

64/20/COV/BV

24 de marzo 2020

CV-3.5

Asunto: CORONAVIRUS. Modificación de turnos de trabajo fijo de mañana a turnos rotatorios de mañana y tarde para las personas trabajadoras con reducción de jornada por guarda legal con el fin de aislar a los trabajadores en sus correspondientes turnos de trabajo.

Primero. La reducción de jornada por guarda legal y su concreción horaria constituyen un derecho subjetivo de la persona trabajadora, integrado en el elenco de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de trascendencia constitucional (derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo ex art. 14 CE y derecho de protección de la familia y la infancia ex art. 39 CE).

En el ámbito de las medidas extraordinarias adoptadas por el Real Decreto-Ley 8/2020, artículo 6.3, dicho derecho queda reforzado, al establecerse la presunción iuris tantum de que toda solicitud del nuevo derecho extraordinario que suponga en realidad una modificación de la causa del derecho de reducción de jornada que ya se venía disfrutando, se considerará justificada, razonable y proporcionada, siempre y cuando se acredite que concurren los supuestos de atención a familiares previstos en la norma (art. 6.1), relativos a la nueva situación sociolaboral generada por el coronavirus.

Es decir, corresponde al empresario aportar prueba en contrario de que la solicitud que realiza la persona trabajadora de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar, motivada por en las razones previstas en el art. 6.1 del RD Ley 8/2020, no está justificada, no es razonable o no es proporcionada, lo que sólo puede entenderse en el sentido de que a falta de acuerdo con la persona trabajadora, será el empresario quien deba acudir a la jurisdicción social ex art. 139, para legitimar su oposición, a la solicitud de la persona trabajadora, y sin que hasta ese momento pueda imponer su criterio de manera justificada.

1

Segundo. En el supuesto de que la medida de reducción de jornada por guarda legal y concreción horaria ya se viniera disfrutando; como derecho específico de la persona trabajadora a la conciliación de su vida familiar y laboral, no cabe que pueda ser alterado en base al *ius variandi* del empleador. Distintamente, la empresa debería de seguir alguno de los procedimientos específicos de modificación de condiciones de trabajo, siempre que concurrieran los requisitos para ello, y se respetaran sus trámites. Así:

- Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que en el caso de las modificaciones individuales requiere la notificación al trabajador con una antelación mínima de 15 días (art. 41.3 ET), y en el caso de las modificaciones colectivas precisa de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores que puede alcanzar hasta 15 días, y posterior comunicación de la medida a los trabajadores afectados con una antelación mínima de 7 días (art. 41.5 ET).
- Adopción de medidas preventivas. La adopción de medidas preventivas debe estar justificada en el concreto cumplimiento de las normas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En cuando al procedimiento, la implantación de medidas preventivas precisa la previa evaluación de riesgos y la confección o modificación del plan de prevención de riesgos laborales que incluya la medida o protocolo a aplicar.

Tanto la evaluación de riesgos como la implantación del plan o las medidas que establece deben realizarse con la participación de los representantes de los trabajadores, que ostentan expresamente el derecho a consulta en estas dos cuestiones (art. 1.2 del RD Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención).

Habida cuenta de la afcción a los derechos de conciliación, de trascendencia constitucional, la medida preventiva a aplicar debe ser necesaria, razonable y proporcionada a las limitaciones de conciliación que implica. A tales efectos, sólo podrá imponerse cuando no haya otras alternativas preventivas que permitan alcanzar el mismo nivel de seguridad en el trabajo frente a un riesgo cierto y relevante y acreditado en la evaluación de riesgos. Debe tenerse en cuenta que en el caso, la medida de reasignación de turnos no está dirigida al riesgo que puede derivar del trato con el cliente, el cual estará presente en cualquier turno de trabajo, sino dirigida al riesgo de contagio entre trabajadores, por lo que pueden adoptarse otras fórmulas preventivas tales como asignar áreas determinadas a los empleados, limitar el contacto entre ellos guardando las distancias, especialmente respecto de quienes realicen labores de atención al público...etc. Adoptadas estas

medidas, que no afectan a los derechos de conciliación, deberá acreditarse el grado de riesgo que se pretende prevenir con la separación de los trabajadores de los turnos de trabajo, teniendo en cuenta que el objetivo de toda medida preventiva es salvaguardar la salud de los trabajadores y no adoptar medidas dirigidas a garantizar la producción.

