

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Oscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), María Luz Rodríguez Fernández (España), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Miguel Basterra Hernández (España), Carolina Blasco Jover (España), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), María Belén Fernández Collados (España), Alicia Fernández-Peinado Martínez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Miguel Ángel Gómez Salado (España), Estefanía González Cobaleda (España), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), Alma Elena Rueda (México), José Luis Ruiz Santamaría (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España), Carmen Viqueira Pérez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Un permiso de orden social. RD-Ley 10/2020, el permiso retribuido recuperable

María Carmen ARANDA MARTÍNEZ*

RESUMEN: El RD-Ley 10/2020 – ahora Ley 4/2021 –, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, introduce un peculiar “permiso retribuido recuperable obligatorio”, que trae consigo el debate de diversas cuestiones como su propio fundamento, el desarrollo y contenido de su régimen jurídico, sus peculiaridades dentro del contexto jurídico laboral y algunos aspectos de origen jurídico entre los que cabe destacar los que se derivan de su encaje con el poder de dirección del empresario. La emergencia social, sanitaria y económica de la que nace y la brevedad para la que se proyecta justifican, a simple vista, una problemática que, aunque aparentemente es leve, genera problemas de aplicación excepcionales y específicos que afectan a ambas partes del contrato.

Palabras clave: Permisos retribuidos, permiso obligatorio, procedimiento, permiso recuperable, negociación, poder de dirección.

SUMARIO: 1. Fundamento del permiso retribuido recuperable. 2. Examen del régimen jurídico del permiso retribuido recuperable. 3. Peculiaridades del permiso retribuido recuperable en el contexto jurídico laboral. 4. Permiso retribuido recuperable y poder de dirección. 5. Bibliografía.

* Profesora Ayudante LOU, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alicante (España).

A Social Leave. Royal Decree-Law No. 10/2020, the Recoverable Paid Leave

ABSTRACT: The Royal Decree-Law No. 10/2020 – now Act No. 4/2021 –, which regulates recoverable paid leave for workers that do not provide essential services, introduces a peculiar “compulsory recoverable paid leave”, which brings with it the debate on various issues such as its own basis, the development and content of its legal regime, its peculiarities within the labour law context and some aspects of legal origin among which we should highlight those arising from its fit with the employer’s power of management. The social, health and economic emergency from which it arises and the brevity for which it is planned justify, at first sight, a problem which, although apparently slight, generates exceptional and specific application problems that affect both parties to the contract.

Key Words: Paid leave, compulsory leave, procedure, recoverable leave, negotiation, power of management.

1. Fundamento del permiso retribuido recuperable

Transcurridos algunos meses aquejados de cierta incredulidad y desconcierto, finalmente el pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró pandemia internacional la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico del Covid-19. Un reconocimiento tardío que no ha evitado que los efectos del virus sean una amenaza, no solo para los sistemas sanitarios en todo el mundo, sino también para el desarrollo económico global y nacional.

Ante el insólito contexto pandémico, el Gobierno de España reunió, de forma extraordinaria, al Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2020, para la aprobación del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Esta aprobación, quedaba amparada por el art. 86 CE que faculta al ejecutivo para dictar Reales Decretos-Ley «en caso de extraordinaria y urgente necesidad». Y así, como indica el art. 6.2 de la LO 4/1981, de 1º de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se estableció que la duración del estado de alarma fuese de quince días naturales.

Esta primera decisión fue absolutamente coyuntural, ya que, con ello, se creía que en un breve espacio de tiempo la situación remitiría y volveríamos a una situación de normalidad. Pero, nada más lejos de la realidad. Las expectativas empeoraban sustancialmente conforme avanzaban las horas de confinamiento, llegando a desaparecer cualquier esperanza de normalidad, y con ella, la posibilidad de que el estado de alarma llegara a su fin. Tanto fue así que, necesariamente hubo que aprobar hasta seis prórrogas del estado de alarma siendo la última el RD 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020 y que hizo que los ciudadanos permanecieran confinados hasta las 00:00 h del día 21 de junio de 2020.

Asimismo, con fecha 25 de octubre de 2020, se vuelve a declarar el estado de alarma tras la aprobación del RD 926/2020, de 25 de octubre, con medidas restrictivas y un confinamiento de alcance más relajado que el anterior. De igual importancia, unos días más tarde se aprueba la prórroga de este nuevo estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021¹. Estos dos Reales Decretos llegaban para poner negro sobre blanco la manifestación de esa “nueva normalidad” que nos acompañaría en los meses sucesivos y

¹ RD 956/2020, de 3 de noviembre de 2020, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 926/2020, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

que, tendría graves repercusiones en el devenir de la economía del país. El inusual escenario que vivimos, tras la llegada a nuestras vidas de la pandemia de Covid-19, como no podía ser de otra manera, tiene un calado trascendental en las relaciones laborales. En primer lugar, por la falta de recursos legales para hacer frente a tan peculiar situación, cuestión que ha ocasionado que acaeciera una auténtica tormenta legislativa generando inseguridad jurídica e incertidumbre en toda la población. Y, en segundo lugar, porque la circunstancia de emergencia no sería algo ocasional, sino que más bien pasó a cronificarse, poniendo en una grave situación el mantenimiento del empleo. Ambas circunstancias, como es conocido, provocaron la creación de una ingente normativa laboral condicionada y supeditada a la necesidad de la lucha contra la pandemia de Covid-19². Por ello, encontramos unanimidad en la doctrina científica aseverando el giro que necesariamente ha sufrido el Derecho del Trabajo para actuar como “escudo social”³ frente a las consecuencias económicas y sociales derivadas de un suceso tan extraordinario.

Bien, inmersos en una incertidumbre general a causa de la pandemia, se suceden casi a diario disposiciones normativas nacidas, en muchas ocasiones, de la necesidad de una fugaz improvisación que, cuanto menos, desconcierta tanto a los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales) como a los trabajadores y, por supuesto, a juristas y académicos. Entre ellas, el RD-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable (PRR) para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. Creadas y publicada *ad hoc* con el objetivo de limitar, aún más, los movimientos ocasionados por la actividad laboral y profesional. Posteriormente, tras su convalidación por el Congreso de los Diputados, ha sido tramitado como proyecto de ley quedando finalmente publicado como Ley 4/2021, de 12 de abril, por lo que a partir de este párrafo se hará referencia al PRR como Ley 4/2021.

Pues bien, entre otras tantas disposiciones normativas, encontramos que la Ley 4/2021 regula un permiso retribuido recuperable que tiene como finalidad principal contribuir a la limitación de movimientos en el ámbito laboral. Actúa, por tanto, durante su periodo de vigencia, como un elemento normativo accesorio con carácter subsidiario⁴ al RD 463/2020,

² Vid. F.J. CALVO GALLEGO, M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *«Permiso» Obligatorio, Retribuido Pero Recuperable*, en grupo.us.es/ivpr, 30 marzo 2020.

³ Vid. A.V. SEMPERE, *El Derecho Laboral, la Pandemia y las preposiciones*, en www.legaltoday.com, 16 julio 2020.

⁴ Se entiende este carácter de la literalidad del art. 1 de la Ley 4/2021: «se aplicará a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que presten servicios en empresas o entidades

para reforzar el confinamiento de la mayoría de la población.

