

ACLARACIONES DE INTERÉS SOBRE LAS MEDIDAS PARA REDUCIR LA MOVILIDAD DE LA POBLACIÓN (PERMISO RETRIBUÍDO) DEL RD LEY 10/2020 DE 29 DE MARZO.

Nota informativa.
30 de marzo de 2020.

I.- Introducción y antecedentes.

La situación de crisis sanitaria actual originada por el COVID-19, y desde 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, ha sido objeto de desarrollo por diversos RD Ley (así, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19) y culminando (hasta el momento) 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.

La presente nota tiene por objeto analizar desde el punto de la actividad económica el efecto real de la medida contemplada en el RD Ley 10/2020 (el permiso retribuido), su alcance, obligaciones, excepciones y, en general las pautas sobre las que determinadas actividades y personas pueden o no continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional.

Como ya se dijo en la nota anterior acerca de los efectos de la declaración del estado de alarma¹, la declaración de alarma supone una declaración excepcional, prevista en la Constitución y que tiene el doble objeto de (i) concentrar todos los medios y recursos (personales, técnicos, materiales, etc...) disponibles en un ámbito particular (en este caso, el sanitario) para poder hacer frente a una situación de crisis o emergencia (en este caso, la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), y (ii) proporcionar una dirección o mando único (en este caso, en el Gobierno de España, más allá de

¹ <https://www.iuriscorporate.com/documentacion/ACLARACIONES-INTERES-SOBRE-LOS-EFECTOS-DECLARACION-ESTADO-ALARMA-14-MARZO-2020.pdf>

competencias o facultades del resto de las administraciones territoriales o institucionales) para la más eficaz gestión de la crisis.

Además, esta situación excepcional permite también, al objeto de lograr los fines propuestos, limitar con ciertas condiciones y garantías los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que se tenga por conveniente, como en el presente caso ocurre con la libertad de circulación de las personas.

II.- Análisis del RD Ley 10/2020.

Ahora bien, las reflexiones que es su día hubo que hacer a fin de establecer una relación y/o interpretación proporcionada en la relación y/o entendimiento entre la limitación de las actividades (medidas de contención) y la restricción de la libertad de circulación de las personas, el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alerta (...) por un lado, con el desarrollo del trabajo y actividades económicas cuando ello está permitido ha sufrido una importante modificación y/o restricción con el RD Ley 10/2020 de 29 de marzo que hay que interpretar de forma conjunta con la anterior declaración del estado de alarma y que dan lugar a unas nuevas reflexiones al efecto:

1. Es conveniente señalar que no se han modificado los términos de la declaración del estado de alerta, y que el RD Ley 10/2020 no establece un nuevo régimen de actividades permitidas o de medidas de cierre o suspensión de actividades, sino que dentro de las facultades de desarrollo de las medidas primeras establece una nueva (el permiso retribuido) que podemos denominar de “personal” que afecta a determinados trabajadores impidiendo su movilidad salvo en casos extraordinarios.

Esta medida en sí misma no cierra ni suspende la actividad de las empresas que no estuvieran cerradas o suspendidas antes por el RD 463/2020 de declaración del estado de alarma o cualquiera de los desarrollos normativos posteriores (v. gr. hoteles), sino que impide que sus trabajadores (aquellos que no estén suspendidos por algún ERTE o que no estén en régimen de teletrabajo) vayan a trabajar, produciendo así la aparente inactividad o cierre de muchas empresas o establecimientos.

2. Restricción a trabajar. A diferencia del RD 463/2020 de declaración del estado de alarma del que intitulábamos en nuestras consideraciones previas que “no se prohíbe trabajar”, el Gobierno en este caso, sin utilizar una prohibición que resultaría muy poco edificante, llega al mismo efecto mediante una restricción de movilidad personal destinada a ciertos trabajadores.

Así, al se permite expresamente a las personas circular por las vías de uso público para “*desplazarse al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial*” se le añadiría una restricción del tenor de “salvo todo el personal laboral por cuenta ajena que preste servicios en empresas o entidades del sector público o privado que desarrollan las actividades no esenciales calificadas como tales con excepción de las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el período indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia.

