

SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA CONFEDERACIÓN

APUNTES

ÚLTIMA NORMATIVA LABORAL RESPECTO AL COVID-19: RDL 9/2020 y RDL 10/2020 Y OTRAS NORMAS. EXPOSICIÓN Y BREVE ANÁLISIS

30 de marzo de 2020



ÍNDICE

- **1.- LA OBLIGACIÓN DE MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES**
- **2.- LA PARALIZACIÓN DE ACTIVIDADES Y EL PERMISO RETRIBUIDO OBLIGATORIO RECUPERABLE**
 - 2.1. Inclusiones y exclusiones del permiso retribuido obligatorio recuperable
 - 2.1.1 Inclusiones
 - 2.1.2. Exclusiones
 - 2.2. Contenido, alcance y recuperación del permiso retribuido obligatorio recuperable
- **3.- LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA DEL EMPLEO**
- **4.- MEDIDAS REFERIDAS A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO**
 - 4.1. Medidas de agilización de la tramitación de las prestaciones por desempleo
 - 4.2. Determinación de la fecha de efectos de la prestación por desempleo
- **5. ASPECTOS AÑADIDOS A LA REGULACIÓN DE LOS ERTES DERIVADOS DE LA SITUACIÓN PROVOCADA POR EL COVID-19**
 - 5.1. Alcance temporal de la fuerza mayor
 - 5.2. La cuestión del silencio positivo en los expedientes de fuerza mayor
 - 5.3. El régimen sancionador. Las previsiones contra el fraude

La situación de crisis sobre el empleo y la actividad productiva que está desencadenando los efectos del COVID-19 está encontrando sucesivas respuestas por parte del Gobierno. El RDL 9/2020 no supone, en cierta medida, sino un desarrollo lógico del RDL 8/2020 ante las aceleradas repercusiones que este estado de las cosas está teniendo sobre la ciudadanía y el mercado laboral. Al contrario que el RDL 8/2020, el RDL 9/2020 se centra en la normativa laboral y de protección ajustando ciertos aspectos vinculados que ya habían aparecido en el RDL anterior.

Estamos ante una norma de carácter socio-laboral, a excepción de su primer precepto destinado a garantizar el mantenimiento de unos servicios imprescindibles en esta situación, y de su Disposición Final Segunda en la cual se agiliza el procedimiento de contratación pública y de libramiento de fondos para la adopción de medidas frente al COVID-19. Estamos como el precedente RDL 8/2020 ante una norma de naturaleza transitoria, su Disposición Final Tercera limita su vigencia a la vigencia del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 y sus posibles prórrogas.

Con posterioridad al RDL 9/2020, el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, ahonda en la prohibición de actividades como medio para reducir la circulación y el contacto de personas, y, por ende, el contagio.

1. LA OBLIGACIÓN DE MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

El art. 1 RDL 9/2020 establece, con el fin de tener al máximo todos los recursos sanitarios y colindantes frente a la crisis, la obligatoriedad durante la vigencia del estado de alarma del **mantenimiento pleno** de los servicios esenciales, entendiendo como tales *“cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.”*. Por ello, dichos establecimientos, no podrán reducir o suspender su actividad salvo en los términos que permitan las autoridades competentes. Las consecuencias en materia de empleo son claras. Estos establecimientos están obligados, al menos, en materia de empleo a cubrir las bajas que pudieran tener por cualquier causa, y en el supuesto de que no pudieran hacerlo por inexistencia de medios humanos en el mercado, suponiendo ello una merma de su actividad deberán comunicárselo de forma inmediata a la autoridad sanitaria.

En este sentido, es importante reparar en la Orden del Ministerio de Sanidad, *Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19*, que tiene por objeto “el establecimiento de medidas especiales en materia de recursos humanos para la garantía del correcto funcionamiento del sistema de servicios sociales en su conjunto y la continuidad de los mismos, en desarrollo y aplicación de lo previsto en el Real Decreto 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-1”. La OM, más allá de agilizar los trámites de contratación laboral a fin de permitir la rápida cobertura de los puestos necesarios, establece medidas de carácter extraordinario que afectan de forma trascendental a las personas trabajadoras que efectúan su prestación en el ámbito de los servicios sociales. Veamos sus puntos principales en lo que aquí interesa.