Este permiso, en apariencia novedoso, no lo era tanto, ya que con él regresaba a nuestro ordenamiento jurídico la aplicación de una institución jurídica desposeída de vigencia desde el año 1995. Recordemos que, el art. 5 del RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, ya enunciaba la posibilidad de «recuperar las horas no trabajadas por fuerza mayor [...], que podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes». Asimismo, esta recuperación quedaba supeditada a la comunicación que debía hacer el empresario a los representantes legales de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo⁵. Esta previsión legal, perdió su vigencia a partir del 12 de junio de 1995 y finalmente fue derogada por el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo⁶.

En cuanto a su *ratio legis*, es pacífica la idea de calificar al PRR como una medida laboral para cumplir una finalidad extralaboral⁷. A este respecto, además, resulta muy clarificador el apartado segundo de la Exposición de Motivos al señalar que «teniendo en cuenta que la actividad laboral y profesional es la causa que explica la mayoría de los desplazamientos que se producen actualmente en nuestro país, se ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar una medida en el ámbito laboral, que permita articular la referida limitación de movimientos y reducirla». Matizando, de igual modo, que «los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se

del sector público y 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».

⁵ RD 2001/1983, art. 5: «Salvo que por pacto individual o colectivo se estableciese otro sistema, las horas no trabajadas por causa de fuerza mayor, estado de la mar, accidentes atmosféricos, interrupción de la fuerza motriz o falta de materias primas no imputable al empresario, podrán recuperarse a razón de una hora diaria, como máximo, en los días laborables siguientes. Con carácter previo, el empresario deberá comunicar a los representantes de los trabajadores la causa concreta invocada para proceder a tal recuperación. Tal comunicación deberá efectuarse asimismo a la Inspección de Trabajo».

⁶ Así lo expresa el RD 1561/1995: «La pérdida de vigencia de las normas sobre jornada y descansos de este Real Decreto a partir del 12 de junio de 1995, de conformidad con la previsión de la disposición transitoria quinta del Estatuto de los Trabajadores».

⁷ Vid. J.M. MORALES ORTEGA, *Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 17 ss. En el mismo sentido la SAN n. 101/2020 de 16 noviembre, que expresa que es «una medida de índole laboral destinada a reparar los perjuicios económicos y en el ámbito del empleo, derivados de la crisis del COVID-19, así como a proteger el empleo y mantener la actividad económica, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural, en los términos establecidos en el RDL 10/2020».

excluye del disfrute obligatorio del permiso se justifican por estrictas razones de necesidad».

Esta manifestación de la propia norma y su ámbito subjetivo de aplicación – empresarios y trabajadores por cuenta ajena – suman argumentos suficientes para calificarla como medida laboral. Más aún cuando de forma directa repercute en la organización del trabajo y, consecuentemente, en la relación contractual de las partes.

Expuesto lo anterior, no es nada excepcional concluir que esta medida se utiliza, desde el ámbito laboral, para una cuestión de orden social. Donde su instrumentalización adquiere mayor relevancia que su plano jurídico, y ello, justificaría, sin duda, la parquedad, carencias e inadecuada denominación, de la norma.

En ningún caso, este debate le resta importancia, ni le quita interés como instrumento legal que ha irrumpido de forma abrupta en el ordenamiento jurídico para cumplir una función puntual, pero que, sin embargo, podría tener posibilidades de permanecer en el ordenamiento jurídico. Pero, con independencia de cualquier juicio probabilístico a cerca de su permanencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo que sí se revela meridianamente claro es la intencionalidad del legislador de velar por la seguridad jurídica de las obligaciones recíprocas de cada una de las partes de la relación de trabajo, cosa distinta es, que efectivamente lo haya conseguido.

Un permiso retribuido y recuperable implica, de entrada, un diferimiento de la prestación laboral a cargo del trabajador y la inmediatez de la prestación salarial. Y, aunque ambas estén justificadas, por la situación temporal y extraordinaria⁸, para proteger el interés general, ello no opta para que, con su aplicación, se ponga de manifiesto cierto perjuicio a una de las partes, en este caso, el empresario.

Este pequeño detalle, a mi entender, no fue observado por el legislador con suficiente claridad, y provocó no pocos desajustes de tesorería en las empresas. A estos, hay que añadir la consecuencia lógica de tantas medidas restrictivas que, irremediablemente acabaría provocando el sufrimiento de la actividad empresarial, acusada por el descenso del consumo y la actividad social, conduciendo a la inevitable desaparición de numerosas empresas y, consecuentemente, a la pérdida de un gran número de puestos de trabajo.

⁸ Así lo entiende la Ley 4/2021 que en su apartado IV del Preámbulo expone: «Del mismo modo, es proporcional, ya que regula los aspectos imprescindibles para conseguir su objetivo, limitando sus efectos a la concurrencia de la situación temporal y extraordinaria descrita».

2. Examen del régimen jurídico del permiso retribuido recuperable

De entrada, llama la atención el carácter atípico de este permiso que se manifiesta, *prime facie*, en su finalidad de orden social y, seguidamente, en la naturaleza impropia de su denominación. Ambas quiebran el régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo – art. 37.3 ET –, es decir, de los permisos retribuidos, para hacerlo obligatorio y recuperable.

Esta configuración, extraña a la naturaleza del régimen jurídico de los permisos retribuidos, produce consecuencias inmediatas sobre los deberes que incumben a las partes del contrato. La primera, la obligatoriedad, que no deja margen de actuación ni con carácter individual ni colectivo a ninguna de las partes. La segunda, el carácter recuperable, por el contrario, otorga a las partes la facultad de determinar la recuperación de las horas no trabajadas estableciendo diferentes límites cualitativos y cuantitativos, como veremos más adelante.

Así las cosas, se configura una especie de régimen jurídico particular que, por lo que hace al ámbito subjetivo del permiso, el art. 1 de la Ley 4/2021 alude a la afectación 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 del estado de alarma establecida por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo». *A sensu contrario*, aquellas personas que trabajen en actividades que hayan sido paralizadas por el Decreto citado quedarán fuera del régimen jurídico del PRR, pero podrán acogerse a cualquier otra medida laboral prevista en el RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

Igualmente, el permiso no alcanza a quienes presten servicios en actividades esenciales, de modo que con la calificación de esencialidad de la actividad productiva prestada o el servicio realizado se determinará el primer marco de exclusión de esta medida. Para conocer el carácter esencial o no de la actividad en la que pueda aplicarse el PRR habrá que acudir al anexo de la Ley 4/2021, tal y como apunta su art. 1.2.a del que se deduce que quedan fuera del ámbito de aplicación – por exclusión – del PRR las 25 actividades⁹

⁹ El anexo de la Ley 4/2021 determina que «No será objeto de aplicación el permiso retribuido regulado en la presente ley a las siguientes personas trabajadoras por cuenta ajena: 1. Las que realicen las actividades que deban continuar desarrollándose al amparo de los artículos 10.1, 10.4, 14.4, 16, 17 y 18, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo [...]. 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

a las que hace referencia su anexo, dado su carácter esencial expresamente reconocido por la disposición normativa.

Seguidamente el art. 1.2.*b* excluye a 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 la propia ley. Exclusión lógica para evitar el desabastecimiento, la irregularidad en la prestación de servicios o, en última instancia, que se pueda producir la paralización de algún servicio esencial.

