

Permiso retribuido obligatorio y recuperable para empresas con servicios no esenciales

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La paralización de toda actividad no esencial propicia una nueva medida laboral como es el permiso retribuido obligatorio y recuperable durante los días laborales pendientes hasta el 9 de abril. Salvo para los supuestos de reducción de jornada, la medida no es compatible con otras de naturaleza laboral ya adoptadas tales como teletrabajo, suspensión mediante ERTE o por otras causas legales, etc. y obligará a negociar la forma de recuperación y la efectividad de la misma antes de que finalice el año en curso.

1. Ante la paralización de toda actividad no esencial, el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, BOE, 29, impone un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras de los servicios no esenciales. De acuerdo con su artículo 2.1., las personas trabajadoras a las que resulte de aplicación esta norma disfrutarán de un permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive.

Al menos dos características difieren de la legislación laboral ordinaria. Una que, en esta última, el permiso responde a la interrupción de la jornada de trabajo, normalmente por motivos

relacionados con el trabajador (artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores) sin pérdida del salario. Constituye, por tanto, un derecho del trabajador —no condicionado por la voluntad unilateral del empresario, salvo que intervenga el legislador, unas veces para imponerlo, como ocurre ahora, otras para anularlo (La Ley 9/2010, de 14 abril, BOE, 15 anuló la licencia retribuida especial prevista para los controladores aéreos)—. Y, otra característica distinta es que, también con carácter habitual, los permisos legales retribuidos no suelen ser recuperables. Aquí, y pese a que se trata de una obligación —que no de un derecho— el legislador impone, a su vez, la recuperación de los días disfrutados. De esta forma, se intenta compensar el sobrecoste que esta imposición del Gobierno supone para las empresas afectadas y que verán «restituido» el tiempo de trabajo, perdido pero abonado durante el estado de alarma, una vez que finalice esta situación de emergencia.

2. Quizá por enfatizar la necesidad de dicha recuperación, el artículo 3 de este Real Decreto-ley 10/2020 establece un régimen específico para pactar la realización de las horas de trabajo no realizadas durante el permiso retribuido. Tan sólo podrán hacerse efectivas desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. Y, en todo caso, exigirán de una negociación mediante un período de consultas, entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días. De no existir representación legal en la empresa, se acudirá, como en otras medidas colectivas, a la negociación con los sindicatos más representativos y representativos del sector o a una comisión *ad hoc*.

El acuerdo que se alcance podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo dispensadas como consecuencia de este permiso obligatorio, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y la hora de la prestación de trabajo resultante, así como el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado. Pero, de no alcanzarse un acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará en el plazo de siete días desde la finalización de aquél y tanto a los trabajadores como a sus representantes, la decisión unilateral adoptada sobre la recuperación de las horas de trabajo en cuestión. Para ello deberá respetar los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos legal o convencionalmente, el plazo de preaviso de cinco días previsto en el artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores, la jornada máxima anual prevista en el Convenio Colectivo aplicable y los derechos de conciliación reconocidos legal o convencionalmente.

3. Comoquiera que se trata de un permiso retribuido, la fijación del *quantum* retributivo resulta determinante. En este sentido, el artículo 2.2. establece que, con este permiso, *«las personas trabajadoras conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales»*. En atención a la experiencia ya desarrollada en la fijación retribuida de los permisos legales, a veces la concreción sobre el contenido del salario base o de los complementos salariales puede no resultar pacífica. En este sentido, conviene recordar, con carácter general, que, como ha indicado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo recientemente en su Sentencia de 3 de diciembre de 2019, Ar. 5489, caben dos posibilidades, *«la de sostener que debe mantenerse exactamente la misma retribución que hubiere percibido el trabajador de haber prestado servicios en los días de permiso, incluyendo la totalidad de complementos que percibe de ordinario, entre ellos el de incentivos por producción; o admitir que la propia negociación colectiva que ha creado tales complementos salariales pueda modular y limitar los conceptos retributivos a percibir en los días de permiso»* (FJ 6). En consecuencia, prevalecerá la indicación

sobre permisos retribuidos que señale el Convenio Colectivo aplicable a cada uno de las personas trabajadoras afectadas. Pues, en definitiva, será el Convenio Colectivo el que pueda *«incidir en la remuneración de vacaciones y licencias y el análisis de conformidad del mismo respecto del mínimo indisponible que surge del mandato de la norma internacional exige que se incluyan los complementos salariales que constituye la contraprestación efectiva de la actividad laboral ordinaria»* (STS 6 de marzo de 2012, Ar. 4174, FJ 2).