- El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero) y las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos de competencia en materia de servicios sociales, para la protección de las personas, bienes y lugares, podrán imponer a los trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales:
 - La prestación de servicios extraordinarios, ya sea en su duración o de su naturaleza. Quedan exceptuadas las mujeres que se encuentren en estado de gestación.
 - La encomienda de funciones distintas de las correspondientes al puesto de trabajo, categoría o especialidad, si bien preferentemente, dichas funciones serán similares o análogas a las del puesto que se viene desempeñando y teniendo en cuenta la capacitación profesional.
 - Medidas de reasignación de efectivos y cambios de centro de trabajo siempre que no comporten la movilidad geográfica del trabajador o trabajadora.
- Se establecen otras medidas que significan la movilización completa del personal del sector:
 - Todo el personal de servicios sociales, incluido el personal administrativo mínimo, independientemente de que ya esté prestando sus servicios en la modalidad de teletrabajo u otras, deberá estar disponible para ser requerido en cualquier momento para la prestación de tareas presenciales, con excepción de aquellas personas que se encuentren en situación de aislamiento.
 - Podrán reconducirse la jornada de trabajo y descanso, permisos, licencias y vacaciones y reducciones de jornada.

- El personal con dispensa absoluta de asistencia al puesto de trabajo por ejercicio de funciones sindicales deberá reincorporarse de forma temporal para desempeñar sus funciones en atención a la situación generada por el COVID-19.

2. LA PARALIZACIÓN DE ACTIVIDADES Y EL PERMISO RETRIBUIDO OBLIGATORIO RECUPERABLE

El RDL 10/2020 establece, con el fin de obstaculizar la expansión del contagio, la limitación de la movilidad sobre la base del cierre de aquellas actividades que no se consideren esenciales durante un periodo de tiempo limitado, del 30 de marzo al 9 de abril. Para ello, instituye en su artículo segundo una figura inédita en nuestro país: el permiso retribuido obligatorio recuperable, que 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.

Este permiso supone la paralización de la actividad laboral del trabajador sin la pérdida de sus derechos retributivos, si bien el tiempo de trabajo deberá ser recuperado en un momento posterior.

2.1. Inclusiones y exclusiones del permiso retribuido obligatorio recuperable

2.1.1 Inclusiones

La norma incluye en su artículo primero con carácter general al conjunto de las personas trabajadoras que prestan servicios en empresas e instituciones, públicas y privadas, cuya actividad no ha sido paralizada por la declaración del estado de alarma establecida por el RD 463/2020, de 14 de marzo. Aquellas que habían visto que la actividad de su empresa quedaba paralizada, se deben haber visto afectadas por los mecanismos de regulación temporal regulados en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020.

Ante todo hemos de destacar que la excepcionalidad de la medida no permite excluir el respeto de derechos y libertades fundamentales, más allá de las restricciones a la movilidad y otras importantes capacidades que se le otorga a la Autoridad por los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. De este modo, 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. 1 b)) que permite restricciones a los derechos de la ciudadanía en los estrictos términos del precepto y con la previa autorización del Congreso de Diputados.

2.1.2. Exclusiones

El 10/2020 contiene en su artículo primero y en su Anexo I un extenso listado de actividad y situaciones excluidas del permiso y que mantienen, por tanto, una situación de “normalidad” en su prestación. Junto a este Anexo I, existen otra serie de preceptos, referidos a actividades que están permitidas y otras situaciones a las cuales el permiso no afecta ni interfiere. Veámoslas:

- a) **Personas trabajadoras excluidas al considerarse su actividad o empresa como esencial y estar enunciada en el Anexo I del RDL 10/2020.** Listado muy extenso y que además no es cerrado puesto que puede ser modificado por decisión del Ministerio de Sanidad, al que se habilita para ello:

“El Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada, podrán modificar o especificar, mediante las órdenes necesarias, las actividades que se ven afectadas por el permiso retribuido recuperable previsto en este artículo y sus efectos”.