Nada tiene que ver evitar la concurrencia de trabajadores de dos turnos en espacios pequeños cerrados como baños o vestuarios en el momento de cambio de turno, con que el número de trabajadores de cada turno coincidan en el mismo centro de trabajo, lo que es propio del desarrollo normal del proceso productivo.

A la hora de valorar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida preventiva, en relación con la afección que pueda deparar a los derechos de conciliación, será relevante considerar la Guía del Ministerio sobre el procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus SAR CoV-2, de 11 de marzo 2020. El colectivo del personal de supermercados estaría incluido entre el colectivo con baja probabilidad de exposición al riesgo, similar a los conductores de transporte público, salvo aquellos trabajadores que por su puesto de trabajo pudieran tener una mayor relación con el público, si bien en este punto recordamos que la medida de alteración de turnos de trabajo no está orientada a evitar el riesgo de contagio que tenga su origen en los clientes.

Igualmente deberá tomarse en consideración la “Guía de buenas prácticas para los establecimientos del sector comercial” editada por el Ministerio de Sanidad y Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, donde en el conjunto de medidas preventivas significadas no se contempla una medida preventiva similar a la que se pretende implantar. Ciertamente la Guía indica la recomendación de establecer sistemas de rotación de trabajadores para minimizar riesgos, pero se trata de riesgos generados por la clientela, y en todo caso ello no atañe por igual a trabajadores con jornada reducida que ya están menos tiempo expuestos, que a trabajadores con jornada a tiempo completo. Además la recomendación lo condiciona “a siempre que sea posible” lo que no sucede con quien tienen una concreción horaria que no puede alterarse por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Tercero. Para el supuesto en que se procediera a aplicar la medida empresarial de cambio de turnos como medida preventiva, y esta afecte a personas trabajadoras en reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, de manera que el cambio organizativo les resulte incompatible con el ejercicio de sus derechos de

conciliación de la vida laboral y familiar, se plantea la posibilidad de acudir a la vía del Expediente de Regulación Temporal de Empleo.

- El Expediente de Regulación Temporal de Empleo ordinario previsto en el art. 47 del ET define las causas organizativas como aquellas que producen cambios, *“entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”*

En este sentido, la modificación temporal de los turnos de trabajo que se adopta como medida preventiva frente a la situación de riesgo generada por el coronavirus constituye un cambio en el sistema de trabajo, que obliga a la empresa a prescindir parcialmente de la jornada de personas trabajadoras a las que les resulta imposible prestar servicios, por ser dicho horario incompatible con la atención de los familiares a quienes se asistía en los términos de su concreción horaria por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar.

Se trata de un cambio impuesto por razón de la actividad empresarial, concretamente por la repercusión que tiene en su ámbito organizativo la situación sociosanitaria, y que por lo tanto no puede imputarse al trabajador o su situación familiar cuando la misma, ya venía siendo conciliada de manera pacífica y plenamente compatible con la actividad laboral mediante la concreción horaria establecida. Es más, la concreción horaria en turno de mañana se ha mantenido tras la situación extraordinaria y sobrevenida generada por el coronavirus, durante la cual la persona trabajadora ha podido conciliar su vida laboral y familiar. Por consiguiente, serían los requerimientos sobrevenidos sobre la actividad empresarial, los que generan los cambios organizativos, que resultan incompatibles con la prestación de servicios de las personas trabajadoras en reducción de jornada por guarda legal.

