindical, habría que eliminar el requisito del art. 3, sino se quiere que los acuerdos resulten, en un gran número de ocasiones, inviables.

Y en tercer lugar, porque, salvo concretas empresas, como las que hubieran podido mantener una actividad mínima, en la mayoría, la totalidad de la plantilla disfrutaría del PORR. Por consiguiente, este requisito puede resultar, en la práctica, innecesario, ya que, con independencia de quienes sean los sujetos negociadores, se conseguiría su cumplimiento.

Posiblemente, la decisión de incorporar este requisito obedece a una especie de sobreprotección –más formal que real– de los trabajadores, que se vieran obligados a acogerse al PORR; sin que se haya evaluado, por un lado, las consecuencias que dicha exigencia puede generar, y, por otro, que no siempre consigue el objetivo pretendido.

Este período de consultas sólo puede acabar con el acuerdo o el desacuerdo. En el primer caso, dicho acuerdo puede tener como contenido las condiciones y términos de la correspondiente recuperación o, como también prevé el RDL 10/20, la sumisión de la cuestión a los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos. Esta sumisión, igualmente importada de otros períodos de consulta, presenta algunas disfunciones. En primer lugar, que ésta debe hacerse a las vías previstas en los correspondientes acuerdos que no, necesariamente, tienen por qué ser sólo la mediación y/o el arbitraje. En segundo lugar, que para tal sumisión es imprescindible que el conflicto tenga cabida en el ámbito objetivo de los correspondientes acuerdos. Y esto es muy importante, ya que los mismos contienen las discrepancias en los tradicionales períodos de consultas estatutarios; y no, el creado con este RDL. Ni tan siquiera cabe acudir a la habitual cláusula de cierre, en estos acuerdos interconfederales, de cualquier

55. UGT, “Última normativa laboral respecto al COVID-19...”, *opus. cit.*, p. 11.

otro conflicto decidido por las partes firmantes, pues, en tal caso, sería necesaria su incorporación. Por ello, sólo cabe interpretar el RDL en dos direcciones. Una, que dicha sumisión se hace a una vía extrajudicial, pero no necesariamente a las contempladas en dichos acuerdos de solución de conflictos. Y otra, que su propuesta es una especie de habilitación para dicha sumisión, no obstante, esta última interpretación puede entenderse como una injerencia en la autonomía colectiva. Y en tercer lugar, hay que preguntarse si la vía extrajudicial se tiene que desarrollar o no en el plazo de tiempo previsto para el período de consultas. Por lógica, ese plazo de 7 días es para decidir la traslación del asunto al oportuno medio extrajudicial, pero no para resolver el conflicto, puesto que los acuerdos de solución pueden contener procedimientos, cuya duración excede ese plazo o, sencillamente, que el acuerdo “de sustitución”, al poderse producir en cualquier momento, acaezca, por ejemplo, el último día del período de consultas. Todas estas disfunciones podrían haberse resuelto, simplemente, con la recomendación de que si las partes lo consideran oportuno se sometan a una vía extrajudicial pudiendo acogerse, como referentes, las previstas en los acuerdos de solución de conflictos o cualquier otra instituida por las partes implicadas.

El primero de los contenidos del acuerdo es, sin duda, mucho más importante puesto que supone, como se ha avanzado, la determinación de las condiciones y términos de la recuperación de las horas.

Las partes tienen total libertad para diseñar el plan de recuperación; siempre y cuando se respeten todas las reglas legales y convencionales en materia de tiempo de trabajo⁵⁶ y “conciliación de la vida personal, laboral y familiar”. Partiendo de ello, el posible contenido del plan deberá abarcar las siguientes materias:

- Período de referencia y plazo de preaviso. Cabe pensar, según se deriva del tenor literal del art. 3 del RDL 10/20, que estos dos contenidos son potestativos en cuanto que el precepto comienza diciendo que “el acuerdo que se alcance podrá regular”. Mientras que el marco de referencia puede tener una menor relevancia –no obstante, hay que ser muy cauteloso con esta afirmación– para el trabajador al conocer el establecido en el RDL. No obstante, siempre es factible que se acuerde su acortamiento e, incluso, la fijación de distintos períodos de referencia atendiendo a las necesidades de la empresa. Mayores problemas plantea el segundo aspecto, es decir, el plazo de preaviso. Éste, por razones de seguridad jurídica, tiene ineluctablemente –aunque no parece que sea la voluntad del RDL– que ser pactado y, desde luego, conocido por el trabajador. La remisión que, en este punto, hace el RDL 10/20 al art. 34.2 del ET, debe entenderse en el sentido de que sea cual sea el plazo no deberá ser inferior al legal –es decir, 5 días–.