El Anexo I se remite expresamente a algunos de los supuestos ya contenidos en el Real Decreto 463/2020 por el que se declara el Estado de Alarma (comercios de alimentación, farmacias, transporte de mercancías, tránsito aduanero infraestructuras críticas, entrega a domicilio de comidas, operadores críticos de servicios esenciales, etc.), añadiendo a éstos un elenco bastante extenso que reitera, a veces, las prescripciones de éste: “2. (...) actividades que participan en la cadena de abastecimiento del mercado y en el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad, incluyendo alimentos, bebidas, alimentación animal, productos higiénicos, medicamentos, productos sanitarios o cualquier producto necesario para la protección de la salud, permitiendo la distribución de los mismos desde el origen hasta el destino final. 3. Las que prestan servicios en las actividades de hostelería y restauración que prestan servicios de entrega a domicilio. 4. Las que prestan servicios en la cadena de producción y distribución de bienes, servicios, tecnología sanitaria, material médico, equipos de protección, equipamiento sanitario y hospitalario y cualesquiera otros materiales necesarios para la prestación de servicios sanitarios. 5. Aquellas imprescindibles para el mantenimiento de las actividades productivas de la industria manufacturera que ofrecen los suministros, equipos y materiales necesarios para el correcto desarrollo de las actividades esenciales recogidas en este anexo. 6. Las que realizan los servicios de transporte, tanto de personas como de mercancías, que se continúen desarrollando desde la declaración del estado de alarma, así como de aquéllas que deban asegurar el mantenimiento de los medios empleados para ello, al amparo de la normativa aprobada por la autoridad competente y las autoridades competentes delegadas desde la

declaración del estado de alarma. 7. Las que prestan servicios en Instituciones Penitenciarias, de protección civil, salvamento marítimo, salvamento y prevención y extinción de incendios, seguridad de las minas, y de tráfico y seguridad vial. Asimismo, las que trabajan en las empresas de seguridad privada que prestan servicios de transporte de seguridad, de respuesta ante alarmas, de ronda o vigilancia discontinua, y aquellos que resulte preciso utilizar para el desempeño de servicios de seguridad en garantía de los servicios esenciales y el abastecimiento a la población. 8. Las indispensables que apoyan el mantenimiento del material y equipos de las fuerzas armadas. 9. Las de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como a las personas que (i) atiendan mayores, menores, personas dependientes o personas con discapacidad, y las personas que trabajen en empresas, centros de I+D+I y biotecnológicos vinculados al COVID-19, (ii) los animalarios a ellos asociados, (iii) el mantenimiento de los servicios mínimos de las instalaciones a ellos asociados y las empresas suministradoras de productos necesarios para dicha investigación, y (iv) las personas que trabajan en servicios funerarios y otras actividades conexas. 10. Las de los centros, servicios y establecimientos de atención sanitaria a animales. 11. Las que prestan servicios en puntos de venta de prensa y en medios de comunicación o agencias de noticias de titularidad pública y privada, así como en su impresión o distribución. 12. Las de empresas de servicios financieros, incluidos los bancarios, de seguros y de inversión, para la prestación de los servicios que sean indispensables, y las actividades propias de las infraestructuras de pagos y de los mercados financieros. 13. Las de empresas de telecomunicaciones y audiovisuales y de servicios informáticos esenciales, así como aquellas redes e instalaciones que los soportan y los sectores o subsectores necesarios para su correcto funcionamiento, especialmente aquéllos que resulten imprescindibles para la adecuada prestación de los servicios públicos, así como el funcionamiento del trabajo no presencial de los empleados públicos. 14. Las que prestan servicios relacionados con la protección y atención de víctimas de violencia de género. 15. Las que trabajan como abogados, procuradores, graduados sociales, traductores, intérpretes y psicólogos y que asistan a las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 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 y, de esta manera, cumplan con los servicios esenciales fijados consensuadamente por el Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en la materia y plasmados en la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de fecha 14 de marzo de 2020, y las adaptaciones que en su caso puedan acordarse. 16. Las que prestan servicios en despachos y asesorías legales, gestorías administrativas y de graduados sociales, y servicios ajenos y propios de prevención de riesgos laborales, en