A mayor abundamiento, el art. 6.3 en los términos expuestos refuerza el derecho de reducción de jornada por guarda legal y cuidado de familiares y su concreción horaria, cuando la situación familiar también se hubiera visto alterada por la crisis del coronavirus; por lo que en la medida en que estas concreciones horarias se oponen a los cambios en la organización de los turnos de trabajo, la empresa sólo podría instar la suspensión de sus contratos de trabajo acudiendo a la negociación del ERTE

En todo caso, Se trataría de una cuestión discutible en la medida en que el ERTE basado en dicha causa no conllevara la reducción de puestos de trabajo, sino que se limitara a la sustitución del contrato de unos trabajadores, para ser sustituidos por otros.

El ERTE por la vía ordinaria del artículo 47 ET, no contempla las medidas extraordinarias y más beneficiosas en materia de protección social que el ERTE previsto en el art. 22 del del RD Ley 8/2020.

- Más complejo puede resultar que el ERTE se tramite de acuerdo con el procedimiento extraordinario previsto en el 22 del RD Ley 8/2020, ya que se requiere con carácter general que en la empresa se produzca una pérdida de actividad que tenga como causa directa el COVID-19, lo que no parece suceder en el presente caso; o bien que concurren situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, lo que tampoco es el caso.

- De otro lado, cabe la posibilidad de que la reducción de actividad motivada por la situación sociosanitaria, pueda legitimar la tramitación de un ERTE en base a otras causas o circunstancias, con la siguiente reducción de los puestos de trabajo operativos, en cuyo caso puede darse prioridad de inclusión en el mismo a las personas trabajadoras en situación de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares.

Cuarto. En cuanto, a la aplicación técnica del ERTE en un supuesto de hecho como el planteado, resulta plenamente factible aplicar la suspensión del contrato de trabajo sólo en determinados días laborables, continuados o discontinuos.

Así el art. 20.6 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, establece la obligación de la empresa de incluir en la comunicación del ERTE a los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral *“el calendario con los días concretos de suspensión de contratos o reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados.”*

Y el art. 22 del Real Decreto 625/1985 relativo a las normas específicas de tramitación de la prestación por desempleo aplicables a los procedimientos de suspensión de contratos de trabajo y de reducción de jornada señala que la empresa deberá especificar en la comunicación a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, *“los días concretos en que cada uno de los trabajadores va a quedar afectado por la medida de suspensión de contratos o reducción de jornada adoptada y, en este último caso, el horario de trabajo afectado por la reducción, durante todo el periodo que se extienda su vigencia. Cuando se produzcan variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación sobre la aplicación de las referidas medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, la empresa deberá comunicar dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan.”*

** ** ** **

66/20/COV/BV

24 de marzo 2020

CV-3.10

Asunto: CV-3.10. Repercusión del Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), en los contratos de relevo.

Primero. El Expediente de Regulación Temporal de Empleo, por fuerza mayor en los términos establecidos por el RD Ley 8/2020, puede afectar al contrato de relevo del mismo modo y en los mismos términos que si de un contrato de trabajo ordinario, se tratara.

Las particularidades que pueda experimentar el trabajador relevista no obedece a que haya sido contratado en la empresa como relevo de un trabajador jubilado a tiempo parcial. Tampoco puede depender de factores como la duración de su vínculo contractual (si se trata de un contrato indefinido o un contrato temporal). Sin embargo, la única especialidad que cabe encontrar estaría en función de su jornada de trabajo del relevo (si se trata de un contrato de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial), y afectaría a la cuantía de la prestación por desempleo, concretamente a los topes máximo y mínimo aplicable a la misma.

Segundo. Si el contrato de relevo fuera un contrato de duración determinada, queda prohibido todo tratamiento discriminatorio entre el personal temporal y el fijo, como establece la Directiva sobre trabajo de duración determinada. Es por ello que ni nuestra legislación limita el ERTE al personal fijo, ni tampoco puede deducirse esa exclusión sin incurrir en una clara discriminación de este personal. De modo que los criterios de selección del trabajador de relevo deben ser criterios objetivos fijados para el conjunto de los trabajadores, y que estarán establecidos principalmente en función de los puestos de trabajo que se ocupan, sin que puedan fijarse criterios de selección en basados meramente en el carácter temporal o indefinido del vínculo contractual.