Recoge el art. 1.2.*c* la exclusión de las personas trabajadoras contratadas por 1) aquellas empresas que hayan solicitado o estén aplicando un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión y 2) aquellas a las que les sea autorizado un expediente de regulación temporal de empleo de suspensión durante la vigencia del permiso previsto en este Real Decreto-Ley. Ello es así, con toda probabilidad, porque carecería de sentido el solapamiento de ambas medidas en los mismos sujetos, yendo, sin duda contra toda lógica económico-jurídica. Resultando, por tanto, redundante el acopio de otra medida que, a mayor abundamiento, persigue el mismo fin, la reducción de la movilidad de la población. Por ello, el precepto se refiere únicamente a las personas que se vean afectadas por los ERTES, no así el resto de la plantilla en la que sí será obligatorio la aplicación de dicho permiso, ya que su objetivo prioritario es la extensión de la medida de confinamiento¹⁰. Es, por tanto, una medida que entra en escena en solitario o en combinación con el resto de medidas implantadas a las que hace referencia el art. 5 del RD-Ley 8/2020¹¹.

También excluye el art. 1.2.*d* a las personas trabajadoras que se encuentran de baja por incapacidad temporal o cuyo contrato esté suspendido por otras causas legalmente previstas. En este caso, el objetivo del PRR ya estaría cubierto – la no asistencia al puesto de trabajo para evitar la movilidad – y sería innecesaria la aplicación de esta medida.

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. [...] 25. Cualesquiera otras que presten servicios que hayan sido considerados esenciales».

¹⁰ Criterio DGT 31 marzo 2020, [DGE-SGON-849CRA](#).

¹¹ Así lo expresa el art. 5 del RD-Ley 8/2020: «En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad».

Y, por último, el art. 1.2.e exceptúa a las personas trabajadoras que puedan seguir desempeñando su actividad con normalidad mediante teletrabajo o cualquiera de las modalidades no presenciales de prestación de servicios; sin duda porque ya está el objetivo o finalidad de reducción de la movilidad conseguido, por lo que, carece de sentido la aplicación del PRR.

Tal ha sido la casuística fáctica y la situación de “inseguridad jurídica” generada por la norma que, inmediatamente la Dirección General de Trabajo tuvo que salir al paso y, con un breve informe¹², aclarar la “graduación” de la obligatoriedad – *prima facie* – del permiso para, en determinados casos, acabar imponiéndose un carácter “ultimísimo” del PRR justificando su posibilidad de connivencia con otras medidas flexibilizadoras.

Asimismo, tras esta serie de excepcionalidades, igualmente deberá tenerse en consideración aquellas peculiaridades en el desarrollo de las actividades descritas en las cinco disposiciones adicionales de la Ley 4/2021. Estas se refieren a los empleados públicos¹³, el personal con legislación específica propia, los servicios esenciales en la Administración de justicia, la continuación de las actividades no incluidas en el anexo que fueran contratadas mediante el procedimiento del art. 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y el personal de empresas adjudicatarias de contratos del sector público¹⁴.

¹² Criterio DGT 31 marzo 2020, [DGE-SGON-849CRA](#), pp. 2 y 5, cit.: «las empresas podrán adoptar – o seguir adoptando – cualquier medida de las previstas legalmente que garantice suficientemente el objetivo pretendido por la norma que es la reducción de la movilidad de los trabajadores durante el período previsto, de 30 de marzo a 9 de abril ambos inclusive, con las únicas excepciones previstas en la propia norma referidas al mantenimiento de las denominadas actividades de carácter esencial descritas en el anexo e incluida la prevista en los artículos 1 y 2 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, el permiso retribuido recuperable». «En todo caso, si no fuese posible la aplicación de tales medidas o estas fuesen insuficientes, respecto de las actividades no esenciales, deberá aplicarse el permiso retribuido recuperable».

¹³ Vid. M.À. FALGUERA BARÓ, [La legislación laboral durante el estado de alarma](#), Bomarzo, 2020, pp. 138 ss.; A. ESTEVE SEGARRA, *La problemática recuperación del permiso retribuido recuperable aprobado durante el estado de alarma por el Covid-19*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 235, pp. 61 ss. De ambos análisis se deduce que la aplicación de la Ley 4/2021 generó diversas controversias en cuanto a su aplicación en determinadas funciones públicas y, consecuentemente, a los empleados públicos, terminando finalmente derivada su aplicación a la interpretación y criterios que diera cada tipo de Administración Pública.

¹⁴ Respecto a las empresas adjudicatarias de contratos del sector público, la Ley 4/2021 no será de aplicación en los casos en los que sean indispensables para el mantenimiento y seguridad de los edificios y la adecuada prestación de servicios públicos, incluida la prestación de los mismos de forma no presencial. *A sensu contrario*, si lo serán aquellas que sean dispensables en sus funciones, a los cuales será de aplicación el PRR, con lo previsto en el art. 34.1 del RD-Ley 8/2020. Según este «en caso de que entre el personal que figurara

Esta delimitación del ámbito de aplicación tuvo que ser, finalmente, clarificada y matizada por la Orden SND/307/2020¹⁵ que dispone dos exclusiones más. La primera, que refuerza lo ya dicho en la norma, es decir, su no aplicación a las personas trabajadoras por cuenta propia¹⁶ y, la segunda, que señala que las actividades representativas sindicales y patronales no están afectadas por las restricciones de movilidad con el fin de garantizar la asistencia y asesoramiento a personas trabajadoras y empleadores. Igualmente, esta OM también recoge el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y trabajo. El hecho de que haya sido preciso dictar esta OM denota la falta de cohesión jurídica en el *maremagnum* normativo que ha desbordado la sufrida capacidad de los boletines oficiales.

En otro orden de cosas, en cuanto al ámbito temporal del PRR, se proyecta en dos planos: el ámbito temporal de aplicación (cuándo ha de disfrutarse el permiso) y el ámbito temporal de recuperación (cuándo ha de recuperarse el permiso). El primero viene específicamente determinado *ex lege* en tanto que el segundo viene determinado parcialmente *ex lege* y sujeto a la voluntad de las partes.

Al “ámbito temporal de aplicación” del permiso retribuido recuperable hace referencia el art. 2.1, que establece su disfrute obligatorio para los

adscrito al contrato a que se refiere el punto 1.º de este apartado se encuentre personal afectado por el permiso retribuido recuperable previsto en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, el abono por la entidad adjudicadora de los correspondientes gastos salariales no tendrá el carácter de indemnización sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación en los términos del artículo tres del mencionado Real Decreto Ley, a tener en cuenta en la liquidación final del contrato».

¹⁵ Orden SND/307/2020, de 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del RD-Ley 10/2020 y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo. Con la publicación de esta Orden el Ministro de Sanidad hace uso de la potestad expuesta en el art. 5 de la Ley 4/2021: «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». Así, se atribuye una previsión facultativa al Ministro de Sanidad, pudiendo este modificar o especificar las actividades que se ven afectadas por el PRR, lo que muestra el carácter excepcional de la medida.

¹⁶ La Orden SND/307/2020, cit., de igual manera, excepciona expresamente – aunque se sobreentienda de la dicción del PRR al ser de aplicación al trabajador por cuenta ajena – al trabajador autónomo, cuestión que también ha sido analizada, incluso su posible aplicación al trabajador autónomo económicamente dependiente, concluyendo su exclusión del régimen jurídico del PRR, por D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La naturaleza y caracterización del permiso retribuido, recuperable y obligatorio previsto en el Real Decreto Legislativo 10/2020*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, pp. 69 ss.

trabajadores desde el 30 de marzo hasta el 9 de abril, ambos inclusive, salvo que, por necesidad y, con carácter general, deba existir un mínimo de plantilla o turnos de trabajo necesarios para mantener la actividad mínima indispensable, tomando como referencia la actividad y plantilla mantenida en un fin de semana ordinario o festivo (art. 4, Ley 4/2021).