Mas, si no existiera tal indicación convencional —y puede ocurrir o bien que no se contemple ninguna alusión a los permisos retribuidos en el Convenio Colectivo de aplicación o bien que ninguno de los permisos retribuidos acepten una similitud con este nuevo de carácter obligatorio—, entonces *«a falta de regulación en el Convenio Colectivo, y conforme a la jurisprudencia social expuesta, debe estarse directamente a lo establecido en el Convenio número 132 de la OIT»*, y, por tanto, habrá de considerarse la *«regla general de retribuirlas de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual»* (STS 26 de julio de 2010, Ar. 7289, FJ 2). El precitado Convenio 132 de la OIT señala en su artículo 7.1, bien que referido a las vacaciones del trabajador, que, en dicho período, deberá percibirse *«por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el Organismo apropiado»*. Eso supone, en definitiva, conservar el salario en los mismos términos en los que se percibe durante la jornada ordinaria sin reducción proporcional ni del salario base ni de los complementos salariales en su integridad.

4. Una vez delimitado el contenido de este permiso, procede identificar en qué casos se aplica. Y, en este sentido, el Real Decreto-ley 10/2020 contiene una afirmación general y una serie de excepciones. En cuanto a la disposición general, este permiso retribuido obligatorio se aplicará *«a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado y cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración de estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo»* (artículo 1.1.).

Asimismo, y dentro de este ámbito de aplicación, la Disposición transitoria 1ª de este Real Decreto-ley 10/2020 permite que, en aquellos casos en los que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad, las personas trabajadoras incluidas en el ámbito subjetivo de esta norma, puedan prestar servicios el lunes 30 de marzo de 2020 con el único objetivo 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. Del mismo modo, en el sector del transporte, si se estuviera efectuando un servicio en el momento de la entrada en vigor de la norma, el permiso retribuido recuperable se iniciará *«una vez finalizado el servicio en curso, incluyendo como parte del servicio, en su caso, la operación de retorno correspondiente»* (Disposición transitoria 2ª).

Por último, el artículo 4 de este Real Decreto-ley permite establecer, a las empresas que deban abonar este permiso retribuido y en caso de ser necesario, el número mínimo de plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles con el fin de mantener la actividad

indispensable, teniendo como referencia la actividad de un fin de semana ordinario o un festivo. Con alguna deficiencia técnica —este artículo 4 alude al permiso «regulado en este artículo» quizá porque en los borradores de esta norma siempre se manejó un artículo único para toda la regulación—, lo cierto es que se trata de un precepto de compleja aplicación puesto que, pese a las restricciones, parece admitir que existan empresas que deban abonar este permiso pero puedan permanecer activas, bien que en los términos mínimos descritos.

5. Por lo que se refiere a las excepciones, en primer lugar, el citado permiso no se aplicará a las personas trabajadoras: a) que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el Anexo de esta norma; b) que presten servicios en las divisiones o en las líneas de producción cuya actividad se corresponda con los sectores calificados como esenciales en el anexo de esta norma; c) que hayan sido contratadas por empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión —puesto que si se hubiera optado por la reducción de jornada, este permiso se considerará factible de forma proporcional a la misma—; d) que hayan sido contratadas por empresas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia de este permiso; e) que se encuentren de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas; o f) que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios. A tal fin, este Real Decreto-ley 10/2020 recoge un Anexo con un total de veinticinco actividades a las que no les resultará de aplicación el nuevo permiso obligatorio retribuido.

En segundo lugar, se permite la continuidad de aquellas actividades no incluidas en el Anexo citado, siempre que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, BOE, 9, de Contratos del Sector Público, de acuerdo con la DA 4ª de este Real Decreto-ley 10/2020. Por idéntica razón, este permiso retribuido no será aplicable, ex Disposición adicional 5ª de este Real Decreto-ley 10/2020, a las personas trabajadoras de las 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, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, BOE, 18 que, como es sabido, recoge las medidas dictadas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias derivadas del COVID-19.

Finalmente, en el sector público, las autoridades competentes dictarán las instrucciones y resoluciones necesarias para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos considerados esenciales. En el caso de la Administración de Justicia o en relación al Registro Civil, la Disposición adicional 3ª establece que se seguirán atendiendo las actuaciones procesales no suspendidas por el estado de alarma, cumpliéndose así con los servicios esenciales ya fijados.