No es aceptable que el personal con contratos de duración determinada se excluya del ERTE, como medio para utilizar los mecanismos extintivos de finalización del contrato temporal, lo que supondría una clara discriminación.

En este último sentido, cabe indicar que el contrato de relevo de duración determinada presenta ciertas garantías frente a este tipo de extinción, en la medida en que su duración mínima se hace coincidir legalmente con la fecha en que el trabajador sustituido alcance la edad ordinaria de jubilación, y en determinados supuestos, también debe prolongarse hasta transcurridos dos años desde aquella fecha (art. 12.7 b) ET).

En sentido opuesto el contrato de relevo temporal que se vea incluido en un ERTE tampoco verá ampliada su duración exclusivamente en base a dicha circunstancia, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga o conversión en indefinido del contrato de relevo que asiste a empresa y trabajador.

Así, el art. 7 del RD 720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, establece que: *“La suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario.”* Y el art. 45ET regula, en el apartado i), la fuerza mayor temporal.

Tercero. Si el contrato de relevo lo fuera con jornada a tiempo parcial, podría tener repercusión en la cuantificación de la prestación extraordinaria de desempleo, que correspondiera percibir al trabajador, concretamente en lo concertante a los topes máximo y mínimo aplicables a la cuantía de la prestación.

En principio, la prestación extraordinaria por desempleo del trabajador a tiempo parcial afectado por el ERTE se calcula de igual modo que si de un trabajador a tiempo completo se tratara, aplicando las mismas pautas establecidas en el Real Decreto Ley 8/2020 y LGSS:

- La base reguladora se calcula con el promedio de las bases de cotización de los últimos 180 días cotizados, o período inferior cotizado - art.25.3 RDL 8/2020- .
- El porcentaje aplicable a la base reguladora será el 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y el 50 por ciento a partir del día ciento ochenta y uno (art. 270.2 LGSS)
- La especialidad en el cálculo de la cuantía de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial radica en los topes máximo y mínimo aplicables a la cuantía de la

prestación, por cuando deben fijarse en proporción a la jornada realizada. De conformidad con el art. 270.3 de la LGSS:

“3. La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador.

La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período.”

- En cuanto a la duración de la prestación extraordinaria de desempleo se extenderá hasta la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo de las que trae causa (artículo 25.3.b) RD Ley 8/2020).

** ** ** *

67/20/COV/MGA

24 de marzo de 2020

Ent. 3-4.

Asunto: CV 3-4. ERTE EN EMPRESAS CONTRATISTAS DE SERVICIOS PÚBLICOS CUANDO LA ADMINISTRACIÓN CONTINÚA ABONANDO EL PRECIO DE LA CONTRATA.

CV 3-4. ¿Los contratos de la administración con las empresas de servicios (limpieza, colegios, piscinas etc), habéis visto en algún decreto o documento como quedan? ¿Se van a suspender?. ¿Qué pasa si la administración sigue pagando y la empresa entra en un ERTE?

Primero. Si las incidencias del covid-19 determinan la imposibilidad de que la empresa contratista de la Administración pueda proseguir con su actividad podrá proceder a la suspensión de contratos del personal que tenga adscrito a la contrata por fuerza mayor en los términos del art. 22.1 RDL 8/2020, en la medida en que dicha pérdida de actividad se encuentre derivada de la declaración del estado de alarma y demás supuestos contemplados en dicha norma, como puede suceder a título de ejemplo en los supuestos planteados en la consulta de empresas contratistas de servicios de limpieza en colegios o piscinas, salvo el personal que en cada caso pueda considerarse imprescindible para el desempeño de las actividades necesarias para la seguridad y mantenimiento de las instalaciones durante los períodos en que permanezcan cerradas al público.

Segundo. Respecto de este tipo de contratos públicos, el art. 34 del RDL 8/2020 contempla como efecto expreso su suspensión automática en los casos en que la empresa contratista no pueda cumplir su prestación y hasta tanto no pueda reanudarse, con reconocimiento a la misma del derecho a percibir como indemnización por daños y perjuicios a *“Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que*

figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.”

Se prevé expresamente que la imposibilidad de la prestación de la empresa contratista opera como causa de suspensión del contrato administrativo, con una reformulación de las obligaciones de las partes para el mantenimiento de su equilibrio económico con la previsión de posibles compensaciones económicas a la empresa contratista, o la posible modificación de la duración de los contratos, etc.. pero previéndose expresamente que *“La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.”*

Tercero. Dicho régimen jurídico viene a excluir la posibilidad de que las empresas contratistas puedan adoptar decisiones de extinción de contratos de trabajo en virtud de la suspensión de la contratos públicos de que sean titulares.

- Si los contratos administrativos quedan automáticamente suspendidos cuando no resulta posible la prestación a cargo de la empresa contratista y se prevé incluso el derecho de la misma a percibir indemnizaciones por los gastos salariales en que hubieran incurrido tras el 14 de marzo de 2020, entendiendo por tales los correspondientes a períodos en que los trabajadores no realizaron prestación efectiva de servicios, no pueden calificarse como válidas las extinciones de contratos de trabajo toda vez que la suspensión de la actividad de la empresa sería coyuntural, no definitiva, y respecto de los períodos de imposibilidad de la prestación de la empresa contratista por los efectos del covid-19, éstas tendrían derecho a percibir compensaciones por daños en el importe de los salarios abonados a los trabajadores correspondientes al período de imposibilidad de la prestación desde el 14 de marzo de 2020 hasta el momento en que solicitaran la suspensión de los contratos por fuerza mayor en los términos previstos por el mismo RDL 8/2020.

Por consiguiente, se configura así la suspensión y no extinción de los contratos administrativos, la reparación de los perjuicios económicos que hayan soportado las empresas contratistas y el derecho de las mismas con determinadas condiciones a la reformulación de las condiciones del contrato para preservar el equilibrio económico del mismo, por lo que bajo ningún punto de vista pueden considerarse justificada las extinciones de contratos de trabajadores afectados a las respectivas contratistas ante la mera suspensión de las mismas.

- Y si en algún caso resulta que la incidencia productiva derivada del covid-19 determina la imposibilidad cierta de que la empresa contratista pueda reanudar su prestación tras

la finalización del estado de alarma y del resto de medidas ordenadas por los poderes públicos para preservación de la salud, la extinción de la contrata podrá determinar la puesta en marcha de las garantías de subrogación previstas en el art. 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, o en el convenio o acuerdo colectivo de eficacia general que resultara de aplicación, en los términos previstos por el art. 130.1 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

La aplicación del régimen de garantías propio de la sucesión de empresas a los casos de reversión de contratas o de cambio de empresas contratistas de servicios, puede suponer la obligación de subrogación de la Administración en las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a la contrata o que dicha la obligación de subrogación corra a cargo de la nueva adjudicataria, según proceda, lo que en estos casos excluye la posibilidad de que la extinción de las relaciones laborales pueda producirse por despidos objetivos o por despido colectivo decidido por la contratista saliente.

** *** **

73/20/COV/MGA

24 de marzo de 2020

Ent. 3-11

Asunto: 3-11. CORONAVIRUS. ERTE POR FUERZA MAYOR CON ROTACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS Y QUE NO AFECTA A LA TOTALIDAD DE LA PLANTILLA DE FORMA SIMULTÁNEA.

3.11.

1.- ¿Sería posible, en un ERTE por fuerza mayor de los regulados en el RD Ley 8/2020 afectar por la suspensión sólo a una parte de la plantilla y establecer turnos rotatorios de afectados para conseguir equilibrar los ingresos de esa plantilla (cobrarían todos prestaciones y salario afectando igualmente a las vacaciones etc).

Primero. El art. 22.1 del RDL 8/2020 no impone que el ERTE por fuerza mayor por el covid-19 que pueda realizarse por disminuciones de producción derivadas de las causas contempladas en dicho precepto tenga que afectar de forma necesaria y simultánea a la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en la empresa o centros de trabajos que en cada caso estén afectados.

Segundo. De esta forma, es perfectamente posible que el ERTE por fuerza mayor afecte de manera escalonada a todo un grupo de trabajadores, de forma que se prevea la suspensión temporal de algunos contratos de trabajo con el consiguiente reconocimiento de los trabajadores afectados a las prestaciones por desempleo en el marco de condiciones fijado por los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 8/2020, mientras que otros trabajadores continúan prestando servicios durante esos mismos periodos, tras cuya finalización se reanudaría la prestación efectiva de servicios del colectivo de trabajadores que tuviera el contrato suspendido cesando en el cobro de prestaciones de desempleo, y pasando a tener el contrato

suspendido los trabajadores y en situación de desempleo los trabajadores que hasta ese momento estuvieran prestando servicios.

En realidad, en estos casos se trataría más bien de un supuesto de ERTE de reducción de jornada con la particularidad de que los periodos de prestación de servicios y de interrupción de la actividad laboral estarían acumulados por jornadas completas, lo que puede considerarse perfectamente legítimo en función de incidencia el Cubillo 19 pueda tener en cada caso.

De hecho, el principio general es que se ha de minimizar el impacto de las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada derivadas de la crisis sanitaria del covid-19 que se prevén en los artículos 22 y siguientes del Real Decreto Ley 8/2015, y su incidencia sea lo más reducida posible y sólo cuando no resulten posibles o idónea las fórmulas de trabajo a distancia, de adaptación del puesto de trabajo, o de medidas sobre duración de la jornada, su distribución, o sobre el horario que se prevén en los arts. 5 y 6 del RDI 8/2020, para preservar el derecho a la salud de los trabajadores o para atender las disfuncionalidades productivas derivadas del covid-19 y el conjunto de restricciones impuestas por la declaración del estado de alarma.

** *** **

74/20/COV/MGA

24 de marzo de 2020

Ent. 3.8

Asunto: 3-8. CORONAVIRUS. IMPOSICIÓN POR LA EMPRESA DEL DISFRUTE OBLIGATORIO DE VACACIONES, DURANTE LOS PERÍODOS DE INTERRUPCIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL POR EL COVID-19.

Se cuestiona la legitimidad de las decisiones de algunas empresas que han impuesto sobre los trabajadores el cese de su actividad y el pase con carácter obligatorio a la situación de vacaciones

Primero. Las pérdidas de actividad derivadas de la incidencia del covid-19 se configuran a nivel normativo como constitutivas de fuerza mayor en los supuestos contemplados por el art. 22.1 RDI 8/2020, o como causas económicas, técnicas, organizativas o productivas del art. 23 del mismo RDI 8/2020, según proceda en cada caso, a los efectos de que la empleadora pueda poner en marcha ERTes de suspensión de contratos o reducción de jornada.

No resulta legítima la instrumentación unilateral por la empresa de dichas causas para la supresión efectiva del derecho a las vacaciones anuales retribuidas ex art. 38 ET, como derecho laboral básico relacionado con el derecho al descanso y la preservación de la seguridad y salud de los trabajadores, conforme al Derecho de la Unión -Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo - y al Convenio 132 OIT.

Segundo. En los arts. 125 y 126 LRJS se contempla una modalidad procesal específica sobre fijación de vacaciones, pero se trata de una modalidad procesal que está configurada más bien como un proceso judicial individual entre el trabajador afectado y la empresa, y resulta

cuestionable que sea la vía procesal adecuada cuando el objeto de la pretensión formulada por el trabajador no es tanto la fijación de la fecha de disfrute de sus vacaciones, como si debe incluirse en el cómputo de las mismas el tiempo de inactividad por consecuencia del cierre del centro de trabajo o de la unidad productiva a que se encontraba adscrito dicho trabajador.