También contiene excepciones puntuales y limitadas para aquellas empresas a las que resulte imposible interrumpir de modo inmediato la actividad sin perjudicar de manera irremediable o desproporcionada su reanudación para poder hacer efectivo el permiso retribuido recuperable¹⁷. Y, por otro lado, para los trabajadores del transporte que se encontrasen realizando un servicio de los considerados no esenciales, el inicio del permiso se producirá una vez finalizado este servicio incluida, en su caso, la operación de retorno correspondiente¹⁸.

Al “ámbito temporal de recuperación”, se refiere el art. 3.1 indicando, que comprenderá desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma – el 22 de junio de 2020 – hasta el 31 de diciembre de 2020. Este período de recuperación – como veremos más adelante – podrá ser ampliable por acuerdo entre las partes, ya que la recuperación es materia disponible en la negociación colectiva, siempre que se respeten los límites legales establecidos.

Para llevar a cabo la recuperación efectiva de las horas, la empresa tendrá que comunicar la intención de iniciar el procedimiento de recuperación del PRR a las personas trabajadoras o a sus representantes (art. 3, Ley 4/2021). En el caso de que no existiera representación legal de los trabajadores, la comisión representativa¹⁹ de estos estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo aplicable. En cualquier caso, deberá constituirse la comisión representativa de los trabajadores en el plazo improrrogable de cinco días. El procedimiento de recuperación gira en torno a un periodo de consultas que durará como máximo siete días, sustituible – si las partes lo acuerda – por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos en los acuerdos

¹⁷ Ley 4/2021, disp. trans. 1ª.

¹⁸ *Ibidem*, disp. trans. 2ª.

¹⁹ En todo caso, el art. 3 de la Ley 4/2021 establece la determinación cuantitativa de la comisión: «La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres personas trabajadoras de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

interprofesionales de ámbito estatal o autonómico del art. 83 ET.

El período de consultas estará presidido, en primera instancia, por el deber que afecta a las partes de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría pertinente²⁰ que represente a las personas que se hayan visto afectadas por el permiso extraordinario, con independencia de cómo se configuró la representación legal de las personas trabajadoras.

El contenido del acuerdo establecerá las condiciones en las que la recuperación vaya a producirse. Siendo así, quedan obligadas las partes a pactar, en primer lugar, la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo (acuerdo total o parcial). Esta recuperación se producirá con respeto a los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo.

En segundo lugar, el preaviso mínimo con que la persona trabajadora debe conocer el día y hora de la prestación de trabajo, que no podrá ser inferior al plazo que establece para la distribución irregular de la jornada el art. 34.2 ET, de cinco días, siendo contrario a la ley, dado su carácter de derecho necesario relativo de carácter mínimo, cualquier preaviso inferior a dicha previsión²¹. La recuperación de las horas, por otra parte, no podrá superar la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo de aplicación, respetando los derechos de conciliación establecidos por imperativo legal y convencional.

Y, por último, en tercer lugar, deberá fijarse el periodo de referencia para la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación del presente permiso que, como ya hemos anticipado, podrá exceder del

²⁰ El art. 3.2 de la Ley 4/2021 determina que «el acuerdo 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».

²¹ Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la SAN n. 30/2021, de 26 febrero, que establece: «A la vista queda pues, que en el Acuerdo al establecer un preaviso de 48 horas laborables en caso de urgencia que sería acreditada por la empresa y, en todo caso, teniendo en cuenta los derechos de conciliación personal, laboral y familiar en las personas trabajadoras, conculca directamente el periodo mínimo de 5 días que debe mediar entre el aviso de la realización de la jornada y de la efectividad de su ejecución, imperativo legal mínimo establecido por el Estatuto de los Trabajadores, por la propia condición mínima de la disposición, ya que esta materia es indisponible relativamente para la autonomía colectiva que sólo podrá mejorarla y nunca reducirla, configurando, de este modo, el preaviso de cinco días en un requisito mínimo que se impone a cualquier forma de distribución irregular de la jornada. Así lo han declarado las SS. de 16-04-2014 (Rec. 183/2013) y 1-12-2019 (rec.147/2018) y la SAN 8-12-2020 (proc.189/2020), relativas al preaviso contemplado en el artículo 34.2 ET».

indicado, inicialmente por la norma (31 de diciembre 2020), pudiendo establecerse mediante acuerdo un plazo más amplio²², ya que, el régimen de recuperación se encomienda al pacto colectivo – art. 34.2 ET – con el fin de garantizar la primacía de la participación colectiva en la resolución de conflictos frente a las soluciones de carácter unilateral.

La finalización del periodo de consultas puede acabar con acuerdo, que tendrá que ser comunicado a las personas trabajadoras, o, sin acuerdo. De no alcanzarse acuerdo, el art. 3.2 *in fine*, posibilita la decisión unilateral del empresario para establecer la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el ámbito temporal de aplicación, en cuyo caso, se establece como condición su notificación a las personas trabajadoras afectadas y a la comisión representativa en el plazo de siete días desde la finalización del fracasado periodo de consultas.

Para cerrar el régimen jurídico del PRR, es necesaria la cita a otros instrumentos jurídicos que, con la misma intención clarificadora, ha sido necesaria su publicación como la Orden SND/310/2020²³ – con el fin de determinar las actividades incluidas y excluidas en el sector sanitario – y la Orden SND/325/2020²⁴, en cuanto a la regulación de la seguridad industrial y metrológica. Igualmente, se aprueba por la Dirección General de Trabajo el criterio relativo a la interpretación y aplicación respecto al

²² *Ibidem*, FD 5º: «Es cierto 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, no obstante, la recuperación es materia disponible en la negociación colectiva; por tanto, siempre que exista acuerdo entre las partes se podrá ampliar el plazo para la recuperación más allá del 31 de diciembre de 2020, si bien en este caso, dicha ampliación no podrá implicar alteración alguna de la jornada anual del año en que se complete la mencionada compensación, puesto que, según la propia norma, en cualquier caso, la recuperación de estas horas no podrá suponer el incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el artículo 34.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la superación de la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Asimismo, deberán ser respetados los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente. Si a 31 de diciembre de 2020 no se ha recuperado el PRR, la empresa no podrá descontar del salario el tiempo del permiso. No obstante, la recuperación es materia disponible a la negociación colectiva; por tanto, siempre que exista acuerdo entre las partes se podrá ampliar el plazo para compensarlo más allá del 31 de diciembre de 2020. En este caso, dicha ampliación no podrá implicar alteración alguna de la jornada anual del año en que se complete la mencionada compensación».

²³ Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitario.

²⁴ Orden SND/325/2020, de 6 de abril, por la que se establecen criterios interpretativos y se prorroga la validez de los certificados de verificaciones y mantenimientos preventivos establecidos en la regulación de seguridad industrial y metrológica.

PRR con fecha 31 de marzo de 2020 ([DGE-SGON-849CRA](#)) que, desde mi punto de vista, es más clarificador que la Orden SND/307/2020 y la Instrucción 2/2020 de la ITSS sobre actuaciones inspectora urgentes para la comprobación del cumplimiento del entonces RD-Ley 10/2020.