3. El permiso retribuido. El RD Ley 10/2020 señala (art. 2) que “las personas trabajadoras que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del presente RD Ley disfrutarán de un permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos inclusive. El presente permiso conllevará que 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”.

La redacción del artículo anterior es suficientemente clara en una primera instancia. Pero nada más lejos de la realidad:

(i) Las suspensiones del contrato de trabajo vienen reguladas principalmente en los arts. 45, 47 y 48 del E.T., y entre las mismas no se cuenta el permiso retribuido que bien puede adoptarse (y se adopta en la práctica) en el marco del acuerdo de las partes en el contrato de trabajo, pero en este caso (*ex lege*) es una suspensión que no tiene cabida en ninguno de los casos previstos en el ET (salvo que en sí misma, por incontinencia del legislador, pudiera entenderse como una causa de fuerza mayor corrompiendo la propia esencia de su contenido y restricción de su aplicación).

(ii) Por otro lado, no dejan de resultar dos términos “asombrados de encontrarse juntos” el hablar de permiso “retribuido” y “recuperable”... ¿en qué quedamos? En el fondo (no tanto), lo que se desprende es una

medida por la que el Gobierno se ahorra dos semanas de prestaciones por desempleo que debería pagar a esos mismos trabajadores que ahora no permite ir a trabajar si el mecanismo de actuación hubiera sido la suspensión temporal de las actividades de las empresas que no fueren esenciales...un giro curioso para una medida que económicamente repercute directa y exclusivamente sobre la empresa, ya que el trabajador al no cobrar la prestación de desempleo tampoco ve reducidas sus retribuciones al conservar el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario.

(iii) Está por ver el alcance de “conservarán el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales” toda vez que existen complementos que de ordinario pudieran no devengarse en caso de no tener determinada productividad, retribuciones en especie, complementos específicos por destino o peligrosidad que sean variables, etc.

4. El ámbito subjetivo viene fijado en el artículo 1 del RD Ley 10/2020 que señala que *“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”*.

(i) La primera valoración referente al ámbito subjetivo es que queda limitada a *“a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades del sector público o privado”*, por lo que **quedan fuera del ámbito de aplicación del presente RD Ley los trabajadores por cuenta propia o Autónomos.**

No obstante, quedan exceptuados del ámbito de aplicación:

a) Las personas trabajadoras que presten servicios en los sectores calificados como esenciales en el anexo de este real decreto-ley.

(i) Establece el anexo hasta 25 actividades y/o servicios que prestados por personas trabajadoras por cuenta ajena; sin embargo existen algunas que deben de tener una interpretación amplia, así:

2. *Las que trabajan en las 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, (v. gr. trabajadores que trabajan en una empresa que se dedicara a hacer bolsas de papel para productos que se pueden vender, o en una empresa que fabrica o adquiere piezas de repuesto para aparatos de frío),*

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, (v. gr. el mismo ejemplo anterior de aparatos de frío, pero de aplicación sanitaria,*

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 aquellas que deban asegurar el mantenimiento de los medios empleados para ello, (v. gr. trabajadores que trabajan en talleres mecánicos, grúas, etc.)*

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 (v. gr. trabajadores que trabajan en fábricas de baterías u otros componentes)*

En todo caso, **estas actividades derivadas de otras consideradas esenciales** para las que presten sus servicios otros trabajadores por cuenta ajena **deben de tener una vinculación real y efectiva** (y exclusiva en el momento actual) **con la actividad esencial que la justifica** o le da cobertura.

(ii) Bien es cierto que la movilidad de estos trabajadores dependerá de la flexibilidad o capacidad de razonamiento que pueda tener el agente de la autoridad en el control de movilidad y en la denuncia correspondiente, y/o de la autoridad sancionadora posterior a la hora de entender cómo funcionan los procesos productivos de mil y una empresas con una casuística interminable.

(iii) Todos estos casos se reconducen a una cuestión de prueba, que no se limita de facto a la certificación de la empresa empleadora de que el trabajador presta sus servicios en ella, sino, a más de la relación laboral, que la actividad de la empresa contratante está vinculada, subcontratada o de cualquier forma en la cadena de producción o afecta a un servicio esencial.

b) Las personas trabajadoras 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 este real decreto-ley.

