Revista de Derecho vlex

Adjunto artículo: "**La protección de los derechos del trabajador en tiempos de pandemia".**

Autora:

Carmen Perona Mata

Directora Gabinete Jurídico FE.CCOO.

Doctora en Derecho. Abogada.

DNI: 13752385H

Tele: 609106217

Maill: cperona@fe.ccoo.es

C/ Ramirez de Arellano, 19-1, 28043 Madrid

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN TIEMPOS DE PANDEMIA.

Resumen: La situación de pandemia en la que nos encontramos ha generado importantes dudas e interpretaciones en la aplicación de la Incapacidad Temporal, de las Contingencias comunes o profesionales de las mismas, así como la situación de aislamiento preventivo que motivó la emisión del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, incluyendo la gestión de la Incapacidad Temporal, tal y como aparece en su el artículo quinto contempla, con el fin de proteger la salud pública, como situación asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. Legislación modificada posteriormente en cuanto al concepto de enfermedad común o enfermedad profesional derivada del virus.

Palabras clave: pandemia, COVID-19, incapacidad temporal, aislamiento, enfermedad profesional, vacunas.

1.LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL.

El Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, consideraba en su artículo 5 de modo excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. Dice lo siguiente:

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

«1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19.

2. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta.

3. Podrá causar derecho a esta prestación la persona trabajadora por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.

4. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.»

Posteriormente, el Real Decreto- Ley 13/2020, de 7 de abril, en su disposición final primera, modificaría el citado artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo. De manera que al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.

En el mismo sentido que la protección otorgada con carácter general, el artículo 9 del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, considera como contingencia derivada de accidente de trabajo, a todos los efectos, el contagio por coronavirus del personal de centros sanitarios y sociosanitarios que hubiese estado expuesto de forma específica a este riesgo con motivo de la prestación de sus servicios.

2. CONSIDERACIÓN DE ENFERMEDAD PROFESIONAL DEL CONTAGIO POR CORONAVIRUS.

El Real Decreto Legislativo 8/2015, en su artículo 157 señala:

"Se entenderá por EP la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional», pero también define la EP para los trabajadores por cuenta propia en su art. 316, donde dice que «Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas".

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

La Directiva de la Comisión de la Unión Europea 2020/739, de 3 de junio de 2020, incorpora expresamente el SARS-CoV-2 como agente biológico entre los patógenos humanos conocidos del listado de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (el equivalente comunitario a nuestro RD 664/1997). Esta incorporación tiene como fin garantizar una protección continua y adecuada de la salud y la seguridad de los trabajadores en el trabajo.

Considerando que todos los trabajadores tienen derecho a un entorno saludable, seguro y adaptado, en virtud de lo establecido en el Pilar europeo de derechos sociales de 2017, la Directiva recomienda a los Estado miembros su transposición, sugiriendo el plazo de 24 de noviembre de 2020, como fecha límite, si fuera posible.

En España, el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, señala las enfermedades infecciosas que tienen la caracterización de enfermedad profesional, a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social.

Diferencias entre enfermedad común, accidente de trabajo y enfermedad profesional

	Enfermedad común	**Enfermedad profesional**	**Accidente de trabajo**
Prestación económica en la incapacidad temporal	Inferiores al 75% los 20 primeros días	Mínimo el 75%	Mínimo el 75%
Derecho a exigir un cambio de puesto de trabajo antes de pasar a incapacidad permanente	No	Sí	No

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

	Enfermedad común	Enfermedad profesional	Accidente de trabajo
Derecho a la incapacidad permanente desde el primer día de trabajo	No	Sí	Sí (pero no se reconoce en el asimilado a accidente de trabajo)
Posibilidad de solicitar un recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene	No	Sí	Sí (pero no se reconoce en el asimilado a accidente de trabajo)

3.EL AISLAMIENTO PREVENTIVO Y EL PARTE MÉDICO DE BAJA

El Criterio 2/2020 de la Secretaria de Estado de Seguridad Social y Pensiones, dictado en desarrollo del Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, señala:

"Los periodos de aislamiento preventivo acordados por las autoridades sanitarias, serán considerados a todos los efectos baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común."

> *"1. Serán los médicos de los SPS los que emitan los partes de baja y alta en todos los casos de afectación por coronavirus, tanto en las situaciones de aislamiento como de enfermedad y a todos los trabajadores que lo necesiten, tanto para el personal sanitario como para el resto de trabajadores.*
>
> *2. La contingencia a cumplimentar por parte de dichos facultativos de los SPS en los partes de baja/alta será siempre Enfermedad Común.*

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

3. Los códigos a utilizar para este procedimiento especial, que serán reconocidos por Seguridad Social como accidente de trabajo, son: Para CIE-10 ES: - Contacto o exposición: Z20.828: Contacto y exposición (sospechada) a otras enfermedades transmisibles virales contagiosas víricas. - Infección: B34.2: Infección debida a coronavirus no especificada.

4. Todos los códigos señalados, transmitidos por el SPS, serán admitidos por el INSS a través del protocolo de intercambio de información INSS-SPS sin devolver error alguno.

a. El parte de baja médico por aislamiento requerirá previamente a su emisión, la confirmación de la procedencia de ese aislamiento por parte de la autoridad sanitaria competente de cada Comunidad Autónoma o a quien ésta autorice. Por ello, es indispensable que esa información sobre el aislamiento llegue con la mayor prontitud posible a los facultativos competentes para la emisión del parte de baja.

b. El parte de baja y los de confirmación podrán ser emitidos sin la presencia física de la persona trabajadora, siempre que exista indicación 4 de la autoridad en caso de aislamiento y constatación de la enfermedad por los medios disponibles en el Servicio de Salud (Historias clínicas)

c. Cuando se tenga conocimiento del periodo de aislamiento/contagio o de enfermedad con posterioridad al inicio del mismo, se emitirán los partes con carácter retroactivo."

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones ha publicado las Instrucciones 3/2020, de 13 de marzo de 2020 sobre la Incapacidad Temporal en tiempos de COVID-119, donde resuelve la cuestión sometida a informe.

- ***"En el supuesto de que un trabajador notifique un aislamiento preventivo por COVID-19 y no acuda a su puesto de trabajo, sin que la empresa tenga constancia de la existencia de un parte de baja.***

En estos casos es preceptivo el parte de baja por enfermedad común correspondiente. En estos casos, a efectos económicos se tratará este supuesto como derivado de accidente de trabajo y de acuerdo a los diagnósticos que identifican estos procesos relacionados con el COVID-19.

> *Los efectos de la existencia del proceso de incapacidad temporal sólo existirán cuando el parte haya sido expedido por el Servicio Público de Salud competente.*
>
> *La empresa debe verificar con periodicidad diaria la existencia de los partes de baja, confirmación o alta expedidos por los Servicios Públicos de Salud respecto de sus trabajadores en el Servicio INSS-EMPRESAS (FIE), sin necesidad de esperar a que el trabajador le aporte la copia de los citados partes, información que prevalecerá sobre cualquier otra recibida hasta ese momento.*
>
> *Las empresas pueden acceder al Servicio FIE INSS- EMPRESAS en la página web de la Seguridad Social en el siguiente enlace."*

"¿A qué entidad corresponde el pago de la incapacidad temporal en este supuesto?

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

El salario íntegro del día de la baja estará a cargo del empresario, con independencia de que hubiera habido o no, prestación laboral efectiva el día de la baja médica.

A partir del día siguiente, la incapacidad temporal estará a cargo de la entidad que proteja la contingencia profesional de los trabajadores de la empresa."

4.LAS VACUNAS COVID Y LAS RELACIONES DE TRABAJO

La normativa española respecto a la vacunación en el ámbito laboral aparece recogida en el art. 8.3 del RD 664/1997, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos:

"cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de las ventajas e inconvenientes de la vacunación.".

Este Real Decreto se aplica exclusivamente a unos colectivos determinado del sector biosanitario, (médicos, enfermeros y técnicos de laboratorio), y siempre voluntariamente. Por tanto, en estos casos, la empresa tiene el deber de ofrecer el tratamiento, pero es el empleado quien decide si se somete a él o no.

Dicho esto, en la situación actual, la normativa española continúa priorizando el derecho del individuo sobre su propio cuerpo frente al colectivo y la protección de la salud de los demás.

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

Por el momento, el Legislador no ha considerado necesario actualizar el marco legal planteando una solución a este posible conflicto.

Sin embargo, la situación cambiaría si desde las Administraciones competentes dictaran una norma al respecto, en base a la Ley 3/1986 Orgánica de Medidas Especiales de Salud Pública, motivando la urgencia y necesidad, entonces los trabajadores no podrían negarse a ser vacunados, primando entonces el interés colectivo sobre el individual, ya que el art.1 de la Ley 3/1986 señala:

"Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad".

Cabe señalar la STSJ de Andalucía 2393/2013, de 22 de julio, respecto a la vacunación forzosa de niños por sarampión ;

"la convivencia en un Estado social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general.".

5. PROTECCIÓN DE DATOS Y CORONAVIRUS

La Agencia Española de Protección de Datos ha establecido criterios y resuelto diversas consultas sobre algunos de los temas surgidos en este período.

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

La Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que **la empresa puede tratar la información de si las personas trabajadoras tienen coronavirus**, pero solamente para aplicar, a través de sus servicios de prevención, los protocolos que sean necesarios, o que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias. Esta información se podrá trasladar al personal de la empresa, pero sin identificar a la persona afectada, a fin de mantener su privacidad.

En caso de cuarentena preventiva o estar afectado por el coronavirus, el trabajador tieen que informar a su empleador de forma expresa, ya que aunque la persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene obligación de informar sobre la razón de la baja a su empresa, ese derecho individual cede frente a la defensa de otros derechos, como es el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia.

La toma de la temperatura a los trabajadores con el fin de detectar casos de coronavirus debe regirse por los principios establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos RGPD) y, entre ellos, el principio de legalidad, por lo que la aplicación de estas medidas y el correspondiente tratamiento de datos requiere la determinación previa que haga la autoridad sanitaria competente.

En todo caso, el tratamiento de los datos obtenidos a partir de las tomas de temperatura debe respetar la normativa de protección de datos y, por ello y entre otras obligaciones, debe obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus y no extenderse a otras distintas.

Además, en el caso de ser necesaria la identificación, debe cumplirse con el principio de minimización, en virtud del cual podría ser suficiente con obtener un número de teléfono, junto con los datos del día y la hora de asistencia al lugar. Este criterio, junto con el de la anonimización de los titulares del dispositivo, ha sido el asumido por el Comité Europeo de

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE

Protección de Datos en la Recomendación sobre el uso de datos de localización y aplicaciones de seguimiento de contactos en el contexto de la pandemia; criterio que puede extrapolarse a esta situación.

Una cuestión importante es **si se puede preguntar si se tienen anticuerpos COVID-19 como requisito para acceder a un empleo**, en este caso no se puede preguntar pues, constituye una vulneración de la normativa de protección de datos aplicable, pues se está ante un dato personal relativo a la salud y debería darse un consentimiento válido y libre.

Este consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando no se goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno, como sucedería en el presente caso, en el que el consentimiento estaría condicionado por la necesidad o la voluntad de acceder a un puesto de trabajo, lo que anularía la libertad de la persona.

En definitiva, dicho dato de salud no puede ser objeto de tratamiento por la empresa ni, en consecuencia, solicitado a los candidatos a un empleo.

Otra de las cuestiones más controvertidas es **si está obligado el personal a suministrar su número de teléfono privado**, para resolver este supuesto debemos acudir al art. 5 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 establece el carácter preferente del trabajo a distancia. Las administraciones asignan a su personal direcciones de correo electrónico, por lo tanto, la existencia de medios menos invasivos de los derechos fundamentales del personal para la comunicación con ellos conlleva una respuesta negativa a la petición del teléfono o correo electrónico personal, considerando suficientes los medios ya disponibles, que podrían abarcar el desvío de llamadas a petición del interesado.

CALLE DE RAMÍREZ DE ARELLANO Nº 19, 1ª PLANTA-28043 MADRID
FED. ENSEÑANZA CCOO
www.fe.ccoo.es

Afiliada a la Internacional de la Educación (IE) y al comité Sindical Europeo de la Educación (CSEE