cuestiones urgentes. 17. Las que prestan servicios en las notarías y registros para el cumplimiento de los servicios esenciales fijados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. 18. Las que presten servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como que presten servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, así como de residuos sólidos urbanos, peligrosos y no peligrosos, recogida y tratamiento de aguas residuales, actividades de descontaminación y otros servicios de gestión de residuos y transporte y retirada de subproductos o en cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. 19. Las que trabajen en los Centros de Acogida a Refugiados y en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes y a las entidades públicas de gestión privada subvencionadas por la Secretaría de Estado de Migraciones y que operan en el marco de la Protección Internacional y de la Atención Humanitaria. 20. Las que trabajan en actividades de abastecimiento, depuración, conducción, potabilización y saneamiento de agua. 21. Las que sean indispensables para la provisión de servicios meteorológicos de predicción y observación y los procesos asociados de mantenimiento, vigilancia y control de procesos operativos. 22. Las del operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, con el fin de prestar los servicios de recogida, admisión, transporte, clasificación, distribución y entrega a los exclusivos efectos de garantizar dicho servicio postal universal. 23. Las que prestan servicios en aquellos sectores o subsectores que participan en la importación y suministro de material sanitario, como las empresas de logística, transporte, almacenaje, tránsito aduanero (transitarios) y, en general, todas aquellas que participan en los corredores sanitarios. 24. Las que trabajan en la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia. 25. Cualesquiera otras que presten servicios que hayan sido considerados esenciales.”

- b) **Personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.**
- c) **Las personas trabajadoras que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas.**
- d) **Las personas trabajadoras contratadas por (i) aquellas empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y (ii) aquellas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia del permiso previsto este real decreto-ley.**

La redacción no resulta la más adecuada. Parece entenderse en su literalidad que lo que determina la exclusión es que la empresa haya solicitado, o se le esté aplicando, o se le haya autorizado un ERTE en el periodo de vigencia del permiso, no que el trabajador esté o no incluido en él. Esta interpretación literal nos llevaría a que personas trabajadoras de empresas no incluidas en las actividades o servicios esenciales del Anexo I y no afectadas por el ERTE planteado por la empresa debieran continuar trabajando, lo cual parece contradecir el espíritu y misión de la norma. Es la condición de trabajador afectado la que debe determinar la exclusión. Igualmente, en el supuesto de ERTES por reducción, en la jornada no reducida debe entenderse no excluido el trabajador o la trabajadora a menos que se encuentre prestando servicios en alguno de los servicios esenciales.

- e) **Personas trabajadoras que presten servicios en empresas que deban aplicar el permiso retribuido recuperable regulado pero han establecido, al ser necesario, un número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles con el fin de mantener la actividad indispensable.** Esta actividad y este mínimo de plantilla o turnos tendrá como referencia la mantenida en un fin de semana ordinario o en festivos. (art. 4 del RDL).

No se establece regla alguna pero es obvio que la elección del personal debe ajustarse a criterios objetivos y no discriminatorios. También que tal elección debe ser comunicada a los representantes de los trabajadores que deberán controlar la estricta regulación que establece el precepto.

- f) **Excepciones transitorias. Supuestos en los que se permite brevemente la actividad**

- En aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad, las personas trabajadoras incluidas en el ámbito subjetivo de este real decreto-ley podrán prestar servicios el lunes 30 de marzo de 2020 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. Garantías para la reanudación de la actividad empresarial.)
- Aquellas personas trabajadoras del ámbito del transporte que se encuentren realizando un servicio no incluido en este real decreto-ley en el momento de su entrada en vigor, iniciarán el permiso retribuido recuperable una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del servicio, en su caso, la operación de retorno correspondiente (Disposición transitoria segunda. Continuidad de los servicios de transporte).

g) Excepciones que afectan a los empleados públicos.

- La norma habilita al Ministerio de Política Territorial y Función Pública y los competentes en las comunidades autónomas y entidades locales quedan habilitados para dictar las instrucciones y resoluciones que sean necesarias para regular la prestación de servicios de los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, con el objeto de mantener el funcionamiento de los servicios públicos que se consideren esenciales. (Disposición Adicional Primera). *Es decir establece una especie de libre arbitrio de la Administración sobre los empleados públicos que será necesario comprobar en que se concreta y si sobrepasa o no los límites de decisión que se conceden a la Autoridad en el Estado de Alarma.*
- Personal con legislación específica propia (Disposición Adicional Segunda). Respecto del personal comprendido en el artículo 4 del Estatuto Básico del Empleado Público (personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas; personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas; Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia; personal militar de las Fuerzas Armadas; personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; personal retribuido por arancel; personal del Centro Nacional de Inteligencia; personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito), se dictarán las instrucciones y resoluciones necesarias para determinar el régimen jurídico aplicable tanto en lo que se refiere al carácter esencial de sus servicios como a la organización concreta de los mismos.
- Servicios esenciales en la Administración de Justicia (Disposición adicional tercera) Los jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio de la misma seguirán atendiendo las actuaciones procesales no suspendidas por el Real Decreto 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, y, de esta manera, cumplirán con los servicios esenciales fijados consensuadamente por el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en la materia, y plasmados en la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de fecha 14 de marzo de 2020, con las adaptaciones que en su caso sean necesarias a la vista de lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley. Asimismo, continuarán prestando servicios el personal de Administración