Por último, y como nota específica, resaltar el apunte de incompatibilidad que realiza el art. 32.2 del RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, respecto a la no aplicación del PRR en los supuestos de las personas empleadas del hogar cuando son beneficiarias del subsidio extraordinario por falta de actividad²⁵.

Con ello, se cierra la exposición del peculiar régimen jurídico de un permiso que, aun siendo breve, ha introducido cambios contundentes, pero efímeros, en las estructuras más reforzadas y solventes de la relación contractual.

3. Peculiaridades del permiso retribuido recuperable en el contexto jurídico laboral

Como es sabido, muchos son los calificativos que ha recibido el permiso retribuido recuperable desde su publicación y aplicación para definir su inimitable y atípica composición. Y sí, digo composición porque después de una observación más o menos compleja, lo que en apariencia queda claro es que, es una figura que carece de entidad propia, y que es, sin más, la suma de diferentes elementos comunes con otras instituciones jurídicas del Derecho del Trabajo²⁶.

En efecto, se ha señalado ya que la figura más próxima podrían ser los permisos recuperables que se dan en la negociación colectiva²⁷, es decir, los denominados usualmente permisos por asuntos propios. Resulta evidente que no hubiera sido fácil tampoco su encaje ya que estos no comparten el régimen jurídico de los permisos retribuidos, planteándose en ellos la disyuntiva de si computan como tiempo de trabajo efectivo o, por el contrario, se excluyen del cálculo de la jornada máxima, ya que el convenio puede determinar su carácter recuperable o no²⁸.

²⁵ A este respecto encontramos opiniones contrarias: J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 35, encuentra esta «incompatibilidad lógica» y, en sentido contrario, la considera «discutible» M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 141.

²⁶ *Vid.* J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, p. 30.

²⁷ *Vid.* M.À. FALGUERA BARÓ, *op. cit.*, p. 140. También expresado judicialmente en SJS Valladolid n. 212/2020, de 16 noviembre.

²⁸ *Vid.* M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch,

De la misma forma, también se ha manifestado la posibilidad de considerar el PRR como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo²⁹, siendo el sentir mayoritario de la doctrina contrario a esta opinión, pues en esencia no se da la premisa principal, que se derive de «una decisión unilateral del empresario»³⁰.

Sin embargo, hay quien entiende que sería posible introducir esta figura en una categoría propia de instituciones aplicables en situaciones de fuerza mayor, marcando así distancias con otras medidas posibles, en el caso de que se contemplara la posibilidad de que esta figura jurídica no tuviera una vigencia caduca en nuestro ordenamiento jurídico³¹.

Pero, con mayor o menor previsión de permanencia, de momento es un permiso que no otorga permiso, pues la obligatoriedad precisa su aplicación sobre aquellos sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, por lo que, no otorga ninguna facultad a las partes, sino que es técnicamente imperativa. Carece, por tanto, de la voluntariedad que requieren los permisos retribuidos característicos del art. 37.3 ET, y por supuestos, del necesario preaviso del trabajador para su aplicación³², que no para su recuperación.

Asimismo, la finalidad de orden social que persigue esta interrupción no periódica o espontánea – limitar al máximo la movilidad – va más allá de la función socioeconómica que generalmente tiene atribuida los permisos retribuidos. Es por ello, por lo que la extensión de esa función queda justificada por la necesidad que tiene el legislador de tutelar determinados bienes jurídicos³³, sin que con ella se altere en modo alguno la vigencia del contrato por el acatamiento de este permiso.

Del mismo modo, la posibilidad de recuperación de las horas no trabajadas, escapa a la naturaleza del permiso retribuido que, de suyo, constituye una excepción de la relación sinalagmática del contrato de trabajo.

La suma de todos estos elementos contrarios a la naturaleza de los permisos

2017, pp. 63-65.

²⁹ Vid. C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n 12 bis, pp. 706 ss.

³⁰ En este sentido la SAN n. 101/2020, cit.: «no puede desconocerse el carácter de temporalidad de la medida de recuperación decidida por la empresa y que en todo momento se ha tratado de consensuar, lo que nos llevan a concluir que no nos encontramos en sede del art. 41 del ET, sino ante la aplicación de una medida de índole laboral destinada a reparar los perjuicios económicos y en el ámbito del empleo, derivados de la crisis del COVID-19».

³¹ Vid. D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp 73 ss.

³² Respecto a esta cuestión *vid.* A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, pp. 71 ss.

³³ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2009, pp. 224.

retribuidos – la obligatoriedad, la finalidad de orden social y la recuperación – lógicamente, le aleja del régimen jurídico de los permisos retribuidos, por lo que, tanto la doctrina científica³⁴ como, la doctrina judicial³⁵ entienden más ajustada la calificación de esta figura como «una distribución irregular de la jornada», con la que, a mi juicio, tan solo se ha pretendido dar cobertura legal a una situación inusitada.

Es conocido que, en una situación ordinaria, de una distribución irregular de la jornada no se deriva el diferimiento de las horas no trabajadas que podrían no llegar a recuperarse³⁶ ni, en mi opinión, la anticipación del cobro del salario respecto al momento en el que se realiza la actividad. Seguramente por ello, dado que no existe una identificación plena del PRR con la distribución irregular de la jornada, suele puntualizarse que el PRR constituiría una «distribución irregular de la jornada con un régimen jurídico particular»³⁷.

Bien, asignado de forma más o menos pacífica el que podría ser el régimen jurídico más próximo para la “criatura”, ello no evita su problemático encaje en diferentes ámbitos. Aunque, inicialmente, cabe advertir que hacer una

³⁴ Entre otros, I. BELTRÁN DE HEREDIA, *Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDLEY 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 Y 13/20)*, en *IUSLabor*, 2020, n. 1, pp. 67 ss., realiza un estudio sobre la delimitación conceptual de los permisos con otras instituciones más o menos próximas como: la suspensión, la excedencia, la distribución irregular de la jornada y *factum principis*. Vid. A. BLASCO PELLICER ET AL., *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 78 ss.; J.M. MORALES ORTEGA, *op. cit.*, pp. 17 ss.; T. SALA FRANCO, *Acerca de la incidencia del Covid-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores*, en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, pp. 221-224; E. ROJO TORRECILLA, *Emergencia sanitaria y legislación laboral. Notas al RDL 10/2020 de 29 de marzo (“Permiso retribuido recuperable”)*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 30 marzo 2020; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Distribución irregular de la jornada de trabajo: Novedades «Poscovid-19»*, en elderecho.com, 25 agosto 2020.

³⁵ Cfr. SAN n. 101/2020, cit.: «Podemos considerar que el denominado permiso retribuido obligatorio recuperable, que introduce el RDL 10/2020, en la medida en que se sujeta a un régimen jurídico que conlleva no prestar servicios en un periodo concreto de tiempo para, al mismo tiempo, ser llamado a prestar servicios en otro tiempo, más que un verdadero permiso retribuido nos sitúa en realidad ante una distribución irregular de la jornada, sólo que con origen en el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo»; SAN n. 30/2021, cit., FD 4º: «Se trata de una distribución irregular de la jornada con un régimen jurídico particular, pues si el permiso fuera verdaderamente retribuido se computaría como tiempo de trabajo y no habría necesidad de recuperarlo. En realidad, no se está exonerando al trabajador de la obligación de prestar servicios, sino que se está desplazando la obligación de trabajo a una fecha distinta».

³⁶ En este sentido, *vid.* I. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 74 ss., y D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 73 ss.