Así, la **Sentencia del TSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 26 abril 2006, Rec. 602/2006 (AS 2006\1793)**, recaída en proceso ordinario donde se planteaba la duración de las vacaciones que correspondían a los trabajadores de una empresa de colectividades que no estaban conformes con el planteamiento de la empresa de incluir en el cómputo de los días de vacaciones que les correspondía los que habían estado sin actividad por el cierre de la empresa cliente. La sentencia desestima el recurso de suplicación que había formulado la empresa y confirma su condena fijada en la sentencia de instancia sobre la consideración de que conforme a *“...lo establecido en el art. 38 ET el período de vacaciones anuales será el pactado en Convenio Colectivo o contrato individual no pudiendo la empresa, alterar unilateralmente lo establecido en el Convenio, teniendo el empresario instrumentos suficientes para compaginar los derechos de los trabajadores con sus necesidades organizativas, sin que sea objeto de discusión el calendario laboral, sino el derecho de los actores a disfrutar de sus vacaciones de forma ininterrumpida tal y como lo establece su Convenio de aplicación, debiendo por lo expuesto con desestimación del recurso confirmar la sentencia de instancia.”*

En el contexto de las pérdidas de actividad derivadas de la crisis sanitaria del covid-19 y de la declaración del estado de alarma, tal decisión se impone por la empresa con las siguientes circunstancias:

- Con efectos inmediatos, sin respetar el período mínimo de antelación de dos meses legalmente establecido en el art. 38.3 ET, con que el trabajador debe conocer la fecha de disfrute de sus vacaciones.

Cuando dicho plazo se vulnera en su integridad, se produce como efecto que las vacaciones no pueden producir su efecto útil de generar el adecuado descanso y recuperación del trabajador, por lo que tales días de inactividad por decisión de la empresa no pueden ser calificados como parte del período de vacaciones anual.

- La decisión de la empresa de imponer el disfrute de las vacaciones durante los días de confinamiento impuestos por el estado de alarma resulta abusiva y desproporcionada para los trabajadores, desde el momento en que los trabajadores no podrán hacer pleno uso y disfrute de tales períodos sino que, por decisión de la autoridad gubernativa deben quedar confinados en sus domicilios y sólo pueden salir a los espacios públicos por los motivos específicamente exceptuados por el RD 463/2020.

Como quedó expuesto en el punto inicial de la presente nota, para cubrir las situaciones de pérdidas de productividad derivadas del estado de alarma o del covid-19 se han previsto a nivel normativo la posibilidad de que las empresas tramiten ERTES de suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, conforme a lo establecido en el RDL 8/2020, con unos criterios de regulación que distribuyen el riesgo de tales situaciones entre la empresa, los trabajadores y el Estado mediante la exoneración de la empresa del pago de cotizaciones a la Seguridad Social en determinados casos, y el pago de prestaciones de desempleo a los trabajadores.

Pero el sistema que impone la empresa supone derivar el riesgo generado por la pandemia del covid-19 exclusivamente sobre los trabajadores, desde el momento en que durante la inactividad producida por la incidencia del covid-19 irán consumiendo vacaciones, con el probable propósito de la empresa de tramitar un ERTE de suspensión por esta misma causa una vez producida la finalización del período de vacaciones que unilateralmente decidió la empresa.

- En numerosas ocasiones, tal decisión empresarial se impone por la vía de los hechos, sin intervención previa de los representantes legales y sindicales de los trabajadores bien sea porque no se haya dado traslado previo de tal decisión a los representantes, bien sea porque no se hayan elegido en el ámbito de la empresa.