de Justicia que sea necesario para la prestación de servicios esenciales del Registro Civil conforme a las Instrucciones del Ministerio de Justicia.

h) Personal de empresas adjudicatarias de contratos que realicen una actividad indispensable para el sector público y actividad contratada de emergencia por la Administración (Disposiciones adicionales cuarta y quinta).

- Actividades no incluidas en el anexo que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (actividad de emergencia).
- Empresas adjudicatarias de contratos de obras, servicios y 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, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

2.2. Contenido, alcance y recuperación del permiso retribuido obligatorio recuperable

Al tratarse un permiso retribuido, la persona trabajadora conservará el derecho a la **retribución que le hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales** (art. 2 RDL 10/2020). Por tanto, la retribución salarial es completa, sí se excluirán obviamente las retribuciones extrasalariales.

¿Cuándo podrá hacerse efectiva la recuperación?

Desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. (Art. 3 RDL 10/2020). Plazo que carece de utilidad para los trabajadores vinculados por contratos temporales, en los cuales la efectividad de su recuperación tiene como límite su propia duración, salvo prórroga.

¿Cómo se articulará la recuperación (art. 3 RDL 10/2020)?

Se establece un procedimiento negocial similar en cuanto a la existencia del periodo de consultas, plazos y constitución de la comisión negociadora al establecido para el ERTe por causas económicas, técnica, organizativas y productivas en el art. 23 RDL 8/2020. Añade el RDL 10/2020, menciones clásicas en la literatura normativa negocial española y otras no tanto como:

- la obligación de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo;
- la consideración como mayoría necesaria para el acuerdo la 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. *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;*
- la posibilidad de las partes de acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos.

El acuerdo alcanzado podrá regular:

- la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo durante el permiso regulado en este artículo,
- el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante,
- el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado.

No obstante, en caso de desacuerdo, la decisión corresponde a la empresa: ésta notificará a las personas trabajadoras y a la comisión representativa, en el plazo de 7 días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso.

Se establece, por tanto, una bolsa de horas cuyo reparto y concreción dentro de los límites legales corresponde a la empresa ante la ausencia de acuerdo. Lo que en un primer momento parece un ámbito negociado deja de serlo ante la capacidad decisoria unilateral de la empresa.

La recuperación de las horas está sometida a los límites de la jornada laboral establecidos en los arts. 34 y concordantes del ET y ni el acuerdo alcanzado podría vulnerarlos (periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el convenio colectivo, respeto del plazo mínimo de preaviso de 5 días del art 34.2 ET ; jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación, y deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente).

3. LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDA DEL EMPLEO

Los artículos 2 y 5 del RDL 9/2020 contienen medidas dirigidas a frenar la avalancha de despidos y extinciones de contratos que se han producido con esta crisis dado que el compromiso de mantenimiento del empleo para aquellas empresas que hicieran uso de las medidas de regulación temporal contenido en la Disposición Adicional Sexta del RDL 8/2020 es insuficiente. Son dos, y frente al compromiso de mantenimiento del empleo de la Disposición Adicional Sexta del anterior RDL tienen dos importantes características:

- Son globales, afectan a todas las empresas, utilicen o no las medidas de ERTE del RDL 8/2020.
- Tiene efecto a tiempo real. El compromiso de la Disposición Adicional Sexta es una obligación empresarial de futuro. Las medidas que enuncia el RDL 9/2020 nacen para su aplicación y virtualidad inmediata.