³⁷ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas del permiso retribuido recuperable*, en forodelabos.blogspot.com, 2 abril 2020.

enumeración cerrada de los aspectos dudosos es imposible, debido a la enorme casuística que se advierte, no solo porque se trata de una figura que carece *a priori* de interpretación doctrinal y judicial y ha de apoyarse en la existente en otras figuras similares, sino también porque la exégesis de la norma así lo procura.

Pero, a grandes rasgos, se puede enunciar que, hasta ahora, las particularidades más significativas son las referidas a la calificación de esencialidad de la actividad productiva, las que giran en torno a la recuperación de las horas no trabajadas, la problemática que se genera en los supuestos de imposibilidad de devolución y la que deriva de la inexistencia de un régimen sancionador.

Dicho esto, quedó a todas luces constatado que, durante el corto período de tiempo que fue de aplicación el PRR, se manifestó cierta incertidumbre e inseguridad jurídica en su aplicación debido a la falta de claridad en el propio concepto de “servicios esenciales”. Ello arrojaba serias sombras sobre la calificación de la esencialidad de la actividad, gestándose así una problemática aplicativa que se derivó no solo por la existencia de una larga lista de excepciones sino también por la aparición de interpretaciones que, como era de esperar, han tenido que ser resueltas a la luz de las resoluciones judiciales³⁸.

Por su parte, la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido, como ya se vio, ha de llevarse a cabo mediante un procedimiento específico que, en consonancia con el resto de Reales Decretos-Ley aprobados en esta situación sanitaria tan excepcional, se nutre de nuevas reglas específicas que, aun siendo semejantes a las de algunas instituciones conocidas (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), se alejan de ellas³⁹.

Así, los plazos establecidos para la negociación en el periodo de consultas se acortan, con toda probabilidad por la necesidad de fijar un contrapeso a la “financiación anticipada” que debe hacer el empresario, dándole así matices de cierta urgencia a la recuperación.

Es aquí, en el ámbito de la recuperación, donde se produce la mayor problemática interpretativa de lo establecido en la Ley 4/2021 debido a que necesariamente esta cuestión tendrá que ser abordada por las partes, a las que

³⁸ *Cfr.*, entre otras, SJS Bilbao n. 242/2020, de 19 noviembre; SJS Ávila n. 167/2020, de 31 julio; SJS Toledo n. 433/2020, de 2 noviembre.

³⁹ *Cfr.* STSJ Asturias n. 1951/2020, de 10 noviembre, en la que se analiza la aplicación del art. 41 ET en cuanto a las modificaciones que afectan al caso concreto, determinando que no se da el carácter de “sustancialidad” en cuanto a las modificaciones realizadas por el empresario en aplicación de la Ley 4/2021 (PRR), «Tampoco la modificación del horario y de la jornada de trabajo se muestran como sustanciales vistas las circunstancias del caso».

se les impone el deber de negociar en un periodo de consultas la recuperación de las horas no trabajadas.

Además de la complejidad que puede tener el establecimiento de este régimen de recuperación, la recuperación *de facto* podría llevar, en algunos casos, a conflictos de difícil solución, como el caso de la persona trabajadora que esté disfrutando de una reducción de jornada⁴⁰ para la conciliación de la vida laboral y familiar, donde puede resultar muy difícil “devolver” las horas no trabajadas.

Algo parecido puede suceder en supuesto – digamos – objetivos, como, por ejemplo, la imposibilidad de recuperar las horas no trabajadas debido a la inexistencia de actividad durante el periodo de recuperación o la persistencia de las restricciones legales, que, sin duda, podrían conducir a que permanezcan perdidos en complejas lagunas, que, casi con toda probabilidad, terminarán afectando negativamente al empresario.

Respecto a esta cuestión, el último pronunciamiento de la Audiencia Nacional⁴¹ (que desdice lo expresado en resoluciones anteriores)⁴² arroja cierta calma pues señala que no habría especial problemática en extender la devolución de las horas más allá del 31 de diciembre de 2020 siempre que las partes así lo pacten, y siempre que ello no implique alteración alguna de la jornada máxima anual establecida por el convenio colectivo que sea de aplicación y respete los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo. *A sensu contrario*, se entiende que, si no hay acuerdo de las partes, el límite no podrá excederse del establecido en la norma, por lo que no cabría una decisión unilateral del empresario que trasladara más allá del 31 de diciembre de 2020 la recuperación de las horas no trabajadas.

Como era de esperar, encontramos también el conflicto que ha generado la incidencia en las vacaciones del permiso retribuido recuperable. Con carácter general, se ha resuelto esta controversia, afirmando la imposibilidad

⁴⁰ Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por el Covid-19*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 4, pp. 452 ss., de la que se desprende la imposibilidad de recuperar las horas es más acusada en estos casos. Por la dificultad de hacer efectivas las horas durante la jornada diaria al establecer la distribución irregular de la jornada de trabajo y los efectos negativos que se deriva de la misma para poder conciliar la vida laboral y familiar.

⁴¹ Cfr. SAN n. 30/2021, cit.

⁴² Cfr. SAN n. 91/2020 (rec. 143/2020), de 28 de octubre: «el período de tiempo en el que se van a recuperar las horas del indicado permiso cuya fecha tope es el 31 de diciembre del 2020»; SAN n. 101/2020, cit.: «no cabe duda que, los únicos límites que operan en su recuperación, son los previstos en dicha norma, esto es: 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».

de pactar un solapamiento del disfrute del permiso con un período de vacaciones⁴³, pues aun teniendo el PRR un carácter obligatorio y recuperable, la imposibilidad de renuncia del trabajador de sus derechos – art. 3.5 ET – no admite excepciones. De la misma forma, la persona trabajadora que estuviera disfrutando de forma voluntaria de unas vacaciones durante el período del 30 de marzo al 9 de abril de 2020, y le fuese de aplicación el PRR, tendría prioridad de aplicación este último y, de común acuerdo con el empresario habría que volver a negociar el período de vacaciones que le correspondiere.

Nada prevé la norma para el caso de que tenga lugar la extinción del contrato de trabajo antes de que se produzca la devolución de las horas adeudadas por el trabajador, por lo que es preciso articular una respuesta para los distintos escenarios que pueden originarse dependiendo de la causa extintiva. El primero de ellos sería aquel en el que la imposibilidad de recuperar las horas se pudiera atribuir objetivamente al trabajador – dimisión o baja voluntaria –, en cuyo caso, como ya se ha señalado⁴⁴ sería de aplicación por analogía el régimen de compensación de las horas debidas en la liquidación que se establece jurisprudencialmente para la distribución irregular de la jornada de trabajo.

El segundo de ellos sería aquel en el que, la decisión extintiva del empresario deviene de una causa objetiva (despido objetivo). En estos supuestos de despido no cabría la detracción⁴⁵, pues cabría la aplicación el art. 30 ET, igualmente por analogía, ya que ha quedado destruida la posibilidad de

⁴³ *Vid.* T. SALA FRANCO, *op. cit.*, pp. 221-224. Recogido también en la SAN n. 91/2020, cit., y la SAN n. 101/2020, cit. En esta última dice su F.J. 6º que, «Por tanto, no resulta admisible la recuperación de las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones. Ni por decisión unilateral de la empresa, pues ello supondría una clara contravención del art. 38 ET, de acuerdo al cual, el período de disfrute de las vacaciones se debe fijar de común acuerdo entre el empresario y el trabajador [...]. Además, la imposibilidad de compensar unilateralmente por la empresa las horas de trabajo a recuperar con el disfrute de las vacaciones se desprende del propio tenor del art.3 RDL 10/2020 que solo habla de recuperar las indicadas horas, omitiendo toda referencia a una posible compensación total o parcial con el período de vacaciones».

