

La prórroga del estado de alarma; la (mal llamada) prohibición de despedir; y el permiso retribuido recuperable.

Resolución 25/3/2020; RD-Ley 9/2020; y RD-Ley 10/2020.

Toda & Nel-lo

Área Laboral

Alerta Informativa

30 Marzo 2020

Fin de semana movido para las empresas y sus asesores laborales. Tras varios días de especulación sobre la posibilidad de aplicar en España una prohibición o suspensión de los despidos objetivos similar a la aplicada en Italia, el sábado 28 de marzo amanecía con la publicación en el BOE del **Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo**, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos del COVID-19. Y entre ellas la supuesta "prohibición" de despedir, con una formulación que no ha dejado indiferente a nadie por la poca claridad que aporta sobre la posibilidad o no de despedir y, en su caso, sobre los efectos de los eventuales despidos que pudieran llevar a cabo las empresas en las próximas semanas.

El mismo sábado se publicaba también en el BOE la **Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados** ordenando la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros en el que se acordó autorizar la prórroga del estado de alarma hasta las 00:00 horas

del día 12 de abril de 2020, en las mismas condiciones establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Y cuando aún estábamos tratando de digerir las medidas complementarias del RDL 9/2020, saltaba la noticia de que el Gobierno pretendía adelantar las vacaciones de Semana Santa al mismo lunes. Sobre la base de que la actividad laboral y profesional es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos, y ante la necesidad de restringir más la movilidad de las personas, empiezan las especulaciones sobre una posible restricción de 15 días de duración a la movilidad de todos los trabajadores de actividades no esenciales. Tras varias comparencias y numerosos borradores de la norma en circulación, finalmente pasadas las 23:30h de ayer domingo 29 de marzo se publicaba en el BOE el **Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo**, por el que se regula el permiso retribuido recuperable de las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales.

Las principales medidas introducidas por esos dos RD-ley son las siguientes:

1. LA PROHIBICIÓN DE DESPEDIR (art. 2 RDL 9/2020)

La supuesta prohibición de despedir que tantas expectativas había generado ha quedado reducida en la práctica a constatar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (causas ETOP) relacionadas con el COVID-19 *“no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*

Nótese en primer lugar que no se ha establecido por tanto una prohibición de despedir, ni siquiera una suspensión de la posibilidad de recurrir a las causas objetivas para la extinción de los contratos (como se ha hecho en Italia), sino que la norma se limita a decir que las distintas circunstancias relacionadas con el coronavirus no podrán justificar la extinción del contrato o el despido. Por tanto la discusión se traslada al ámbito de las consecuencias que deban producir esos despidos “injustificados”, es decir, si serán considerados nulos o improcedentes.

Hay quien considera que los despidos basados en causas ETOP relacionadas con el COVID-19 deberán declararse nulos, al tener una causa ilícita, dado que la norma imposibilita que esos despidos puedan tener validez y eficacia.

En mi opinión la consecuencia jurídica que debería ligarse a esos despidos es la improcedencia. A fecha de hoy, y sin desconocer que estamos ante una situación excepcional que bien podría provocar un cambio de criterio, es doctrina unánime y pacífica en nuestros tribunales que cuando no hay una causa legal para la extinción del contrato, y la causa real no está establecida expresamente por una norma como

determinante de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de la improcedencia y no la de la nulidad.

A ello debe añadirse además que en todos los casos en los que el legislador ha querido que el despido realizado incumpliendo una determinada norma llevara ligada la consecuencia de la nulidad, lo ha dicho expresamente. Tal es el caso por ejemplo de los despidos que se realizan superando los umbrales del despido colectivo, o los propios despidos colectivos que se realizan sin observar el procedimiento establecido en el art. 51 ET, que deben reputarse nulos por estar dispuesto así de forma expresa. Por tanto, si en este caso concreto se hubiera querido prohibir los despidos, es lógico pensar que se hubiera dicho así. Del mismo modo que es lógico pensar que si se hubiera querido ligar la consecuencia de nulidad a tales despidos, se habría dicho también de forma expresa. Y no se ha hecho. En un contexto además en el que los sindicatos llevaban días exigiendo al gobierno la suspensión de los despidos, o incluso la recuperación de la indemnización de 45 días.

Por tanto, y con todos los matices y cautela derivada de la excepcionalidad de la situación que estamos viviendo, no habiendo dicho la norma de forma expresa que esos despidos deban declararse nulos, entiendo que la consecuencia que merecen es la improcedencia.

En cualquier caso debe señalarse que el art. 2 RDL 9/2020 se refiere exclusivamente a los despidos o extinciones motivados por fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con el COVID-19, con lo que no afecta a los despidos por causas disciplinarias, las amortizaciones de puestos de trabajo por las letras a) y b) del art. 52 ET (ineptitud sobrevenida y falta de adaptación a modificaciones técnicas), las extinciones por no superación del periodo de prueba, o la terminación de contratos temporales a la finalización de la duración pactada. Siempre y cuando se acreditara la realidad de la causa de dichas extinciones y no se enmascarara en realidad una amortización por causa del COVID-19.