56. En concreto, el art. 3.3 del RDL 10/20 menciona “los períodos mínimos de descanso diario y semanal [y] la jornada máxima anual”.

- Elaboración de un listado individualizado con el número de horas a recuperar por cada trabajador, ya que cada uno de ellos puede, debido a sus condiciones laborales, tener un montante distinto⁵⁷. Es más, no sería superfluo que se pactase una actualización periódica⁵⁸ de dicho listado con la finalidad de que el trabajador sepa, siempre y en todo momento, el número de horas recuperadas.
- El acuerdo debe ser sensible a las particularidades de los distintos trabajadores. Dentro de este apartado hay que incluir tanto las circunstancias personales como profesionales. Entre las primeras, todo lo referente a la conciliación; y formando parte de las segundas, concretos colectivos como los trabajadores temporales⁵⁹, los trabajadores fijos discontinuos⁶⁰ o los trabajadores con reducción de jornada –incluidos los sometidos a expedientes temporales de regulación de empleo–.
- De conformidad con el RDL 10/20, la recuperación puede ser de todas o parte de las horas. Quiere ello decir que es posible que se acuerde que la recuperación no sea de todas las horas –por ser, por ejemplo, condonadas por la empresa⁶¹– disfrutadas durante el PORR. En consecuencia, hay que concretar el número exacto de tales horas.

Partiendo de ahí, deben establecerse una serie de reglas, que delineen los contornos de esa recuperación. Entre ellas hay que destacar las siguientes: a) la recuperación debe realizarse en días laborables; esta regla general quedaría excepcionada cuando, habiendo acuerdo entre las partes, no sea factible, y, en esas ocasiones, podrían recuperarse –eso sí, parcialmente– en días festivos –no obstante, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no todas las empresas permiten, por sus procesos productivos, que se haga en esos últimos días–; y, en esos casos, se defiende que haya una compensación adicional⁶²; b) la recuperación puede consistir en la ampliación de la jornada

57. CCOO, “Recuperación del permiso retribuido recuperable...”, *opus. cit.*, p. 4.

58. UGT-FICA, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 3.

59. En principio, habría que recuperarlas durante la vigencia del contrato, salvo que éste haya finalizado; y, de ser así, no se deberían descontar de la liquidación, como mucho, compensarlas con vacaciones. Para evitar estos resultados, UGT-FICA defiende que la recuperación debe suponer la ampliación del contrato temporal, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 4.

60. La propuesta de CCOO para estos trabajadores es que “las horas flexibilizadas se podrán acumular en jornadas completas que se aplicarán al final de la temporada natural, ampliando de esta forma el tiempo de duración de la misma, a efectos de cotización a la Seguridad Social”, “Recuperación del permiso retribuido recuperable...”, *opus. cit.*, p. 5.

61. Beltrán, I. añade que “podrían darse circunstancias que materialmente o por limitaciones de carácter normativo hagan que no sea posible”, www.ignasibeltran.com [Consulta: 15/6/2020].

62. UGT-FICA, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 3 y CCOO, “Recuperación del permiso retribuido recuperable...”, *opus. cit.*, p. 5.

diaria en media o una hora⁶³ durante el período de referencia; c) han de respetarse los criterios convencionales de flexibilidad horaria, así como, en casos de reducción de jornada, la recuperación debería dejarse en manos de los trabajadores⁶⁴; d) no debería traducirse en la supresión de la jornada intensiva⁶⁵ –tan necesaria e importante en determinadas actividades empresariales–; e) la imposibilidad de la compensación de las horas con vacaciones, excluido el supuesto de extinción del contrato; y f) debe contemplarse las situaciones excepcionales como, por ejemplo, la baja del trabajador⁶⁶.