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada derivadas del COVID-19 y previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se **podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.**

La finalidad de esta medida está clara, impedir que por una situación transitoria de crisis o emergencia, dada la singularidad de nuestro régimen laboral que establece el despido como una medida más de ajuste y no como una medida extraordinaria, se produzca lo que ya ha acaecido, una avalancha de despidos y extinciones de contratos. Otra cuestión es si la redacción del precepto sirve al objetivo buscado que “las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”. El texto ha producido una discusión entre aquellos que sostienen que el despido efectuado conculcando esta norma es improcedente y nulo. Sin entrar en un análisis jurídico técnico que solo se solventará con la intervención de los tribunales meses más tarde, lo cierto es que estamos ante una norma excepcional cuyo objetivo es impedir la finalización de contratos por las causas reseñadas. En todo caso, es claro que si la empresa procediera a un despido colectivo de hecho, que alcanzara a los márgenes del art. 51 ET, estaríamos ante un despido nulo. Respecto los despidos/extinciones que se hayan producido hasta hoy son plenamente legales, siempre que obedezcan a causa y no vulneren la normativa en vigor en su momento de realización.

La suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas.

El legislador procede a la hibernación de todas las modalidades y tipos de contratos temporales que se hubieran debido desarrollar con normalidad en este periodo de no haberse aprobado el estado de alarma y cuya prestación se ha suspendido por la situación de emergencia en la cual nos encontramos. Estamos ante una cláusula que prolonga la duración de los contratos temporales en su totalidad: eventuales por circunstancias de la producción que tienen una fecha cierta de finalización; obra o servicio determinado cuya vinculación está determinada por la duración de la obra o servicio. Aquellos contratos temporales que se hubieren continuado prestando con “normalidad” se extinguirán en función de su causa, siempre que no estemos ante una extinción provocada por las circunstancias que provocan el estado de alarma dado que entonces nos hallaríamos ante la restricción del art. 2 del RDL 9/2020.

4. MEDIDAS REFERIDAS A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

4.1. Medidas de agilización de la tramitación de las prestaciones por desempleo

La solicitud colectiva

El art. 3 del RDL 9/2020 impone a la empresa la obligación de efectuar una solicitud colectiva ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de las personas afectadas por el ERTE. El precepto determina la documentación que debe contener la solicitud colectiva y la necesidad de que se ajuste al modelo que indique la Entidad Gestora:

- a) Nombre o razón social de la empresa, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social al que figuren adscritos los trabajadores cuyas suspensiones o reducciones de jornada se soliciten.
- b) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa.
- c) Número de expediente asignado por la autoridad laboral.
- d) Especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas.

- e) En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual.
- f) A los efectos de acreditar la representación de las personas trabajadoras, una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellas para su presentación.
- g) La información complementaria que, se determine por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Se establece, asimismo, la obligación de la empresa de comunicar cualesquiera variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación, y en todo caso cuando se refieran a la finalización de la aplicación de la medida.

En cuanto al plazo: la solicitud deberá remitirse por la empresa **en el plazo de 5 días desde la solicitud** del expediente de regulación temporal de empleo en los supuestos de fuerza mayor, **o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión** en el caso de los procedimientos derivados de causa económica, organizativa, técnica o productiva. **No obstante, adviértase que si la solicitud se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, el plazo de 5 días empezará a computarse desde esta fecha.**

Respecto a la **forma**: se remitirá a través de medios electrónicos y en la forma que se determine por el Servicio Público de Empleo Estatal.

La no transmisión de la comunicación afecta gravemente a los intereses de las personas trabajadoras afectadas. Por ello, se considerará **conducta constitutiva de la infracción grave** prevista en el artículo 22.13 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Es decir, con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

Dada la importancia de esta comunicación para la subsistencia económica de los trabajadores, entendemos que la consideración como grave de esta conducta ilícita no es suficiente y no desincentiva adecuadamente conductas irregulares. La sanción por no comunicación no superará, en cualquier caso, los 6.250 euros, cantidad mínima para el perjuicio que se ha causado.

La validez de la decisión del Consejo Rector de la Sociedad Cooperativa

El artículo 4 del RDL 9/2020 establece, a fin de garantizar la tramitación de los ERTES en las cooperativas de trabajo asociado ante la imposibilidad de la convocatoria de la Asamblea General, incluso ni por medios virtuales, la competencia del Consejo para

aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y la emisión de la correspondiente certificación para su tramitación.

4. 2. Determinación de la fecha de efectos de la prestación por desempleo

Conforme a la Disposición adicional tercera del RDL 9/2020 la fecha de efectos de la situación legal de desempleo a efecto del cobro de las prestaciones por desempleo derivadas de los ERTES será:

- En los casos de fuerza mayor, la fecha del hecho causante de la misma.
- En el supuesto de causa económica, técnica, organizativa o productiva la fecha habrá de ser, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada.

La causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación.

5. ASPECTOS AÑADIDOS A LA REGULACIÓN DE LOS ERTES DERIVADOS DE LA SITUACIÓN PROVOCADA POR EL COVID-19

El RDL 9/2020 puntualiza y detalla algunos aspectos concernientes a la regulación de los ERTES extraordinarios previstos en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020.

5.1. Alcance temporal de la fuerza mayor

Conforme a la Disposición adicional primera del RDL 9/2020, **la duración no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19. Su duración máxima será la del estado de alarma** decretado por el Real Decreto 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 y sus posibles prórrogas.

5.2. La cuestión del silencio positivo en los expedientes de fuerza mayor

Una cuestión que ha sido objeto de importante discusión práctica ha sido la de la existencia o no del silencio positivo en los expedientes de fuerza mayor ante la ausencia de resolución, constatando la fuerza mayor, de la Autoridad Laboral. El RDL 9/2020 por dos veces termina con esta duda. En primer lugar, en el art. 3º al considerar como título habilitante para la situación legal de desempleo la comunicación empresarial a la Autoridad Laboral una vez hubieran transcurrido los plazos establecidos. Y, en segundo lugar, mediante la propia Disposición Adicional

Primera, al establecer que la limitación temporal abarca a todos los expedientes por fuerza mayor: “tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta.”

5.3. El régimen sancionador. Las previsiones contra el fraude

La situación de crisis y la imposibilidad de analizar de forma mínimamente adecuada los miles de expedientes que recaen sobre la Autoridad Laboral obligan a un control posterior. De esta forma, la Entidad Gestora, y cualquier otra autoridad aunque la norma no lo señale, de conformidad a la Disposición Adicional Cuarta en los supuestos en los que apreciase indicios de fraude para la obtención de las prestaciones por desempleo, lo comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los efectos oportunos.

Por ello, la norma ha establecido una serie de medidas realmente rigurosas que sin duda se espera sean disuasorias.

- En primer lugar, la Disposición Adicional Segunda se enuncia una serie de **conductas sancionables** de acuerdo a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social:
 - Las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes.
 - La conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

La técnica utilizada por el legislador no es la más apropiada para una norma sancionadora dado que no concreta la adscripción al tipo correspondiente con la consiguiente calificación. Suponemos que la conducta reflejada en el primero de los párrafos se consideraría como una infracción grave de acuerdo al art. 22.1 o 22.13 de la LISOS, según el supuesto, y la segunda se acercaría al supuesto establecido en el 23. 1 c) pero no encaja adecuadamente en dicho tipo. Es necesario advertir que en los ERTES por fuerza mayor se produce una importante exoneración de la obligación de cotización que de haberse realizado inadecuadamente al no corresponder este tipo de ERTE podría conllevar incurrir en la infracción establecida en el 22.9 de la LISOS: “Obtener o disfrutar indebidamente cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda, entendiendo producida una infracción por cada trabajador afectado, ...”

- Se establece, por la propia Disposición Adicional Segunda, **un sistema de control de las prestaciones indebidamente percibidas similar al existente**, recayendo sobre la empresa incumplidora la devolución de la prestación. Y, así, el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.
- **Se articula**, en la Disposición Adicional Cuarta, **la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**, para la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas de los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

La aproximación breve y sintética a determinados problemas sociales es fundamental para la comprensión de los mismos por la mayoría. Desde esta colección, pretendemos trazar no solo las líneas explicativas del tema a abordar, de forma escueta pero suficiente, sino también aportar la visión que desde nuestro sindicato tenemos de la misma, con el fin de hacer partícipe de ella a la sociedad e introducir otras perspectivas que generalmente están ausentes.