2. NOVEDADES EN LOS ERTE POR FUERZA MAYOR Y POR CAUSAS ETOP.

a) Centros Sanitarios (art. 1 RDL 9/2020). Se declaran los centros sanitarios y de cuidado de mayores, cualquier a que sea la titularidad, pública o privada, como servicios esenciales que deben mantener su actividad, pudiendo reducir o suspender la misma únicamente con permiso de las autoridades competentes. No parece por tanto que dichos centros puedan llevar a cabo procedimientos colectivos de suspensión o reducción de jornada, salvo que lo permitan las autoridades competentes.

b) Contratos temporales (art. 5 RDL 9/2020). El cómputo de la duración y de los periodos de referencia de los contratos temporales que se hubieran visto suspendidos por ERTE de fuerza mayor o causa ETOP, quedaran interrumpidos durante el periodo de tiempo en el que dichos contratos se encuentren suspendidos. Dicho de otro modo, el periodo en el que los contratos estén suspendidos no computará a efectos de su duración o de los periodos de referencia. Esta suspensión de la duración no aplica a los contratos temporales que no se vieran afectados por un ERTE. Los contratos temporales que se mantengan en activo, se extinguirán a la finalización de su duración, aunque esta se produzca durante la vigencia del estado de alarma.

c) Duración de ERTEs por fuerza mayor (D.A.1º RDL 9/2020). La duración de los expedientes autorizados por fuerza mayor no podrá extenderse más allá del periodo en que se mantenga el estado de alarma decretado por el RD 463/2020 y sus prórrogas. Esta limitación aplica también a los expedientes autorizados por silencio administrativo, con independencia de la duración que se hubiera hecho constar por la empresa en la solicitud.

d) Falsedad o incorrecciones en las solicitudes (D.A. 2ª RDL 9/2020). Las solicitudes que presenten las empresas conteniendo falsedades, o solicitando medidas que no resultaran necesarias, y que den lugar a la percepción de prestaciones indebidas por parte de los trabajadores, serán sancionadas con arreglo a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), y obligaran a la empresa a la devolución de las cantidades que hubiera podido percibir el trabajador.

3. NOVEDADES EN LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

a) Solicitud de prestaciones (art.3 RDL 9/2020). La solicitud de las prestaciones por desempleo que deriven de un ERTE de fuerza mayor o causa ETOP relacionada con en COVID-19 requerirán de una solicitud colectiva de la empresa, más una comunicación en modelo normalizado que deberá incluir, de forma individualizada por cada centro afectado, información sobre la empresa, los trabajadores afectados, la fecha de inicio para cada una de las personas afectadas y, sobre todo, una declaración responsable del empresario haciendo constar que ha obtenido la autorización de los trabajadores para solicitar la prestación en su nombre.

Ello conlleva por tanto la obligación de la empresa de obtener previamente dicho consentimiento por parte de los trabajadores, consentimiento que en las actuales circunstancias podrá ser requerido por mail o cualquier otro medio válido que acredite que se ha solicitado y obtenido la conformidad del empleado.

b) Plazo para realizar la solicitud (art. 3 RDL 9/2020). La comunicación a la entidad gestora de las prestaciones (SEPE) deberá remitirse en el plazo de 5 días a contar desde la solicitud del ERTE de fuerza mayor o desde la fecha de comunicación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas con el acuerdo o la decisión empresarial final, en caso de ERTE por causas ETOP. Para ERTEs presentados con anterioridad, el plazo de 5 días empieza a computar desde la fecha de publicación del RDL 9/2020, esto es, desde el sábado 27 de marzo.

c) Fecha de efectos de la prestación (D.A. 3ª RDL 9/2020). La fecha de efectos de la prestación en los ERTEs por fuerza mayor será la fecha del hecho causante, con lo que puede tener efectos retroactivos. Cuando el ERTE sea por causa ETOP, la fecha deberá ser coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión final o el acuerdo. Dicha fecha deberá figurar en todo caso en el certificado de empresa.

4. PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE

Teniendo en cuenta que la actividad laboral y profesional (según establece la propia exposición de motivos del RDL 10/2020) es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos que se producen actualmente en nuestro país, se ha querido adoptar una medida que limite la movilidad y la reduzca a los niveles similares del fin de semana. Y para ello se establece un permiso (durante el cual los trabajadores mantienen el derecho a la retribución, pero con la obligación de recuperar) de disfrute obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en sectores o actividades no esenciales. Todo ello según lo siguiente:

a) Ámbito de aplicación (art. 1.1 RDL 10/2020). Vienen obligadas a conceder el Permiso Retribuido Recuperable (PRR) todas las empresas cuya actividad no haya sido paralizada por las disposiciones del RD 463/2020 (estado de alarma).

b) Excepciones (art. 1.2 RDL 10/2020). Quedan exceptuados:

- (i) todos los trabajadores que presten servicios en empresas o actividades calificadas como esenciales en el Anexo del RDL 10/2020;
- (ii) trabajadores afectados por un ERTE y, por tanto, con contrato suspendido, ya sea un ERTE solicitado y autorizado con anterioridad como aquellos autorizados durante la vigencia del PRR;
- (iii) los trabajadores de baja por incapacidad temporal.
- (iv) Trabajadores que presten servicios a distancia (teletrabajo).

c) Actividades esenciales (Anexo RDL 10/2020). Se consideran actividades esenciales todas las referidas en cualquiera de los 25 apartados que incluye el Anexo del RDL 10/2020, y entre ellas: las que trabajan en la cadena de abastecimiento de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad, incluyendo alimentos, bebidas, medicamentos o productos sanitarios; la hostelería y restauración que preste servicio a domicilio; las imprescindibles de la industria manufacturera que ofrecen suministros necesarios para el desarrollo de las actividades esenciales; transporte de mercancías y personas; venta de prensa y medios de comunicación; servicios financieros y de seguros; telecomunicaciones; asesorías y despachos de abogados; notarías y registros; limpieza, mantenimiento, reparación de averías y vigilancia; o la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia; entre otros.

El Anexo completo con el listado de las actividades esenciales puede consultarse en la página web del Boletín Oficial del Estado del 29 de marzo (www.boe.es).

d) Duración (art. 2 RDL 10/2020). El permiso tiene carácter obligatorio desde el 3º de marzo de 2020 hasta el 9 de abril (ambos inclusive)

e) Retribución. (art. 2 RDL 10/2020). Durante el periodo de vigencia del permiso los trabajadores tendrán derecho a percibir la retribución que les hubiera correspondido prestando servicios en activo, incluyendo el salario y los complementos. Deberá mantenerse igualmente el alta en seguridad social y procederse al ingreso de las cuotas que por todos los conceptos recauda el sistema de seguridad social.

f) Recuperación (art. 3 RDL 10/2020). La recuperación de los días/horas del PRR se deberá hacer efectiva entre la finalización del estado de alarma y el 31 de diciembre de 2020. Para la determinación de las condiciones de recuperación (esto es, el número de horas a recuperar, el preaviso, el periodo, etc.) se deberá seguir un procedimiento de negociación, de 7 días de duración. En las empresas sin representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará formada por una persona de cada uno de los sindicatos que tengan la condición de más representativos. Es la misma comisión que se estableció como especialidad en el RDL 8/2020 para la negociación de los ERTE por causa ETOP vinculados al COVID-19. En caso de que los sindicatos no constituyan dicha comisión, se recurrirá a la comisión de 3 miembros elegidos por y entre los trabajadores de la empresa, de acuerdo con el art. 41.4 ET.

Ambas partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo. En caso de que a la finalización de la negociación no se haya llegado a un acuerdo, corresponderá a la empresa, en el plazo de 7 días, notificar a los trabajadores ya la comisión representativa su decisión sobre la recuperación de las horas.

No se establece nada en el RDL sobre la posibilidad por parte de los trabajadores de impugnar esa decisión de la empresa. Lo cual es coherente atendiendo a que el permiso retribuido tiene naturaleza "recuperable" (con lo que no cabe discusión sobre la obligación de recuperar o no las horas) y siempre y cuando la propuesta de la empresa respete los periodos mínimos de descanso, la jornada anual máxima, y los derechos de conciliación de la vida personal y laboral que pudieran venir establecidos legal o convencionalmente.

g) Actividad mínima indispensable (art. 4 RDL 10/2020). Las empresas que necesiten mantener un mínimo de actividad indispensable podrán establecer un número mínimo de plantilla o turnos de trabajo para mantener ese mínimo de actividad imprescindible.

h) Moratoria de 1 día (D.T.1ª RDL 10/2020). Para aquellas empresas que no puedan interrumpir de forma inmediata su actividad (cabe recordar que el RDL 10/2020 se publica en el BOE a las 23:36h del domingo 29 de marzo, con efectos del lunes 30 de marzo), se permite a sus trabajadores prestar servicios el lunes día 30 de marzo, con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para poder iniciar el PRR.

Está recibiendo esta información porque está dado de alta en nuestra lista de correo con la dirección comunicacion@todanelo.com

La información contenida en este mensaje y/o archivo(s) adjunto(s), enviada desde IURISDIAGONAL, S.L.P (nombre comercial TODA & NEL-LO ABOGADOS), está destinada para ser leída sólo por la(s) persona(s) a la(s) que va dirigida. Le comunicamos que TODA & NEL-LO ABOGADOS es el responsable de tratamiento de sus datos personales para finalidades legítimas consistentes en este caso en el envío de esta alerta informativa. Podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación al tratamiento, siguiendo las instrucciones detalladas en la política de privacidad de nuestra página web (<http://www.todanelo.com/es/politica-de-privacidad>), o dirigiéndose a la dirección de correo electrónico: protecciondedatos@todanelo.com.

Si usted lee este mensaje y no es el destinatario señalado, el empleado o el agente responsable de entregar el mensaje al destinatario, o ha recibido esta comunicación por error, le informamos que está totalmente prohibida, cualquier divulgación, distribución o reproducción de esta comunicación, y le rogamos que nos lo notifique inmediatamente y nos devuelva el mensaje original a la dirección arriba mencionada. Gracias

Si desea darse de baja pulse [aquí](#)