(i) A nuestro entender, al contrario que los comentarios del punto anterior que recogen casos concretos que sí se prevé individualmente en esas actividades, la presente excepción se plantea de forma general a cualquiera de las 25 actividades del Anexo la existencia de actividades no esenciales que vienen afectas a las líneas de producción, a los procesos de producción. (V. gr. un taller de motos, o una ingeniería o consultora de tráfico para la organización de rutas que trabaja para las *empresas que trabajan en la distribución y entrega de productos adquiridos en el comercio por internet, telefónico o correspondencia*).

c) 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.

(i) la segunda de las exclusiones de este párrafo autoriza implícitamente la realización de un ERTE sobre un trabajador que tenga el contrato en suspenso por la presente permiso retribuido, si bien al señalarse que *“les sea autorizado”* hay que pensar sólo en los ERTE por causa de fuerza mayor.

d) Las personas trabajadoras que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas.

e) Las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios.

5. Recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido. El artículo 3 señala que *“la recuperación de las horas de trabajo se podrá hacer efectiva desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020”* y que *“esta recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto al efecto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, que tendrá una duración máxima de siete días”*.

(i) Sin embargo, es de señalar que no aclara la norma cuando es la fecha ab initio del cómputo

6. Actividad mínima indispensable. El artículo 4 señala que *“las empresas que deban aplicar el permiso retribuido recuperable regulado en este artículo podrán, en caso de ser necesario, establecer el 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”*.

(i) En el fondo no es sino un “cajón de sastre” por la imposibilidad de delimitar positivamente lo que está incluido. Mínimo de mantenimiento donde la cuestión radica en entender y/o restringir o ampliar el concepto de mínimo y de mantenimiento. Se utiliza como criterio rector el de la actividad de un fin de semana, que es y debe ser relativa porque esa actividad tiene la ordinaria a su continuación tras dos días, con lo que punto de partida de la comparación ya no es igual.

7. No se prohíben actividades, sino que se implanta un permiso retribuido obligatorio para algunos trabajadores, lo que, indirectamente puede llevar al cierre de algunas actividades. Ahora bien, en las que perduren abiertas por “escapar” de la aplicación del RD Ley 10/2020 no supone que no existan vigentes **otras restricciones a tener en cuenta**, así:

a. El RD 463/2020 tiene una “cláusula de cierre” al finalizar la redacción de las actividades comerciales que tienen suspendidas la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas (art. 10.1 in fine) que establece de forma general que *“se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio”*

b. La propia finalidad de la norma, en una interpretación razonada y proporcional debe de permitir que la autoridad competente pueda no sólo suspender cualquier otra actividad o establecimiento que a su juicio pueda suponer un riesgo de contagio cuando afecte a actividades o establecimientos que no sean locales y establecimientos minoristas (por ejemplo, un taller de confección en el que no se respetaran las medidas de contención mínimas) sino también en espacios y/o domicilios particulares que pudiera producirse una alta concentración de personas.

En todo caso, tratándose de una interpretación del sentido de la norma, debe de sustentarse por parte de la autoridad competente en una correcta fundamentación y razonamiento así como en su proporcionalidad.

c. En los establecimientos y actividades que estén operativos, incluso, abiertos al público, es necesario recordar que la limitación a la libre circulación establecidas por el RD 463/2020 restringía el acceso a los mismos salvo que se tratara de personas que están en desplazamientos en el ámbito de su *“prestación laboral, profesional o empresarial”*, o *“por causa de fuerza mayor o situación de necesidad”*, así como desplazamientos para realizar *“cualquier otra actividad de análoga naturaleza a todas las permitidas”*.

Obviamente no debe de recaer en el titular del establecimiento la investigación o responsabilidad del adecuado uso del ciudadano de la excepción a la limitación a su libertad de circulación, pero se recomienda (i) rechazar aquellos casos o situaciones de las que se desprenda de una forma burda y clara la falta de aplicación de la excepción en la persona del cliente, y (ii) el recordatorio al público en lugar visible en la entrada la limitación a la libre circulación de las personas y las excepciones a la misma, y la sujeción de la actividad a que es de las comprendidas en las actividades esenciales del RD Ley 10/2020 o de las que dan soporte y servicios (derivadas) de estas.