⁴⁴ *Vid.* C. ARAGÓN GÓMEZ, *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, cit., pp. 705 ss.; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 83 ss.

⁴⁵ *Cfr.* SJS Valladolid n. 212/2020, cit., FJ 3º: «Ahora bien, si tal imposibilidad se debe a la extinción del contrato por causa imputable a la empresa, máxime como consecuencia de un despido declarado o reconocido como improcedente, deviene plenamente aplicable lo prevenido en el art. 30 ET, aun por analogía, en orden a que “Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo”».

recuperación de las horas no trabajadas por causa imputable al empresario. A la misma solución ha de llegarse en caso de despido disciplinario, salvo en aquellos supuestos de despido disciplinario posteriormente declarado procedente, ya que en este caso es el incumplimiento del trabajador el que comporta la imposibilidad de recuperación del PRR⁴⁶, siendo coherente la sustracción del importe correspondiente a las horas no trabajadas.

Como hemos visto, la falta de precisión con la que se expone la forma de “devolver” las horas ya retribuidas deja, aún más si cabe, una brecha de inseguridad para los contratantes que tendrá su reflejo mucho más allá del periodo (de poco más de seis meses) en el que tenía prevista la ley su recuperación. No solo por la poca claridad de su tenor literal, que, de seguro, llevará muchos conflictos a los tribunales (con su correspondiente retraso) si no también, y principalmente, por la cronificación de la situación de semiconfinamiento.

En otro orden de cosas, no deja de llamar la atención que, un instrumento jurídico de carácter fuertemente imperativo como es el PRR, carezca de un régimen sancionador que contemple de forma global los posibles incumplimientos de las partes del contrato de trabajo. Sí queda resuelto, pero no porque expresamente lo diga la norma, el incumplimiento del objetivo que persigue la norma, la obligación de la no movilidad de las personas que, con carácter general, también será de aplicación al resto de disposiciones normativas con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

Nótese como no prevé de forma específica, en primer lugar, sanciones frente al incumplimiento aplicativo del permiso, por parte del empresario, ni ante la negativa a su disfrute, por parte del trabajador. Por otra parte, y, en segundo lugar, también la Ley 4/2021 deja desprovistas de sanción las conductas contrarias a la obligación de recuperar las horas de trabajo fruto del acuerdo en el período de consultas o de la decisión unilateral del empresario. En sentido contrario a esta última, no cabe esperar esta reacción adversa a la recuperación por parte del empresario, ya que, sería un obstáculo para sus propios intereses.

En ambos escenarios expuestos, habrá que acudir, dependiendo del tipo de incumplimiento, a las disposiciones de carácter ordinario vigentes. Por lo que, se despachará la aplicación de un régimen sancionador ordinario frente a la inobservancia de una disposición normativa de carácter extraordinario, con los aciertos o desaciertos que puede conllevar.

En consecuencia, ante el incumplimiento aplicativo del permiso (ya sea por parte de la empresa como por parte del trabajador), el silencio de la norma

⁴⁶ A. ESTEVE SEGARRA, *op. cit.*, pp. 80 ss.

conduce a entender aplicables las previsiones de la LISOS, respecto a las sanciones previstas para los incumplimientos empresariales de permisos y tiempo de trabajo, en concreto, las infracciones graves recogidas en su art. 7.5⁴⁷, en referencia a los permisos.

Al hilo de esta cuestión, conviene tener en cuenta que, en mi opinión, es necesario tener una percepción amplia o extensiva de la naturaleza del permiso retribuido al que hace referencia la LISOS para que quepa la aplicación de esta sanción al PRR pues, dada la especial naturaleza del PRR – recuperable y obligatorio – su aplicación, sin más, podría resultar dudosa. A mi parecer, hubiera sido más adecuado haber previsto un régimen sancionador específico alineado con la previsión específica de la ITSS para la persecución del incumplimiento empresarial.

Otras apreciaciones también se pueden hacer, en cuanto al no régimen sancionador específico, en el caso del segundo supuesto, que hace alusión al incumplimiento del trabajador en la recuperación de las horas no trabajadas, puesto que la norma (art. 3, Ley 4/2021), no parece configurar una verdadera obligación de cumplimiento para el trabajador. En efecto, el precepto, cuando se refiere a la recuperación de las horas de trabajo utiliza una terminología poco concluyente, “podrá”, que más bien, parece evidenciar la poca intencionalidad que tiene el legislador en imponer sanciones al trabajador frente a los incumplimientos, a pesar del supuesto carácter “obligatorio” de la recuperación.

Lo que permite afirmar que el carácter estrictamente obligatorio del permiso, es parcial, llegando a considerarse como tal solo en su fase aplicativa – para ambas partes –, pero no en su fase de recuperación, trayendo, además, en este punto a colación, la literalidad expresa de la ley que sí ofrece la posibilidad de una recuperación parcial.

No obstante, a mi juicio, tanto si la recuperación de las horas proviene del acuerdo alcanzado entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas como si la decisión empresarial deviene de una decisión unilateral del empresario, ante el incumplimiento del trabajador – no estimo tan necesario un régimen sancionador específico en este caso – cabría la aplicación del régimen sancionador contemplado en el art. 58 ET, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable.

⁴⁷ Art. 7.5, RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: «La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores».

Además, el empresario, considero que podría optar entre este régimen sancionador menos lesivo o, en su caso, proceder a un despido disciplinario amparado en los supuestos del art. 54.2, letras *a* y *d*. Dejando a la voluntad del empresario la utilización de un régimen u otro. Pues, en ningún momento la norma exonera al trabajador de cumplir con la obligación de la prestación de trabajo, solo se le difiere en el tiempo, por causas que, de forma unánime, se consideran suficientemente justificadas, por lo que, ante la falta de régimen sancionador específico, sería oportuna la doble vía de aplicación ordinaria existente, a criterio del empresario, en ambos escenarios, bien porque la recuperación arribe del acuerdo alcanzado en el período de consultas o, *in extremis*, por su llegada a través de la decisión unilateral del empresario.

Por último, con independencia de los múltiples problemas aplicativos y la casuística tan amplia que se irá resolviendo por la doctrina judicial y la jurisprudencia, el permiso es un instrumento que, a corto plazo ha sido eficaz, en cuanto al objetivo que perseguía, pero, a medio o largo plazo, a mi juicio, puede que se trate de un instrumento “exótico” que solo ha respondido a una situación inaudita. Además, conviene, tener en cuenta que el PRR podría convertirse en una herramienta “perversa” para la relación laboral, debido a que su implementación sale muy económica a las arcas públicas, pero limita el poder de dirección del empresario en cuanto a la gestión del tiempo de trabajo. De igual importancia, su aplicación redundaría en una posible sobre protección de la prestación salarial del trabajador⁴⁸, rompiendo con ello el equilibrio equitativo necesario en la relación de trabajo.

4. Permiso retribuido recuperable y poder de dirección

En todo razonamiento organizativo en el ámbito empresarial subyace la facultad directiva que ostenta el empresario en virtud del art. 38 CE, que le dota del derecho a la libertad de empresa, aunque este no resulte ilimitado⁴⁹. Este derecho, como se sabe, tiene su principal fuente de limitaciones en los

⁴⁸ Art. 3.1, Ley 4/2021: «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». Hay que recordar que las horas retribuidas por el empresario se devuelven con posterioridad por parte del trabajador, de forma total o parcial, pero la retribución de las horas no trabajadas necesariamente se realiza con anterioridad, durante el periodo de aplicación del PRR.