En caso de desacuerdo en el período de consultas, según el art. 3 del RDL 10/20, la decisión corresponde al empleador. Esta forma de terminación del procedimiento es bastante habitual tras la Reforma de 2012; sin que se entienda muy bien las razones que pueden argumentarla. En este supuesto, no se puede justificar, al menos en la casi totalidad de las empresas, por la existencia de una premura o urgencia en la recuperación de las horas –no es necesario insistir en el plazo máximo para ello–; ni tampoco en el hecho de que sólo se deba tener en cuenta los intereses empresariales de organización, pues es absolutamente imprescindible atender a las necesidades y circunstancias de los trabajadores, ya que nunca se puede olvidar que se trata de una medida impuesta gubernamentalmente, y no en interés de alguna de las partes.

Lo ideal hubiese sido que ante la falta de acuerdo se hubiese instituido, de manera obligatoria, que las partes acudiesen a una vía extrajudicial de solución de conflictos; de forma que se evitase que la recuperación de las horas quedase residenciada, en exclusiva, en el empleador. Máxime cuando éste, si es hábil y sin atentar de una forma manifiesta contra la buena fe, puede superar, sin demasiadas dificultades, el período de consultas –a ello coopera su corta duración– sin que haya acuerdo, con la única finalidad de que los términos de dicha recuperación sean adoptados unilateralmente. Probablemente, ante el temor de que ello suceda, lo habitual será que la representación de los trabajadores acepte acuerdos, no especialmente beneficiosos para los trabajadores, antes que permitir el resultado descrito.

La única obligación empresarial es la de comunicar, en los 7 días siguientes a finalizar el período de consultas, a la comisión representativa y, por supuesto, a los trabajadores, siguiendo las palabras del RDL 10/20, su “decisión”. O sea, los términos y condiciones de la recuperación. Ni que decir tiene que llegado este punto dicha decisión, fruto de la falta de acuerdo, consistirá, por pura lógica, en un plan de

63. www.iberley.es [Consulta: 15/6/2020].

64. Ambas propuestas provienen de UGT-FICA, “Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, pp. 3 y 4.

65. En este punto, las posturas no son unánimes. UGT-FICA acepta la supresión de parte de la jornada intensiva –“Guía. Permiso retribuido RD Ley 10/2020...”, *opus. cit.*, p. 4–; mientras que CCOO lo rechaza tajantemente, “Recuperación del permiso retribuido recuperable...”, *opus. cit.*, p. 5.

66. Quizás, ante esta situación, se podría pactar una prolongación del período de referencia, que se extienda más allá del 31 de diciembre de 2020.

recuperación particularmente perjudicial para los trabajadores pues, de lo contrario, se podría haber llegado a un acuerdo en el período de consultas con unos representantes de los trabajadores, por lo que se ha comentado en el párrafo anterior, no demasiado reivindicativos.

El contenido de ese plan unilateral deberá incorporar todos los elementos permisivos de la correspondiente recuperación y, como es natural, con las mismas limitaciones legales y convencionales que si se hubiese adoptado el acuerdo en el período de consultas. Pese a esas limitaciones, son muchos los aspectos que quedan o pueden quedar al arbitrio de la voluntad empresarial. Por mencionar un ejemplo, la posibilidad de recuperación de las horas en días festivos, que, siendo posible, sin embargo, debe ser desaconsejada ante “un posible criterio restrictivo por parte de la Inspección de Trabajo en caso de denuncias o posibles reclamaciones”⁶⁷. En definitiva, ésta u otras decisiones empresariales, aunque sujetas, como no puede ser de otra forma, al control de los órganos jurisdiccionales, van a aumentar, sin que resulte arriesgado este pronóstico, la litigiosidad, salvo que “se genere una dinámica constructiva en las empresas”⁶⁸.

67. www.iberley.es [Consulta: 15/6/2020].

68. Calvo Gallego, J., “Permiso obligatorio...”, *opus. cit.*, sin paginar.