Se trata de un factor que potencia el desvalor jurídico de tal actuación de la empresa, al privar a los trabajadores de la intervención de los representantes como garantía colectiva esencial en la tutela de sus derechos frente a la empresa o, de no existir tales representantes, no abrir ningún mecanismo de interlocución sindical o directo con el conjunto de la plantilla de la empresa para tratar la cuestión.

- Se vulnera la fijación de la fechas de disfrute de las vacaciones fijadas en el calendario de vacaciones que debe existir en la empresa conforme a lo establecido en el art. 38.3 ET y, en todo casos, se infringen los criterios colectivos que vinieran rigiendo para la fijación de las fechas de disfrute de las vacaciones, fijados en el convenio o acuerdos colectivos aplicables, o las prácticas seguidas en la empresa, y que fueron plasmados en el sistema de distribución de la jornada establecido en el calendario laboral.

Así, si en el convenio colectivo aplicable están fijadas las fechas de disfrute las vacaciones, o la decisión empresarial no se ajusta a los criterios fijados en el mismo, se tratará de una decisión nula en los términos de los arts. 41.6 y 82.3 ET, que fijan un procedimiento específico para la inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo.

- En numerosas ocasiones, con carácter general y una dimensión colectiva, por incidir sobre la totalidad de la empresa, de un centro, área o departamento.

Cuando la decisión empresarial tenga una dimensión colectiva, no son descartables el ejercicio de acciones de impugnación por la vía del proceso de conflicto colectivo.

Las circunstancias anteriormente referidas hacen que no puedan extrapolarse a la empresa los criterios mantenidos en diversos pronunciamientos judiciales en los que se consideró ajustada a derecho la decisión de la empresa por la que en la fijación del calendario de vacaciones se incluyó como días de disfrute obligatorio a un determinado período en el que el centro de trabajo iba a permanecer cerrado, pero se trata de casos en los que no se cuestionaba el cumplimiento del preaviso mínimo de dos meses para el conocimiento de tales fechas por la plantilla, ni se producía la vulneración de los criterios de fijación de las fechas de vacaciones en el convenio colectivo o acuerdos aplicables, ni se consideraba una práctica abusiva ni desproporcionada por afectar sólo a un período limitado de la totalidad de las vacaciones anuales y recaer el período de disfrute impuesto por la empresa en fechas tradicionales de disfrute colectivo de vacaciones de forma que en tales fechas se producía un ahorro efectivo de costes para la empresa pero no se introducían perjuicios desproporcionados para los trabajadores -así, las Ss. del TSJ de Madrid, (Sala de lo Social) de 24 noviembre 2011, Rec. 5582/2011 (AS 2011\3049) y 17 octubre 2001, Rec. 3931/2001 (AS 2001\4511)-.

Tercero. Por consiguiente, tales decisiones empresariales pueden impugnarse a través de acciones individuales a través del procedimiento ordinario, o mediante acciones de conflicto colectivo.

- En todos los casos, puede solicitarse la declaración de nulidad de la decisión empresarial y el derecho del trabajador al disfrute de la totalidad de las vacaciones que les corresponda en cada caso, sin que se consideren como días de vacaciones disfrutadas los días en que dejaron de prestar servicios por decisión unilateral de la empresa, sin obligación de recuperar la jornada no realizada por los trabajadores y conservando éstos el derecho a los salarios correspondientes a los días de inactividad en virtud del art. 30 ET -referido a la imposibilidad de la prestación por causa imputable al empresario y no al trabajador-.
- Sin perjuicio de la viabilidad de tales acciones, la empresa cuenta con la posibilidad de tramitar un ERTE de suspensión por fuerza mayor si concurren lo presupuestos del art. 22.1 del RDL 8/2020, planteando la retroacción de la suspensión al momento de producirse la reducción o pérdidas de actividad, lo que, de estimarse por la autoridad laboral, determinaría la suspensión de los contratos y el percibo de prestaciones por

desempleo por los trabajadores desde aquella fecha, además de las exoneraciones de la empresa en el pago de cotizaciones a la Seguridad Social.

** *** **