⁴⁹ *Cfr.*, entre otras, STC n. 192/2003, de 27 octubre; STC n. 134/1994, de 9 de mayo.

derechos fundamentales⁵⁰ del trabajador y en el art. 35 CE (derecho al trabajo). No obstante, qué duda cabe de que, con la irrupción del PRR – al igual que con otras disposiciones normativas fruto de la pandemia de Covid-19 – el poder de dirección empresarial ha sufrido una mutación puntual de gran calado.

Esta metamorfosis concretamente afecta a la facultad que tiene el empresario para gestionar el tiempo de trabajo que, en este caso concreto, cede frente a lo impuesto por el legislador. Por lo que se puede afirmar que, los derechos de la sociedad envuelven y redefinen – de forma momentánea – las prerrogativas de la dirección empresarial ya que son, en definitiva, una derivación de los poderes de la sociedad⁵¹.

Es por ello que, de la literalidad de la Ley 4/2021, se extraen claramente la intencionalidad de situar la regulación del permiso por encima de cualquier decisión empresarial decisoria u organizativa, sirva de ejemplo su carácter obligatorio, que invade directamente las funciones directivas del empresario sobre la actividad productiva. Por consiguiente, el poder organizativo atribuido al empresario, que es consustancial a la posición que ocupa en la relación laboral, se ve en este instrumento jurídico doblemente acotado por una medida legislativa excepcional en una situación excepcional, que establece un dispar reparto de sacrificios en la medida en que obliga a la empresa a pagar un trabajo que no ha recibido, mantener el alta del trabajador en la Seguridad Social y cotizar por ella.

De igual modo, la anulación de la capacidad decisoria, en cuanto a la potestad del empresario para hacer uso de esta ley, no llega sola, sino que también viene acompañada de un número, nada desdeñable, de limitaciones en toda la extensión del ámbito temporal del PRR. Que, a mayor abundamiento, dada la especial gravedad de la situación, se completa con una incisiva actuación inspectora, ya que «garantizar el cumplimiento de la norma se considera imprescindible e inaplazable»⁵².

Dicho lo anterior, la ley ofrece dos mínimas delegaciones al poder de dirección del empresario con respecto a la aplicación del PRR. La primera,

⁵⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 217: «La racionalidad económica deja de ser el único factor de legitimación de las decisiones empresariales cuando éstas afectan a derechos fundamentales del trabajador».

⁵¹ Vid. J. RIVERO LAMAS, *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Cometa, 1986, p. 66.

⁵² Instrucción 2/2020 sobre actuaciones inspectoras urgentes para la comprobación del cumplimiento del RD-Ley 10/2020 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.

le permite restringir su aplicación en la medida en que le faculta para mantener cierta actividad que la norma cifra en el mínimo de la plantilla o los turnos de trabajo estrictamente imprescindibles, con el fin de mantener la actividad mínima indispensable, limitada esta, a su vez, cuantitativamente, ya que, puede permanecer solo, la plantilla o turnos de trabajo, que se hubiera mantenido un fin de semana ordinario o en festivos.

Por otra parte, también la entrada en escena del permiso puede quedar limitada para garantizar la reanudación de la actividad empresarial, con el único propósito de llevar a cabo las tareas imprescindibles para que se haga efectivo el PRR y no perjudicar la reanudación de la actividad empresarial. Igualmente es de aplicación esta última previsión para la continuidad de los servicios de transporte que podrán iniciar el PRR una vez finalizada de forma íntegra el servicio en curso.

Esta manifestación del poder de dirección es todavía menor en el ámbito temporal de recuperación, un terreno en el que sólo entra en escena si fracasa la vía del pacto colectivo. En este caso, permite al empresario tomar la decisión unilateral de recuperación, si bien que con distintos límites. Con ello, tampoco se deja un total margen de decisión al empresario en la recuperación de las horas⁵³, aunque es de justicia decir, que los límites impuestos son los mismos que en puridad se deben aplicar para salvaguardar los derechos e intereses de los trabajadores recogidos ya en el ordenamiento jurídico.

Respetar los descansos mínimos diarios y semanales establecidos por ley y, en su caso, por convenio colectivo, considerar el plazo de preaviso para la recuperación de las horas, la imposibilidad de superar la jornada máxima anual recogida en el convenio de aplicación, así como observar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

5. Bibliografía

ARAGÓN GÓMEZ C., *Claves prácticas de la recuperación del permiso retribuido regulado en el Real Decreto-ley 10/2020*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n 12 bis, pp. 700-711

ARAGÓN GÓMEZ C., *Claves prácticas del permiso retribuido recuperable*, en *forodelabos.blogspot.com*, 2 abril 2020

⁵³ En este sentido también *vid.* A. BLASCO PELLICER *ET AL.*, *op. cit.*, pp. 78 ss.: «la norma no deja margen de regulación al acuerdo entre las partes, tal y como parece desprenderse de la dicción literal del art. 3.2 RDL 10/2020».

- BASTERRA HERNÁNDEZ M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Tirant lo Blanch, 2017
- BELTRÁN DE HEREDIA I., *Covid-19 y medidas sociolaborales de emergencia (RDLEY 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 Y 13/20)*, en *IUSLabor*, 2020, n. 1, pp 45-110
- BLASCO PELLICER A. ET AL., *Análisis normativo de las medidas laborales y de Seguridad Social frente a la crisis del COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2020
- CALVO GALLEGO F.J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., [«Permiso» Obligatorio. Retribuido Pero Recuperable](#), en [grupo.us.es/inpr](#), 30 marzo 2020
- ESTEVE SEGARRA A., *La problemática recuperación del permiso retribuido recuperable aprobado durante el estado de alarma por el Covid-19*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2020, n. 235, pp. 57-85
- FALGUERA BARÓ M.À., [La legislación laboral durante el estado de alarma](#), Bomarzo, 2020
- GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La naturaleza y caracterización del permiso retribuido, recuperable y obligatorio previsto en el Real Decreto Legislativo 10/2020*, en *Revista de Derecho Social*, 2020, n. 91, pp. 69-93
- MONEREO PÉREZ J.L., GORELLI HERNÁNDEZ J., *Tiempo de trabajo y ciclos vitales. Estudio crítico del modelo normativo*, Comares, 2009
- MORALES ORTEGA J.M., *Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1, pp. 17-48
- RIVERO LAMAS J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Cometa, 1986
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., [Distribución irregular de la jornada de trabajo: Novedades «Poscovid-19»](#), en [elderecho.com](#), 25 agosto 2020
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar ante la emergencia sanitaria por el Covid-19*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2020, n. 4, pp. 449-471
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003
- ROJO TORRECILLA E., [Emergencia sanitaria y legislación laboral. Notas al RDL 10/2020 de 29 de marzo \(«Permiso retribuido recuperable»\)](#), en [www.eduardorojotorrecilla.es](#), 30 marzo 2020
- SALA FRANCO T., *Acerca de la incidencia del Covid-19 en el derecho a las vacaciones de los trabajadores*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.E. CASAS

BAAMONDE (dirs.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020

SEMPERE A.V., [El Derecho Laboral, la Pandemia y las preposiciones](#), en www.legaltoday.com, 16 julio 2020

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo